



Zoë Prebble^(*) y John Prebble^(**)

Comparando la **Norma Anti-elusiva** General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II)^(***)^(****)

Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

Resumen: El presente artículo compara y analiza la manera en que los Estados miembros de la Unión Europea, los Estados Unidos y el Reino Unido combaten la elusión tributaria a través de sus sistemas legales. El artículo aborda temas como la influencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el caso *Cadbury Schweppes* en el establecimiento de normas antielusivas en los Estados miembros de la Unión Europea, y la aplicación de la doctrina de la simulación en los Estados Unidos y en el Reino Unido.

Palabras clave: Normas Antielusivas - Impuesto a la Renta - Abuso de Derecho - Unión Europea - Caso *Cadbury Schweppes* - Estados Unidos - Reino Unido - Doctrina de la Simulación

Abstract: This article compares and analyzes how member States of the European Union, the United States of America and the United Kingdom combat tax avoidance through its legal systems. The article addresses issues such as the influence of the Court of Justice of the European Union and the case *Cadbury Schweppes* in establishing anti-avoidance rules in member States of the European Union and the application of Business Purpose Doctrine in the United States of America and the United Kingdom.

(*) BA (Hons), LLB (Hons), Victoria University of Wellington; New Zealand Law Commission, New Zealand.

(**) BA, LLB (Hons), Auckland; BCL, Oxon; JSD, Cornell; Inner Temple; Professor and former Dean of Law and Henry Lang Fellow, Institute of Policy Studies, Victoria University of Wellington; Member, Advisory Board, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam; and Senior Fellow, Taxation Law and Policy Research Institute, Monash University, Melbourne.

(***) Este artículo fue originalmente publicado como: PREBBLE, Zoë y John PREBBLE. *Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*. En: *Bulletin for International Taxation*, (abril de 2008); 151-170. Agradecemos gentilmente el permiso de los profesores Prebble para su traducción y publicación, que se ha realizado en dos partes, en la presente edición y en la inmediatamente anterior de la revista IUS ET VERITAS. La traducción estuvo a cargo de Fernando Loayza Jordán, Bachiller en Derecho por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, ex Director Ejecutivo de la Asociación Civil IUS ET VERITAS y Alejandro Jiménez Vereau, estudiante de pregrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y miembro ordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. La traducción fue revisada por Roberto Polo, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente del curso de Impuesto a la Renta en la Universidad del Pacífico. Se han agregado NT para esclarecer detalles de la traducción, las cuales son enteramente responsabilidad de los traductores.

(****) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 26 de febrero de 2016 y aprobada su publicación el 29 de febrero del mismo año.

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

Keywords: Anti-avoidance Provisions - Income Tax - Abuse of Rights - European Union - Case Cadbury Schweppes - United States of America - United Kingdom - Business Purpose Doctrine

1. Estados miembros de la Unión Europea (UE) - El ámbito de aplicación permitido de las normas antielusivas⁽¹⁾

Muchos Estados miembros de la UE tienen sus propias normas antielusivas, pero en la práctica, dichas normas no determinan por completo el alcance de sus disposiciones sobre elusión tributaria. Todos los Estados miembros deben garantizar que sus leyes nacionales sean consistentes con las libertades fundamentales garantizadas por el TCE. Esto incluye las normas antielusivas de los Estados miembros, las cuales no podrán quebrantar o infringir ninguna de las libertades garantizadas por el Tratado.

La garantía de la libertad de establecimiento es particularmente pertinente en el contexto de las normas antielusivas. Los objetivos de la libertad de establecimiento son garantizar los principios del libre mercado y, a la vez, promover la igualdad de mercado. Esto obliga a los Estados miembros de la UE a tratar a todos los residentes de la UE de manera igualitaria y que sean sometidos a las mismas reglas y condiciones, independientemente del Estado miembro en que residan. Las normas antielusivas frecuentemente tratan situaciones límite, por ejemplo, el uso de paraísos fiscales. Es probable que una disposición antielusiva diseñada para restringir el uso de paraísos fiscales lo haga a costa de la libertad de establecimiento.

Los derechos garantizados por el TCE prevalecen sobre los objetivos de las leyes nacionales. Cuando una ley nacional limita una libertad garantizada, esta puede ser impugnada ante el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE). El TJUE determina si las limitaciones son justificadas. Si una norma antielusiva es

impugnada en base a que esta limita la libertad de establecimiento, el TJUE decide si la norma es justificada y, por lo tanto, compatible con las normas comunitarias a pesar de su efecto sobre la libertad de establecimiento.

Para los Estados miembros de la UE, hay una dimensión extra que debe ser considerada en el diseño y la promulgación de las disposiciones antielusivas. Una disposición antielusiva debe funcionar en un contexto nacional, pero también debe ser coherente con las obligaciones del Estado como Estado miembro de la UE.

1.1. Decisiones del TJUE

Las decisiones del TJUE proporcionan directrices para los Estados miembros en el diseño de normas antielusivas. El enfoque del TJUE ha sido considerar tales normas como justificadas si ellas restringen la libertad de establecimiento solo respecto de acuerdos completamente artificiales. Pero si una norma antielusiva restringe la libertad de establecimiento respecto a acuerdos que no son completamente artificiales, tal norma sería inconsistente con las normas comunitarias.

Desde finales de los noventa, el TJUE analizó varias normas antielusivas para determinar si respetaban la libertad de establecimiento⁽²⁾. Las normas analizadas incluyeron las disposiciones del Reino Unido referentes a la transferencia de pérdidas tributarias entre sociedades del mismo grupo y el régimen CFC alemán. En cada caso, el TJUE sostuvo que las normas eran restricciones injustificadas a la libertad de establecimiento. La legislación antielusiva no tenía el propósito específico

(1) Con Franca Frenzel

(2) Véase el caso C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Tax)*, [1998] ECR I-4695; caso C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt*, [2002] ECR I-11779; y el caso C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, [2004] ECR I-2409; véase también el caso de abuso general del derecho, caso C-110/99, *Emsland-Stærke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, [2000] ECR I-11569.



Zoë Prebble y John Prebble

de evitar los acuerdos completamente artificiales pactados para eludir la legislación tributaria nacional; al contrario, era legislación de aplicación general. En los primeros casos, ni el TJUE ni el Abogado-General explicó en que consiste un acuerdo completamente artificial. Finalmente, en el caso *Cadbury Schweppes* del 2006, el Abogado-General propuso una definición que el TJUE adoptó en su momento⁽³⁾.

1.2. *Cadbury Schweppes*

El caso *Cadbury Schweppes* involucra a una compañía del Reino Unido que, como la compañía alemana en el caso *Dublin Docks* discutido anteriormente⁽⁴⁾, estableció subsidiarias en Irlanda debido a una tasa baja de impuesto a la renta societario de 10%. Esto se consideró un acuerdo elusorio. El régimen de CFC del Reino Unido pretendía que el acuerdo no tuviera efecto respecto a la renta - los beneficios de las subsidiarias fueron tratados como pertenecientes a la sociedad matriz del Reino Unido y gravados en concordancia con la tasa, más alta, del Reino Unido. El contribuyente llevó el caso ante el TJUE. Se opuso a pagar la tasa del Reino Unido bajo el argumento de que esto restringía su libertad de establecimiento.

El Abogado-General analizó si el propósito de evitar la elusión fiscal era suficiente para justificar el régimen CFC del Reino Unido. Él adelantó la posición de que las normas antielusivas nacionales no deberían ser redactadas para hacer frente a las situaciones límite en términos generales. Estas deben ser redactadas para permitir a los tribunales nacionales restringir la libertad de establecimiento solo de las empresas que han realizado acuerdos completamente artificiales con el fin de eludir impuestos. En el párrafo 87 de su opinión, el Abogado-General estableció lo siguiente:

“De acuerdo con una frase que se usa habitualmente en la jurisprudencia, un obstáculo a una libertad garantizada por el Tratado solo puede justificarse por motivos de lucha contra la elusión fiscal si la legislación en cuestión está, específicamente, diseñada para excluir de una ventaja fiscal los acuerdos completamente artificiales destinados a eludir la legislación nacional.”

El Abogado-General consideró que los tribunales estaban obligados a decidir objetivamente, caso a caso, si las disposiciones antielusivas nacionales fueron redactadas con los límites suficientes como para constituir una restricción justificada de la libertad de establecimiento. Como se explica en el acápite 1.3, el TJUE adoptó las propuestas del Abogado-General.

1.3. La definición de “acuerdos completamente artificiales” en el caso *Cadbury Schweppes*

El Abogado-General definió el término “acuerdos completamente artificiales”. Él señaló que la existencia de un propósito elusivo es un criterio demasiado subjetivo para determinar la artificialidad de los acuerdos bajo análisis. El nivel de carga tributaria, al igual que los costos de mano de obra o infraestructura, es un factor que una empresa puede tomar en cuenta al elegir donde se establece. El Abogado-General desarrolló una definición negativa de los “acuerdos completamente artificiales”, presentando tres criterios objetivos de acuerdos que no son completamente artificiales. Los acuerdos que cumplan los criterios no podrán considerarse como “acuerdos completamente artificiales”.

El primer criterio es que la subsidiaria debe estar genuinamente establecida en el Estado en cuestión y debe tener la sustancia y capacidad de llevar a cabo los servicios que den lugar a la reducción de la carga tributaria. Segundo, los servicios realizados por la subsidiaria deben ser reales. La subsidiaria no puede ser una mera herramienta de ejecución. Su personal debe tener la competencia para prestar servicios y tomar decisiones, y el personal debe realmente tomar esas decisiones. Por último, los servicios de la subsidiaria deben tener algún valor

(3) Opinión del Abogado-General Léger (Para. 111) en el caso C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue* (2006); ratificado por el TJUE en el caso C-196/04, *Cadbury Schweppes plc and another v. Inland Revenue Commissioners*, [2007] Ch. 30 (Para. 65).

(4) Véase nota 19, supra, y el texto que acompaña.

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

económico desde la perspectiva de la sociedad matriz. Si los servicios de la subsidiaria no tienen valor económico, el pago de la matriz por ellos no debe ser considerado tributariamente y será considerado una simulación. Estos tres criterios deben cumplirse; de otro modo, se considerará que el acuerdo es completamente artificial.

El TJUE confirmó la decisión del Abogado-General. Primero, el TJUE estuvo de acuerdo con que la intención de obtener una reducción de impuestos mediante la constitución de una empresa que es un CFC no es suficiente por sí misma para demostrar que existe un acuerdo completamente artificial; otras condiciones objetivas también deben cumplirse⁽⁵⁾. Segundo, el TJUE, en esencia, adoptó la definición de acuerdos completamente artificiales como se delimitó en los tres criterios desarrollados por el Abogado-General. La "constitución de la sociedad CFC debe corresponder a un establecimiento real con intención de llevar a cabo actividades económicas reales en el Estado de constitución"⁽⁶⁾. Si eso no puede ser demostrado, la creación de la sociedad CFC debe ser considerada como un acuerdo completamente artificial. El TJUE concluyó⁽⁷⁾.

Los artículos 43 y 48 del TCE deben interpretarse descartando la inclusión en la base tributaria de una sociedad residente en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad CFC en otro Estado miembro, cuando tales beneficios están sujetos en ese estado a una menor carga tributaria que la aplicable en el primer estado, a menos que tal inclusión se vincule únicamente a los acuerdos completamente artificiales que pretendan eludir los tributos normalmente exigidos. En consecuencia, una medida tributaria de este tipo no debe aplicarse cuando se demuestra, sobre la base de elementos objetivos y verificables por terceros, que a pesar de la existencia de propósitos tributarios, la sociedad CFC está realmente establecida en el Estado miembro donde está constituida y lleva a cabo actividades económicas reales.

1.4. Un difícil equilibrio - normas antielusivas en los Estados miembros de la UE

La redacción de las normas antielusivas de los Estados miembros de la UE está restringida. Las normas no pueden

ser redactadas demasiado generales; si lo son, estas probablemente serán incompatibles con la libertad de establecimiento garantizada por el TCE. Las normas deben ser redactadas de forma precisa, de modo que combatan únicamente los acuerdos completamente artificiales y realizados con el único propósito de eludir impuestos. No obstante, como se discutió previamente, la generalidad de las normas antielusivas es su mejor arma contra la elusión fiscal. La definición del TJUE de los acuerdos completamente artificiales en términos de los tres criterios pretende ser exhaustiva.

Las normas concretas y definidas son las más fáciles de evitar y tienen las lagunas más claras. Esto significa que los legisladores de los Estados miembros de la UE se enfrentan con un difícil equilibrio. Una norma antielusiva será efectiva contra los acuerdos elusivos y tendrá un efecto disuasorio solo si no es anulada por el TJUE sobre la base de que es incompatible con las obligaciones del TCE.

Así, los legisladores necesitan redactar las normas de modo tal que solo los acuerdos completamente artificiales se encuentren en su ámbito de aplicación. Pero si redactan las normas antielusivas de forma muy limitada, los legisladores se enfrentan a otros riesgos. Una norma antielusiva redactada de forma limitada puede ser eludida. Si esto ocurre, es probable que proporcione poca o ninguna protección o disuasión.

2. Estados Unidos: La Doctrina Judicial de la Simulación⁽⁸⁾

Los Estados Unidos es una de las dos jurisdicciones que analizamos en este artículo

(5) Véase Paras. 63 y 64 de la sentencia del TJUE en *Cadbury Schweppes*, supra nota 72.

(6) Sentencia del TJUE en *Cadbury Schweppes*, Para 66.

(7) Sentencia del TJUE en *Cadbury Schweppes*, Para 75.

(8) Con Philip Postlewaite.



Zoë Prebble y John Prebble

que combate la elusión fiscal sin tener una norma antielusiva o una doctrina de abuso de derecho⁽⁹⁾. Como otros países, Estados Unidos se enfrenta al problema de cómo distinguir la economía de opción de la elusión tributaria. Idealmente, un sistema tributario proporciona orientación sobre este tema, ya sea por interpretación judicial, pronunciamiento administrativo o promulgación legislativa. Los Estados Unidos; con el equilibrio de sus tres poderes de Estado (Poder Judicial, Ejecutivo y Legislativo) y un sistema de controles y contrapesos, ha sido testigo de la participación de cada poder en la aplicación e interpretación de las leyes tributarias.

2.1. Historia de la formación y aplicación judicial de la doctrina de la simulación en los Estados Unidos

Desde los inicios de la Ley del Impuesto a la Renta Federal, los tribunales de los Estados Unidos se han sentido libres para examinar una transacción, a pesar que cumplan con la literalidad de la norma tributaria, a fin de asegurarse que tenía sustancia y que cumplía no sólo con la literalidad de la norma, sino también con su espíritu. La facilidad con la que los tribunales hicieron esto durante los primeros años de la Ley del Impuesto a la Renta Federal era notable.

La Decimosexta Enmienda que autoriza un Impuesto a la Renta fue ratificada por los Estados en 1916. Ya en el 1935⁽¹⁰⁾, la Corte Suprema de Justicia, en el histórico caso *Gregory v. Helvering*⁽¹¹⁾, aplica judicialmente una doctrina de la simulación o de propósito de negocio a una transacción que el contribuyente pretendía tratar libre de impuestos, a pesar de que la transacción cumplía con la literalidad de la

Ley de Renta de 1924. Haciendo énfasis en el propósito legislativo de la Ley, la Corte dictaminó que la transacción no era válida a efectos tributarios, no obstante cumplía con la literalidad de la norma.

Por lo tanto, desde el principio y sin demora, los tribunales consideraron su deber garantizar que para la aplicación de una ley tributaria se analice que el fondo de la transacción, y no su forma, se siga. Al hacer esto, intentaron determinar el propósito legislativo de la norma y garantizar que la transacción cumpla tanto con su literalidad, como con su propósito. Los tribunales invocaron varias doctrinas creadas judicialmente, todas procedentes del mismo origen, pero empleando diferentes enunciados en su descripción y aplicación, para protegerse de las transacciones que eleven la forma sobre la sustancia.

Conforme los tribunales enfrentaban más casos de elusión, refinaron y desarrollaron más doctrinas y subdoctrinas. La doctrina de la simulación, que originalmente abarcaba casi todo y para todos; ahora tiene un fraseo acotado para cualquier clase de garantía judicial - las doctrinas de sustancia sobre forma, de *step transactions*^(NT1), sustancia económica, y propósito de negocio⁽¹²⁾.

(9) La otra jurisdicción es el Reino Unido. Como se discutió en el punto 4., Croacia también carece de una norma anti-elusiva general y no tiene una tradición robusta del principio de abuso de derecho; no obstante, Croacia se ubica en una categoría separada. Croacia tiene una doctrina de la simulación, pero en la práctica no se ha usado para combatir la elusión tributaria. Croacia no tiene una aproximación coherente a la elusión tributaria.

(10) Las primeras sentencias tributarias ya habían demostrado la voluntad de la judicatura de intervenir cuando fuera necesario.

(11) 69. F.2d 809 (2d Cir. 1934), confirmada, 293. U.S. 465 (1935). Como fue señalado por la Corte Suprema: "Poniendo a un lado, entonces, la pregunta del motivo respecto a la tributación conjunta, y ajustando el carácter del procedimiento a qué es lo que actualmente ocurre, ¿qué es lo que encontramos? Simplemente, una operación sin propósito de negocios o empresarial - un simple dispositivo que construyó una reorganización societaria como disfraz para encubrir su carácter real, y cuyo único objetivo y logro fue la consumación de un plan preconcebido, no de reorganizar el negocio o alguna parte del negocio, sino de transferir un conjunto de acciones al peticionario... la transacción en cuestión escapa de la intención de la norma. Sostener lo contrario sería exaltar lo artificioso sobre la realidad y privar a la disposición normativa en cuestión de todo propósito serio".

(NT1) Preferimos mantener el término en inglés pues no existe una adecuada traducción al castellano. La step transaction doctrine establece que los pasos interrelacionados, aunque formalmente autónomos, de cada operación no deben considerarse independientemente, sino como una sola operación poder tener una aproximación realista a la sustancia de la transacción.

(12) En el caso *Long Term Capital Holdings v. United States*, 330 F.Supp. 2d 122 (D Conn 2004), el Tribunal de Distrito reveló su

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

Estas garantías judiciales pronto fueron reconocidas por la mayoría de los abogados tributaristas como elementos que deben tener en cuenta en la estructuración de transacciones. Los contribuyentes y sus asesores aprendieron a integrar el Common Law que rodea el derecho tributario en su planificación tributaria, para que sus esfuerzos no sean socavados y frustrados por estas garantías judiciales⁽¹³⁾. Después de señalar claramente la disponibilidad de estas doctrinas y su aplicación potencial, los tribunales experimentaron un período de relativa tranquilidad en cuanto a la interpretación y la aplicación de estas doctrinas judiciales. Los abogados tendieron a alejarse de las transacciones que podrían poner a prueba los límites entre la economía de opción y la elusión fiscal.

2.2. Productos tributarios y el aumento de la invocación de garantías

El escenario cambió dramáticamente en los Estados Unidos en la década de 1990, cuando los abogados tributaristas se volvieron menos reacios a tantear los límites. El período se caracterizó por el auge de los productos tributarios. Estos eran estructurados, generalmente, para cualquier contribuyente adinerado con la necesidad de beneficios tributarios, y eran diseñados y ofrecidos por firmas contables, bancos de inversión y algunos estudios de abogados. El auge de los productos tributarios dio lugar a una nueva ronda de escrutinio e interpretación de la doctrina de la simulación y su aplicación. Muchas de las transacciones que involucraban productos tributarios durante este período parecían evocar los excesivos esfuerzos de la primera época de la legislación tributaria que llevó a la creación y aplicación de las garantías judiciales. Sorprendentemente, los tribunales debatieron más de lo que uno habría esperado, dado su activismo judicial previo, con muchas más sentencias a favor del contribuyente de lo que la mayoría habría imaginado.

2.3. Auge de la garantía judicial de la sustancia económica

La ola de productos tributarios dio lugar a una importante carga procesal y a la última garantía judicial contra el abuso - la "sustancia económica"⁽¹⁴⁾. El test para la sustancia económica de una transacción tiene dos vertientes. En primer lugar, el tribunal debe descubrir que el contribuyente tenía, subjetivamente, un propósito no tributario para la transacción, y en segundo lugar, debe demostrarse en forma objetiva la posibilidad real de un beneficio antes de impuestos. Sin embargo, la aplicación e interpretación de esta regla son inciertas. La prueba de sustancia económica ha sido cada vez más respaldada por los tribunales de primera instancia, pero esta formulación reciente de sustancia económica no ha sido considerada por la Corte Suprema. Como consecuencia de ello, no existe una definición uniforme de "sustancia económica". No está claro si el test es exclusivo o se combina con otros factores y si es disyuntivo o conjuntivo. Las respuestas dadas por los tribunales han variado⁽¹⁵⁾. La confusión continúa, con los Tribunales de Circuito de Apelaciones difiriendo en la formulación y aplicación del test.

El primer caso respecto a si las garantías judiciales antielusivas se aplicaban a los productos tributarios fue *ACM Partnership v. Commissioner*⁽¹⁶⁾, en la que el gobierno prevaleció. Aunque reconoció que su estructuración se basaba en motivos tributarios,

propia exasperación al intentar definir y aplicar estas distintas garantías. El Tribunal aseveró que "la terminología empleada, sea simulación, motivación de ganancias, o sustancia económica no es crítico, más bien el análisis evalúa tanto el propósito de negocios subjetivo del contribuyente al involucrarse en la transacción, como la sustancia económica objetiva de la transacción.

- (13) Véase generalmente Kenneth Harris, "The Economic Substance Doctrine in the Federal Tax Law: Understanding When and How It Should Apply", 64 *NYU Tax Institute* 27-1 (2006).
- (14) Kenneth Harris; 27-5, rastreando los orígenes de la doctrina hasta el caso *Gregory v. Helvering*, supra nota 80.
- (15) Véase *Transcapital Leasing Assocs 1990-II LP v. United States*, 97 AFTR 2d 2006-1916 (WD Tex 2006), en el que la Corte señala las diferentes aproximaciones de tres Cortes de Apelaciones al aplicar la doctrina de la sustancia económica.
- (16) TC Memo 1997-115, confirm en parte y anuló en parte, 157 F.3d 231 (3rd Cir. 1998). La progenie *ACM* fue anulada de forma similar al ser consideradas como estructuras inaceptables y con fines tributarios. Véase *ASA Investering's Partnership v.*



Zoë Prebble y John Prebble

el contribuyente trató de justificar las consecuencias fiscales en función de otras consideraciones. Los esfuerzos no tuvieron éxito, en gran medida, debido a que el tribunal concluyó que las estructuras eran simulaciones, que carecían tanto de un propósito de negocios, como de suficiente sustancia económica.

No obstante el éxito del gobierno en los casos similares al de ACM, en la gran mayoría de los otros casos relacionados con productos tributarios, los éxitos de los contribuyentes han sido dramáticos, tanto en número como en la naturaleza extrema del diseño del producto. Las victorias de los contribuyentes incluyen *IES Industries, Inc v. United States*⁽¹⁷⁾, *United Parcel Service of America Inc v. Commissioner*⁽¹⁸⁾, *Black & Decker Corporation v. United States*⁽¹⁹⁾, *Compaq Computer Corp v. Commissioner*⁽²⁰⁾, *TIFD III-E v. United States*⁽²¹⁾, and *Coltec Industries Inc v. United States*⁽²²⁾. La racha de victorias de los contribuyentes no tiene precedentes y sugieren un cambio en el clima judicial cuando surgen estas cuestiones.

2.4. La sentencia de Compaq

La decisión del Quinto Circuito en *Compaq*⁽²³⁾ es la que mejor ejemplifica la erradicación o reducción de las antiguas garantías judiciales. La importancia de *Compaq* es que, en sus hechos, es uno de los escenarios más extremos de los casos que terminaron en victorias de los contribuyentes. Si alguna vez hubo un caso que, antes del cambio del siglo, habría sido visto como prácticamente seguro de caer presa de las garantías judiciales, fue *Compaq*. La duración de la transacción fue de menos de 24 horas; tenía poca o ninguna relevancia o conexión con los negocios del contribuyente; los costos de transacción

fueron significativos; el beneficio económico era prácticamente inexistente; y el ahorro fiscal fue extraordinario. La mayoría de abogados tributaristas en la década de los noventa, si hubieran sido consultados por los hechos del caso como una transacción prevista para su cliente, habrían tenido graves dificultades para aprobar la misma.

Sin embargo, como ejemplo de la nueva era de amplitud judicial y deferencia a las transacciones tributarias, excesiva literalidad interpretativa y aumento de la restricción judicial, la transacción y sus dramáticos ahorros en impuestos fueron confirmados.

Los hechos de *Compaq*, en resumen, involucraron la compra del contribuyente de las acciones de una sociedad holandesa en la que se había declarado un dividendo. La acción se vendió casi de inmediato, en una hora, de vuelta al vendedor original después de que Compaq se había convertido en el dueño en registros. Un destacado comentarista señaló que “la estrategia fue diseñada para proporcionar, esencialmente, la compra libre de riesgo de los créditos fiscales extranjeros⁽²⁴⁾”. Como señaló la Corte del Quinto Circuito de Apelaciones, el precio de compra fue de alrededor de 888 millones de dólares, reflejando un dividendo neto de

Commissioner, 201 F.3d 505 (DC Cir. 2000); *Saba Partnership v. Commissioner*, 273 F.3d 1135 (DC Cir. 2001); and *Boca Investorings Partnership v. United States*, 314 F.3d 625 (DC Cir. 2003). Véase también Harris, *supra* note 82, at 27-18. Aunque esto pareciera como una racha importante de victorias por parte del gobierno, todas involucraron el mismo tema, el mismo product tributario, y a la misma Corte de Apelaciones. En consecuencia, el impacto de este precedente en otras transacciones controversiales no fue tan grande como se podría haber esperado.

(17) 253 F.3d 350 (8th Cir. 2001).

(18) 254 F.3d 1014 (11th Cir. 2001).

(19) 436 F.3d 431 (4th Cir. 2006).

(20) 277 F.3d 778 (5th Cir. 2001).

(21) 342 F.Supp 2d 94 (D Conn 2004).

(22) 62 Fed Cl 716 (2004).

(23) Véase la nota 89, *supra*. El mismo tema surgió en *IES Industries, Inc v. United States*, *supra* nota 86, que también se resolvió en favor del contribuyente.

(24) Harris, *supra* nota 82; 27-32.

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del Civil Law (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

alrededor de 19 millones de dólares. El precio de venta una hora más tarde fue de alrededor de 868 millones de dólares: el precio de compra menos el dividendo neto pagable a Compaq. Los costos de transacción, el costo neto de participar en el dispositivo de ahorro tributario, ascendió a 1,5 millones de dólares.

La transacción arrojó resultados negativos, de los cuales la mayoría de contribuyentes racionales se hubieran mantenido alejados. Sin embargo, la motivación para la participación de Compaq fue el crédito fiscal extranjero generado por la retención en la fuente del 15%. El dividendo de casi 22 millones de dólares era gravable en los Estados Unidos; la pérdida de alrededor de 19 millones de dólares por la venta sirvió de escudo respecto a las ganancias relacionadas a otras transacciones de Compaq; y los costos de transacción se dedujeron, dando lugar a un impuesto adicional de alrededor de 500 000 dólares en los Estados Unidos dada la tasa del 33% de Compaq⁽²⁵⁾. Los costos totales antes de tomar el crédito fiscal extranjero superaron los 2 millones de dólares (es decir, los costos de transacción, más el aumento de la carga tributaria). Sin embargo, como la transacción generaba un crédito fiscal extranjero adicional de más de 3 millones de dólares, producía un beneficio neto de alrededor de 1 millón de dólares. La inversión de 1,5 millones de dólares previa a impuestos dio como resultado una ganancia luego de impuestos de 1 millón de dólares, que “se llevó a cabo en una hora y poseía un mínimo riesgo de mercado”⁽²⁶⁾.

El Tribunal Fiscal concluyó que la transacción carecía de un propósito de negocios y de un beneficio potencial previo a impuestos. Sin embargo, el Quinto Circuito criticó el análisis del Tribunal Fiscal en base a que se centró en el dividendo neto, en lugar del bruto. El Quinto Circuito concluyó que había un beneficio previo a impuestos de alrededor de 1,5 millones de dólares. Se destacó además la falta de control de los contribuyentes sobre el mercado, la posibilidad, aunque no era probable, de las fluctuaciones de precios, y el riesgo de

que el dividendo en realidad no sea pagado. En consecuencia, el Quinto Circuito confirmó la transacción.

2.5. Aplicación literal de la ley tributaria

Es importante tener en cuenta la gran incertidumbre que se mantiene con respecto a la aplicación de las garantías judiciales a los casos tributarios en los Estados Unidos. Ninguno de los casos recientes impugnados sobre la base de estas garantías ha sido resuelto por la Corte Suprema aún. Sin embargo, los esfuerzos de los contribuyentes mencionados anteriormente han llamado la atención del Congreso, que cada vez más propone legislar el estándar para la determinación judicial de sustancia económica. Algunos comentaristas atribuyen este posible cambio, de un poder del gobierno a otro, al incremento de la aplicación literal como el estándar interpretativo empleado por los tribunales al interpretar la legislación tributaria. El temor de usurpar el papel del poder legislativo ha llevado cada vez más a los tribunales a aplicar la interpretación literal de la ley en su escrutinio judicial de las transacciones y a no mirar más allá. Este enfoque literal no permite a los tribunales analizar el objetivo de la legislación o intentar predecir cómo habría reaccionado el Congreso si, realmente, se hubiese considerado la misma situación presentada a la Corte⁽²⁷⁾.

Esta tendencia parece ser atribuible a los pronunciamientos de la Corte Suprema en su primer caso tributario del nuevo milenio. En *Gitlitz v. Commissioner*⁽²⁸⁾, la Corte Suprema permitió una transacción que había producido una pérdida tributaria, sin que el contribuyente

(25) Harris, supra nota 82; 27-34.

(26) Harris

(27) Harris; 27-47. En *TIFD III-E v. United States*, supra nota 90, el tribunal indica expresamente su visión de que los esfuerzos para garantizar se encontraban exclusivamente en el fuero de la legislatura al establecer que “el gobierno se encuentra comprensiblemente preocupado de que la transacción Castle Harbour prive al fisco de alrededor de \$62 millones en ingresos tributarios... Bajo tales circunstancias, el IRS debería dirigir sus preocupaciones a aquellos que escriben las normas tributarias”.

(28) 531 U.S. 206 (2001).



Zoë Prebble y John Prebble

incurriera en una pérdida económica análoga. En respuesta a la preocupación del *Internal Revenue Service*^(NT2) de que, sin intervención judicial, la operación originaría un beneficio doble, la Corte desestimó tal preocupación al afirmar que “dado que el enunciado del Código permite a los contribuyentes recibir estos beneficios, no es necesario abordar esta preocupación de políticas públicas”⁽²⁹⁾. Una actitud similar parece haber envuelto la judicatura de los Estados Unidos con respecto a la aplicación de los regímenes históricos de garantías, trasladando el problema de qué poder del gobierno debería abordar este tipo de problemas de un poder a otro.

2.6. Cambio hacia el poder legislativo de la responsabilidad de proporcionar las garantías adecuadas por estatuto

En muchos sentidos, el caso *Compaq* evidencia el giro de la responsabilidad de prevenir los excesos de los contribuyentes a la rama legislativa. Los tribunales se han vuelto cada vez más tolerantes con los esfuerzos de los contribuyentes y han llegado a la conclusión de que, si se necesitan garantías, es el trabajo del Congreso proporcionarlas. Por ejemplo, para corregir el resultado obtenido en *Compaq*, el Congreso promulgó la Sec. 901 (k) (1) (A) del *United States Internal Revenue Code (IRC)*, que dispone: “En ningún caso se permitirá un crédito fiscal... por cualquier impuesto retenido sobre los dividendos (...) si - (i), tales acciones son retenidas por el beneficiario de los dividendos por 15 días o menos durante el período de 30 días a partir de la fecha de 15 días antes de la fecha en que dicha acción se convierte en ex-dividendo con respecto de dicho dividendo (...)”. Por lo tanto, el Congreso, en lugar de los tribunales, cerró la oportunidad de producir este resultado fiscal.

Curiosamente, incluso con respecto al corazón de las doctrinas de garantías creadas y delimitadas judicialmente, se han repetido las propuestas para legislar el significado de “sustancia económica”. Si bien no fue abordado por la Cámara de Representantes de Estados Unidos, el Senado modificó una norma tributaria en mayo de 2006 con el fin de proporcionar

“una clarificación de la doctrina de sustancia económica”, dada la falta de uniformidad en su aplicación⁽³⁰⁾. La enmienda fue descartada posteriormente. Este esfuerzo refleja la creciente preocupación del Congreso con estos problemas y su voluntad de intervenir. Las garantías judiciales se están moviendo al lado de la legislatura y recibiendo mayor atención, no sólo en cuanto a la definición de tales garantías, sino que cada vez más con respecto a legislación para prevenir futuras victorias de los contribuyentes sobre las transacciones permitidas previamente por los tribunales⁽³¹⁾. Al mismo tiempo, la judicatura se ha vuelto más moderada en la aplicación de tales garantías, considerando que tales materias ya no se encuentran en su ámbito de acción.

3. Reino Unido: Una jurisdicción sin una norma general legislativa⁽³²⁾

Al igual que Estados Unidos, el Reino Unido carece de una norma antielusiva general. Ambos países han recurrido en gran medida a su poder judicial para interpretar las disposiciones legales en cuestión y para determinar si una operación constituye o no elusión tributaria. Sin embargo, la falta de una norma antielusiva general no significa que los asuntos relativos a la elusión se dejen exclusivamente al Poder Judicial.

3.1. *Her Majesty's Revenue and Customs* y el “Grupo Antielusión”

En el Reino Unido, la recaudación de impuestos está administrada por *Her Majesty's Revenue*

(NT2) El IRS o Internal Revenue Service es la Administración Tributaria de Estados Unidos.

(29) Harris; 218.

(30) La sección 411 de la enmienda del Senado a la Ley de Prevención de Incremento Tributario y Reconciliación del 2006 (P.L. 109-222). La enmienda del Senado habría fortalecido la garantía judicial al ordenar la aplicación de un test conjunto bajo el cual la transacción sería solo respetada si el contribuyente fundamenta ambas vertientes del test de sustancia económica.

(31) Para ver ejemplos de leyes que derogan decisiones judiciales, véase IRC, Secs. 358(h) and 734(d).

(32) Con David Pickup.

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del *Civil Law* (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

and Customs, o HMRC, un departamento gubernamental no ministerial. El HMRC se formó por la fusión del *Inland Revenue* y *Her Majesty's Customs and Excise* y se constituyó formalmente el 18 de abril de 2005. Un objetivo clave del HMRC es reducir la brecha fiscal, es decir, la diferencia entre el importe del impuesto efectivamente recolectado y la cantidad que debería haber sido recolectada. Una parte significativa de la brecha fiscal surge de la elusión tributaria y, en consecuencia el HMRC se interesa activamente en su prevención.

Poco después de que se estableciera el HMRC, se formó el “Grupo Antielusión” cuyo objetivo es reducir la brecha de impuestos atribuible a la elusión de forma sistemática. El Grupo es responsable de brindar asesoramiento en materia de prevención y lucha contra la elusión, así como trabajar con colegas operacionales para identificar e investigar los actos elusivos de manera más efectiva. Su enfoque se basa en torno a tres problemas genéricos que, se entiende, proveen las condiciones necesarias para la elusión. El primero consiste en las oportunidades de elusión actualmente proporcionadas por la legislación tributaria del Reino Unido. El segundo se debe a la insuficiencia de desincentivos o elementos de disuasión para evitar que los contribuyentes empleen esquemas de elusión. El tercero es la dificultad práctica de identificar rápidamente las transacciones elusivas.

Con respecto al primer problema, el “Grupo Antielusión” reconoce que la reducción de la brecha tributaria debida a la elusión empezará con el proceso legislativo. Si hay lagunas en la legislación, existirá el riesgo de que algunos contribuyentes las exploten y eludan el impuesto. Es importante diseñar cuidadosamente la legislación tributaria para que no sea posible eludirla, o sea muy difícil, desde el primer momento. Respecto al segundo problema, el HMRC tiene como objetivo hacer que los riesgos de elusión fiscal sean mayores que sus beneficios para los contribuyentes. Los riesgos ya incluyen la fiscalización y el litigio, pero el objetivo es asegurar que los elusores se enfrenten a mayores riesgos financieros y de reputación. En cuanto al tercer problema, un avance clave ha sido la introducción de regímenes de apertura adelantada de los impuestos directos e indirectos, que establecen la obligación de informar respecto al uso y promoción de ciertos esquemas y estructuras tributarios, de ser el caso. La apertura aumenta la transparencia, lo que permite la detección temprana de la elusión y una focalización más efectiva de la respuesta del HMRC.

Actualmente, existen dos técnicas legislativas principales que se emplean en el Reino Unido para combatir y controlar la elusión fiscal. La primera consiste en promulgar normas específicas, y la segunda en promulgar normas antielusivas especiales, también conocidas como “mini normas antielusivas generales”, dirigidas a impedir y combatir la elusión en un área específica del sistema tributario.

3.2. La doctrina de la simulación

Como se mencionó anteriormente, el Reino Unido no tiene una norma antielusiva general, pero los tribunales han desarrollado su propia aproximación a la elusión tributaria, concretamente, la doctrina de la simulación. De acuerdo con esta doctrina, los tribunales no reconocerán una transacción simulada y en su lugar gravarán la transacción de acuerdo a su sustancia económica. Una transacción simulada es una en la que las partes de la transacción pretenden crear diferentes derechos y obligaciones de los que aparecen en la documentación relevante y dar una falsa impresión de esos derechos y obligaciones a terceros.

El hecho de que una transacción no tenga propósito de negocios o sea artificial no significa necesariamente que se trate de una simulación. La aproximación de los tribunales del Reino Unido respecto a gravar un acuerdo sin propósito de negocios o artificial ha evolucionado con el tiempo. Durante muchos años, su aproximación era permisiva con cualquier acuerdo que se ajustará al enunciado de la norma, aunque no se ajustara a su espíritu. La doctrina predominante fue establecida por Lord Tomlin en *IRC v Duke de Westminster* [1936] AC 1 (HL), at 19, donde señaló lo siguiente:

“Todo hombre tiene derecho a estructurar sus asuntos, de serle posible, de modo que el impuesto aplicado bajo las leyes



Zoë Prebble y John Prebble

apropiadas sea menos de lo que de otro modo sería. Si tiene éxito en estructurarlos a fin de garantizar ese resultado, entonces, por más que ni la Administración Tributaria ni sus compañeros contribuyentes aprecien su ingenio, no se le puede obligar a pagar un mayor impuesto”.

Este enfoque permisivo, a veces expresado como “forma sobre sustancia”, sobrevivió hasta la década de los ochenta, cuando los tribunales, encontrándose frente a nuevos y sofisticados dispositivos de elusión tributaria, desarrollaron una nueva aproximación que era más restrictiva con la elusión tributaria. Sin embargo, no lo hicieron de una forma particularmente lógica o estructurada. Los casos expuestos marcaron variaciones en las actitudes judiciales sobre cuestiones tales como el enfoque correcto de la composición de las transacciones y sobre si las transacciones con ningún propósito comercial o de negocios pudieran ser desconocidas por los tribunales. Algunos planteamientos más radicales fueron adoptados a veces, pero fueron modificados o limitados por casos posteriores.

El enfoque teleológico actual está muy lejos del enfoque en el caso *Duke of Westminster*. Fue establecido por la Cámara de los Lores en el caso *Barclays Mercantile Business Finance Limited*⁽³³⁾. Bajo este enfoque, los jueces se dedican a un ejercicio de interpretación de la ley y a determinar si la forma jurídica de una transacción coincide con su sustancia económica. Tal como la Cámara de los Lores dijo en *Barclays Mercantile Business Finance Limited*, los jueces deben:

(...) darle a una disposición normativa una interpretación teleológica para determinar la naturaleza de la transacción respecto a la cual se debería aplicar y luego decidir si la transacción bajo análisis (que podría involucrar considerar el efecto global de varios elementos que deben operar juntos) responde a la descripción de la disposición normativa.

El enfoque teleológico actual es menos permisivo con la elusión fiscal. Sin embargo, como John Tiley, un destacado académico del Reino Unido, señaló, el enfoque actual se puede resumir correctamente con el viejo titular de: “Menos

caos, ¡más incertidumbre!”. Esa posición está compuesta por la incorporación, tras la sentencia *Halifax*⁽³⁴⁾, del principio de abuso de derecho a la Ley del Impuesto al Valor Agregado del Reino Unido. Tal sentencia, efectivamente, introdujo el concepto de “práctica abusiva” en la Ley del Impuesto al Valor Agregado de la UE. Pero la sentencia no fue una victoria rotunda para el HMCR, y contenía comentarios que respaldaban el derecho de los contribuyentes a estructurar sus asuntos para pagar menos tributos si así lo eligen.

Será fascinante ver como se desarrollará el concepto en casos futuros, y ver si el principio de abuso de derecho puede ser aplicado más allá del Impuesto al Valor Agregado, y como el principio va a influenciar el enfoque judicial para los temas relativos a impuestos directos discutidos previamente.

4. Epílogo

Los ponentes del coloquio que es objeto de este artículo cubrieron una gama de jurisdicciones. Aunque sus enfoques para la elusión tributaria diferían, algunos temas comunes surgieron. El primero es que, en relación con la elusión tributaria, todas las jurisdicciones comparten el mismo objetivo básico, el cual es, combatirla. La elusión tributaria es un problema para todos los países, y es su interés tratar de reducirla lo más posible. Las jurisdicciones analizadas en el coloquio no difieren en el objetivo de combatir la elusión tributaria, pero si en los métodos que emplean para hacerlo. La mayoría de las jurisdicciones utilizan una norma antielusiva general. Algunas, especialmente Reino Unido y Estados Unidos, no tienen una norma legislativa antielusiva

(33) *Barclays Mercantile Business Finance Limited v. Mawson (Inspector of Tax)* [2004] UKHL 51.

(34) Caso C-255/02, *Halifax Plc v. European Court of Justice* (2006).

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del *Civil Law* (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

general. En esas jurisdicciones, los tribunales han intervenido para jugar un rol más importante en el desarrollo de aproximaciones antielusivas, como la creación de reglas como la doctrina de la simulación, aunque los tribunales estadounidenses han ido retrocediendo respecto a la aplicación de las normas antielusivas creadas judicialmente desde finales de los noventa. Las jurisdicciones de *Civil Law*, como Francia y Alemania, tienen a disposición la doctrina del abuso de derecho, pero incluso los países de *Civil Law* tienen una tendencia a promulgar normas antielusivas generales aplicables a casos tributarios.

Formular el objetivo de combatir la elusión tributaria es sencillo. El desarrollo de un enfoque que aborde con éxito el problema es una cuestión más compleja, tanto en una jurisdicción de *Civil Law* como de *Common Law*. Diversos intereses deben ponderarse con el objetivo de una jurisdicción de reducir la elusión tributaria. Existe una línea muy fina entre la economía de opción y la elusión tributaria. La prevención de esta última debe abordarse de manera consistente, predecible y justa para que los contribuyentes puedan gestionar sus asuntos de forma inteligente, con confianza y de buena fe.

Esta ponderación es más compleja aún para los Estados miembro de la UE. Sus leyes nacionales deben ser consistentes con las libertades fundamentales garantizadas por el TCE, en particular, con la libertad de establecimiento. El TJUE ha reconocido el concepto de abuso de derecho y ha reconocido la existencia de la doctrina de la simulación del Reino Unido. Sin embargo, el TJUE ha demostrado tener un enfoque muy formalista. Como resultado, es muy permisiva con la elusión tributaria - la elusión tributaria se nutre de formalismo.

De las jurisdicciones analizadas en este artículo, solo Croacia no parece perseguir el objetivo de combatir la elusión tributaria de forma activa. De hecho, Croacia carece en absoluto de un enfoque coherente respecto a la elusión tributaria. A diferencia de las otras jurisdicciones de *Civil Law* discutidas, Croacia carece de una robusta doctrina de abuso de derecho. Aunque tiene codificada la doctrina de la simulación, esta nunca se ha utilizado. Sin embargo, en el contexto del coloquio, Croacia

es un caso especial. Su sistema tributario es joven, y su economía se está desarrollando. En la actualidad, la elusión es un problema más urgente para las autoridades croatas que la evasión; por lo tanto, sus esfuerzos de fiscalización apuntan generalmente a la evasión.

Un segundo tema que surgió en el coloquio es que los conceptos de sustancia sobre forma juegan diferentes roles en los casos de Impuestos a la Renta que en otras áreas del derecho. Según un autor, es más probable que un Impuesto a la Renta necesite más de una norma antielusiva general que otros tipos de impuestos⁽³⁵⁾. Una Ley de Impuesto a la Renta necesariamente grava los resultados de hechos jurídicos en lugar de los hechos económicos subyacentes. No es legalmente posible gravar directamente los hechos económicos, los cuales son el verdadero objetivo del Impuesto a la Renta. En vez de eso, es una descripción legal de la utilidad económica la que se sujeta al Impuesto, pero la descripción legal nunca es más que un simulacro de esta utilidad económica. Siempre hay una brecha entre la descripción legal de un conjunto de transacciones y la realidad económica subyacente. Esto significa que una Ley de Impuesto a la Renta es fundamentalmente defectuosa, por lo que el Impuesto a la Renta necesita una clase bastante inusual de ley para permitir que opere efectivamente. Es casi una cuestión de necesitar dos males con el fin de obtener un bien - asumiendo por supuesto que un Impuesto a la Renta es un bien. John Rawls descubrió que a veces una ley necesitará dos males para operar en la práctica, diciendo que "dos errores pueden hacer un derecho en el sentido de que el mejor acuerdo disponible puede contener un equilibrio de

(35) Véase John Prebble, "Fictions of Income Tax", trabajo presentado en la 14ª Conferencia Annual de la *Australasian Tax Teachers Association*, Manukau Institute of Technology, enero del 2002.



Zoë Prebble y John Prebble

imperfecciones, un ajuste de compensar las injusticias⁽³⁶⁾. La necesidad de normas antielusivas generales no se plantea con la misma urgencia con respecto a otros tipos de impuestos, donde el impuesto se aplica a algo que es más fácil de identificar, como un derecho de aduana sobre mercancías importadas, un impuesto sobre el patrimonio, o un impuesto a la herencia donde la riqueza real de los fallecidos está en cuestión. Todavía habrá bordes ásperos, pero el Impuesto a la Renta destaca por tener un defecto fundamental en su núcleo.

Un tercer tema del coloquio fue el papel de los tribunales en la interpretación de las leyes tributarias. Desde los albores de la Ley del Impuesto a la Renta federal, los tribunales se han sentido libres para examinar no sólo la forma jurídica de las transacciones, sino también su sustancia económica. Esto significa mirar más allá de si una transacción se ajusta al sentido literal de una norma tributaria, para analizar si la transacción se ajusta también al espíritu de la norma. Históricamente, los tribunales de los Estados Unidos se han aproximado a la tarea de interpretar las leyes tributarias por el método teleológico antes que literalmente. Sin embargo, los tribunales de otras jurisdicciones del *Common Law* no se han sentido tan libres de adoptar un enfoque teleológico de las materias tributarias.

Para entender por qué, tal vez, los Estados Unidos parecen haber renunciado a esta posición desde el inicio del siglo XXI, consideremos el ejemplo de Nueva Zelanda. La Ley

del Impuesto a la Renta del 2007 contiene una declaración de que el propósito de la Ley es recolectar impuestos⁽³⁷⁾. Pero incluso en ausencia de una disposición de este tipo, sería bastante claro para cualquier lector de la ley que la recaudación es un objetivo clave. De hecho, no debería ser controversial decir que la mayoría, si no todas las normas tributarias comparten tal propósito. La Ley de Interpretación de Nueva Zelanda de 1999, Sec. 5 (1) señala que toda la legislación debe interpretarse teleológicamente⁽³⁸⁾. Esta norma sustituye una disposición similar en la Ley de Interpretación de Leyes de 1924⁽³⁹⁾. En apariencia y en sus palabras, la Ley de Interpretación de Leyes de 1924 debía aplicarse a toda legislación⁽⁴⁰⁾. Pero en el caso *International Importing*⁽⁴¹⁾ Turner P se negó a aplicar la Sec. 5 (j) de la Ley de Interpretación de Leyes de 1924 para interpretar la legislación tributaria teleológicamente, diciendo que la Sec. 5 (j) era “normalmente de poca ayuda material en la interpretación de normas sobre Renta”⁽⁴²⁾. La razón era que, si el tribunal adoptaba la interpretación teleológica para interpretar las normas tributarias, este siempre tendría que resolver los casos tributarios a favor de la Administración Tributaria⁽⁴³⁾.

(36) John Rawls, “Background Institutions for Distributive Justice”, en *A Theory of Justice* (The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971); 279. También publicado en Smith, J.C. and David N. Weisstub (eds.), *The Western Idea of Law* (Butterworth & Co Ltd, Canada, 1983); 479-490.

(37) AA1. *Propósito de la ley*. Los principales propósitos de la ley son –

(a) definir, y gravar tributariamente, la renta neta [:]

(b) establecer obligaciones relacionadas a la tributación [:]

(c) establecer reglas para calcular el impuesto y satisfacer las obligaciones establecidas

(38) 5. *Determinar el significado de la ley*. (1) El significado de una disposición debe determinarse por su enunciado y a la luz de su propósito

(39) *Reglas generales de construcción*. ... (j) Cada Ley, y por lo tanto cada provisión o enunciado, debe presumirse correctiva, tanto si su propósito inmediato es el dirigir el hacer de cualquier cosa que el Parlamento considere como un bien público, o para prevenir o castigar el hacer de cualquier cosa que se considere contrario al bien público, y deberá recibir, en consecuencia, una construcción e interpretación justa, prolongada y liberal de tal modo que asegure la consecución del propósito de la Ley y de tal provisión o enunciado de acuerdo a su verdadera intención, significado y espíritu.

(40) Esto también fue cierto respecto a la Ley de Interpretación de Leyes de 1999

(41) *Commissioner of Inland Revenue v. International Importing Co Ltd* [1972] NZLR 1095 (CA).

(42) Id. at 1096, líneas 33-34.

(43) Id., líneas 32-42.

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del *Civil Law* (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

La dificultad con la adopción de la interpretación teleológica para las normas tributarias es que el propósito de incrementar la recaudación tributaria es muy amplio para ser decisivo respecto a la ponderación fina que surge en el contexto de transacciones que podrían o no constituir elusión tributaria. La adopción de una interpretación teleológica cuando el propósito amplio de una norma tributaria es el de generar ingresos siempre llevaría a decisiones a favor de la Administración Tributaria. La interpretación teleológica es circular cuando se aplica a la elusión tributaria. Una transacción que es potencialmente elusiva es la que, al menos, se traduce en que un contribuyente recibe menos carga tributaria que la que habría recibido por otro arreglo. Si el test para determinar si la transacción es elusiva es simplemente determinar si es inconsistente con el propósito de la Ley del Impuesto a la Renta de recaudar tributos para el Estado, la norma antielusiva general siempre alcanzaría al acuerdo sospechoso.

Como consecuencia de ello, históricamente, una interpretación teleológica de la ley en los casos tributarios no ha sido acogida en varios países de *Common Law*. Sin embargo, antes del siglo XXI, tal interpretación era ampliamente aceptada en los Estados Unidos, que la sustenta claramente en su doctrina de la simulación.

Un cuarto tema que surgió fue si hay características de un sistema tributario, aparte de las medidas antielusivas específicas, que pueden alentar o desalentar la actividad de la evasión fiscal. El coloquio consideró que existe una correlación entre la prevalencia de la actividad elusiva y el nivel de las tasas impositivas. Una hipótesis que a menudo se defiende, y que tal vez es asumida por muchos como verdad, es que cuanto menor sea la tasa impositiva y más amplia sea la base tributaria, menor es la propensión de los contribuyentes para tratar de eludir el impuesto. Inherente a esta hipótesis es la suposición de que los contribuyentes son, en cierta medida, incentivados a participar en la evasión fiscal por los impuestos que son, excesivamente, elevados.

No hay datos para probar o refutar esta hipótesis en Nueva Zelanda. Uno tiene la impresión de que, en los Estados Unidos, no existe ninguna vinculación entre las tasas impositivas y las tasas de elusión tributaria. Las tasas del Impuesto a la Renta en los Estados Unidos han variado ampliamente desde los años 50. Al final de la Segunda Guerra Mundial, la tasa impositiva más alta fue de 70% y, antes de eso, llegaba a más

del 90%. Después de la guerra, la tasa máxima bajó a 50%. Bajo la administración de Ronald Reagan de 1981 a 1989, la tasa máxima se redujo a 28%. Desde entonces, la tasa máxima se ha deslizado hacia arriba hasta una tasa de alrededor del 35% el 2006.

La hipótesis de que el aumento de las tasas impositivas conduce a mayor elusión tributaria no ha sido confirmada por la experiencia de los Estados Unidos. Los años de la posguerra no se caracterizaron por una elusión tributaria rampante a pesar de que las tasas de impuestos fueron altas durante ese periodo. Por otro lado, las tasas impositivas en la década de los noventa fueron mucho más bajas. Sin embargo, este período se caracterizó por el aumento de los productos tributarios preparados de forma genérica para los clientes adinerados de las firmas contables, los bancos de inversión y las firmas de abogados. El objetivo era eludir tributos, pero los contribuyentes no fueron conducidos a ello por los tipos impositivos que fueron, particularmente, altos en comparación con los niveles anteriores en los Estados Unidos o en las tasas de impuestos en otras jurisdicciones. Desde la perspectiva de Estados Unidos, la reducción de las tasas no parece reducir drásticamente los esfuerzos elusorios de los contribuyentes.

Del mismo modo, en el Reino Unido, no parece haber existido una relación de causalidad entre las tasas impositivas y la incidencia de la elusión tributaria. Muchos de los problemas con la elusión tributaria experimentados en el Reino Unido parecen haber sido causados no por las tasas impositivas en sí mismas, sino por el grado de complejidad del sistema tributario en su conjunto. Cuanto mayor es el número de exoneraciones, inafectaciones, casos especiales y diferentes tasas en un sistema tributario, más complejo se vuelve. Y cuanto más complejo sea el sistema tributario, mayor será el incentivo para que los contribuyentes traten de jugar con tales complejidades.



Zoë Prebble y John Prebble

Aunque reducir la elusión tributaria es una meta para los diseñadores de la legislación tributaria, es solo una de muchas consideraciones. La legislación debe funcionar en el mundo real, lo que incluye el mundo real político. El proceso político dicta los objetivos del sistema tributario. Un sistema tributario diseñado con el propósito principal de reducir la elusión tributaria sería sin ninguna duda muy diferente a los sistemas tributarios considerados en este artículo. Tal sistema podría ser mucho menos complejo y podría tener éxito reduciendo la elusión tributaria, pero este logro sería a costa de muchos otros factores. Una perspectiva es que el problema más grande en términos de alentar o desalentar la elusión tributaria es la cantidad de legislación tributaria. Este es un problema común en la mayoría de jurisdicciones. En 1941, la legislación tributaria federal relevante en Australia se plasmaba en 81 páginas. Para el 2004, había crecido exponencialmente a 8500 páginas o 13500 páginas si incluimos los beneficios tributarios adicionales, las ganancias de capital y las contribuciones sociales. En el Reino Unido, aproximadamente 400-500 páginas de legislación tributaria primaria se añaden cada año. El fenómeno en los Estados Unidos es similar.

A mayor complejidad y volumen tenga la legislación tributaria, mayor será el ámbito de acción para los contribuyentes inventivos y sus abogados para encontrar formas de eludir tributos. La experiencia estadounidense indica que este impulso no está conectado, o al menos no con fuerza, con las tasas impositivas per se. Si es correcto que las tasas impositivas no son decisivas, entonces reducir la elusión no es un simple asunto de reducir o simplificar las tasas. Es mucho más probable que la complejidad influya en la incidencia de la elusión tributaria, pero prevenir la elusión per se no es una razón suficiente para simplificar regímenes tributarios en un ambiente político real y complejo. Por tanto, las jurisdicciones deben trabajar dentro de los márgenes de sistemas tributarios más o menos complejos para encontrar formas de luchar contra la elusión tributaria.

El tema final del coloquio fue la eficacia relativa de las varias aproximaciones a la elusión tributaria empleadas por las jurisdicciones discutidas. La eficacia de la aproximación de una jurisdicción puede evaluarse tanto en términos pragmáticos, como de principios. Es sensible aplicar los test en tal orden. La primera pregunta debería ser pragmática: ¿Qué tan bien funciona la aproximación utilizada en una jurisdicción en la práctica al enfrentarse a la elusión tributaria? Si las

aproximaciones de algunas jurisdicciones a la elusión tributaria tuvieran una eficacia similar en términos pragmáticos, una comparación de principios se vuelve altamente relevante. ¿Cuál es el método más apropiado, en principio, para enfrentar la elusión tributaria? Esta pregunta principista es realmente una pregunta de separación de poderes: ¿Qué poder del Estado debería cargar con la responsabilidad de tratar con la elusión tributaria?

Se necesita decir poco sobre Croacia en relación al tema. En términos pragmáticos, Croacia es muy permisiva respecto a la elusión tributaria y prácticamente carece de una aproximación al problema. Entre las instituciones de otras jurisdicciones, el TJUE parece ser el menos efectivo para contrarrestar la elusión tributaria. El TJUE ha invalidado medidas tan estándar como regímenes CFC y de precios de transferencia y reglas contra la transferencia de pérdidas dentro de grupos empresariales multinacionales sobre la base de que tales medidas mellan la libertad de establecimiento. Esta aproximación causa dificultades a los gobiernos de los Estados miembro de la UE que desean cobrar impuestos. Sus esfuerzos para contrarrestar la elusión tributaria y evitar que los contribuyentes transfieran ingresos gravados hacia territorios que son de facto paraísos fiscales pueden ser fácilmente anulados por el TJUE.

Una comparación pragmática entre las jurisdicciones restantes discutidas en el coloquio es compleja. Es difícil elegir una jurisdicción como la que claramente es más exitosa previniendo la elusión tributaria. Desde un punto de vista, la aproximación de los Estados Unidos ha sido una de las más duras con la elusión tributaria, al menos hasta este siglo. Más allá de cómo los contribuyentes se las arreglan para encajar una transacción sospechosa en la literalidad de una norma tributaria, los tribunales aún pueden analizar el propósito de la norma. Los tribunales

Comparando la Norma Anti-elusiva General de la Ley del Impuesto a la Renta con la Doctrina de Abuso de Derecho del *Civil Law* (Parte II)
Comparing the General Anti-avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law (Part II)

tienen un amplio poder propio de *Common Law* para deshacer transacciones que estén fuera del espíritu de la norma si, por ejemplo, la transacción parece demasiado buena como para ser cierta. Pero la doctrina del abuso de derecho de las jurisdicciones de *Civil Law* también funciona bien en términos pragmáticos. Es un concepto elegante que se acomoda bien a los distintos escenarios de la elusión tributaria, tal vez especialmente cuando, adicionalmente, el escenario está contemplado específicamente en la norma tributaria. La aproximación de Australia y Nueva Zelanda de usar una norma antielusiva general también dota a los tribunales de poderes para desconocer operaciones elusivas que se encuentran dentro del significado literal de la norma, pero fuera de su espíritu.

Si la diferencia entre jurisdicciones es poca en términos de que tan bien combate la elusión tributaria en la práctica, se vuelve particularmente relevante evaluar sus leyes en términos principistas. Es difícil comparar

jurisdicciones de *Civil Law* y de *Common Law* pues operan en distintos marcos y tradiciones. En términos principistas es consistente con las jurisdicciones de *Civil Law* el aplicar la doctrina del abuso de derecho que impregna todo el sistema de *Civil Law* en el contexto específico de la elusión tributaria. Para estas jurisdicciones, esta pregunta involucra temas constitucionales, como cuál es el Poder del Estado que debería cargar con la función de luchar contra la elusión tributaria.

Se podría decir mucho respecto a la visión de que una norma antielusiva general, tal como la de Nueva Zelanda o Australia, es preferible a una aproximación judicial en los países sin una norma antielusiva general legislativa, como Estados Unidos o el Reino Unido. La principal ventaja de una norma antielusiva general es que legitima lo que la judicatura trata de hacer en las jurisdicciones que carecen de una norma antielusiva general. Aunque las normas antielusivas generales pueden ser difíciles de aplicar en ocasiones, ellas proveen el cimiento constitucional a partir del cual los tribunales pueden construir para enfrentarse a la elusión tributaria. Es notable que incluso en los Estados Unidos, el hogar de la doctrina judicial de la simulación, exista una discusión considerable sobre si la aproximación de sustancia económica debe ser codificada, y que en el Reino Unido la promulgación de una norma antielusiva general sea un tema frecuente de debate. 