

# LA POTESTAD DE LA ADMINISTRACION PARA CALIFICAR LOS HECHOS DE ACUERDO CON SU NATURALEZA ECONOMICA

Paul Cahn-Speyer W.

## SUMARIO

I.- Introducción. II.- Proceso de evolución de las diferentes formas de ilícito tributario y su antijuridicidad. 1.- El fraude fiscal en sentido genérico. 2.- El concepto de defraudación fiscal: conductas comisivas y omisivas. 3.- Concepciones tradicionales sobre planeación tributaria, elusión y evasión. 4.- Rasgos de la noción de “economía de opción” y legislaciones y tendencias doctrinarias que equiparan sus efectos con los derivados de comportamientos elusivos. III.- Primeros pasos hacia la interpretación económica. 1.- La intencionalidad fraudulenta y los problemas de su determinación - Ley General Tributaria Española. 2.- Otro paso hacia la interpretación económica - el concepto de abuso de las formas jurídicas y los métodos económicos. -Alemania. 3.- El método de interpretación económica y el examen económico de los supuestos de hecho. 4.- El método de examen económico en la caracterización de los supuestos de hecho. 5.- La Economía de opción - Criterio de lo insólito del acto para su calificación como fraudulento. IV.- Evolución del principio de primacía de la sustancia sobre la forma. 1.- La sustancia legal y la sustancia económica. 2.- La valoración de los hechos frente a la ley. 3.- Consideraciones acerca del elemento de la intencionalidad en la obtención de un ahorro impositivo. 4.- Algunas doctrinas concebidas para contrarrestar la elusión fiscal. 4.1.- La doctrina Ramsay (*Ramsay doctrine*). 4.2.- La doctrina de las transacciones escalonadas o de los pasos o etapas intermedias (“*step transactions doctrine*”). 4.3.- La doctrina de los actos gerenciales anormales (*acte anormal de gestion*). 4.4.- El concepto de transacciones no naturales (*concept of unnatural transactions*). 4.5.- La doctrina del propósito del negocio. (*Business purpose doctrine*). 4.6.- La doctrina de la sustancia sobre la forma. (*Substance over form doctrine*). 4.7.- La doctrina de la sustancia económica (“*Economic substance*” or “*economic sham doctrine*”). 4.8.- Las cláusulas sectoriales antielusión - sistema italiano. V.- la defraudación y la elusión fiscal en Colombia. 1.- Análisis de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina colombianas frente a las cláusulas antielusivas. 2.- La cláusula general antielusoria y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. 3.- La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano y la elusión tributaria. VI.- El artículo VIII del estatuto tributario peruano - Conclusión.

## I. INTRODUCCION

La Norma VIII de la Sección Primera del Código Tributario Peruano –Instituciones y Principios– dispone que “al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria –SUNAT–, tomará en cuenta los actos situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”<sup>1</sup>

Esta disposición ha sido entendida en el Perú como la consagración legal de lo que en la doctrina internacional se denomina cláusula general anti-elusión o antiabuso, con fundamento en el principio de la realidad económica como método de interpretación de las normas tributarias, Esto es, que la “legislación fiscal pueda ser aplicada según la realidad y finalidad de los hechos económicos, prescindiendo de las formas y apariencias jurídicas optadas por los contribuyentes”.

Nos abstenemos de hacer comentarios sobre la norma peruana que autoriza a la Administración para decretar el fraude a la ley o el abuso de las formas jurídicas y sobre su técnica legislativa, en atención a que en realidad desconocemos la forma como ha operado en el Perú. Simplemente presentamos a consideración de los amables lectores algunos aspectos sobre el ilícito fiscal en sentido genérico, así como de la interpretación económica y el principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, desde una perspectiva de Derecho comparado.<sup>2</sup>

Sólo un comentario: el examen económico de los supuestos de hecho obedece a la aplicación del método teleológico o finalístico admitido por el Derecho probablemente en todos los países que se rigen por el sistema de código o de derecho privado.

## II. PROCESO DE EVOLUCION DE LAS DIFERENTES FORMAS DE ILICITO TRIBUTARIO Y SU ANTIJURIDICIDAD

---

<sup>1</sup> *Régimen Tributario Peruano, Legislación Económica* - LEGIS Perú S.A., Envío No. 7, Abril 2000 (num. 0038), pág. 7.

<sup>2</sup> Contiene apartes tomados de la ponencia “la Defraudación Fiscal y el Fraude a la Ley: Luces y sombras”, presentada por el Dr. Paul Cahn-Speyer en las Vigésimo Octavas Jornadas Colombianas de Derecho Tributario

## 1. El fraude fiscal en sentido genérico

A través de los tiempos se ha cuestionado si la defraudación fiscal (evasión) constituye el género del concepto “ilícito tributario” y si figuras como la denominada “elusión fiscal” o el “fraude a la ley tributaria” pueden clasificarse como especies dentro de tal género. Como adelante veremos, no hay unanimidad conceptual en la doctrina y la legislación universales. No obstante, valga desde ya precisar que de cualquier forma como se mire existe una diferencia fundamental entre los conceptos de sustraerse de la obligación tributaria a través de lo que comúnmente se denomina “elusión fiscal” y la defraudación al fisco mediante la evasión tributaria. En efecto, el fenómeno de la elusión difiere de la evasión principalmente en dos aspectos: a través de la elusión se evita que nazca la obligación tributaria, mientras que en la evasión se esconde la obligación tributaria; la elusión se realiza sin ocultamiento a la vista de la administración, al paso que la evasión persigue proporcionar falsa información a las autoridades fiscales. Así, el fraude fiscal se caracteriza por: a) declaraciones falsas o engañosas, y b) ocultación engañosa, requiriéndose la configuración de dos elementos: i) el elemento intencional (dolo), y ii) el elemento material (evasión del tributo).<sup>3</sup>

Hemos dicho que un sector de la doctrina califica la elusión fiscal como una especie del género “defraudación fiscal”. Para dilucidar este aspecto –o al menos para tener mayor claridad–, es necesario para que este último fenómeno se presente que se incurra en infracción o violación de las normas que definen el hecho generador y la obligación tributaria; dicho en otros términos: violación de la relación jurídico-tributaria expresada a través del carácter coactivo u obligatorio del deber de los ciudadanos frente al Estado según normas de derecho objetivo (obligación *ex lege*).

Abstenerse de incurrir en el hecho generador o elegir medios que no surgen de la norma fiscal para eludirlo, no encuadra dentro del concepto de fraude fiscal, por más teorías que la heurística humana conciba con fundamento en desarrollos que pretendan equiparar la violación directa de la ley con su violación indirecta. Estas interpretaciones tendentes a equiparar las violaciones directa e indirecta de la ley, echan por tierra la teoría

---

<sup>3</sup> Véase CAHN-SPEYER, W, Paul, “Legitimidad de la criminalización de algunas infracciones tributarias y condiciones mínimas para su establecimiento”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Tributario*, N° 52, Bogotá, 2002, pág. 45.

más aceptada del Derecho Tributario sobre el nacimiento de la deuda impositiva.<sup>4,5</sup>

Si bien todavía en la doctrina se discute si la obligación tributaria surge “*ex tunc*” con respecto a la situación de hecho y jurídica que tal obligación genera (constitutiva), o surge “*ex nunc*” con relación a los actos de determinación y de imposición (declarativa), al igual que la mayor parte de la doctrina, nos inclinamos por el carácter constitutivo de la obligación tributaria, conforme con los planteamientos que desde tiempo atrás hiciera el gran maestro Donato Achille Giannini. Así, la deuda impositiva y la posibilidad de su defraudación tienen su fundamento jurídico, es decir, su fuente, en la ley, o más precisamente en la situación que, según el ordenamiento tributario, es idónea para hacerla surgir.<sup>6</sup>

La obligación tributaria se origina únicamente en la realización del supuesto legal o hipótesis de aplicación de la ley. Cualquier tesis contraria de donde se desprenda que puede darse el fenómeno del fraude fiscal sin violación directa de la ley es –parodiando a Giannini– una “teoría movida por el deseo, tan generoso como lleno de peligrosas ilusiones de alcanzar en todo caso el ideal, necesariamente subjetivo, de la más perfecta justicia, pero absolutamente inaceptable”.<sup>7</sup>

## **2. El concepto de defraudación fiscal: conductas comisivas y omisivas**

La doctrina universal ha concebido –como en toda materia de derecho– un sin fin de posibles definiciones que compendian el concepto de fraude fiscal. Para facilitar el entendimiento conviene aquí tomar, sólo como un ejemplo, parte de la definición que trae el Estatuto Tributario colombiano para tipificar la sanción administrativa por inexactitud (art. 647). Veamos:

---

<sup>4</sup> Para describir la vinculación del fraude fiscal con el tiempo de nacimiento de la obligación tributaria, resulta apropiado remitirse al siguiente antecedente de la normatividad alemana: “la deuda impositiva nace al realizarse el presupuesto al cual la ley vincula el impuesto. En el nacimiento de la deuda no influyen ni el hecho de que el impuesto deba ser determinado, ni el momento en que esto ocurra, ni aquél en que aquélla venza y deba pagarse” (Ley de 16 de octubre de 1934).

<sup>5</sup> Véase GIORGETTI, quien desarrolla en forma profunda el nexo de la relación jurídico tributaria con la evasión. *ob. cit.*, págs. 83 y sig.

<sup>6</sup> GIANNINI, Achille Donato, *Instituciones del Derecho Tributario*, (Trad. del italiano por Fernando Sáinz de Bufanda, Madrid, 1967, págs. 70 y sig.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pág. 71.

Constituye fraude fiscal “(...) en las declaraciones tributarias, la omisión de ingresos, de impuestos generados por las operaciones gravadas, de bienes o actuaciones susceptibles de gravamen, así como la inclusión de costos, deducciones, descuentos, exenciones, pasivos, impuestos descontables, retenciones o anticipos inexistentes y, en general, la utilización en las declaraciones tributarias, o en los informes suministrados a las oficinas de impuestos, de datos o factores falsos, equivocados, incompletos o desfigurados, de los cuales se derive un menor impuesto a pagar, o un mayor saldo a favor para el contribuyente o responsable (...)”.<sup>8</sup>

Determinemos ahora algunas conductas o elementos que le sobran o le faltan a esta tipificación frente al concepto que la mayoría de los países ha adoptado sobre lo que constituye defraudación fiscal.

Desde luego falta incluir como posible conducta típica penalmente sancionable la omisión de presentar ante las autoridades las declaraciones e informes tributarios, porque ésta es una forma de ocultar el hecho imponible y la obligación tributaria. Por otro aspecto, hay que decir que el suministro de datos o informaciones equivocados no puede constituir materia de tipificación de ilícito o delito alguno, porque el error nunca puede ser objeto de sanción.

El fraude fiscal, también denominado evasión fiscal, es un ilícito o un delito cometido con dolo o intención; es decir, saber y querer incurrir en los elementos y características del presupuesto objetivo contravencional o criminal determinado por la ley. El sujeto infractor debe estar conciente de que realiza la hipótesis y debe querer su consumación.

De lo anterior se desprende que el dolo debe abarcar todos los elementos

---

<sup>8</sup> Hemos querido plantear como parte del concepto de lo que constituye fraude fiscal este fragmento de la tipificación de la sanción administrativa de inexactitud en Colombia, a fin de realizar una labor dogmática en dos sentidos: 1) Crear conciencia de que buena parte lo que la sanción por inexactitud reprime es aquello que en otros países constituye delito penal de defraudación fiscal; y 2) Presentar una mejor técnica de tipificación del delito de fraude fiscal, en contraste con la utilizada en los sendos fallidos proyectos en que se ha pretendido criminalizar en Colombia la defraudación fiscal. Esta descripción de la conducta típica que en Colombia hoy se sanciona administrativamente, si bien es quizá algo casuista, es acertada en la no inclusión de conductas elusivas. Incurrir en el error de condicionar la tipificación a que se derive un menor impuesto a pagar o un mayor saldo a favor, derivándose que durante muchos años las pérdidas originadas en fraude fiscal no constituyeron base de sanción.

típicos objetivos del delito o la infracción. En particular, por lo que respecta a las modalidades omisivas, debe abarcar las siguientes: 1) conocimiento de que concurre en una situación típica, esto es de la existencia de una relación jurídica tributaria con el fisco, generadora de deudas tributarias; 2) conocimiento de la omisión de la declaración tributaria; 3) conocimiento de la capacidad individual y concreta para elaborar la correspondiente declaración tributaria; 4) conocimiento de la producción del resultado típico; y 5) conocimiento de que ese resultado es evitable con la realización de la acción jurídicamente debida.<sup>9</sup>

Usualmente, en la defraudación tributaria, trátase de infracción o delito, es normal que las circunstancias atenuantes no ejerzan un papel significativo, porque ésta se verifica cuando concurren los elementos objetivos y subjetivos del ilícito sancionado.<sup>10</sup>

Es natural que no constituya infracción sancionable a título de defraudación fiscal –en los términos del artículo 647 del Estatuto Tributario colombiano–, “cuando el menor valor a pagar que resulte en las declaraciones tributarias se derive de errores de apreciación o de diferencias de criterio entre las oficinas de impuestos y el declarante, relativos a la interpretación del derecho aplicable, siempre que los hechos y cifras denunciados sean completos y verdaderos”. No se trata, pues, de circunstancias atenuantes o justificativas de delito o infracción. Simplemente del error de apreciación o de las diferencias de criterio no puede surgir infracción o delito sancionable. Es un hecho que un confuso cúmulo de normas que regulan de manera inestable y contradictoria las relaciones jurídico-tributarias, a menudo constituye el origen de erróneas interpretaciones de la legislación fiscal. En el mismo sentido, las interpretaciones administrativas y jurisdiccionales sobre el alcance de las normas tributarias, contradictorias y discutibles, también llevan a los contribuyentes al error.

Las contradicciones y oscuridades legales e interpretativas igualmente son susceptibles de engendrar comportamientos elusivos, de ninguna manera tipificables como fraude fiscal. Líneas adelante se encuadra este

---

<sup>9</sup> GARCIA PALACIOS, Jacobo, “Fraude Tributario y Derecho Penal”, en <[www.ciat.org/doc/pape/Ponencias/jacobo\\_garcia.pdf](http://www.ciat.org/doc/pape/Ponencias/jacobo_garcia.pdf)>, pág. 6.

<sup>10</sup> Véase a KRUSE, Heinrich Wilhelm, “El Ahorro de impuestos, la elusión fiscal y la evasión”, (Trad. del alemán por Gonzalo Cervera Aguilar y López), *Tratado de Derecho Tributario*, dirigido por Andrea Amatucci, Tomo II, Temis, Bogotá, 2001, pág. 603.

fenómeno dentro del concepto de elusión fiscal a través de la interpretación de la norma.

Otro aspecto importante al cual se hizo referencia en el acápite anterior es la necesidad de que la defraudación tributaria sea el resultado de una infracción directa de las normas tributarias; es decir, debe cumplirse el principio de la legalidad penal o sancionatoria.<sup>11</sup>

Para complementar el concepto casuista de fraude fiscal que hemos presentado a partir de la descripción típica de una parte de la sanción por inexactitud tipificada en el Estatuto Tributario colombiano,<sup>12</sup> acudimos a una definición conceptual sencilla, no casuista, mucho más amplia, que Giorgetti expone a manera de síntesis: Evasión tributaria es “cualquier hecho, comisivo u omisivo, del sujeto pasivo de la imposición (se debe agregar terceros partícipes y cómplices) que contravenga o viole (directamente) una norma fiscal y en virtud de la cual una riqueza imponible en cualquier forma resulte sustraída, total o parcialmente, al pago del tributo previsto por la ley”.<sup>13,14,15</sup>

Dentro de este concepto de defraudación fiscal se contemplan los dos supuestos básicos del fraude tributario: la ocultación de la base imponible real<sup>16</sup> y la simulación. Cuando se oculta o se finge se encubre el presupuesto de la obligación tributaria a espaldas o por fuera de la vista de las

---

<sup>11</sup> Desde luego que la estructuración sancionatoria, penal o administrativa, debe igualmente observar los principios de antijuricidad, punibilidad y culpabilidad, presupuestos estos de importancia suma que no corresponde a este trabajo analizar.

<sup>12</sup> La conducta de la omisión del pago de impuestos liquidados, en algunos países está tipificada como fraude fiscal. Recuérdese que en Colombia, por mandato constitucional, no se pueden imponer penas privativas de la libertad por deudas (art. 28 CP). La omisión del pago del IVA y de retenciones en la fuente no se tipifica como defraudación fiscal. Constituye delito de peculado (art. 402 C. Penal).

<sup>13</sup> GIORGETTI, *ob. cit.*, pág. 107.

<sup>14</sup> Lo entre paréntesis ha sido agregado por el autor.

<sup>15</sup> Según Kruse, refiriéndose a la ley penal alemana, en el delito de evasión fiscal también incurre cualquier sujeto mediante declaraciones escritas u orales a la administración tributaria o a cualquier otra autoridad, con respecto a hechos de notable relevancia fiscal relativos a explícitas obligaciones jurídicas (deberes de colaboración), en la medida en que tengan un nexo causal con la defraudación tributaria propiamente dicha. “El ahorro de impuestos, la elusión fiscal y la evasión”, *ob. cit.*, págs. 602 y 603.

<sup>16</sup> A través de omisión de ingresos, solicitud de gastos, descuentos o beneficios irreales en general.

autoridades fiscales. Cuando se simula se presenta ante tales autoridades un negocio jurídico falso, porque las partes en la realidad civil o comercial no desean celebrarlo. El primer supuesto no deriva mayor complicación. El problema de la simulación es harto complicado porque se confunde con la elusión tributaria o fraude a la ley.

### **3. Concepciones tradicionales sobre planeación tributaria, elusión y evasión**

Probablemente ante la precaria aplicación efectiva que en nuestro medio han tenido estos conceptos, la planeación o planificación se confunde en las culturas jurídica y popular con el fenómeno de la elusión, y éste con el de evasión. Conceptos estos que la doctrina y la jurisprudencia de diferentes naciones han definido de diversas formas bajo el tinte de la subjetividad y, porqué no decirlo, muchas veces consultando intereses particulares.

Porque apenas tendría una importancia relativa para los fines de este trabajo, nos abstenemos de presentar un recuento detallado sobre las diferentes concepciones, definiciones, clasificaciones y subclasificaciones que la doctrina a través de los tiempos ha elaborado para describir las diferentes formas de huir de las obligaciones impositivas.

Valga sin embargo mencionar, una vez más, que la doctrina, de modo difuso, impreciso y dispar, sin sustento legal ni jurídico fácilmente identificable, ha planteado las expresiones “elusión” como género y “evasión” como especie, y viceversa. Así, entre nosotros, Alejandro Ramírez Cardona, influenciado por doctrina internacional, considera que la elusión del impuesto reviste tres modalidades distintas: la evasión, la remoción o abstención y la traslación, posicionando las últimas dos como formas lícitas de excluirse de las cargas impositivas.<sup>17</sup> Otros varios autores han calificado la “evasión” como un género, subdividiéndola en “legal” o “legítima” e “ilegal o “ilegítima”, a fin de distinguir la elusión del impuesto no violatoria de la ley (luego lícita), de las transgresiones a la misma. También la doctrina de antaño más avanzada hacía el corte distintivo entre la elusión lícita de planificación fiscal por la vía de la abstención y la interpretación y la elusión realizada a través de la “violación indirecta” de las normas fiscales que, a pesar de engendrarse en un es-

---

<sup>17</sup> RAMÍREZ CARDONA, Alejandro, *Derecho Tributario*, Temis, cuarta edición, 1990, págs. 331 a 334.



guiñe a la ley realizado por medio de artificios, se entendía como no constituyente de infracción directa o “evasión”.<sup>18</sup>

Tal vez las definiciones o precisiones inveteradas más ajustadas a las realidades de hoy para establecer diferencia entre la elusión y la evasión fiscales las presenta Hernando Sierra Mejía, partiendo de Giuliani Fonrouge y luego de estudiar a múltiples autores, así:

“Giuliani Fonrouge la define (la elusión) como ‘la autorización de formas o estructuras jurídicas autorizadas, con el propósito de aliviar la carga tributaria’; y agrega que ‘la sola circunstancia de que el contribuyente recurra a formas o estructuras en manifiesta discordancia con las que normalmente se usarían en el caso, para disminuir la carga fiscal, no constituye acto punible’”.

Cabe afirmar, en consecuencia, que hay elusión cuando el sujeto pasivo evita que surja la obligación tributaria, disminuye su cuantía o pospone su exigibilidad, empleando para tal fin estrategias expresa o implícitamente contenidas en la ley.

La evasión, por contraste, es cualquier forma de incumplimiento de una obligación tributaria sustancial legalmente causada y constituye por lo tanto conducta sancionable por infringir (directamente) el régimen legal del impuesto”.<sup>19,20</sup>

Ha habido consenso entre los diferentes autores en que la planeación tributaria –que algunos la han identificado con la elusión y otros no– comprende, como mínimo, las conductas que implican la abstención de realizar el hecho gravable (remoción del impuesto) y el ahorro impositivo obtenido a través de estrategias tributarias autorizadas por la ley o derivadas de ésta. Una forma más osada de planeación incluye el aprovecha-

---

<sup>18</sup> Según Eusebio González García y Ernesto Lejeune, cuando Blumenstein, Hensel o Antonini se refirieron a la elusión (no realización del hecho imponible) y evasión (realización del hecho imponible ocultando su conocimiento a la Administración) no se fijaron en la existencia del fraude a la ley: GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio y Ernesto LEJEUNE, *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria Ediciones, Salamanca, 1997, pág. 334.

<sup>19</sup> SIERRA MEJIA, Hernando, “El derecho y el revés del impuesto - Legalidad tributaria y evasión”, *ob. cit.*, pág. 193: Transcripción de GIULIANNI FONROUGE, Carlos M., *Derecho Financiero*, Vol II, 3 edición, Ed De Palma, Buenos Aires, 1978, págs. 573-584.

<sup>20</sup> Lo señalado entre paréntesis es nuestro.

miento de las deficiencias de los textos legales y de los errores de técnica en que incurre el legislador, a riesgo de que ello no se efectúe de manera razonable ni imparcial, sino de forma arriesgada o temeraria. Allí es donde termina el sutil lindero que divide la elusión por la vía de la planificación fiscal –hoy denominada técnicamente como economía de opción– y algunos actos constitutivos de evasión tributaria sujetos a sanciones penales o administrativas –hoy calificados jurídicamente como defraudación o fraude fiscal–.

Fernando Sáinz de Bujanda describía el fenómeno utilizando la terminología tradicional más aceptada, así: “El concepto de evasión tributaria plantea (...) muy delicados problemas de calificación, ya que, según sea aquél más o menos amplio, podrá considerarse que constituye una modalidad de infracción o, por el contrario, un comportamiento lícito dirigido a eludir, sin quebrantamiento de normas jurídicas, determinadas cargas tributarias”.<sup>21</sup>

Un grado mayor de osadía puede revestir lo que en lenguaje usual también se denomina “planificación tributaria” con miras a la ejecución de actos o negocios mercantiles mediante el uso y el abuso de las formas jurídicas, a fin de eludir u ocultar los hechos imponderables configurativos de la obligación tributaria. Páginas adelante se describen y analizan estos fenómenos, que con insegura sutileza se encuadran dentro de los conceptos jurídicos de “economía de opción”, fraude a la ley y/o abuso de las formas jurídicas y simulación.

Se concluye este aparte observando que la verdad de ayer ya no es la de hoy, y la de hoy no es la que será mañana, para significar que los conceptos que hemos aprendido han evolucionado y lo continuarán haciendo.

#### **4. Rasgos de la noción de “economía de opción” y legislaciones y tendencias doctrinarias que equiparan sus efectos con los derivados de comportamientos elusivos**

Ante la dificultad que ofrecen las doctrinas para derivar de estas concepciones claras y que sirvan para todo propósito, y las no pocas inseguridades y hasta contradicciones en que tropiezan algunos autores, basta con

---

<sup>21</sup> SAINZ DE BUJANDA, Fernando, *Análisis Jurídico del hecho imponible*, Hacienda y Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, IV, 1966, pág. 604.

decir que en este trabajo se ha llegado a la conclusión que el término “economía de opción” es sinónimo de “planeación o planificación tributaria”. Así, la caracterización que sobre este comportamiento se ha efectuado en la sección anterior corresponde a lo que en esencia se denomina “economía de opción”.

Un criterio simple para diferenciar la economía de opción de la elusión es que en ésta se evita que se realice el hecho imponible, pero no mediante una conducta de no realizar nada, sino de ejecutar dentro de la realidad (sin simulación) actos no gravados, o gravados a una tarifa inferior.<sup>22</sup> Pero la economía de opción no sólo implica abstención; también incluye los casos en que la ley permite al contribuyente elegir entre varias opciones de negocios con correlativos tratamientos impositivos diferentes y este elige el que conduce a un mayor ahorro fiscal; como es el caso del contrato de leasing: el contribuyente desea celebrar un contrato de mutuo (empréstito) pero por razones de impuestos opta por la figura del arrendamiento financiero o leasing. Sin embargo, existen legislaciones e interpretaciones que equiparan y pretenden equiparar los efectos de comportamientos elusivos a los que se derivan de la economía de opción; es decir, la plena licitud. Veamos:

Se ha sostenido sin mayor sindéresis por algún importante de la doctrina y en algunas jurisprudencias que el contribuyente tiene el derecho de configurar y planificar sus operaciones y negocios de la forma que tenga por más conveniente y de tratar de reducir de este modo en todo lo posible su carga fiscal.<sup>23</sup> Probablemente este discurso, tan abierto y libre de ataduras que indefectiblemente se repite y se repite, surgió como consecuencia de la jamás olvidada jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos que data del año 1935: “cualquiera puede arreglar sus asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible; no está obligado a elegir la fórmula más productiva para la tesorería, ni aún existe el deber patriótico de elevar sus propios impuestos”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Véase AMOROS, Norberto, “La elusión y evasión tributaria”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, N° 59, Madrid, 1965, págs. 597-598.

<sup>23</sup> Véase PALAO TABOADA, Carlos, “Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria”. En <[www.minhac.es/ief/Seminarios/sesiones/tri.pdf](http://www.minhac.es/ief/Seminarios/sesiones/tri.pdf)>, pág. 25.

<sup>24</sup> Gregory vs Helvering, 293 U.S (1935).

Comentando esta sentencia, Giuliani Fonrouge, siguiendo a dos grandes precursores y filósofos del Derecho Tributario, Hensel y Micheli, expuso: “La sola circunstancia de que el contribuyente recurra a formas o estructuras jurídicas en manifiesta discordancia con las que normalmente se usarían en el caso, para disminuir la carga fiscal, no constituye acto punible, (...) ya que ese proceder no importa violación de la ley, sino impedir el nacimiento de la pretensión tributaria evitando el hecho imponible, o de otro modo dicho, crear la circunstancia generadora del crédito fiscal en forma distinta de la prevista por la ley, atribuyéndole la apariencia de un acto jurídico gravado con menor intensidad o no gravado, de manera tal que no puede castigarse como una sustracción del impuesto, ni como defraudación”.<sup>25</sup>

Debe observarse que la concepción de Giuliani Fonrouge –con la cual estamos en un todo de acuerdo– no es coherente ni guarda la pretendida relación con el texto de la frase que en forma aislada se ha tomado de la sentencia americana, y que él recoge como premisa para formular su conclusión. Giuliani Fonrouge concluye que el abuso de las formas jurídicas por parte del contribuyente –que denomina elusión– no debe ser penalizado, afirmación que no guarda debida proporción con el enunciado literal de la sentencia norteamericana, que de cualquier manera aisladamente considerada pregona la total emancipación de los contribuyentes para elegir las formas jurídicas frente a la ley tributaria. Una cosa es que tal conducta no deba comportar sanción y, otra, muy diferente, que sea lícita y aceptada por el Derecho tributario, comoquiera que en muchos países aparece la nulidad del negocio elegido para efectos fiscales, tal como el propio autor argentino lo describe líneas adelante en la misma obra.<sup>26,27</sup>

---

<sup>25</sup> GIULIANI FONROUGE, Carlos M, *Derecho Financiero*, Vol II, Cuarta Edición, Depalma, Buenos Aires, 1990, págs. 745-746.

<sup>26</sup> *Ibidem*, pág. 74

<sup>27</sup> Como dato curioso en Argentina la elusión fiscal –según informa Giuliani Fonrouge– fue una figura sancionable como defraudación fiscal desde el 28/5/46 hasta el 21/11/78, cuando la ley 21.858 derogó la infracción. Desde 1974 hasta 1978 tal “defraudación fiscal” era sancionable penalmente cuando se hacía valer ante la autoridad fiscal formas y estructuras jurídicas manifiestamente inapropiadas para configurar la operación gravada por la ley, cuando razonablemente fuese posible juzgar que ha existido intención de evitar el impuesto. Esta norma pretendió copiarse de la legislación alemana, sin reparar que en dicha nación el abuso de las formas jurídicas no ha sido sancionada penalmente, ni en la actualidad lo es. *ob. cit.*, págs. 745-747.

La realidad es que esta autonomía del contribuyente, libre de toda atadura mientras no se viole la ley, que aparentemente pregona la frase tomada fuera de contexto la sentencia de marras, ha sido impulsada, privilegiada y prolongada a través del tiempo más en interés de las empresas que en desarrollo de una doctrina seria y estable del Derecho tributario.

El profesor argentino Vicente Oscar Díaz, en locuaz e interesante ponencia que sobre el tema “Criminalización de las infracciones tributarias”, presentó ante las XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en 1998 en Portugal, restringe de modo apropiado el alcance de la doctrina que emana del citado fallo de 1935, Gregory vs Helvering, haciendo referencia a que la propia administración tributaria argentina, por medio de jurisprudencia administrativa ha establecido que los contribuyentes tienen derecho a la elección de la forma de sus actos jurídicos de la manera que resulten tributariamente más beneficiosa, siempre que no se acuda al abuso de las formas jurídicas para quedar fuera del ámbito de la imposición, porque en este supuesto la conducta del contribuyente sería antijurídica.<sup>28</sup> Luego de destacar esta premisa, evitando inmiscuirse en el estrecho y no siempre fértil terreno de establecer diferenciaciones, concluye que la técnica de *tax planning* utilizada por los grupos de sociedades no en todos los casos se transforma en una utilización abusiva de normas para evitar la debida imposición. A partir de la incuestionable realidad de esta afirmación, formula severas críticas a las legislaciones que para evitar los abusos al derecho establecen desproporcionadas prohibiciones y restricciones, como es el caso de los negocios celebrados con entidades ubicadas en paraísos fiscales, que no siempre corresponden a lo que algún autor ha denominado “ataúdes fiscales”. En términos generales hace acertados planteamientos en contra de los excesos en que incurre el legislador para evitar y prevenir el fraude fiscal y el fraude a la ley, como en algunos eventos de los precios de transferencia y las normas que previenen la práctica elusiva de la llamada *thin capitalization of companies* y los efectos que se desprenden del *dividend washing*, etc.<sup>29</sup>

Esta censura dirigida contra la proliferación de intervenciones de la ley en procura de cerrar las posibilidades a los contribuyentes para adoptar economías de opción o elusiones en general, es en todo justificable porque

---

<sup>28</sup> DIAZ, Vicente Oscar, “Criminalización de las infracciones tributarias”, *XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, ILADT, Lisboa, Libro IV, 1998, pág. 101.

<sup>29</sup> *Ibidem*, págs. 101 y sig.

no se debe permitir que la causa impositiva y fiscalizadora entorpezca el normal desempeño de las actividades mercantiles.

En pleno desacuerdo con las prohibiciones o ficciones excesivas, por considerar que son inaceptables en Derecho tributario, el eminente e ilustre maestro de Nápoles, profesor Andrea Amatucci, hace una serie de precisiones fenomenológicas en torno de la tendencia natural de los contribuyentes de eludir cargas impositivas y la actuación del Estado para contrarrestar tales prácticas. Bajo la influencia de la legislación italiana, acaso en la actualidad la más laxa y permisiva entre los países desarrollados,<sup>30</sup> porque como adelante veremos identifica una concepción muy amplia de elusión tributaria lícita con la noción de economía de opción, sostiene que en estos eventos “el derecho se construye no con base en el hecho, sino el hecho con base en el derecho”.<sup>31</sup> “La elusión constituye aún un concepto abstracto y vago en el ámbito de la delicada relación que transcurre entre forma y sustancia y que se coloca en su base. De hecho el contribuyente a través de la elusión trata, abusando de las formas jurídicas, de utilizar la distinción entre la sustancia del presupuesto de hecho legal y la forma de ésta”.<sup>32</sup> “Los contribuyentes de forma preliminar estudian las “fisuras” del sistema que carecen de protección elusiva (...) para elaborar prácticas elusivas en dichos ámbitos”.<sup>33</sup> “La elusión es un comportamiento a través del cual son respetadas las normas pero se aprovecha de sus imperfecciones creando una escapatoria. En tal sentido, la elusión es consecuencia del ejercicio de la autonomía privada en función de las normas tributarias.”<sup>34</sup>

El profesor Amatucci hace estos planteamientos desde la perspectiva de lo que consiente la ley italiana, según la cual todo está permitido en derecho tributario mientras no se infrinjan en forma directa las normas jurídicas y, desde luego, no se incurra en simulación. “(...) El abuso y el fraude a la ley con fines elusivos son permitidos en líneas generales por el

---

<sup>30</sup> La legislación italiana en esta materia es más distendida que la de muchos países subdesarrollados.

<sup>31</sup> AMATUCCI, Andrea, *El Ordenamiento Jurídico Financiero*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, pág. 310.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pág. 308.

<sup>33</sup> *Ibidem*, pág. 309.

<sup>34</sup> *Ibidem*, págs. 309 y 310.

ordenamiento tributario italiano”.<sup>35</sup> Es decir, sus efectos son equivalentes a los de la simple planeación tributaria o la economía de opción. Pero ésta es una excepción en la comunidad europea y, en general, en los países desarrollados y, aún, en varios de los pertenecientes al tercer mundo.

Con miras a equiparar comportamientos elusivos con los efectos lícitos que se desprenden de la economía de opción, Miguel Pérez de Ayala ha concebido una ingeniosa tesis según la cual si los actos practicados por el contribuyente para evitar, retardar o reducir el pago del impuesto fueron efectuados con antelación a la realización del hecho imponible, debe tratarse como una simple economía de opción, en virtud del ejercicio de un derecho dispositivo ante una obligación tributaria que no ha nacido y, a ciencia cierta, no se sabe si nacerá (mientras no se engendre simulación). Sólo si se efectúan en la misma realización del hecho imponible, se trata de un acto ilícito.<sup>36</sup> Puede aducirse que *stricto sensu* no debe admitirse este criterio, porque la licitud o ilicitud de una actuación no ha de juzgarse según el momento en que ésta se verifica. No obstante, desde una perspectiva práctica, esta distinción puede derivar efectos, ante la enorme dificultad para demostrar la intención del contribuyente. Este aspecto reporta gran importancia para la evaluación del artículo bajo estudio por lo que se trata en el aparte siguiente.

### **III. PRIMEROS PASOS HACIA LA INTERPRETACION ECONOMICA**

#### **1. La intencionalidad fraudulenta y los problemas de su determinación - Ley General Tributaria Española**

El tema de la intencionalidad fraudulenta en el fraude a la Ley es algo que preocupa hondamente al maestro Eusebio González García. Es difícil encontrar alguna materia de Derecho tributario en que él no ofrezca una solución. En este tópico, admitiendo resignación, no ofrece ninguna.<sup>37</sup> La verdad es que recaudar la prueba de la intención fraudulenta

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 313.

<sup>36</sup> PEREZ DE AYALA, Miguel, “Elusión fiscal versus conductas ilícitas: una cuestión pendiente de solución”, *Boletín de Información Tributaria*, N° 1, Universidad de San Pablo CEU, Madrid, 2002, págs. 14 y sig. También en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, N° 260, 2001.

<sup>37</sup> GONZALEZ G. y LEJEUNE, *ob. cit.*, págs. 338 a 342.

resulta muy difícil, porque es prácticamente imposible penetrar en la conciencia o voluntad de la gente sin riesgo de equivocarse; determinar con certeza ese intento evasivo es una empresa riesgosa y no se puede asegurar que en tal tarea se pueda alguien mover sin peligro de equivocarse.<sup>38</sup>

Aunque el profesor González G. considera, ante la exigua operancia del fraude a la Ley tributaria, que la mejor forma para combatir la elusión fiscal es a través de cláusulas particulares que incorporen ficciones y presunciones, con algo de ironía expresa que la aplicación de la figura del negocio indirecto mientras operó fue exitosa, al manifestar: “la primera duda que asalta al intérprete es de carácter metodológico, y consiste en averiguar si el éxito del art.25 obedece: a) sus propias virtudes; b) a que dentro de él cabe también el art.24 (C.Palao); c) a que el art.24 (que rige el fraude a la Ley) es prácticamente inaplicable (E. González) ...”.<sup>39</sup>

La verdad es que la amplísima facultad de calificación de los hechos imponible conforme a criterios económicos que se concedía a la administración mientras estuvo en vigor la redacción originaria del artículo 25 de la Ley General Tributaria Española<sup>40</sup> (en adelante LGT), sin duda era un arma mucho más eficaz de lucha contra la elusión fiscal, que el expediente de fraude de Ley. Empero, en realidad, equivalía a una consagración de la doctrina de la interpretación económica de las normas tributarias, que se consideró inconciliable con la seguridad jurídica.

Por esta razón, la Ley 25/1995 eliminó el contenido primitivo del artículo 25, disponiendo en el inciso 2 del artículo 28<sup>41</sup> de la misma Ley que la calificación de los hechos se hiciera atendiendo la naturaleza jurídica de éstos.<sup>42</sup>

---

<sup>38</sup> ROMERO DEL PRADO, Víctor N., *Fraude a la Ley*, Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XII, pág. 688.

<sup>39</sup> GONZALEZ G. y LEJEUNE, *ob. cit.*, págs. 361-363 a 366

<sup>40</sup> LGT Art. 25.3: “Cuando el hecho imponible se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.”

<sup>41</sup> El artículo establecía que el “tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho imponible”

<sup>42</sup> Véase PALAO TABOADA, Carlos, “El atolladero del fraude a la Ley tributaria, Comentario a la STSJ de la Rioja de 9 de febrero de 2000, en <[www.minhac.es/ief/Seminarios/seccionesdoc/tri.pdf](http://www.minhac.es/ief/Seminarios/seccionesdoc/tri.pdf)>, pág. 21.



A partir de entonces y hasta la vigencia de la nueva LGT recién aprobada, la administración tributaria española no ha tenido más remedio que luchar contra la elusión a través del mecanismo de fraude a la Ley, obteniendo precarios resultados.

De todas maneras es probable que, como atrás se expuso, con la nueva LGT, en vigencia a partir del 1 de julio de 2004, el mecanismo de examen económico a los negocios indirectos estará muy pronto en boga en España. En palabras del abogado del Estado, Herrero de Egaña ....., “la frontera entre la economía de opción y el fraude se sitúa ahora en la existencia de efectos jurídicos directos relevantes que justifiquen la utilización del negocio jurídico empleado. En adelante la expresión ‘*business purpose test*’ (análisis del propósito mercantil típico) comenzará a ser familiar”.<sup>43</sup>

La derogatoria del artículo 28.2 de la antigua LGT, que había sido introducido por la Ley 25 de 1995 para reforzar la supresión de la obligación de atender a la “verdadera naturaleza económica” del negocio, que en su texto establecía que el “tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho imponible”, constituye una luz adicional para adivinar que el propósito de la nueva LGT es la flexibilización del formalismo jurídico en la aplicación de las leyes tributarias, como medio de lucha contra la elusión fiscal.

En lo que toca con el fraude a la Ley propiamente dicho frente a la nueva LGT, hay que decir que si bien ésta no hace referencia expresa a tal denominación, se deduce que lo regula porque supedita su configuración a la evitación total o parcial de la realización del hecho imponible, mientras concurren las siguientes circunstancias: 1) de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios; es decir, la obtención de unos resultados económicos similares a los derivados del hecho imponible cuya esfera de acción pretende esquivarse;<sup>44</sup> 2) la obligación de aplicar la norma que hubiera correspondido a

---

<sup>43</sup> HERRERA DE EGAÑA... *ob. cit.*, pág.3.

<sup>44</sup> Véase: GONZALEZ G. y LEJEUNE, *ob. cit.*, págs. 335-336. Adicionalmente sostienen que “esta circunstancia no puede entenderse de forma tan amplia que se castigue la posibilidad de conseguir unos mismos objetivos económicos a través de diversos caminos jurídicos”. Necesariamente debe violarse la *ratio legis* del precepto en cuestión, porque la Ley tributaria no puede prohibir la consecución de determinados resultados económicos por una vía diversa de la prevista por el legislador.

los negocios usuales o propios para poder exigir el tributo; y 3) se liquidarán intereses de mora, sin que proceda la imposición de sanciones.

El artículo 15 de la nueva LGT<sup>45</sup> de seguro va a crear muchas controversias en su aplicación, porque parece presentar en forma entremezclada –sin distingo o atribución a uno u otro– los requisitos para la configuración del negocio jurídico indirecto y del fraude a la Ley. Habrá quienes aleguen el cumplimiento de todos los requisitos allí exigidos indiscriminadamente para la configuración tanto del negocio indirecto como del fraude de Ley. Bajo la perspectiva de un análisis literal exegético tendrían razón.<sup>46</sup>

En lo que concierne a la configuración del negocio jurídico indirecto, para que las autoridades puedan eliminar de forma directa las ventajas fiscales obtenidas, aparentemente sin entrar en la parafernalia del fraude a la Ley, concurren las siguientes circunstancias: 1) que, los negocios individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido; 2) la facultad de eliminar las ventajas fiscales obtenidas; y 3) la liquidación de intereses de mora, sin que proceda la imposición de sanción. Así, el negocio indirecto, que antes de su derogatoria por la Ley 25/1995 era sancionable, ahora ya no lo será.

---

<sup>45</sup> “Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias: a. Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido. b. Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios. 2. Para que la administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta Ley.3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo, se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

<sup>46</sup> El problema de interpretación que surge se agrava aún más si se considera que en el numeral 1 se exige, tanto para la conformación del fraude a la Ley, que requiere la aplicación del hecho imponible evitado, como para la corrección directa de la minoración de la “base o la deuda tributaria” en los negocios indirectos, “que concurran las siguientes circunstancias...” (todas).

No parece razonable la posibilidad de desnaturalizar el fraude a la ley tributaria, que se desprende de la interpretación literal del artículo 15 de la nueva LGT, permitiendo que sea posible eliminar en forma directa las ventajas fiscales obtenidas, sin la obligación de aplicar la norma que consagra el hecho imponible eludido, requisito que es de la esencia del fraude de Ley.

De seguro que con tropiezos la doctrina y la jurisprudencia lograrán aclarar o reconducir esta tipificación que a nuestro juicio es equívoca. También es posible que la imprecisión obedezca a la realización de una reforma soterrada para que por la vía reglamentaria o jurisprudencial se llegue a la institución que, desde mucho tiempo atrás, rige en Alemania bajo la denominación de abuso de las formas jurídicas. Quizás, se pretende, sin crear una gran alarma social, una flexibilización del formalismo jurídico que en alta dosis hoy todavía impera en España.

De todas maneras, míresele como se le mire, las protestas y críticas no solo se harán sentir por la técnica legislativa utilizada. Algunos protestarán alegando que se trata de la ruina de la economía de opción y, con ello, de la autonomía de la voluntad. En la orilla contraria, otros tildarán la reforma como demasiado laxa, porque los sujetos que defraudan la Ley quedan libres de ser sancionados.<sup>47</sup>

Finalmente, para cerrar esta sección, se comentan dos de las tantas recomendaciones que en relación con el proyecto de Ley de la LGT impartió la Comisión Asesora creada mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Hacienda de 15 de junio de 2000(RCL 2000, 1849)<sup>48</sup> y que fueron acogidas por la Ley aprobada:

- El ánimo de eludir el tributo, debe existir y probarse por la Administración, aunque sea mediante indicios. Pero quizá sea preferible, por razones prácticas, eliminar toda referencia directa a ello, tanto para evitar que se exija con excesivo rigor la prueba

---

<sup>47</sup> Ni la exposición de motivos del proyecto de Ley de la nueva LGT num. 121/000155 presentado por el Gobierno, ni el Dictamen de la Comisión del Senado al presentar el proyecto de LGT, dan luces sobre la problemática de interpretación líneas atrás planteada. Véase Boletín Oficial de las Cortes Generales num.155-1, 6 de junio de 2003, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, en <[www.datadior.com/actual/reformalgt/pn\\_lgt\\_expo.htm](http://www.datadior.com/actual/reformalgt/pn_lgt_expo.htm)>.

<sup>48</sup> Véase <[www.datadior.com/actual/reformalgt/ilgt002a.htm](http://www.datadior.com/actual/reformalgt/ilgt002a.htm)>, págs. 10 y 11.

de este ánimo, como para evitar, en el polo opuesto, que la mera existencia de un móvil fiscal (que siempre existe, y es en principio legítimo) lleve a pensar que se trata de un fraude de Ley.

No obstante, en opinión del profesor César García Novoa, el silencio en la nueva LGT sobre la intencionalidad obedece a la superación del sesgo subjetivista del artículo 24 de la antigua LGT, que exigía que los actos en fraude se realizasen “con el propósito de eludir el tributo”, con la consiguiente objetivización en la aplicación de la nueva cláusula, acudiendo al concepto de fórmulas notoriamente artificiosas o impropias para la consecución del resultado obtenido. Además, la idea de “motivo económicamente válido”, que está en el trasfondo de la nueva cláusula general antielusión, se concibe a partir de finalidades objetivas tendentes a obtener la rentabilidad económica conforme con el “propósito mercantil”, de la que el contribuyente no se puede apartar para buscar exclusivamente una ventaja fiscal.<sup>49</sup> Este análisis es claro en lo que respecta al negocio jurídico indirecto, pero no lo es respecto del fraude a la ley, a menos que en realidad se entienda que ambas figuras se entremezclaron, aunque en forma confusa según nuestra opinión.

- Deben suprimirse las vigentes referencias a la “norma eludida”, pues en el fraude de Ley no se elude una norma concreta, sino la realización del hecho imponible y, por tanto, del tributo que lo grava (ejemplo: aprovechándose de una laguna).

El fraude de Ley *stricto sensu* no se debería configurar si el sujeto aprovecha la existencia de una laguna, porque si ésta existe y es aprovechable, es porque el supuesto hecho imponible que se evita, o no está regulado, o si se pretendió regular no se hizo en la forma que exigen los principios de legalidad y certeza. De lo contrario, no se puede hablar de la existencia de una laguna. Si se evita un hecho imponible normativizado, a través de una operación lícita no regulada como hecho imponible, no se da el pre-

---

<sup>49</sup> GARCIA NOVOA, César, “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, num. 8/2003, Edit. Aranzadi S.A., Pamplona, 2003, págs. 6-7.

supuesto de fraude a la Ley, por ausencia o inexistencia de una norma de cobertura. En este caso –difícil que suceda porque en la tributación se tiende a regular todo– estaríamos frente a una de las escasas posibilidades de economía de opción.<sup>50</sup> Todo lo anteriormente dicho, sin perjuicio y a pesar de que se sostenga que la prohibición de analogía en el Derecho sustancial tributario encuentra su excepción en el fraude a la Ley tributaria.

## **2. Otro paso hacia la interpretación económica - el concepto de abuso de las formas jurídicas y los métodos económicos. -Alemania**

Abuso de las formas jurídicas es la denominación utilizada por la norma alemana y de otros países en la cláusula general antielusiva contra el fraude a la Ley. El parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria alemana dice así: “la Ley tributaria no podrá ser eludida mediante el abuso de las posibilidades de configuración jurídica que ofrece el Derecho. En caso de abuso nacerá el crédito tributario tal y como hubiera nacido con arreglo a la configuración jurídica adecuada a los hechos económicos”.<sup>51</sup>

La norma transcrita se refiere al “abuso de las posibilidades de configuración jurídica” que ofrece el Derecho. Conforme Palao Taboada –defensor acérrimo de la figura de fraude a la Ley– esta disposición tiene como finalidad combatir la elusión fiscal –en alemán *Steuerumgehung*–, que es la misma figura que en terminología anglicana se denomina *tax avoidance*. Por esta razón –sostiene este autor– no es acertado contraponer el fraude a la Ley tributaria al abuso de las formas jurídicas, si por “formas jurídicas” se entiende “posibilidades de configuración jurídica”. Se abusa de las formas jurídicas cuando se utilizan de manera no conforme con la finalidad para la que las ha establecido y las protege el legislador, a fin obtener un resultado contrario al espíritu de la norma, y eso no es otra cosa que el fraude a la Ley.<sup>52</sup>

En el parágrafo 2 del artículo 10 de la *Reichsabgabenordnung* se estable-

---

<sup>50</sup> A menos que existiese una norma de Derecho positivo que permita encuadrar el fraude a la Ley ante tal circunstancia, como sucede en Alemania.

<sup>51</sup> Disposición legal tomada de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 68.

<sup>52</sup> Véase PALAO TABOADA, Carlos, “Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la Ley tributaria”, *ob. cit.*, págs. 4 y sig. Véase también del mismo autor: “El fraude a la Ley en Derecho tributario”, *ob. cit.*, págs. 688 y sig.

cen tres requisitos para que se configure el abuso de posibilidades de configuración jurídica: 1) Que se trate de actos o negocio jurídicos insólitos; 2) Que las partes obtengan un resultado económico semejante al que obtendrían de no haber abusado de las formas jurídicas; 3) Que las desventajas jurídicas sean las mínimas al abusar de la forma.<sup>53</sup>

Puede decirse *prima facie* que los dos mecanismos antielusión, fraude a la Ley y abuso de formas, comportan idéntico objetivo, cual es combatir el fraude a la Ley (*fraus legis*). No obstante, se observan elementos que no se formulan de idéntica forma, como las exigencias en Alemania relativas a que los negocios deben ser “insólitos”<sup>54</sup> y que las desventajas jurídicas sean las mínimas al abusar de la forma. Con la expedición de la nueva LGT española la terminología utilizada en uno y otro país se aproximan.

En donde sí radica una diferencia sustancial es en el grado de formalismo jurídico entre España y Alemania. A continuación veremos cómo ha operado y opera el sistema alemán.

### **3. El método de interpretación económica y el examen económico de los supuestos de hecho**

La historia alemana enseña que hasta hace muy poco tiempo nadie sabía cómo iría a valorar el Tribunal Superior Impositivo alemán un determinado supuesto de hecho. Esta inseguridad jurídica surgió como consecuencia que desde el mismo inicio de vigencia del principio de interpretación económica en el año de 1919, la jurisprudencia tuvo serios problemas para estructurar principios firmes sobre la interpretación económica en el ámbito impositivo. La inseguridad comienza porque, aún hasta nuestros días, no se ha podido clarificar con suficiente precisión si el supuesto de hecho de fraude a la Ley o de abuso a las formas jurídicas es un caso de aplicación del método de examen económico o no. Desde entonces, durante un lapso muy largo de tiempo, hasta mediados de los

---

<sup>53</sup> Disposición tomada de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *ob. cit.*, pág. 68.

<sup>54</sup> La calificación de “negocio insólito” ofrece dificultades porque la alternativa que tiene el contribuyente de elegir entre dos negocios típicos que conduzcan al mismo resultado obedece a una economía de opción. Como dice PALAO TABOADA, “lo insólito” no se puede calificar por el poco uso sino por la deformación de la estructura jurídica: “El fraude a la Ley en Derecho tributario”, *ob. cit.*, págs. 170 y 171.

años ochenta del siglo pasado algunas veces se aplicó y otras no.<sup>55</sup>

El método de exámen económico en Alemania se remonta básicamente a la época de Enno Becker, quien fue el primero en reconocerlo y defenderlo con pasión. Promocionó la Ordenanza alemana de 1919 que, en su parágrafo 4, disponía que en la interpretación de las leyes impositivas debía tenerse en cuenta su significado económico. No obstante, la situación se complicó cuando el artículo 9 de la Ordenanza alemana de 1931 dispuso que “el significado económico también rige para la caracterización de los supuestos de hecho”.<sup>56</sup>

El significado económico, como método de interpretación de la Ley, con el transcurrir del tiempo ha tenido varias crisis que lo han relativizado. Se ha movido como un péndulo porque, en unas épocas ha brillado y evolucionado, y en otras ha sufrido retrocesos.<sup>57</sup> Poco a poco se fue configurando como un método para la caracterización de la realidad jurídica del negocio adoptado a través de la valoración de los hechos.

En efecto, en una época determinada, al interpretar el parágrafo 4 de la Ordenanza alemana de 1931, la administración y los jueces podían escapar del formalismo y efectuar una calificación de los hechos atendiendo a su fin económico. Por considerarse contrario a la seguridad jurídica, la jurisprudencia terminó por afirmar la necesidad de excluir métodos de interpretación extrajurídicos, recogiendo una orientación también jurisprudencial planteada a mitad del siglo anterior, favorable a una interpretación de las normas tributarias conforme al Derecho Civil, basada en la unidad del ordenamiento.<sup>58</sup>

Posteriormente el Tribunal, dando un nuevo viraje, relativizó este rigor formalista, avanzando hacia una jurisprudencia mucho más ecléctica que

---

<sup>55</sup> KRUSE, Heinrich Wilhelm, *Derecho tributario - Parte general*, 3ª edición, trad. del alemán por Perfecto Yebra Martul-Ortega y Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Editorial de Derecho Financiero - Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, págs. 213-214.

<sup>56</sup> El método de interpretación económica, en parte es heredero de la teoría de la causa o el criterio funcionalista de la Escuela de Pavía, impulsada por el gran idealista B. Griziotti.

<sup>57</sup> GARCIA NOVOA, César, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid-Barcelona, 2000, págs. 256-257. Véase a KRUSE, *Derecho Tributario...*, *ob. cit.*, pág. 214.

<sup>58</sup> *Ibidem*, pág. 257.

no admitió el sometimiento absoluto de las normas tributarias al Derecho Civil. Ello conllevó a la admisión de los métodos económicos cuando los mismos estuvieren justificados por motivaciones de interés fiscal, y, sobre todo, cuando al amparo del párrafo 42 de la Ordenanza tributaria se acuda a estos para evitar abusos de las posibilidades de configuración jurídica con intención fraudulenta, sin que ello pudiera suponer la libre configuración del Derecho por la Administración. Siguió luego la evolución hacia que el método económico se convirtiera en un mecanismo para poder revelar, caso por caso, el contenido que en el ámbito fiscal se le da a los conceptos jurídico-civiles. Es decir, en una pretendida mutación técnica de la interpretación finalista o teleológica. De esta manera, se fue definiendo que con este método “no se pretende ampliar el hecho imponible para incluir dentro del mismo situaciones que la Ley no contempla”.<sup>59</sup>

La correcta valoración correspondiente al contenido económico de las expresiones legales y la caracterización de los supuestos de hecho conforme a su examen económico, raramente fueron considerados en forma separada, lo que contribuyó por mucho tiempo a que la jurisprudencia no fuera clara.<sup>60</sup>

Pero desde hace algún tiempo se ha venido dilucidando que el texto de la Ley constituye el límite o inicio de las posibilidades de interpretación. La llamada doctrina económica no permite su aplicación prioritaria en el Derecho tributario, pero sí corresponde a un método de interpretación de la Ley que no prevalece sobre ninguno de los habituales (sistemático, histórico e incluso teleológico en su acepción pura).<sup>61</sup> En todo caso, hay unanimidad en que la Constitución alemana no ordena interpretar los conceptos y las instituciones exclusivamente en correspondencia con su contenido jurídico.<sup>62</sup>

#### **4. El método de examen económico en la caracterización de los supuestos de hecho**

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, págs. 257 a 259.

<sup>60</sup> KRUSE, Derecho tributario..., *ob. cit.*, pág. 192.

<sup>61</sup> SCHIESSI, Martin, “Form and Substance in Tax Law”, International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, págs.311-312.

<sup>62</sup> KRUSE, Derecho tributario..., *ob. cit.*, pág. 196.



La interpretación económica tiene como origen mediato el artículo 134 de la Constitución de Weimar de 1919, donde se establece el principio de tributación con arreglo a la capacidad económica. Este precepto fue el que llevó a Becker a entender que todo tributo, para responder al principio de la capacidad económica, debe recaer sobre hechos de carácter económico.<sup>63</sup>

Como la capacidad contributiva solo puede ser verificada según puntos de vista económicos, se considera que las leyes impositivas que vinculan la obligación tributaria a supuestos de hecho económicos o de riqueza, deben ser interpretadas en consideración con la variedad de posibilidades configurativas económicas. La forma jurídica por sí sola no conduce a medir la capacidad contributiva. Esto llevó a considerar –como concepto jurídico filosófico– a que la forma jurídica pertenece al ordenamiento del “debe” jurídico. Pero como el “debe” jurídico por sí solo no es propicio para medir la capacidad contributiva, en el proceso de fiscalización importa el “es” económico. Es en este campo de tirantez entre el “debe” jurídico y el “es” económico donde se encuentra el método de examen económico.<sup>64</sup>

El método de examen económico en la caracterización de los supuestos de hecho, es decir, en la calificación de los hechos, genera importantes dificultades teóricas y prácticas, porque modifica conceptos de la doctrina jurídica general. La calificación y la interpretación no deben ser confundidos, aunque de hecho en la jurisprudencia alemana ha sucedido en muchas ocasiones. Se encuentran mutuamente en correlación, pero no son lo mismo.<sup>65</sup>

Tampoco debe confundirse la calificación con la valoración de la prueba porque, aunque están estrechamente ligados, la calificación no es un medio de prueba concreto y específico, sino únicamente del supuesto de hecho que se extrae de la Ley en su conjunto. Así, el supuesto de hecho ha de ser valorado en relación con la función de la norma respecto del hecho impositivo.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> GARCÍA NOVOA, *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, *ob. cit.*, pág. 257.

<sup>64</sup> KRUSE, *Derecho tributario...*, *ob. cit.*, pág. 193.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pág. 194.

<sup>66</sup> *Ibidem*, pág. 197.

El fin del supuesto de hecho es la determinación de la voluntad real de las partes y no la pretendida, de manera que se ignora el ropaje técnico-jurídico adoptado.

El método de examen económico se manifiesta en dos fases: 1) La interpretación del hecho imponible legal en su manifestación económica; 2) La calificación del supuesto de hecho (los hechos) en función de la interpretación del hecho imponible legal en su manifestación económica. Con ello se averigua si la forma jurídica exterior coincide con el contenido del hecho imponible legal.<sup>67</sup>

Si la forma y el contenido del supuesto de hecho coinciden, no hay problema. Las divergencias de poca monta son indiferentes. Si no coinciden la forma y el contenido del supuesto de hecho, entonces debe distinguirse:

- Si, con independencia de su contenido, la estructura jurídica adoptada no es apropiada al negocio jurídico típico regulado en el hecho imponible, se infiere que es determinante el contenido y no la forma de manifestación exterior. Demostrado esto, puede procederse a la liquidación del tributo con base en los efectos económicos que se desprenden del hecho imponible del negocio típico inaplicado.
- Si el contenido del supuesto de hecho exterior no es coincidente con el supuesto de hecho económico que se extrae del hecho imponible, aunque la estructura adoptada sí lo sea (correcta caracterización), entonces es igualmente determinante el contenido. En consecuencia, queda evidenciado que no se ha cumplido con el hecho imponible legal.<sup>68</sup>

##### **5. La Economía de opción - Criterio de lo insólito del acto para su calificación como fraudulento**

En el informe de la Comisión para la reforma de la LGT se afirmó que el fraude de Ley constituye, por su naturaleza, una economía de opción. Esto, por sí mismo, es indicativo que en España la frontera que divide la

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, pág. 199.

<sup>68</sup> Por graves deficiencias en la traducción de las obras de Kruse, ha sido muy difícil la comprensión de los textos consultados traducidos del alemán, lo que nos ha obligado a efectuar algunas interpretaciones con el fin de hacer un reporte más claro, a riesgo de no ser del todo fidedignos. Véase, *Ibidem*, pág. 201.

economía de opción del fraude a la Ley nunca ha estado suficientemente delimitada.

El informe reveló que una de las posiciones mantenidas en el seno de la Comisión proponía la supresión de la regulación del fraude a la Ley, aduciendo que en el ámbito del hecho imponible rige –al igual que en el del Derecho penal– el principio de tipicidad, de modo que sólo en los supuestos en que exista simulación puede gravarse un acto o negocio distinto del formal y externamente manifestado. En todos los demás casos en que la acción del contribuyente, aunque elusiva, produzca un resultado idéntico al definido como hecho imponible sin integrarlo formalmente, se está ante supuestos de lícita economía de opción.<sup>69</sup>

Esta afirmación ha sido duramente criticada por sectores importantes de la doctrina porque identifica los hechos imposables con los tipos penales y el Derecho tributario con el Derecho penal. Independientemente de la conducencia de esta crítica –que es procedente pero en el fondo poco importa– la realidad es que en España la jurisprudencia ha calificado como fraude a la Ley negocios que han sido estructurados en forma apropiada –no insólita–. Es probable que esto haya sucedido porque la LGT, vigente en su momento, autorizaba al fisco a decretar el fraude a la ley, si consideraba que el hecho imponible o el presupuesto de hecho tipificado en una norma se adecuaba de mejor forma que aquél contemplado en la estructura contractual elegida.

Son varios los fallos en que los tribunales han afirmado que “la Administración no puede evitar que el contribuyente, conocedor de las actuaciones del legislador (es decir, conocedor de la Ley), diseñe en el tiempo operaciones previendo un tratamiento más beneficioso a sus intereses, siempre que se sirva de la normativa vigente aplicada e interpretada en función de la verdadera naturaleza jurídica del hecho imponible (...)”.<sup>70</sup>

La exigencia en la nueva “cláusula antiabuso” de la Ley General Tributaria recién expedida en España, en la que se exige que la forma elegida sea notoriamente artificiosa o impropia, indudablemente delimita de mejor

---

<sup>69</sup> Ibídem.

<sup>70</sup> DE PASO BONGO, Jesús María, (Inspector de Hacienda), “Las nuevas medidas frente al fraude de Ley tributaria”, en <[www.minhac.es/ief/Seminarios/sesionesdoc/tri.pdf](http://www.minhac.es/ief/Seminarios/sesionesdoc/tri.pdf)>, pág.34.

forma la diferencia entre la economía de opción y el fraude a la ley tributaria.

#### **IV. EVOLUCION DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA SUSTANCIA SOBRE LA FORMA**

##### **1. La sustancia legal y la sustancia económica**

Se entiende que la “forma legal” se refiere a los términos o referencias utilizadas en la legislación tributaria para describir las condiciones legales de una regla de derecho tributario; aunque también es empleada por las normas de derecho privado para describir conceptos propios de dicho campo (i.e. venta, arrendamiento, donación, empleador, compañía). Para delimitar el alcance de los conceptos “sustancia” y “forma”, es imperativo determinar hasta qué punto esos términos utilizados por la legislación tributaria significan lo mismo en las relaciones jurídicas que rige el derecho privado.<sup>71</sup>

Muchas normas tributarias emplean una terminología que no corresponde a los conceptos propios del derecho privado (i.e. establecimiento permanente y precios de transferencia, entre otros). Estos, se identifican como conceptos fiscales o conceptos económicos en el proceso de determinación de la forma y la sustancia. Si bien la forma y la sustancia inciden en los contenidos formulados por la ley tributaria, donde más juegan una incidencia fundamental es en relación con las definiciones conceptuales del derecho privado involucradas en la norma fiscal.<sup>72</sup>

Uno de los problemas más complicados es trazar la línea que divide los conceptos de derecho privado de aquellos del derecho tributario (o tributario financiero o económico); dicho de otro modo, determinar cuáles de los conceptos utilizados por la ley tributaria son autónomos y cuáles dependen de su significado en el derecho privado.

---

<sup>71</sup> Véase ZIMMER, Frederik, “Form and Substance in Tax Law”, International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, pág. 23.

<sup>72</sup> Por ejemplo, es fundamental en países que han establecido la interpretación económica. Véase DIAZ SIERO, Horacio D, “Form and Substance in Tax Law”, International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, pág. 72.

Por su parte, la sustancia hace referencia al contenido económico de la transacción o de la relación legal y, por ende, usualmente se denomina como “sustancia económica”. En ciertas ocasiones no se presenta tensión entre la forma legal y la sustancia económica, como sucede en los casos de la venta de una casa o en el acto de percibir intereses del deudor. Sin embargo, en aquellos eventos en que se presenta tensión es donde surge el dilema entre la forma y la sustancia. Por ejemplo, la venta de acciones de una compañía puede económicamente ser equivalente a la venta de sus activos, con lo cual no debe haber problema alguno. Pero es frecuente que la tensión surja cuando se combinan dos o más transacciones. Si en estos casos, el resultado jurídico o económico de las transacciones hace que la situación económica del contribuyente regrese a un punto aproximado del inicio transaccional (*circular step transactions*), el esquema negocial puede carecer de sustancia económica: como por ejemplo en la venta y la readquisición inmediata de un bien. En otros casos puede que sí exista sustancia económica bajo el esquema negocial adoptado, pero ésta sea diferente de la indicada por la forma legal de las transacciones; como por ejemplo, en la venta a través de un intermediario (*linear step transactions*).<sup>73</sup>

Debe mencionarse que aunque el contenido económico de una transacción sea considerado equivalente al de otra transacción (por ejemplo, la venta de todas las acciones en lugar de los activos poseídos por la compañía), las transacciones pueden tener implicaciones legales de derecho privado diferentes. Así, en el caso de la venta de todas las acciones vs la venta de los activos de la compañía, existen diferencias en cuanto al sujeto que realiza la venta (accionista vs compañía) y la situación final de la compañía después de ejecutada la transacción (compañía posee activos vs no poseer ningún activo).

Algunos países, como por ejemplo Gran Bretaña, Bélgica y Francia, utilizan la concepción de la sustancia legal. Este concepto, que algunas veces también se denomina como “realidad legal”, debe distinguirse de la noción de sustancia económica. El concepto de sustancia legal la mayoría de las veces se refiere a la “caracterización” que emerge de un estudio profundo sobre los derechos y obligaciones que surgen de la relación legal; por ejemplo, si la transacción debe ser caracterizada como una venta o un leasing. La función principal del concepto de sustancia legal

---

<sup>73</sup> ZIMMER, *ob. cit.*, pág. 24.

está orientada en dirección a la identificación de las transacciones fraudulentas o simuladas y de las caracterizaciones legales equivocadas, para fines de su desconocimiento fiscal.<sup>74</sup>

Es razonable asumir que en la medida en que los conceptos utilizados por la ley fiscal correspondan a concepciones del derecho privado, luego se interpreten de acuerdo a su significado en dicha normatividad, el margen para hacer planificación fiscal es mayor, de manera que la relación entre la forma legal y la sustancia económica se distancia.

Todo lo hasta aquí expuesto nos lleva a formular una primera conclusión: Para determinar si la forma prima sobre la sustancia, o viceversa, deben considerarse varios aspectos. Ello conlleva a que, por ejemplo, en un país puede con relación a ciertas circunstancias primar la forma y respecto de otras la sustancia.<sup>75</sup>

## **2. La valoración de los hechos frente a la ley**

La aplicación de la ley necesariamente envuelve una valoración de los hechos frente a la interpretación legal, que suele realizarse según las normas del derecho probatorio. Sin embargo, en los países en que el concepto de derecho privado prevalece, no suele separarse la valoración de los hechos de la interpretación de la ley, salvo en casos extremos de disconformidad. Este efecto es consecuencia del formalismo extremo que se deriva del procedimiento del silogismo deductivo.

Esto no sucede así en los países que se rigen bajo el sistema de derecho consuetudinario, donde los jueces son los que crean el derecho aplicable a través de la jurisprudencia. Por ejemplo, en el Reino Unido el proceso de evaluación de los hechos frente a la ley se realiza en tres etapas o pasos diferentes. Veamos: en la primera etapa se identifican o establecen los hechos. Estos hechos son de dos clases: hechos primarios, que hacen referencia a los hechos en sí mismos (puros); y hechos secundarios, también denominados hechos legales, que obedecen a los hechos que surgen de los derechos y obligaciones que emergen de la relación jurídica entre

---

<sup>74</sup> Véase GARABEDIAN, Daniel, "Form and Substance in Tax Law", International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, pág. 154.

<sup>75</sup> ZIMMER, *ob. cit.*, págs. 23-24.

las partes. En la segunda etapa se determina si los hechos legales se desarrollaron o caracterizaron de conformidad con el desarrollo real de los hechos en sí mismos. Si el desarrollo real de los hechos en sí mismos no concuerda con los hechos legales, procede la recaracterización para fines fiscales. Si no hay lugar a la recaracterización, en la tercera etapa se efectúa la interpretación de la regla tributaria.<sup>76</sup>

En los países que se rigen por el derecho civil, pero que han abandonado el riguroso proceso de interpretación del silogismo deductivo, a fin de enfrentar el contenido del derecho con los hechos, el procedimiento de valoración y caracterización de los hechos se realiza en una sola etapa: se parte de la base de que existe una relación dialéctica entre el proceso de caracterización y la interpretación de la Ley. La apreciación del juez, o en general del interprete, parte del texto de la ley en consideración con los hechos y luego se evalúan estos hechos frente a la ley; es decir, inicialmente se realiza el proceso deductivo de interpretación y luego se constata a través del proceso inductivo. De esta manera, la ley se interpreta a la luz de los hechos y los hechos se caracterizan a la luz de la ley. Este método de interpretación de la ley y de valoración de los hechos es el que usualmente se realiza en todos los países europeos que se rigen por el sistema de código, pero que desde hace más de cincuenta años iniciaron el proceso de flexibilización del formalismo jurídico.<sup>77</sup>

### **3. Consideraciones acerca del elemento de la intencionalidad en la obtención de un ahorro impositivo**

Las reglas antielusión que han sido adoptadas por la mayoría de los países, de alguna manera exigen que la elusión se realice o con la intención de obtener un ahorro de impuestos, o, por lo menos, con ausencia de un propósito de negocios. Por ejemplo las doctrinas antielusión de los Estados Unidos que se han elaborado a partir del principio de la primacía de la sustancia sobre la forma operan en el plano objetivo; es decir, no exigen que el contribuyente haya tenido la intención de eludir el impuesto; sin embargo, las condiciones objetivas que surgen del análisis de los hechos a menudo indican de por sí la existencia de tal intención. Por ejemplo, el núcleo central de la doctrina de la sustancia económica (“*economic substance*”) o del fraude económico (“*economic sham*”) es

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, págs. 28 y 29.

<sup>77</sup> *Ibidem*, pags. 28-29.

que la justificación económica material de una transacción sea insignificante en comparación con los beneficios fiscales obtenidos. Persiguiendo efectos similares, en Noruega se formula la regla al contrario o en sentido negativo: la intención de eludir el impuesto no es una condición, pero en la práctica tiene incidencia porque se requiere que la ausencia de efectos fiscales sea significativa para que la transacción se sostenga y no se recharacterice.

En términos generales, en los países en donde opera el método de interpretación económica en relación con la valoración de los hechos, con prescindencia de la modalidad de doctrina que la prohíje, la intención del contribuyente de eludir se toma como irrelevante, porque se considera que ésta surge del análisis objetivo de los hechos.

Algunos países exigen que el móvil para haber realizado los negocios debe atribuirse exclusivamente al ahorro impositivo, al paso que otros sólo exigen que la elusión fiscal sea el propósito principal. Así por ejemplo, en Francia y Hungría las doctrinas concebidas sobre abuso del derecho exigen el propósito exclusivo de reducir o eliminar la carga tributaria. En cambio, en países como Suecia, Austria (en los casos en que no procede el exámen económico), Canadá, Holanda y Australia, sólo se exige que el propósito principal de la transacción sea el de obtener el beneficio tributario.<sup>78</sup>

#### **4. Algunas doctrinas concebidas para contrarrestar la elusión fiscal**

Se presenta a continuación una breve descripción de algunas de las más importantes doctrinas ideadas en diversos países para prevenir, identificar y combatir los esquemas de elusión fiscal elaborados por los expertos, en lo que se denomina la ingeniería fiscal:

##### **4.1. La doctrina Ramsay (Ramsay doctrine)**

Hemos dicho que la jurisprudencia tributaria tradicional del Reino Unido por lo general ha operado, tanto en fase de interpretación como de aplicación, tomando como criterio la sustancia legal de las transacciones. Sin embargo, como no siempre la sustancia legal del negocio realizado co-

---

<sup>78</sup> *Ibidem*, págs. 45-46.



responde al descrito en el contrato, suele realizarse una recharacterización de acuerdo con la sustancia legal. La sustancia económica de la transacción generalmente no ha sido relevante en el tratamiento fiscal, salvo y por excepción que, luego del análisis de los hechos, resulte que el resultado mercantil de la serie de negocios realizados sea coincidente con la sustancia legal y económica del negocio típico que se ha debido realizar. Esta coincidencia hace evidente la innecesaria o artificial utilización de la cadena de negocios intermedios ejecutada, probablemente en desconocimiento de una o varias de las transacciones escalonadas.

Es significativo, sin embargo, que desde el año de 1980 se ha desarrollado en el Reino Unido un sistema de recharacterización de aplicación general en el campo tributario, usualmente denominado “doctrina Ramsay”. Aunque esta doctrina no ha llegado a su máxima madurez, es claro que la condición requerida en su formulación clásica para su debida aplicación es la existencia de una serie preestablecida de transacciones escalonadas o intermedias, carentes de otro fin comercial o mercantil diferente de evitar la sujeción total o parcial al gravamen. Así, en su aplicación es necesario hacer abstracción de las etapas intermedias para los efectos fiscales, y, gravar, en su lugar, el resultado final de la serie de transacciones. En otras palabras, se compara el resultado mercantil final obtenido con las transacciones, con el negocio típico al cual de acuerdo con la sustancia legal corresponde, y se aplica el hecho imponible concordante con los resultados mercantiles finalmente obtenidos luego de la serie de transacciones.

Esta doctrina contradice en buena medida la regla trazada por el caso del *Duque de Westminster*, que formula el principio según el cual la Administración no puede, cuando las partes lleven a cabo una serie de actos legales para realizar una transacción, efectuar la recharacterización para efectos de aplicar el gravámen con base en otro u otros actos legales que podrían haberse utilizado, pero que habrían sido menos eficaces para el contribuyente desde el punto de vista fiscal.

La doctrina Ramsay en su esencia ha venido sufriendo una crisis jurisprudencial porque, similar a lo que ha sucedido con la interpretación económica frente a la sustancia legal propia del ordenamiento civil, se ha generado un conflicto en la aplicación entre el concepto mercantil y el concepto jurídico, que ha limitado la aplicación del concepto mercantil propio de la doctrina Ramsay en aquellos casos en que la disposición

tributaria en cuestión tenga más relevancia jurídica que mercantil o comercial.<sup>79</sup> Esta doctrina, utiliza la denominación “mercantil” en lugar de “económico”, diferencia que a nuestro juicio puede ser apenas de carácter filosófico, porque en la práctica todos los actos mercantiles tienen una finalidad económica.

La doctrina Ramsay ha sido fuente o ha coincidido con otras doctrinas desarrolladas por diversos países, denominadas genéricamente como doctrina de las transacciones escalonadas o de las etapas intermedias (*step transactions doctrine*). Por ejemplo, la regla general antielusión adoptada por Bélgica en el año de 1993 se fundamenta en el principio Ramsay del Reino Unido, así como otras doctrinas y reglas acogidas por otros países que hoy se aplican bajo la fórmula del “*step transactions doctrine*”.<sup>80</sup>

#### **4.2. La doctrina de las transacciones escalonadas o de los pasos o etapas intermedias (“*step transactions doctrine*”)**

Basta aquí reseñar que en Los Estados Unidos, en donde mayor desarrollo ha tenido esta doctrina, se ha venido discutiendo las condiciones para poder integrar dos o más transacciones que formalmente están separadas. Para el efecto, se autoriza tomar una serie de transacciones que formalmente aparecen como independientes y unificarlas con el fin de darles el tratamiento de una sola transacción, siempre que se demuestre que éstas individualmente consideradas son interdependientes. Así, si el objetivo del contribuyente es ir de A a C, y en lugar de celebrar una transacción directa, interpone en el camino dos o más transacciones con el único fin de obtener un tratamiento tributario más favorable, esta doctrina permite a la Administración desconocer la serie de transacciones efectuadas y gravar al contribuyente como si hubiese tomado un camino directo para llegar a su objetivo: C.

A pesar de los muchos casos que las cortes han resuelto a través de este sistema, todavía se debate de manera intensa la forma como puede demostrarse que los pasos transaccionales no son independientes o, dicho de otro modo, que son interdependientes entre sí. Las cortes han desarrollado tres “tests” para definir si la doctrina tiene aplicación o no: 1) el del

---

<sup>79</sup> Véase BALLARD y DAVISON, *ob. cit.*, págs. 576 a 580.

<sup>80</sup> GARABEDIAN, Daniel, *ob. cit.*, pág. 161.

compromiso vinculante<sup>81</sup>; 2) el del resultado final<sup>82</sup>; y 3) el de la mutua interdependencia<sup>83</sup>.

#### **4.3. La doctrina de los actos gerenciales anormales (acte anormal de gestion)**

Obedece a una doctrina francesa que complementa la cláusula general antielusión de abuso del derecho que opera en dicho país.

El acto anormal de gestión o de gerencia se funda en una apreciación sobre el alcance económico de las operaciones, más no de su sustancia económica, porque sólo persigue el análisis de una normalidad abstracta de la gestión y no de la sustancia real de la operación que sea contraria a su forma. La calificación de anormal de una gestión empresarial parte de criterios gerenciales tales como: 1) la inaceptabilidad de que, como consecuencia de una transacción, resulte que injustificadamente se está limitando el monto de las utilidades, porque se entiende que siempre ha de existir el propósito mercantil de obtener el máximo de utilidades que las circunstancias permitan; 2) el endeudamiento no se justifica si la empresa cuenta con suficientes recursos propios; y 3) es inaceptable la suscripción de un aumento de capital luego de haberse este reducido y viceversa.

Las autoridades fiscales con frecuencia acuden a esta doctrina porque resulta más fácil y efectiva que el procedimiento aislado de abuso del

---

<sup>81</sup> El resultado del test indica que las transacciones son interdependientes o acumulables como un solo negocio si al momento de efectuar la primera transacción se deja evidencia de la obligación vinculante de celebrar el resto de las transacciones. Pocos resultados ha dado esta prueba, porque las partes suelen ocuparse de no dejar rastros identificables.

<sup>82</sup> Esta prueba se focaliza en la intención de las partes de obtener a través de una serie de negocios preacordados como partes de una sola transacción, el resultado final pretendido. Se examinan las diferentes transacciones a partir de la valoración del resultado final, a fin de encontrar indicios sobre la intencionalidad. La aplicación efectiva está limitada por la connotación subjetiva que tiene como presupuesto.

<sup>83</sup> Busca determinar si el grado de interdependencia de las transacciones es real, de manera que los efectos jurídicos obtenidos bajo una de las transacciones resulten ineficaces de no ejecutarse las otras transacciones. Aunque el test se centra en la dependencia de los negocios escalonados, también evalúa la intención negocial de las partes. Aun cuando estos tres "tests" buscan facilitar la aplicación de la doctrina de las transacciones escalonadas, son de difícil utilización en tanto valoran elementos subjetivos en mayor o menor medida.

derecho, que requiere la prueba de la intención fraudulenta.

De todas maneras en Francia ninguno de estos dos procedimientos permite recalificar los negocios jurídicos únicamente por la sustancia económica. En el fondo, la doctrina del acto anormal de gestión es una forma para demostrar la intención fraudulenta dentro del expediente de abuso del derecho, con base en una normalidad abstracta que constituye un indicio.<sup>84</sup>

#### **4.4. *El concepto de transacciones no naturales (concept of unnatural transactions)***

Es un concepto propio de los países que se rigen por el derecho común (*common law countries*). En Nueva Zelanda, por ejemplo, el núcleo central de la regla antielusión radica en determinar si la transacción resulta inusual, en comparación con una transacción ordinaria de negocios o de familia; igual sucede con la regla adicional específica antielusión introducida en Australia en 1981, bajo una concepción similar.

La doctrina de las transacciones no naturales corresponde en su esencia al mismo criterio para la configuración del abuso de las formas jurídicas que opera en diferentes países que se rigen por el derecho civil, pero que se denominan de diversa forma: “formas insólitas” en Alemania, formas impropias o artificiosas en España, etc. El concepto de transacciones no naturales y los otros que le son similares siempre deben balancearse frente al principio según el cual el contribuyente es libre de organizar sus asuntos en la forma que elija, porque nadie está obligado a optar por la transacción que resulte más costosa fiscalmente.

En forma similar opera el concepto *gestaltungsfreiheit*, básico para el derecho tributario en Alemania y Austria. La Corte de Casación belga se ha referido a este principio como “libre escogencia de la vía menos gravada” (*free choice of the least taxed route*), como una alternativa para rechazar la doctrina del fraude a la ley (*fraus legis*) en materia de derecho tributario.<sup>85</sup> En el mismo sentido, la doctrina de la elección (*choice doctrine*), que desarrolló la Corte australiana en 1970, se percibe como una

---

<sup>84</sup> Véase LEHERISSEL, Hervé, “Form and Substance in Tax Law”, International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congreso, 2002, págs. 277 y 278, y ZIMMER, *ob. cit.*, pág.47.

<sup>85</sup> ZIMMER, *ob. cit.*, pág. 47.

posición radical según la cual donde las normas tributarias permiten que el contribuyente pueda elegir entre dos o más opciones, la forma legal que el contribuyente elija deberá ser respetada, aún en los casos en que se utilicen artificios legales, sin justificación distinta del ahorro de impuestos. Desde luego, la Corte australiana posteriormente modificó esta posición al decidir que la “doctrina de elección” no ampara transacciones de naturaleza artificial. Y un tiempo después, cuando se estableció la regla adicional específica antielusión en el año de 1981 (predication of purpose test), hoy aún en vigencia, la “doctrina de la elección” quedó reducida a los casos en que el contribuyente elige una opción expresamente autorizada por la legislación tributaria.

Desarrollos legislativos originados recientemente en Australia han precisado que la cláusula general antielusión debe hacerse efectiva analizando la equivalencia económica como base de la caracterización de los negocios para fines fiscales.<sup>86</sup>

#### ***4.5. La doctrina del propósito del negocio (Business purpose doctrine)***

La doctrina norteamericana de la razón o el propósito de negocios se identifica con las reglas que se derivan de la doctrina de las transacciones no naturales, líneas atrás explicada. También se diferencia de las doctrinas, igualmente estadounidenses, de la sustancia económica o el fraude económico porque éstas no tienen que ver con el propósito de la transacción sino con sus efectos.

Por ejemplo, para que una reorganización empresarial (fusión, escisión o intercambio de acciones) goce de tratamiento tributario preferencial, la jurisprudencia ha establecido como requisito que las transacciones deben tener una razón de negocios, un propósito mercantil (*business purpose*).

Recuérdese, una vez más, el caso insigne de la jurisprudencia norteamericana Gregory vs Helvering (1935), cuya significación y alcance ha sido abusado tradicionalmente por importantes autores y, aún, por algunos jueces en sus fallos.

---

<sup>86</sup> TAYLOR, John, “Form and Substance in Tax Law”, International Fiscal Association, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, págs. 111-118.

Este caso hace referencia a una situación en que un contribuyente, con el fin de aprovechar la oportunidad de vender sus acciones en una sociedad con una utilidad considerable y con el objeto de minimizar el impacto tributario, constituyó una nueva sociedad en el estado de Delaware - E.U., entidad a la que transfirió la totalidad de las acciones que deseaba enajenar para, a través de esta sociedad ubicada en una jurisdicción de imposición más favorable, realizar la enajenación. El contribuyente (la Sra. Gregory) cumplió con cada uno de los requisitos para enmarcar su operación dentro del concepto de reorganización empresarial, estricta y profusamente regulado en las disposiciones tributarias.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en sus consideraciones expuso: si bien no puede argumentarse la inexistencia de una reorganización que se ha efectuado observando todos los requisitos que establece la Ley tributaria con fundamento en el propósito que tenía el contribuyente, a quien sin lugar a dudas le asiste todo el derecho de reducir válidamente el monto de sus impuestos o evitarlos por completo mediante las vías que la Ley permite, lo que es esencial para resolver el debate es si se cumplió con la finalidad perseguida por la Ley al consagrar un tratamiento preferencial para la reorganización. Concluye la Corte especificando: lo cierto es que el contribuyente pretendió utilizar esta figura para enmascarar y esconder un propósito distinto, razón por la cual en la realidad nunca se estuvo frente a una reorganización de sociedades motivada por una razón de negocios (*business purpose*). Aunque exista por parte del contribuyente la intención de reducir los efectos impositivos, y ello por sí sólo no justifica que se rechace el tratamiento preferencial previsto para las reorganizaciones, la ausencia de un propósito comercial para llevar a cabo la reorganización sí conduce a que la operación no pueda enmarcarse dentro del régimen especial que prevé la Ley.<sup>87</sup>

Una acotación aparte para insistir nuevamente que la célebre sentencia Gregory Vs. Helvering ha sido usualmente tomada fuera de su contexto por una parte de la doctrina y de la jurisprudencia universales. Se ha utilizado para defender la existencia de un espacio muy amplio para la planeación tributaria o economía de opción, siendo que de su contexto verdadero resulta lo contrario. La sentencia deja un margen muy estrecho a la autonomía de la voluntad para organizar los negocios con ahorro impositivo, comoquiera que lo condiciona al no abuso de las formas jurí-

---

<sup>87</sup> VALENCIA, M, *ob. cit.*, págs. 260 a 263.

dicas en fraude a la ley protegido por las diferentes doctrinas. Así, desde sus orígenes, es muy reducido el ámbito de aplicación que se deriva de la muy trajinada frase “cualquiera puede arreglar sus asuntos de tal modo que su impuesto sea lo más reducido posible; no está obligado a elegir la fórmula más productiva para la tesorería, ni aún existe el deber patriótico de elevar sus propios impuestos”.

#### **4.6. La doctrina de la sustancia sobre la forma (*Substance over form doctrine*)**

La columna vertebral de las doctrinas en los Estados Unidos y de muchos de los demás países de derecho común, es la denominada sustancia sobre la forma. Normalmente los resultados fiscales que se desprenden de una transacción o serie de transacciones son obvios, incontrovertibles y se basan en la forma legal de la transacción elegida por el contribuyente. En tales situaciones, sin embargo, la “sustancia” de una transacción particular puede producir efectos fiscales inconsistentes con su “forma” que se evidencia en los instrumentos contractuales. Bajo la doctrina de la sustancia sobre la forma, la administración tributaria y las cortes están autorizadas para recharacterizar una transacción según su sustancia, si objetivamente su esencia es contraria a su forma.<sup>88</sup> Por ejemplo, el contribuyente no puede rotular lo que en esencia es patrimonio como deuda, a fin de obtener la deducción de unos intereses.<sup>89</sup>

Esta doctrina se ha desarrollado en soporte y en forma paralela al principio que en este trabajo traducimos como el “principio de transparencia” (*“look through approach”*), que ordena siempre y en todos los casos prescindir del ropaje jurídico en aras de identificar la sustancia económica de las operaciones. Parte del supuesto que el tratamiento fiscal no debe sufrir variaciones por el hecho de que las transacciones se realicen por intermedio o a través de cualquier ente jurídico.

La experiencia enseña que adoptar el principio de la sustancia económica sobre la forma, sin métodos o doctrinas técnicamente estructuradas, conlleva a la arbitrariedad. La regla legal antielusiva coreana, por ejemplo, acoge el principio de la supremacía de la sustancia económica sobre la forma. No obstante, en tanto la Ley ni la jurisprudencia han establecido

---

<sup>88</sup> ADONNINO, *ob. cit.*, pág. 69.

<sup>89</sup> STRENG, W y YODER, L, *ob. cit.*, págs. 608 y 609.

los criterios o las condiciones necesarias para que prevalezca la sustancia sobre la forma, su aplicación ha sido considerada altamente subjetiva, luego peligrosa.

Por su parte, en los países de Derecho civil el principio que tradicionalmente se ha contrapuesto a este concepto es el de “forma es sustancia”, en tanto en dichas legislaciones se considera que los requisitos formales exigidos por la ley para cierta transacción son también los requeridos *ad substantiam*.<sup>90</sup> Sin embargo, como se ha previamente anotado, poco a poco en los países de Derecho civil ha venido legal y jurisprudencialmente evolucionando el concepto de la sustancia económica de las normas tributarias.

#### **4.7. La doctrina de la sustancia económica (“*Economic substance*” or “*economic sham doctrine*”)**

Mediante esta doctrina se pretende identificar si como consecuencia de la ejecución de una o varias transacciones: 1) la situación económica del contribuyente que participe en negocios jurídicos ha sufrido un cambio significativo, independientemente de los efectos fiscales que se hubieran logrado mediante la realización del negocio típico en particular; y 2) si el contribuyente poseía un propósito sustancial propio, diferente del ahorro fiscal, para realizar la transacción y que dicho propósito comercial se obtuvo apropiadamente a través de la ejecución negocial. Lo anterior, con el fin de establecer si el contribuyente tenía desde el inicio de la transacción un propósito económico sustancial, diferente del ahorro impositivo (“*motivo extra-fiscal*”) logrado mediante la figura de negocios empleada.<sup>91</sup>

Así, mientras la doctrina del propósito de los negocios busca que la transacción tenga una razón de negocios o un propósito mercantil identificable y real, la doctrina de la sustancia económica va más allá, porque pretende que el propósito mercantil que soporta la transacción afecte la situación económica del contribuyente en un nivel superior que el de un simple ahorro impositivo.

Aún cuando en la mayoría de los casos los tribunales americanos han

---

<sup>90</sup> ADONNINO, *ob. cit.*, pág. 69.

<sup>91</sup> Véase, NEWMAN, Scott D, “Approach to Tax Avoidance Internationally: United States”, *The International Bar Association Conference 2003*, págs 9 y 14.



permitido que se demuestre la existencia del propósito comercial o, en su defecto, que la transacción afectó significativamente la situación económica del contribuyente, es importante anotar que en ciertas ocasiones las altas cortes han exigido la demostración de ambos requisitos simultáneamente, para efectos de respetar el negocio realizado para fines fiscales.

Es importante precisar que para efectos de establecer si la transacción efectuada ha significativamente afectado la situación económica de un contribuyente, los tribunales han decidido evaluar: 1) si la transacción es de las comúnmente realizadas por el contribuyente dentro del desarrollo normal de sus negocios y 2) si a través de su realización el contribuyente estaría en la probabilidad de alcanzar una apreciable utilidad antes de impuestos, sin tener en cuenta los beneficios fiscales aparejados con la transacción.<sup>92</sup>

Esta doctrina, al igual que las otras anteriormente expuestas, busca determinar si el contribuyente incurrió en una transacción con el sólo fin de no configurar el hecho imponible típico que el legislador consagró como constitutivo de la obligación tributaria, obteniendo resultados económicos similares a los que se alcanzarían de haber optado por la forma normal y directa. Dicho en términos más sencillos, busca combatir los esquemas de elusión fiscal ideados para disminuir o evitar la tributación.<sup>93</sup> Desde luego, también conduce a la identificación del fraude fiscal penalmente sancionable.

#### ***4.8. Las cláusulas sectoriales antielusión - sistema italiano***

El régimen tributario italiano es excepcional. No ha admitido cláusula general de índole alguna, porque se teme que estas le atribuyan excesivos poderes a la administración, incompatibles con los principios de certeza y legalidad. El ordenamiento en Italia, por tanto, privilegia las garantías del contribuyente (certeza, legalidad y capacidad contributiva) a diferencia de las cláusulas generales cuando sólo pretenden asegurar la recaudación del tributo.<sup>94</sup>

Según relata Amatucci, el sistema permite y respeta la elusión tributaria

---

<sup>92</sup> *Ibidem*, *ob. cit.*, pág. 14.

<sup>93</sup> Véase ADONNINO, *ob. cit.*, pág. 66.

<sup>94</sup> AMATUCCI, *El Ordenamiento Jurídico Financiero*, *ob. cit.*, pág. 311.

en las actividades económicas que no transgredan en forma directa algún hecho impositivo consagrado en la ley, mientras no se originen actos simulados o se realice una defraudación fiscal. “En tal sentido es inviolable la autonomía negocial con el fin de abusar de la ley tributaria. Prevalece la disposición de disponibilidad jurídica de la renta respecto a la económica y material”. “Por tanto, el abuso y el fraude a la ley con fines elusivos son permitidos en líneas generales por el ordenamiento tributario italiano”.<sup>95</sup>

Pero esto no debe animar a todos a pensar que en Italia se puede encontrar refugio para guarnecerse de la lluvia impositiva, porque el sistema tributario está conformado por una serie de ficciones y presunciones legales bien estructuradas, a más de que el régimen sancionatorio y penal es duro y la gestión de fiscalización se ha intensificado mucho.<sup>96</sup> Además, el ordenamiento contiene una cláusula sectorial antievasión<sup>97</sup> dirigida, como su nombre lo indica, a controlar y reprimir conductas transgresoras única y exclusivamente con respecto a determinadas actividades.

Esta norma establece en su primer inciso que son inoponibles a la Administración Financiera los actos y los hechos relacionados entre sí, carentes de razones económicas válidas, dirigidos a eludir obligaciones o prohibiciones previstas por el ordenamiento tributario y a obtener reducciones de impuestos o devoluciones indebidas. En el inciso segundo se ordena a la Administración Financiera desconocer las ventajas tributarias obtenidas mediante los actos, hechos y negocios contemplados en el inciso primero, aplicando los impuestos determinados con base en las normas eludidas, sin perjuicio de las sanciones procedentes, que son administrativas o penales, dependiendo de la gravedad.

La cláusula sectorial se aplica a condición de que, en el ámbito del comportamiento previsto en el inciso segundo, las ventajas tributarias indebidas sean utilizadas en una o más de las siguientes operaciones:

- Transformaciones, fusiones, escisiones, liquidaciones voluntarias y

---

<sup>95</sup> *Ibidem*, págs. 310-313.

<sup>96</sup> No obstante, un dato curioso y significativo es que hace apenas un par de años en Italia se concedió una amnistía patrimonial.

<sup>97</sup> Art. 37 bis d.p.r.n. 600 de 29 de Septiembre de 1973, incorporado por el art. 7 del Decreto ley 358 de 1997, que derogó y sustituyó el art. 10 de la ley 29 de 1990 (n. 408).

distribuciones a los socios de sumas provenientes del patrimonio neto, diferentes de las utilidades;

- Aportes a las sociedades, así como los negocios que tengan por objeto la transmisión de empresas;
- Cesión de créditos;
- Cesión de excedentes de impuestos;
- Operaciones regidas por el Decreto Ley 544 de 30 de diciembre de 1992, que desarrolla la directiva comunitaria 90/434, relativa al régimen común aplicable a las fusiones, escisiones, aportes en especie de activos y otras negociaciones de acciones concernientes a sociedades de los diversos estados miembros;
- Diversas operaciones en materia de plusvalías.<sup>98</sup>

Esta cláusula no puede calificarse exclusivamente como antielusiva porque su finalidad es combatir la evasión. Ni siquiera la jurisprudencia italiana se ha referido al fraude a la ley o al abuso de las formas jurídicas. No obstante, al no reconocer las ventajas tributarias obtenidas en los negocios listados, puede tomarse en sus efectos como antiabuso de las formas jurídicas en fraude a la ley.<sup>99</sup>

En algunas pocas ocasiones la autoridad fiscal y financiera ha aplicado el artículo 1344 del Código Civil sobre abuso del derecho, equivalente al *fraus legis*, pero la mayoría de las veces –no en todas– la jurisdicción ha revocado el acto de la Administración. La razón que ha aducido la Corte de Casación para no aplicar la regulación civil se ampara en que el ordenamiento fiscal no contiene una norma dispositiva que permita “recharacterizar” contratos para propósitos fiscales y el artículo 1344 del Código Civil únicamente autoriza decretar la nulidad de los negocios o contratos en *fraus legis* para efectos civiles y comerciales.

---

<sup>98</sup> Véase *Ibidem*, págs. 313-314; y además KRUSE, El ahorro de impuesto la elusión fiscal y la evasión, *ob. cit.*, págs. 592-593.

<sup>99</sup> AMATUCCI, Andrea, “Criminalización de las infracciones tributarias”, *XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Libro I, Lisboa, 1998, pág. 203.

En Italia la sustancia no prima sobre la forma. En términos generales, “la sustancia es la forma”. Aunque la jurisprudencia acusa una tendencia muy reciente según la cual puede no considerarse la forma jurídica adoptada en función de parámetros económicos, “en la medida en que, en particular, intervengan empresas. El Tribunal Supremo ha decidido que la operación ha de ser interpretada a la luz de criterios económicos juiciosos”.<sup>100</sup> Será que este es el principio de la resurrección de la interpretación funcional de la escuela de Pavía que muchos años atrás comandó Griziotti e impulsó Vanonni (La teoría de la causa)?.

## **V. LA DEFRAUDACION Y LA ELUSION FISCAL EN COLOMBIA**

### **1. Análisis de la Ley, la jurisprudencia y la doctrina colombianas frente a las cláusulas antielusivas**

La Ley colombiana no contiene una cláusula general antielusión a diferencia del vecino país de Perú; por el contrario ha adoptado el esquema de las cláusulas particulares y un par de cláusulas sectoriales de muy reducido espectro. El legislador no ha considerado jamás la consagración legal de cláusulas generales antielusión, propias de los países latino-germánicos, en los que opera el sistema jurídico de código, como lo son las de fraude a la ley, abuso de las formas jurídicas y abuso del Derecho.

En el Estatuto Tributario colombiano, las cláusulas antielusivas de carácter particular se manifiestan a través de ficciones legales, presunciones legales absolutas o de derecho (*juris et de jure*) y presunciones legales relativas o de hecho (*juris tantum*).

En la legislación tributaria colombiana prolifera el uso y el abuso de las ficciones legales y las presunciones absolutas. En algunos casos se finge la existencia de ingresos para someterlos al impuesto de renta, a pesar de en la realidad ser inexistentes, como ocurre con los intereses presuntivos originados en préstamos efectuados por las sociedades a sus socios o accionistas (art. 35 ET); los ingresos por enajenación de activos establecidos de oficio en función del valor comercial (arts. 90 y 90-1 ET); entre muchos otros.

---

<sup>100</sup> LUPO, Antonello, “Form and substance in tax law”, *Cahiers de droit fiscal international*, Volume LXXXVIIa, Oslo Congress, 2002, págs. 367-364-376 y 377.

Otras veces se fingen costos o deducciones que suelen ser irreales como ocurre en la enajenación de intangibles, cuyo costo se simula que equivale al 30% del precio de enajenación (art. 74 ET); en la explotación dentro del país de películas cinematográficas y programas de *software*, en donde se finge que los costos y deducciones equivalen al 40% y 20% de los ingresos, respectivamente (arts. 410, 411 y 320, literales c y d. ET); entre otros.

Otras ficciones se manifiestan a través de la restricción o desconocimiento de los efectos de ciertas operaciones del contribuyente, como la limitación al 15% de la renta líquida de los costos y gastos pagados en el exterior para obtener rentas de fuente nacional (art. 122 ET); las prohibiciones de deducir los pagos efectuados a entidades extranjeras no domiciliadas y a jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales si no se practica la retención en la fuente (arts. 419 y 124 del ET); entre muchas otras.

Vale aclarar y al mismo tiempo reiterar<sup>101</sup> la crítica que se formula según la cual en Colombia el legislador tributario ha confundido las ficciones legales con las presunciones legales absolutas. En efecto, ha desconocido que en las presunciones legales –absolutas o de derecho y relativas o de hecho, en las primeras no admitiéndose prueba en contrario y en las segundas sí– se parte de un hecho probablemente cierto para inferir otro hecho. En cambio, en las ficciones la ley finge un hecho inexistente o falso, que razonablemente no se puede inferir de ningún otro hecho, y cuya única razón se halla en que el legislador intuye un probable comportamiento elusivo o evasor del contribuyente y le antepone un presupuesto de hecho igualmente ficticio.

También existen abundantes ficciones establecidas en la ley tributaria no directamente relacionadas con ingresos o egresos ordinarios, tales como aquella que considera residente en Colombia a quien no obstante residir físicamente en el exterior, conserva en el país la familia o el asiento principal de sus negocios (art. 10 ET); la renta presuntiva sobre patrimonio líquido, que no admite prueba en contrario, aunque sí algunas exclusiones (arts. 188 a 194 ET); para efectos del IVA se finge que constituyen venta todas las enajenaciones o transferencias de dominio a título gratuito u

---

<sup>101</sup> ALFONSO. B, Juan I, “Uso de las presunciones en Derecho Tributario”, *XII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Memoria, Volumen I, ICDT - ILADT, Bogotá, 1985, págs. 334-355.

oneroso y los retiros de bienes propios, así como la incorporación de bienes corporales muebles a inmuebles o a servicios no gravados (art. 421 ET); entre muchas otras más.

Un número considerable de las ficciones consagradas por la legislación tributaria colombiana se denominan formalmente como presunciones de Derecho, sin en realidad serlo. Pero, además, la confusión ha llegado a tal grado, que inclusive tampoco hay claridad para determinar cuándo se está frente a una presunción legal absoluta (*juris et de jure*), que no admite prueba en contrario, y cuándo frente a una presunción relativa (*juris tantum*), que admite prueba en contrario. Veamos:

Si nos atenemos al artículo 66 del Código Civil, para que la presunción sea absoluta y no admita prueba en contrario se requiere que la norma que la establece la señale como tal. Pero si nos ajustamos al artículo 176 del Código de Procedimiento Civil –norma posterior–, la regla se invierte, al establecer que “el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.

Por no ser crucial para el desarrollo de este trabajo, apenas hemos enunciado algunas ficciones legales y presunciones legales absolutas, absteniéndonos de hacer lo propio con las presunciones relativas, porque estas se utilizan más para fines probatorios que como cláusulas particulares antielusión.

Vale sí mencionar y reiterar la crítica formulada por Juan I. Alfonso, veinte años atrás –hoy más vigente que nunca– sobre la utilización incorrecta que el legislador colombiano ha hecho de las presunciones y ficciones, haciendo un uso exagerado e impertinente de estas, que no sólo están técnicamente mal estructuradas para proteger los intereses fiscales sino que, muchas de ellas, transgreden el principio de la capacidad contributiva y del derecho del contribuyente a defenderse de la injusticia.<sup>102</sup>

La legislación colombiana recién adoptó unas medidas con efectos prohibitivos, al desestimular la contratación con determinados territorios califi-

---

<sup>102</sup> La ponencia nacional presentada por Juan I. Alfonso B. en el año de 1985 ante el ILADT, nos releva de tener que demostrar esta afirmación y de hacer “la larga y tediosa enunciación” de las ficciones y presunciones que injusta e inútilmente –unas lo uno y otras lo otro– consagra la Ley tributaria colombiana. Véase *Ibidem*, págs. 341 y sig.

cados como paraísos fiscales, estableciendo la no aceptación del costo o la deducción sobre la adquisición de bienes y de algunos servicios, constitutivos de renta de fuente extranjera para los beneficiarios (art. 124-2 ET). Además, incrementó el monto de la retención en la fuente sobre ciertos pagos constitutivos para el beneficiario de renta de fuente nacional, a una tarifa muy superior de la que normalmente procede (art. 408 ET).

Así, tras el legislador presumir con base en la experiencia que los pagos a paraísos fiscales tienden a efectuarse con fines evasivos y elusivos, los desestimula a través de un tratamiento fiscal discriminatorio, sin considerar el hecho de que en relación con las transacciones sanas vulnera los principios constitucionales de la igualdad (art. 13), la no discriminación y la autodeterminación (arts. 5, 9, 226 y 227), así como el derecho de todos a la libre competencia económica (art. 333).

Es necesario mencionar adicionalmente que en la legislación tributaria colombiana se ha adoptado una cláusula que permite al fisco desconocer determinados actos jurídicos, que podría encasillarse dentro de la concepción doctrinaria de la “cláusula sectorial antielusión”. Es el caso del artículo 690 del Estatuto Tributario, que concede a la administración tributaria la facultad para desconocer los efectos fiscales de operaciones sobre utilidades o participaciones, realizadas entre sociedades y/o socios o éstos entre sí, que conlleve la reducción del impuesto a cargo de los involucrados. Esta disposición no merece comentario distinto de que su redacción, en extremo casuista, la hace permeable y que, además, no ha tenido casi aplicación desde que fue prohijada hace más de veinte años.

Otra cláusula de similar naturaleza es la contenida en el art. 690-1 del Estatuto, que faculta a la Administración a “correr el velo corporativo” cuando demuestre que la enajenación de acciones a través de la bolsa de valores constituyó un mecanismo jurídico para encubrir la enajenación de bienes, aprovechando la exención del impuesto de renta sobre operaciones bursátiles de capital accionario.

## **2. La cláusula general antielusoria y la jurisprudencia de la Corte Constitucional**

Refiriéndose a la constitucionalidad del artículo 278 del Estatuto Tributario, que consagra como ficción legal que en la adquisición de bienes raíces con préstamos de entidades vigiladas, el precio de compra no puede

ser inferior a una suma en la cual el préstamo represente el 70% del total, la Corte Constitucional expresó:

*“Dada la vocación general del ordenamiento y la conveniente exigencia de preservar la seguridad jurídica, el contribuyente tiene el derecho de hacer uso del mismo y de sus formas, con el objeto de encauzar sus asuntos de la manera más apropiada a su naturaleza e intereses y de modo tal que le signifique la menor responsabilidad fiscal”.*

*“La libertad para la utilización de las formas jurídicas, sin embargo, tiene límites que es conveniente precisar, particularmente cuando a ellas se apela con el propósito prevalente de evitar los impuestos o su pago. En estos casos, la transacción respectiva no podrá ser considerada por la Legislación Tributaria, de acuerdo con los efectos que produce de conformidad con el derecho privado, sin tomar en consideración su resultado económico”.*

*“El principio de equidad que inspira el sistema tributario (C.P. art. 363), (...) no se concilia con la reverente servidumbre a la forma jurídica puramente artificiosa y con un móvil predominantemente fiscal, pues ella puede conducir a otorgar a una misma transacción diferente trato fiscal. De otra parte, el “abuso de las formas jurídicas”, patente en la utilización de definiciones y categorías jurídicas con miras principalmente a evadir o eludir el pago de impuestos, les sustrae su legitimidad y obliga al Estado a desestimar sus efectos. La ‘intentio juris’ deberá ser desplazada por la ‘intentio facti’”.*

*“En este orden de ideas, se impone privilegiar la sustancia sobre la forma. La legislación tributaria no puede interpretarse literalmente. Los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse de acuerdo con su sustancia económica; si su resultado material, así comprenda varios actos conexos, independientemente de su forma jurídica, es equivalente en su resultado económico a las circunstancias y presupuestos que según la ley generan la obligación tributaria, las personas a las cuales se imputan no pueden evadir o eludir el pago de los impuestos”.*



*Si bien la aplicación de la legislación tributaria de conformidad con el criterio material y sustancial de interpretación esbozado –aparte de la aplicación de otros principios fundamentales de la fiscalidad–, pone en manos de la administración un arma poderosa para luchar contra los flagelos de la evasión y la elusión fiscales, se ha considerado procedente introducir, por parte del legislador, medidas especiales, algunas ad hoc para enfrentarlos”.*<sup>103</sup> (se subraya).

Cuatro aspectos fundamentales se destacan de esta pieza jurisprudencial: 1) se impone privilegiar la sustancia sobre la forma. La *intentio juris* deberá ser desplazada por la *intentio facti*; 2) la legislación tributaria no debe estructurarse en función de los efectos que las transacciones producen en el derecho privado, sin tomar en consideración su resultado económico; 3) los hechos fiscalmente relevantes deben examinarse en la forma como lo hacen los esquemas jurídicos del “abuso de las formas jurídicas” y el “fraude a la ley”, de acuerdo con su sustancia económica; 4) la Administración dispone de estos mecanismos como un arma poderosa para luchar contra los flagelos de la evasión y la elusión fiscales.

Se impone hacer un primer comentario para destacar que parece que la Corte hace un llamado al legislador para que estructure el texto de las leyes de forma que se anuncie el resultado económico pretendido, tal como es la política en Alemania, Austria y otras naciones.

Antes de hacer cualquier otro comentario sobre los efectos que en la práctica pueden derivarse de este pronunciamiento jurisprudencial, se impone hacer claridad que éste responde a una opinión insertada en la parte motiva de una sentencia que carece, directa o indirectamente, de relación alguna con su parte resolutive, comoquiera que la misma declaró la constitucionalidad de una ficción legal. Las normas particulares antielusión en fase de estructuración del Derecho, como el establecimiento de ficciones legales y presunciones legales absolutas, difieren esencialmente de las facultades que pueda tener la Administración en la fase de aplicación del Derecho para combatir la elusión fiscal.

De conformidad con el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, estatutaria de

---

<sup>103</sup> CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-15 de 1993, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz, *Gaceta de la Corte Constitucional*, Tomo I, 1993, pág. 221.

la Justicia, en concordancia con el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, la parte motiva de una sentencia es otra cosa que *obiter dictum*; es decir, no tiene efectos *erga omnes* y apenas constituyen criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de Derecho en general, a menos que la parte resolutive de la sentencia la incorpore a sí misma de modo expreso.

Surge entonces el cuestionamiento acerca de si la Administración de Impuestos está facultada, sin Ley que la autorice, para desconocer los efectos elusivos –que no evasivos o simulados que transgreden la Ley– de una transacción o de varias escalonadas?

Una jurisprudencia aislada de la Corte Constitucional que data del año 1993 así lo aconseja. Pero esto no es suficiente para resolver el interrogante.

No obstante, con alguna precariedad en el sustento jurídico, se ha venido desarrollando recientemente una tendencia en cabeza de las autoridades tributarias de aplicar lo que han denominado erradamente el “fraude fiscal”<sup>104</sup>, tanto a nivel interpretativo (emisión de conceptos) como en la fase aplicativa del derecho (procesos de fiscalización y determinación del impuesto). Tal figura fue sustentada en el Concepto de la DIAN No. 51977 del pasado 2 de Agosto de 2005.

En el mencionado Concepto erráticamente la autoridad tributaria confunde el fraude fiscal (o defraudación fiscal), que comporta actuaciones del contribuyente que infringen la ley de manera directa y que comúnmente se conoce como evasión fiscal, con el fraude a la ley, el cual como nota característica supone que no conlleva la trasgresión directa de la Ley. En efecto, allí se califica como fraude fiscal tanto la violación directa de la ley con intenciones fraudulentas, como la transgresión de su “*ratio*” a través del abuso de las formas jurídicas, ambas conductas igualmente sancionadas administrativamente.

El contenido de este Concepto tributario denota que país no está aún preparado para combatir el abuso de las formas jurídicas con algún grado de

---

<sup>104</sup> En algunos conceptos sobre temas concretos, la DIAN ha calificado ciertas figuras como configurativas de abuso a las formas jurídicas (Conceptos Nos. 57499 y 87509 del 1° de Septiembre del 2004 y del 13 de Diciembre del 2004)

seguridad jurídica, mecho menos aún sin la existencia de una ley autorizante o cláusula general antielusión.

### **3. La jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano y la elusión tributaria**

El Consejo de Estado ha emitido pronunciamientos que desde una perspectiva procesal dan prevalencia a la verdad real probada, separándose de las formas jurídicas atribuidas por el contribuyente a una determinada operación económica.

Sin embargo, es importante precisar que ninguno de los casos en que el Consejo de Estado ha priorizado la sustancia sobre la forma obedece estrictamente al fenómeno de la elusión fiscal. De manera que, puede afirmarse, nunca ha aplicado la figura del fraude a la ley tributaria en abuso de las formas jurídicas.

Ante diferentes casos en que se ha ocasionado una infracción directa de la ley, la alta Corporación –como es debido– ha privilegiado la sustancia sobre la forma, luego de valorar los hechos desde una perspectiva mercantil y económica. En todos estos casos ha impuesto sanción por inexactitud, en acato de lo ordenado en el artículo 647 del Estatuto Tributario.

## **VI. EL ARTICULO VIII DEL ESTATUTO TRIBUTARIO PERUANO - CONCLUSION**

El principio de la sustancia económica está consagrado como una cláusula general antielusión en el Código Tributario Peruano dentro de su artículo VIII. Al mismo tiempo, para determinar su grado de injerencia en el Derecho sustancial tributario, es importante considerar que no es el único principio que debe operar en la órbita del Derecho tributario, y que los diferentes principios pueden entrar en conflicto.

Ya hemos establecido que en casi todos los mecanismos que existen o que se puedan idear, para combatir la elusión en fase de aplicación de la norma tributaria, estén o no consagrados en la ley, que atribuyan discrecionalidad a la administración tributaria, entran en conflicto los principios de capacidad contributiva e igualdad, de un lado, y los de legalidad y seguridad jurídica, del otro.

La elusión tributaria en sí misma puede vulnerar los principios de capacidad contributiva y de la igualdad; los esquemas para combatir el fraude a la ley pueden transgredir los principios de la legalidad y de la seguridad jurídica. A nuestro juicio, se impone la necesidad de ponderar los principios coexistentes que están opuestos, en consideración al asunto por resolver.

Contrario a las reglas que son normas que se aplican a través de la subsumición o deducción silogística, propia de la ciencia positiva del Derecho, los principios son normas que involucran un mandato de optimización, en tanto ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. La aplicación de los principios está determinada, en esencia, por su ponderación frente a principios opuestos.<sup>105</sup>

La ponderación de los principios trae consigo una pretensión de fundamentalidad que se realiza a través de la argumentación jurídica, del discurso racional.<sup>106</sup>

La conclusión a la que llega este trabajo, luego de realizada la ponderación de los principios opuestos atrás planteados, se concreta en los siguientes términos:

La Administración Peruana cuenta con una herramienta de gran poder que debe ser usada razonablemente respetando los principios de legalidad y seguridad jurídica. Un uso desmedido de la cláusula general antielusión conllevaría a una violación inminente de estos principios.

La gran enseñanza que surge como conclusión a propósito de la investigación y análisis que aquí se ha efectuado sobre las experiencias que han tenido diferentes países en su lucha contra la elusión fiscal, es que en la historia de las instituciones jurídicas democráticas probablemente jamás se ha establecido una figura jurídica tan polémica y problemática como las cláusulas generales antielusorias. Aún en las naciones más avanzadas, las doctrinas y reglas que se han concebido han brillado más por su inestabilidad que por su eficiencia. En España la crisis de los sistemas de fraude a la ley y de negocio jurídico indirecto ha sido la constante.

---

<sup>105</sup> Véase ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, Trad. del alemán de Jorge M. Peña, 2ª ed., Edit. Gedisa, Barcelona, 1997, págs. 74 y ss y 162.

<sup>106</sup> Véase ALEXY, Robert, *La pretensión de corrección del Derecho*, Trad. del alemán de Paula Gardo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, págs. 59 y sig.

Es natural que ello haya sido así, en razón del muy alto componente subjetivo que se desprende de la facultad asignada a la Administración y a los jueces para recharacterizar los negocios jurídicos realizados por los contribuyentes. Una atribución de esta naturaleza supone que el funcionario fiscalizador sea no sólo probo, sino también experto en una gran variedad de temas económicos y jurídicos. Aquí abajo en la tierra difícilmente se puede garantizar la existencia de prohombres que reúnan todas esas cualidades y mucho menos en los países en vía de desarrollo como Perú y Colombia.

Quizás excepcionalmente en los Estados Unidos de América, la doctrina de la sustancia sobre la forma, aunque con baches, ha logrado imponerse jurídica y culturalmente; pero eso se debe a los enormes recursos económicos de que dispone y que efectivamente se invierten no sólo en la Administración de Justicia sino en la sociedad en general.

Se debe tener en cuenta que, por una lado, los métodos de interpretación económica y las doctrinas sobre la sustancia económica, que conllevan al examen económico de los supuestos de hecho, stricto sensu son contrarios al principio de la legalidad tributaria, porque soslayan el texto de la ley para dar un amplio margen de libertad al intérprete. Y esa libertad ignora la tradicional esencia radicalmente jurídica del tributo y del hecho imponible que determina su nacimiento, y que se ha instaurado en garantía del derecho del contribuyente a la certidumbre.

No obstante lo anterior, hay que reconocer que la seguridad jurídica también puede mirarse desde una perspectiva distinta; como por ejemplo lo hace la doctrina alemana, que sostiene que el excesivo formalismo jurídico o apego a la letra de la ley puede conducir a una mayor inseguridad jurídica, porque obstaculiza la búsqueda de la justicia, que al fin y al cabo es de lo que la seguridad jurídica trata. En esta misma premisa también se apoyan los sistemas que se rigen por el derecho común o consuetudinario y que se han venido estructurando alrededor de la doctrina del realismo jurídico, en virtud de la cual el Derecho se construye a partir de los hechos.<sup>107</sup>

---

<sup>107</sup> Contrario a la vía del silogismo deductivo, el realismo se apoya en el método inductivo, que hace surgir de los hechos el concepto genérico del Derecho; se parte de lo particular y concreto para llegar a lo general y abstracto, mediante la observación “desde afuera” de los datos suministrados por la experiencia.

Este método está expuesto a la arbitrariedad, porque los jueces pueden separarse de las normas vigentes.

Si bien es claro que no debemos concebir el Derecho sin que la sustancia prime sobre la forma, la existencia de una cláusula general antielusión debe estar condicionada a que tanto la administración como la jurisdicción del país que se trate este muy bien preparada en las áreas, no solo jurídicas, sino también económicas y de negocios.

Hacer vales estas condiciones es el presupuesto mínimo que se debe cumplir con el fin de hacer respetar los principios de legalidad y seguridad jurídica, pilares del Derecho Tributario tanto en Colombia como en cualquier lugar del mundo donde exista un sistema tributario concebido dentro del Estado de Derecho.

Bogotá, octubre 2005