

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012
Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

RINCE - Revista de Investigaciones del Departamento de Ciencias Económicas de La
Universidad Nacional de la Matanza

Artículo de Investigación

Medidas anti-evasión: presunciones que rigen la cláusula de los pagos en efectivo

Salassa Boix, Rodolfo¹

Resumen

El trabajo se centra en la cláusula anti-evasión que prohíbe los pagos en efectivo superiores a \$1.000 y su objetivo es resolver la contradicción normativa que presentan los artículos 2 de la Ley 25.345 y 34 de la Ley 11.683, respecto a las presunciones reconocidas para acreditar la veracidad de los pagos. Se trata de un análisis jurídico-normativo que no pretende incursionar en cuestiones de política legislativa. Para ello partimos de los argumentos de uno de los precedentes judiciales más importantes sobre el tema para luego dar paso a nuestra propia opinión, basada en criterios estrictamente jurídicos. Finalmente, haciendo uso del método deductivo y una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico-tributario en su conjunto, concluimos debería primar la presunción *iuris tantum* del artículo 34 por sobre la presunción *iuris et de iure* del artículo 2.

Palabras claves: MEDIDAS ANTI-EVASIÓN - PAGOS EN EFECTIVO - REALIDAD ECONÓMICA

Abstract

The work is focused on the anti-evasion measure that prohibits cash payments exceeding \$ 1,000 and aims to resolve the contradiction rules of Article 2 of Law 25.345 and Article 34 of Tax Procedure Law, regarding presumptions recognized in

¹ Abogado. Magíster en Derecho de la Empresa y la Contratación. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Tributario y Financiero de la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (grado y postgrado). Inclusión en la publicación bibliográfica "MARQUIS WHO'S WHO IN THE WORLD 2012". Investigador en el Proyecto de Investigación: "Análisis jurídico-financiero de la inversión empresarial española en Asia y Latinoamérica". Universidad Rovira i Virgili (2011-2013).

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

each case to prove the veracity of payments. This is a legal and regulatory analysis which does not intend inroads into legal policy issues. For this purpose we have started the study from one of the most important legal precedents on this issue, and then we give our own opinion, based strictly legal criteria. Finally, by applying the deductive method and a systematic interpretation of the whole legal and tax system, we conclude that it must apply the rebuttable presumption of Article 34 instead of irrebuttable presumption of Article 2.

Keywords: ANTI-AVOIDANCE MEASURES - CASH PAYMENTS - ECONOMIC REALITY

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio

A finales de la década de los noventa la República Argentina ingresó en una compleja crisis financiera y económica, además de la política y social, que alcanzó su punto más álgido en el año 2001 con el famoso "corralito" y los tristes episodios vividos en Plaza de Mayo. Ante este panorama, entre otras cuestiones, resultaba primordial incrementar los ingresos públicos, y uno de los instrumentos más efectivos era combatir el alto nivel de evasión fiscal que se venía registrando. Esta iniciativa se llevó a cabo a través de dos acciones: por un lado, se intensificaron los controles y el cumplimiento de la ley; por el otro, se dictaron nuevas normas tributarias de control, con lo cual el país se vio inmerso en un profundo proceso normativo de carácter fiscal en el que se incluyeron numerosas cláusulas anti-evasivas.

Muchas de aquellas cláusulas han entrado en vigor desde tiempo pero aún se sigue discutiendo la manera en que muchas de ellas han de ser aplicadas y las consecuencias que conllevan. Un ejemplo concreto de ello es la cláusula que analizaremos en este artículo, que exige que todos los pagos superiores a \$1.000 sean efectuados a través del sistema bancario, impidiendo así la realización de los pagos en efectivo que superen dicho importe. A los fines de este trabajo la llamaremos "la cláusula de los pagos en efectivo"¹.

En referencia a ello, el presente estudio centra su atención en la **contradicción normativa** que actualmente presenta nuestro sistema tributario cuando regula las **presunciones** que rodean esta cláusula anti-evasiva. La contradicción estriba en la

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

posibilidad o no que tienen los contribuyentes para acreditar que los pagos fueron efectivamente realizados a pesar de infringirse la cláusula anti-evasiva de ciernes. No se trata de un tema baladí, ni mucho menos, ya que si los pagos se tienen por no realizados, más allá del hecho que el contribuyente haya tenido la posibilidad o no de probarlos, se desprenden una serie de consecuencias jurídico-tributarias muy severas para el sujeto pasivo en relación a la existencia misma de tales pagos, en el ámbito del Derecho privado, y a la liquidación del Impuesto a las Ganancias y el Impuesto al Valor Agregado.

Nuestro estudio está basado en un **análisis exclusivamente normativo**, de manera que no entraremos a valorar cuestiones de política jurídico-tributaria en torno a las medidas anti-evasión que deberían adoptarse; sin que por ello pretendamos restar importancia a dichas medidas, ya que las consecuencias de la evasión son repudiadas desde que nos afectan a todos los ciudadanos. Simplemente intentaremos resolver, en base a los principios y criterios jurídicos que tiñen nuestro sistema legal, la contradicción normativa que produce la aplicación de los artículos 2 de la Ley 25.345 y 34 de la Ley 11.683. La utilidad de resolver esta contradicción, que aún no ha sido zanjada ni por la legislación ni por la jurisprudencia de la Corte, radica en diluir el estado de **inseguridad jurídica** que genera para los administrados la vigencia simultánea de dos normativas contrapuestas cuyos efectos son totalmente diferentes. En otras palabras, intentaremos brindar las herramientas jurídicas para resolver dicha **superposición normativa** y dilucidar cuál es la presunción a aplicar.

Para resolver este galimatías recurriremos al **método deductivo** ya que partiremos de principios generales del Derecho en general y el Derecho tributario en particular para aplicarlos a cuestiones concretas. A estos fines haremos uso de la **interpretación sistemática** del ordenamiento jurídico-tributario en su conjunto, buscando los principios que orientan todo nuestro sistema fiscal para destrabar esta contradicción normativa.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

2. Encuadre teórico-conceptual

La norma básica de nuestro Derecho tributario es la Ley 11.683, del 30 de diciembre de 1932², mal llamada “Ley de Procedimiento Tributario” (LPT). Esta denominación no se corresponde exactamente con su contenido, ya que en ella no sólo se tratan cuestiones sobre el procedimiento tributario sino que aglutina todas las cuestiones básicas del Derecho tributario argentino. En virtud de ello, su rótulo se refiere a tan sólo una de las tantas áreas jurídico-tributarias que la norma regula.

A diferencia de otros ordenamientos jurídicos tributarios³, la LPT no dedica demasiados artículos a desarrollar las **cláusulas generales de anti-evasión**, lo cual se echa en falta y nos obliga a recurrir, en muchas ocasiones, al Derecho privado para definir ciertos conceptos (verbigracia: el abuso del derecho). La ley bajo análisis sólo dedica los dos primeros artículos a explicar cómo se debe interpretar la normativa tributaria (art. 1) y cómo se califican los hechos en base a la realidad económica (art. 2).

2.1. Interpretación de la normativa fiscal

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

Este artículo nos ayuda a **interpretar** la normativa tributaria, en primer lugar, otorgando prioridad a la finalidad fiscal y económica y, en segundo lugar, dando la posibilidad de acudir al Derecho privado para conceptos que no hayan definido la normativa tributaria. Se consagra la autonomía del Derecho tributario ya que se podrá recurrir a las disposiciones del Derecho privado sólo cuando la finalidad fiscal y económica no sea suficiente.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

2.2. Calificación de los hechos y realidad económica

La cuestión sobre la **calificación fiscal** y el **principio de realidad económica** se encuentra regulado en el artículo 2 de la LPT, que dice lo siguiente: “Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

La consagración del principio de realidad económica es consecuencia directa de la influencia alemana e italiana. La raíz alemana proviene de las enseñanzas de BECKER, volcadas en la **Ordenanza Fiscal alemana de 1919** (*reichsabgabennordnung*)⁴. Y la raíz italiana se origina en la doctrina de la **Escuela de Pavia**, según la cual el Derecho tributario no podía desatender la funcionalidad de la capacidad contributiva manifestada en el hecho imponible. Entre sus representantes encontramos a GRIZIOTTI, VANONI, PUGLIESE Y JARACH que, pese a sus diferencias, siempre prestaron especial atención a la capacidad contributiva. Según la teoría de la realidad económica, para el Derecho Tributario lo más importante es el hecho económico, prescindiendo de los efectos jurídicos declarados por las partes en tanto conduzcan a un resultado menos gravoso en el ámbito fiscal⁵.

A partir de este artículo comprobamos, una vez más, el carácter de **orden público** de la normativa tributaria. De manera que se aplicarán tratando de “conservar la situación de armonía y estabilidad social que existe en razón del acatamiento que todos los individuos por igual deben a las instituciones, cuando el Estado exige el cumplimiento de su reglas con un carácter de **necesidad y de irrenunciabilidad**”⁶.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

Como sostienen algunos autores, estamos ante la trasposición al Derecho tributario de la **doctrina de la Penetración** del Derecho mercantil, según la cual es necesario inmiscuirse en la realidad de los hechos que se ocultan tras el ropaje jurídico societario⁷. Esta idea fue trasladada por la legislación⁸ y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)⁹ al Derecho tributario.

2.2.1. Recalificación y aplicación de la realidad económica

Volviendo al texto del artículo 2 de la LPT, la reconducción del hecho imponible aparece supeditada a la utilización de **formas jurídicas inadecuadas** para reflejar la cabal intención de las partes. Ante ello, debemos indagar cuándo se considera que una forma jurídica es inadecuada.

El artículo habla de la utilización de "estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva" de los contribuyentes. Ésta fue la redacción que también se empleó, años más tarde, en el Modelo de Código Fiscal para América Latina (1967).

Por nuestra parte, creemos que la utilización del adverbio "**manifiestamente**" no fue la más acertada, ya que una norma que supuestamente es creada para clarificar la manera de aplicar la norma fiscal no es diáfana, con lo cual, también debe ser interpretada. Ello es así ya que la primera cuestión que se nos viene a la mente cuando leemos la norma es ¿cuándo se trata de una forma jurídica "manifiestamente" inadecuada? Es por ello que, junto a TARSITANO¹⁰, entendemos que la interpretación de esta norma tiene que ser planteada en otros términos muchos más simples, ya que las formas jurídicas son adecuadas o no lo son. Con lo cual, la distinción gramatical carece de relevancia jurídica, y sólo presta a confusión.

Respecto a este artículo, la CSJN desde hace ya tiempo viene defendiendo y proclamando "la prevalencia de la verdad objetiva, por encima del ritualismo formal"¹¹. Asimismo, y en contra de la postura que supo defender el Fisco, la Corte también reconoció la **neutralidad** de la aplicación de la realidad económica, en el sentido que puede ser favorable tanto para el contribuyente como para el Fisco, y no únicamente para el último¹².

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

De la lectura de los artículos 1 y 2 de la Ley 11.683 se advierte una notable diferencia en cuanto a sus funciones y objetivos, cuya confusión ha generado numerosos y estériles debates. El primero de estos artículos hace referencia a la **interpretación normativa**, es decir, a la manera en que debe entenderse, en abstracto, el sentido de la norma tributaria. Por el contrario, la segunda norma se refiere fundamentalmente a la **calificación fáctica**, es decir, al encuadre jurídico de los hechos que se presentan en la realidad, el cual puede favorecer a cualquiera de las partes. Como sucede en todas las áreas del Derecho, la norma se interpreta y los hechos se califican.

2.2.2. Relación con otras figuras del Derecho

El principio de realidad económica, como cláusula general de anti-evasión, está relacionado con la figura del abuso del derecho, a tal punto que muchos autores los asimilan (Tarsitano¹³). En nuestro ordenamiento jurídico el abuso del derecho se encuentra definido en el Código Civil¹⁴: “La Ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (art. 1071).

La definición del abuso del derecho es cercana a la de otras figuras como el fraude de ley, la economía de opción y la simulación, de ahí la dificultad para diferenciarlas. A continuación haremos una breve referencia a estas figuras.

- **Fraude de ley:** Parte de la doctrina nacional privatista ha diferenciado el fraude de ley (*in fraude legis*) del abuso del derecho de la siguiente manera: mientras que en los negocios abusivos la norma es aplicada y utilizada como medio para conseguir un fin diferente al suyo, en el fraude de ley, una norma es evitada de manera ilícita¹⁵. En la primera se utiliza un derecho de manera irregular o antifuncional (una figura fiscal lícita aunque contrariando los fines tributarios de la norma); y en la segunda se atenta directamente contra el ordenamiento jurídico utilizando medios ilícitos.

- **Economía de opción:** El sujeto evita la realización de un hecho imponible más gravoso a favor de uno más beneficioso desde el punto de vista tributario. Al igual que en el abuso del derecho, no se contraría la letra de la ley y se procura el ahorro fiscal, pero con la economía de opción no se atenta contra el espíritu de la norma¹⁶.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

- **Simulación:** Ante la ausencia de una referencia expresa en el Derecho tributario, nuevamente tenemos que recurrir al Código Civil, cuyo artículo 955 dispone que "la simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras...". Se trata de un defecto del acto jurídico en el cual se contraponen la voluntad y la declaración. De esta forma, sus requisitos son: a) una declaración de voluntad disonante con la voluntad real y b) el propósito de engañar a los terceros, con o sin un perjuicio real.

La simulación de los actos jurídicos nos remite a la doctrina civil sin que el Derecho tributario pueda agregar demasiado. No obstante, cabe apuntar que para la normativa fiscal la simulación del negocio lleva a engañar al fisco y tiene el propósito de perjudicarlo con declaraciones impositivas que no se ajustan a la realidad. La simulación gira en torno a actos y negocios jurídicos y no a los hechos jurídicos respecto de los cuáles se podrán emplear las figuras del abuso o del fraude de ley¹⁷. Mediante la simulación tributaria se pretende evadir los efectos fiscales del hecho imponible verificado sobre el acto disimulado que permanece oculto con pretensión de indemnidad.

3. Marco normativo de las cláusulas anti-evasión

Durante los últimos años, en especial a partir de la situación de bancarrota en la que ingresó el país en el año 2001, el sistema tributario argentino ha vivido un constante bombardeo de **cláusulas anti-evasión**. Las nuevas medidas estaban evidentemente destinadas a reducir los altos niveles de evasión fiscal, comunes en toda Latinoamérica, y así aumentar la recaudación fiscal. Esta paulatina incorporación de cláusulas anti-evasión se llevó a cabo, principalmente, a través de tres leyes, lo que no quiere decir que sean las únicas.

1) Ley 25.345, del 14 de noviembre de 2000¹⁸, conocida como "Ley Anti-evasión". Entre las reformas fiscales que atañen al tema aquí analizado señalamos las siguientes: a) No surtirán efectos entre las partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a \$1.000, o su equivalente en moneda extranjera, que no fueran realizados a través de depósitos en cuentas de entidades financieras; giros o transferencia bancarias; cheques; tarjetas de crédito,

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

compra o débito; factura de crédito; otros procedimientos que expresamente autorice el Poder Ejecutivo Nacional; y b) Los pagos que no sean efectuados de acuerdo al punto anterior no podrán ser computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente o responsable, aún cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones.

2) Ley 25.795, del 14 de noviembre de 2003¹⁹, conocida como "Plan Anti-evasión I". De esta norma destacamos que a) se extiende la responsabilidad solidaria a los sujetos que por sus compras reciban facturas o documentos apócrifos; b) se incorporan presunciones *iuris tantum* en la Ley de Procedimiento Tributario para determinar de oficio la materia imponible cuando haya diferencias entre las existencias declaradas por el contribuyente y lo detectado por AFIP; c) se otorga al Poder Ejecutivo Nacional la facultad de reglamentar las condiciones de cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos en favor del contribuyente o responsable, a la utilización de determinados medios de pago.

3) Ley 26.044, del 5 de julio de 2005²⁰, conocida como "Plan Anti-evasión II". Comportó varias modificaciones en el plano impositivo, previsional y aduanero, pero en esta oportunidad remarcamos las siguientes: a) Se otorgaron facultades a la AFIP para proceder al secuestro preventivo y eventual decomiso de mercaderías; b) se estableció el domicilio fiscal electrónico, como así también la determinación de un domicilio fiscal alternativo con plena validez a todos los efectos legales; c) se puso en marcha a nivel nacional de un sistema de registro unificado de personas jurídicas: la clave única de identificación tributaria (CUIT), que es emitida por la AFIP y será el único identificador de las sociedades.

4. Planteamiento y trascendencia del problema

El trabajo se circunscribe concretamente a la cláusula que castiga la realización de pagos en efectivo mayores a \$1.000. Si bien es una medida que ya lleva más de una década desde que fue implantada, su aplicación ha suscitado numerosos debates doctrinales y jurisprudenciales a lo largo de estos años, y lamentablemente se trata de una cuestión aún carece de una solución clara y, mucho menos, definitiva.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

El problema gira en torno a la **interpretación y aplicación** de dos normas abiertamente **contrapuestas** sobre una misma temática. Concretamente nos estamos refiriendo al artículo 2 de la Ley 25.345 (Ley Anti-evasión) y al artículo 34 de la Ley 11.683 de la LPT, modificado por la Ley 25.795 (Plan Anti-evasión I). A continuación los expondremos según su orden cronológico.

El artículo 2 de la Ley 25.345 (Ley Anti-evasión) establece que:

“Los pagos que no sean efectuados de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la presente ley tampoco serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente o responsable, aun cuando éstos acrediten la veracidad de las operaciones” (el subrayado me pertenece).

Recordemos que el artículo 1 de la Ley 25.345 dice que no surtirán efectos entre partes ni frente a terceros los pagos totales o parciales de sumas de dinero superiores a \$ 1.000... que no fueran realizados mediante: 1. Depósitos en cuentas de entidades financieras; 2. Giros o transferencias bancarias; 3. Cheques o cheques cancelatorios; 4. Tarjeta de crédito, compra o débito; 5. Factura de crédito; 6. Otros procedimientos que expresamente autorice el Poder Ejecutivo Nacional.

Por su parte, el artículo 34 de la Ley 11.683 de la LPT, modificado por la Ley 25.795 (Plan Anti-evasión I) determina lo siguiente:

“Facúltase al Poder Ejecutivo nacional a condicionar el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios de interés del contribuyente y/o responsable a la utilización de determinados medios de pago u otras formas de comprobación de las operaciones en cuyo caso los contribuyentes que no utilicen tales medios o formas de comprobación quedarán obligados a acreditar la veracidad de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados” (el subrayado me pertenece).

De la lectura de estos artículos se desprenden importantes cuestiones jurídicas, aunque nos enfocaremos en aquellas de carácter tributario. No obstante, vale la pena aunque sea mencionar las importantes connotaciones en el Derecho privado, ya que el artículo 1 de la Ley 25.345 habla de la ausencia de efectos de los pagos efectuados entre las partes, e incluso respecto de terceros. Así, se están reformando los alcances

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

de la institución del pago regulados en el Código Civil, ya que si éstos superan los \$1.000 sólo extinguirán la obligación cuando se utilizaren medios bancarios y afines. Más allá de las cuestiones atinentes al Derecho privado, no son pocas las complicaciones y contradicciones en el ámbito del Derecho tributario.

Por una parte, tenemos el artículo 2 de la Ley 25.345 que establece que los pagos en efectivo superiores a \$1.000 no sólo que no tendrán efecto entre las partes y terceros sino que tampoco serán computables como deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios que correspondan al contribuyente o responsable, más allá que se acredite la veracidad de las operaciones. Estamos en presencia de una **presunción *iusuris et de iure***, ya que los indicios sobre los que ésta se sostiene no pueden ser rebatidos mediante prueba en contrario.

Por otra parte, el reformado artículo 34 de la Ley 11.683, sobre este mismo tema dispone, en primer lugar, que el Poder Ejecutivo nacional puede condicionar el cómputo de deducciones, créditos fiscales y demás efectos tributarios a la utilización de determinados medios de pago u otras formas de comprobación de las operaciones y; en segundo lugar, agrega que cuando los contribuyentes que no utilicen tales medios o formas de comprobación quedarán obligados a acreditar la veracidad de las operaciones para poder computar a su favor los conceptos indicados. Contrariamente a lo que sucede en el artículo anterior, la LPT permite computar igualmente en favor del contribuyente los conceptos mencionados, siempre y cuando se demuestre que los pagos fueron efectivamente realizados. Entonces, frente la misma situación se está proclamando una **presunción *iusuris tantum*** toda vez que se otorga la posibilidad de desvirtuar los efectos que en ella se fijan.

Este repaso normativo hace palmaria la existencia de una **contradicción jurídica** que genera importantes consecuencias según cuál sea el camino legal elegido. No se trata de un tema de importancia menor, ya que no sólo que es una situación que se presenta normalmente en el curso normal de la actividad económica sino que las derivaciones fiscales en uno u otro artículo son ostensiblemente diferentes. Por lo tanto, y ante la ausencia de un camino legal claro, el nivel de inseguridad jurídica, entendida como la falta de certeza sobre la norma que resulta aplicable, es bastante elevado.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

Todo ello, sumado a la ausencia de una norma concreta que resuelva directamente el problema, nos obliga a recurrir a una **interpretación sistemática** del ordenamiento jurídico en su conjunto, acudiendo a los **principios** del Derecho en general y del Derecho tributario en particular. A estos fines creemos que resulta sumamente útil partir de uno de los precedentes jurisprudenciales más significativos sobre esta cuestión. Nos estamos refiriendo a la Causa "Mera Miguel Ángel (TF 27870-I) c/ DGI" y a las resoluciones allí emitidas por el Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B (TFN) y la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V (CNCAF).

5. Argumentos jurisprudenciales sobre las presunciones que rodean la cláusula sobre los pagos en efectivo

5.1. Antecedentes

La causa bajo análisis cobra virtualidad en virtud de la inspección que el Fisco lleva adelante sobre el contribuyente, Miguel Ángel Mera, durante el año 2004. Como resultado de dicha inspección, entre otras cuestiones, el Fisco detectó que sobre un total de 399 facturas, dos fueron canceladas íntegramente en efectivo y 23 fueron canceladas parcialmente en efectivo. En todos los casos se trató de pagos mayores a \$1.000.

En virtud de ello, y luego de aplicar el artículo 2 de la Ley 25.345, el Fisco intimó al contribuyente a pagar \$98.761,39 en concepto de saldo pendiente del impuesto sobre la renta correspondiente al ejercicio fiscal de 2003, por un lado; y a pagar \$55.545,06 en concepto de saldo pendiente del impuesto al valor agregado de los períodos enero, febrero y marzo de 2003. En ningún momento se cuestionó la veracidad de los pagos sino únicamente su modalidad, es decir, el hecho que fueran realizados en efectivo.

5.2. Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B

Ante las mencionadas resoluciones, el contribuyente interpuso un recurso de apelación ante el TFN solicitando su anulación. Finalmente, la Sala B del Tribunal rechazó las resoluciones del Fisco y dio la razón al contribuyente, basándose principalmente en los siguientes argumentos.

a) En primer lugar, el TFN recurrió a la regla de la **ley especial-ley general**, según la cual, prevalece el artículo 34 de la Ley 11.683 (ley especial) por sobre el 2 de la

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

Ley 25.345 (ley general). Con un criterio bastante discutible, se afirma que la segunda norma es la ley general que regula la prevención de la evasión tributaria y la primera vendría a ser la ley especial en materia de procedimiento tributario sobre temas de evasión fiscal.

b) En segundo lugar, el Tribunal dijo que de acuerdo con el **principio de capacidad contributiva** no correspondía que el Fisco determinara la materia imponible como si los gastos nunca se hubieran realizado, ya que esto último no había sido probado.

5.3. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V

Contra la sentencia dictada por el TFN, el Fisco interpuso un recurso de apelación ante la CNCAF, resuelto por la Sala V. La Cámara rechazó el recurso planteado por el Fisco y finalmente dio la razón al contribuyente. Sus argumentos pueden ser estructurados en cuatro puntos:

a) En primer lugar, la Cámara entendió que la teoría de la **ley especial-ley general** no era útil para resolver esta cuestión bajo análisis, ya que no resulta claro cuál de las dos normas es la especial y cuál la general.

b) En segundo lugar, entendió que es necesario recurrir a los **motivos de la norma** (*ratio legis*). Al respecto sostuvo que la *ratio legis* de la Ley 25.345 es la de impedir y desalentar la evasión fiscal, para lo cual obliga a registrar todos los pagos superiores a \$1.000 a través del sistema bancario. Esta motivación (disminución de la evasión fiscal) es la misma *ratio legis* que la de la Ley 11.683 (art. 34), con lo cual, es evidente, y así lo confirmó el Congreso, se puede alcanzar el mismo objetivo permitiendo al contribuyente acreditar que realizó efectivamente los pagos, y de esa manera no atentar contra los principios tributarios constitucionales.

c) Por otra parte, sostuvo que la exigencia de que el contribuyente cumpla con determinados deberes formales no puede traer aparejada la **desnaturalización** de las leyes que crean los impuestos y definen los hechos imponibles. Si se niega al contribuyente la posibilidad de descontar los gastos efectivamente realizados sobre las rentas y la posibilidad de computar a su favor el crédito fiscal efectivamente pagado a su proveedor, se altera el hecho imponible del impuesto sobre la renta y sobre el valor

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

agregado. En el primer caso porque se gravan rentas ficticias y en el segundo porque se grava un mayor valor agregado del que el impuesto quiere alcanzar.

d) Finalmente, la Cámara entiende que hayan pagos superiores a \$.1000 realizados por medios no bancarios constituye un serio indicio que permite poner en duda la existencia de las operaciones respectivas, lo que obliga al contribuyente a aportar la prueba detallada de ellas. Pero ello no habilita a tomar como no realizados los pagos por el simple hecho de que sean realizados en efectivo, ya que so pretexto del incumplimiento de un **deber formal** se habilita la recaudación de una cantidad mayor que la permitida por la legislación que crea los impuestos respectivos.

5.4. Corte Suprema de Justicia de la Nación

Hasta el momento la causa bajo análisis aún no ha llegado a la consideración de la CSJN. No obstante, hace no mucho tiempo, la Corte tuvo en sus manos la posibilidad de resolver esta cuestión en la causa "Tubos argentinos". Esta causa fue muy similar a la analizada en los puntos anteriores sólo que en esta oportunidad la Sala II de la CNCAF, con un criterio opuesto al de su Sala V, le dio la razón al Fisco y revocó la sentencia del TFN.

Finalmente, la CSJN rechazó el recurso del contribuyente pero sin siquiera entrar a analizar el fondo de la cuestión. Ello es así ya que, según expone en su sentencia, para que proceda el recurso ordinario de apelación en tercera instancia ante la Corte Suprema, en juicios en los que la Nación sea parte, es necesario, entre otras cosas, que el valor económico del monto en disputa sin accesorios (intereses) sea superior a \$726.523,32. Extremo este que no se cumplió en la en la causa "Tubos argentinos". De esta manera, la Corte simplemente revocó el recurso por ser **formalmente improcedente**.

6. Criterios jurídicos para la elección normativa

Luego de este breve pero intenso recorrido jurisprudencial, exponemos los argumentos y fundamentos personales que a nuestro juicio resuelven el caso planteado y, por ende, la aplicación de la presunción correspondiente. El primer criterio es de carácter más bien **formal**, ya que la solución prescinde del contenido de

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

los preceptos en juego, mientras que los tres restantes son **sustanciales** al ahondar en la esencia de los artículos y sus presunciones.

a) Ley posterior-ley anterior: Lo cierto es que tenemos dos normas contradictorias en cuanto a la presunción de evasión fiscal. Al igual que lo sostenido por la CNCAF (Sala V), entendemos que no resulta demasiado útil recurrir al criterio de ley general-ley especial. En primer lugar, debido a la enorme dificultad para determinar cuál de las dos normas de ciernes es la ley general y cuál la especial, aunque también es verdad que esta situación podría solucionarse fácilmente con el **principio in dubio pro contribuendi**. En segundo lugar, porque resulta mucho más claro y sencillo de aplicar el criterio de la ley posterior-ley anterior.

Es cierto que el texto del artículo 34 de la Ley 11.683 es anterior al de la Ley 25.345, pero también es verdad que mediante el dictado de la Ley 25.795 se confirmó el contenido de aquella y, si bien se modificaron algunas cuestiones del artículo original, la presunción *iuris tantum* permaneció intacta. Ello demuestra una clara intención del legislador de mantener este criterio por sobre el optado por la Ley 25.345. Con lo cual, atento a que esta última es una norma anterior, prevalece la solución de la Ley 25.795, que vino a modificar a la Ley 11.683.

b) Presunciones y ratio legis: Es evidente que nos encontramos ante una colisión normativa que nos obliga a elegir entre uno u otro artículo para resolver la cuestión, específicamente en lo que hace a la posibilidad de probar los pagos superiores a \$1.000 y que los mismos gocen de todos sus efectos fiscales. No es factible solucionar el caso sin aceptar a una de las normas y, al mismo tiempo, rechazar a la otra.

Por un lado, el artículo 2 de la Ley 25.345 establece una presunción *iuris et de iure* respecto a los pagos realizados en efectivo (medios no bancarios), entendiéndose que no han sido realizados y, por tanto, no dan derecho a deducción en el Impuesto a las Ganancias ni derecho al cómputo del crédito fiscal en el Impuesto sobre el Valor Agregado.

Por otro lado, tenemos el artículo 34 de la Ley 11.683 (modificado por la Ley 25.795) que, de manera contraria a la norma anterior, otorga una presunción *iuris tantum*

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

respecto de los pagos no realizados por medios bancarios, ya que se tendrán por no realizados a menos que el contribuyente demuestre que fueron efectivamente abonados.

Si lo que en realidad pretende la Ley 25.345 es reducir la evasión fiscal, no vemos que dicha finalidad se vea anulada o coartada por el mero hecho de brindarle al contribuyente la posibilidad de acreditar la **veracidad** de sus pagos. Si éste logra probar tal extremo fáctico está demostrando que no hubo evasión fiscal alguna, que es lo que persigue la norma. Contrario *sensu*, sino se acredita fehacientemente que la operación fue real, cae sobre él todo el peso de la presunción de evasión y las consecuentes penalidades.

El indicio de evasión derivado de los pagos en efectivos no bancarizados no sólo que es **razonable** sino que hasta diría **imprescindible**, porque pretende controlar de cerca los actos evasivos del pagador y de quien recibe el pago, el cual también podría ocultar sus ganancias si la operación no llega al conocimiento de la Administración. Pero la razonabilidad de esta cláusula se da, a mi juicio, cuando la presunción permite acreditar lo contrario.

Si cabe alguna sanción en este tipo de situaciones no podría ser la aplicación de una presunción *iuris et de iure* sino más bien por el hecho de infringir algún **deber formal** de colaboración con el Fisco.

c) Capacidad contributiva: La aplicación del artículo 2 de la Ley 25.345 también puede chocar con más de un **principio constitucional** de carácter tributario, en especial con en el principio de capacidad contributiva ya que se acaba gravando una **capacidad ficticia** del deudor. Al respecto, el Fisco no puede determinar la materia imponible tal como si los gastos impugnados nunca hubieran sido efectivamente realizados, haciendo abstracción de las ganancias realmente obtenidas por el contribuyente, y de lo pagado a sus proveedores en concepto del Impuesto al Valor Agregado.

d) Realidad económica: Por último, pero no por ello menos importante, tenemos el principio de la realidad económica que subyace de la propia Ley 11.683 (art. 2). Este principio es de carácter **neutral** ya que puede aplicarse de manera favorable a

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

cualquiera de las partes de la relación tributaria (Fisco y contribuyentes)²¹. En el caso bajo análisis favorece al contribuyente.

Tal y como declara el TFN, no corresponde que el Fisco determine la materia imponible como si los gastos impugnados nunca hubieran sido efectivamente realizados. Una cosa es considerar la falta de pago por sistemas bancarios como un indicio que permita poner en duda la veracidad de las operaciones; y otra muy distinta es presumir, sin admitir prueba en contrario, que tales operaciones nunca se han realizado, negando así el cómputo de los gastos pagados de esa manera. Recordemos que los propios inspectores señalaron la ausencia de elementos para probar la inexistencia de las operaciones.

No olvidemos tampoco que “para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que **efectivamente** realicen, persigan o establezcan los contribuyentes” (art. 2 Ley 11.683). En este caso, ni siquiera la propia Administración pone en duda la efectividad de los pagos, sólo se ataca la **modalidad** en que fueron realizados. Es decir que se alegan cuestiones meramente formales, basadas en una normativa que a su vez es contradicha por otra.

Si lo que se trata con este principio es de hurgar en la realidad de los hechos para ver lo que ciertamente sucedió, aquí nos encontramos con que los pagos fueron **efectivamente** realizados. Con lo cual, al no discutir el Fisco la veracidad de dichos pagos, no cabe duda alguna que el principio de la realidad económica, en este caso, da la razón al contribuyente.

De otra forma, y contrariamente lo que afirma la Corte, le estaríamos dando prevalencia al ritualismo formal por sobre la **verdad objetiva**. La verdad objetiva, en este caso, estriba en determinar si **efectivamente** hubo evasión fiscal, y qué mejor manera de alcanzarla que permitiendo al contribuyente o responsable que demuestre que realmente no la hubo.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

7. Conclusiones

En términos generales podemos decir que la gran mayoría de los problemas de interpretación normativa, en especial cuando existen contradicciones, se resuelve acudiendo a los **principios generales del Derecho**, mediante una **interpretación sistemática** del ordenamiento tributario en su conjunto. El Derecho tributario no es la excepción y, como hemos visto, los **principios tributarios** son esenciales para desentrañar el sentido de las normas fiscales.

Respecto a la problemática que nos ocupa entendemos que debe aplicarse la presunción *iuris tantum* del artículo 34 de la LPT en lugar de la presunción *iuris et de iure* del artículo 2 de la Ley 25.345. Los argumentos que sostienen dicha elección se basan, por un lado, en la regla de la ley posterior-ley anterior, la *ratio legis* de los artículos enfrentados, los principios fiscales constitucionales y el principio de la realidad económica que alumbra a todo nuestro sistema tributario y cuya aplicación puede favorecer a cualquiera de las partes de la relación tributaria.

Con estas afirmaciones no pretendemos ni minimizar el grave problema que de evasión fiscal que sufre nuestro país, que sin dudas debe combatirse en todos los ámbitos, ni boicotear los plausibles esfuerzos para erradicarla. En un **sistema republicano y democrático** como el nuestro se erige trascendental resguardar “la cosa pública” y proteger, entre otros, el **principio de igualdad tributaria**, a los fines que todos los ciudadanos cumplamos de la misma manera con nuestras obligaciones tributarias. Pero estos loables objetivos y principios deben perseguirse respetando la legalidad del sistema jurídico y el resto de principios, también loables, que lo inspiran. Entre estos últimos también podemos mencionar el **principio de defensa en juicio** y la posibilidad de acreditar los extremos que se alegan.

Estamos de acuerdo con que se fijen modalidades de pago que faciliten el control de las operaciones comerciales y los posibles actos evasivos, pero vedar al contribuyente de cualquier tipo de intento por demostrar que no evadido ningún tributo, no nos parece la mejor alternativa. De todas maneras, y más allá de nuestra opinión, es evidente que hoy por hoy nuestro sistema legal reconoce dos normas opuestas (presunción *iuris et de iure* y presunción *iuris tantum*) y, al encontrarse ambas

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

vigentes, existe una contradicción normativa que más allá de cual resulte más apropiada para combatir la evasión tiñe de **incertidumbre** a nuestro sistema legal.

Para acabar definitivamente con esta contradicción normativa (no con la evasión fiscal) entendemos que la solución debería venir por el lado del Poder Judicial (alcance particular), con un criterio de la CSJN, o por el lado del Poder Legislativo (alcance general), con una reforma que de **coherencia** al sistema, dejando sin vigencia alguno de las dos presunciones.

Respecto a la solución judicial deberíamos esperar a que un litigio llegue finalmente a la consideración de la CSJN y que, a diferencia del caso “Tubos argentinos”, cumpla con los requisitos formales exigidos por la ley para que pueda ser tratado el fondo del asunto. Será recién en aquel momento cuando el Alto Tribunal tenga la posibilidad real de poner fin a este debate y así confirmar cuál es la presunción a aplicarse. También cabe la posibilidad que en el Congreso se apruebe alguna reforma que modifique alguno de los artículos en pugna. Un ejemplo podría ser la aprobación del Proyecto de Ley 3060-D-2007, que modifica el contenido del artículo 2 de la Ley 25.345 para armonizarlo con el del artículo 34 de la Ley 11.683, consagrando la presunción *iuris tantum*. Este proyecto fue admitido en junio de 2007 y aún está en su etapa final de evaluación en el Congreso de la Nación.

En definitiva, es evidente que en la actualidad los administrados seguimos inmersos en una suerte de inseguridad jurídica, entendiendo ésta como la **falta de certeza** a la hora de aplicar una norma al caso concreto. Esta falta de certeza no se debe, en esta oportunidad, a una laguna legal sino a la **coexistencia** de criterios enfrentados. En virtud de ello, y más allá de las conclusiones doctrinales a las que podamos arribar, mientras que no se unifique el criterio jurisprudencial o no se modifique alguna de las normas bajo análisis, los contribuyentes seguiremos huérfanos de certidumbre jurídica ya que no sabremos qué criterio aplicar al caso concreto.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

8. Bibliografía y documentación consultada

- Causa "Ford Motor Argentina", CSJN, 2/5/1974 (F: 288:333);
- Causa "Kellogg Argentina", CSJN, de 26/2/1985 (F: 307:118);
- Causa "Mera Miguel Ángel (TF 27870-I) c/ DGI", CNCAF Sala V, 12/7/2011;
- Causa "Miguel Ángel Mera s/ apelación", TFN Sala B, 11/11/2009;
- Causa "Tubos Argentinos S.A. c/ EN – AFIP DGI – Resol. 143/05 (RDEX) s/ Dirección General Impositiva", CSJN, 4/10/2011 (T.18, LXV);
- GIULIANI FONROUGE, C. Y BELLO, J. (1963). Procedimiento impositivo. Buenos Aires: Depalma;
- GIULIANI FONROUGE, C. Y NAVARRINE, S. C. (2005). Procedimiento tributario y de la Seguridad Social. Buenos Aires: LexisNexis (9ª edición);
- LARRAZ, J. (1952). Metodología aplicativa en el Derecho tributario. *Revista de Derecho Privado*, Vol. 32;
- MOSSET ITURRASPE, J. (1993). El fraude a la ley. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 4. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni;
- NAVARRINE, S. C. y SALOMÓN, B. (1964). Ley de adaptación impositiva alemana (*Steueranpassungsgesetz*): Ley del 16 de octubre de 1934 y sus modificatorias. Texto actualizado al 1 de mayo de 1963. Buenos Aires: Depalma;
- ROSEMBUJ, T. (1999). El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario. Madrid-Barcelona: Marcial Pons;
- TARSITANO, A. (2000). Protección constitucional de los contribuyentes. Madrid: Marcial Pons;
- TARSITANO, A. (2003). Tratado de Tributación - Derecho Tributario. Buenos Aires: Astrea.

Notas aclaratorias

¹ Artículo 1 de la Ley 25.345, del 14/11/2000 (BO del 17/11/2000).

² BO, del 12/1/1933.

³ Como es el caso de los artículos 12 al 16 de la Ley 58/2003, del 17/12/2003, General Tributaria.

⁴ El artículo 4 dice que "en la interpretación de la legislación fiscal se debe tener en cuenta su propósito, su significación económica y el desarrollo de las circunstancias".

⁵ Para un estudio más profundo sobre el tema consultar TARSITANO, A. (2000). Protección constitucional de los contribuyentes. Madrid: Marcial Pons, pp. 270 y ss.

⁶ GIULIANI FONROUGE, C. Y BELLO, J. (1963). Procedimiento impositivo. Buenos Aires: Depalma, p. 18.

⁷ GIULIANI FONROUGE, C. Y NAVARRINE, S. C., GIULIANI FONROUGE, C. Y NAVARRINE, S. C. (2005). Procedimiento tributario y de la Seguridad Social. Buenos Aires: LexisNexis (9ª edición), pp. 90/91.

⁸ Artículo 2 de la Ley 11.683.

⁹ Numerosas ocasiones la Corte Suprema sostuvo que las leyes tributarias deben ser interpretadas conforme a la realidad de los hechos (F. 257:739; F. 259:141; F. 286:97; L.L. 152:341; L.L. 155:163).

¹⁰ TARSITANO, A. (2000), pp. 496/499.

Fecha de recepción: 21 de septiembre de 2012

Fecha de aceptación y versión final: 5 de mayo de 2013

¹¹ CSJN: Ford Motor Argentina, consid. 9º, 1º párr., 2/5/1974 - F: 288:333.

¹² CSJN: Kellogg Argentina, consid. 12º, de 26/2/1985 - F: 307:118.

¹³ TARSITANO, A. (2003). Tratado de Tributación. Buenos Aires: Astrea, pp. 484/486.

¹⁴ Recomendamos consultar MOSSET ITURRASPE, J. (1993), "El fraude a la ley". Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 4. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 35 y ss.

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, J. (1993), p. 47.

¹⁶ LARRAZ, J. (1952), "Metodología aplicativa en el Derecho tributario". Revista de Derecho Privado, Vol. 32, Serie A, p. 260.

¹⁷ ROSEMBUJ, T. (1999). El fraude de ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho tributario. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, p. 27.

¹⁸ BO de 17/11/2000.

¹⁹ BO de 17/11/2003.

²⁰ BO de 6/7/2005.

²¹ Ver nota N° 13.