0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página I

II Jornadas de Tributación Internacional

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página II

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página III

AAEF

ASOCIACION ARGENTINA
DE ESTUDIOS FISCALES

II Jornadas de Tributación Internacional

ERREPAR

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página IV

II Jornadas de Tributación Internacional /
Jorge Gebhardt ... [et.al.] ; coordinado por Guillermo O. Teijeiro. -
1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2014.
264 p. ; 28x19 cm.

ISBN 978-950-9761-27-8

1. Derecho Tributario. I. Gebhardt, Jorge II. Teijeiro, Guillermo O., coord.
CDD 343.04

II Jornadas de Tributación Internacional

© 2014 ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES

Edita:
ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES
Avda. Pte. Julio A. Roca 751 - EP "B" - (1067) Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (5411) 4342-1796/7837 - www.aaef.org.ar
E-mail: info@aaef.org.ar

Comercializa y distribuye:
ERREPAR S.A.
Paraná 725 - (1017) Buenos Aires - República Argentina
Tel.: (5411) 4370-2002 - www.errepar.com
E-mail: clientes@errepar.com

ISBN 978-950-9761-27-8

Prohibida su reproducción parcial o total sin permiso por escrito de la casa editora.
Hecho el depósito que marca la ley 11723 - Impreso y hecho en Argentina - Printed in Argentina.

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página V

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES

CONSEJO DIRECTIVO

Período 2012/2014

Presidente:
Miguel A. M. Tesón

Vicepresidente:
Horacio R. Della Rocca

Secretario:
Carlos A. Abeledo

Tesorero:
Jorge R. Postiglione

Vocales:
Juan M. Álvarez Echagüe
José A. Díaz Ortiz
Antonio H. Figueroa
Agustina O'Donnell
Marina I. Parera

Revisores de cuentas:
Guillermo C. Balzarotti
Alberto Tarsitano

Av. Julio A. Roca 751, entrepiso "B" - 1067 - Buenos Aires
Tel./Fax: (54-11) 4342-1796/7837 y 4345-0218
e-mail: info@aaef.org.ar - web: www.aaef.org.ar

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página VI

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página VII

II Jornadas de Tributación Internacional

7 y 8 de noviembre de 2013

PRESIDENTE DE LAS JORNADAS

Miguel A. M. Tesón

COMITÉ CIENTÍFICO

PRESIDENTES

Guillermo O. Teijeiro
Eduardo L. Perelli

VOCALES

Carlos A. Abeledo
Manuel M. Benites
Norberto P. Campagnale
Andrés M. Edelstein
Jorge Gebhardt
Alejandro E. Messineo
Leandro M. Passarella
Darío M. Rajmilovich

COMITÉ EJECUTIVO

PRESIDENTE

Ricardo E. Riveiro

VOCALES

Alejandra Schneir
Roberto P. Sericano
Axel A. Verstraeten

0-I-Portada_0-I-Portada.qxp 14/10/14 12:51 Página VIII

0-XI-Sumario_0-XI-Sumario.qxp 03/10/14 12:34 Página XI

SUMARIO

PANEL I

Efectos del intercambio automático de información a nivel mundial y local

RELATOR

Diego N. Fraga
Informe de relatoría ***3***

PANELISTAS

Juan P. Barzola
Intercambio automático de información tributaria ***45***

Ana Lucía Ferreyra
El intercambio automático de información en la Argentina. Algunas cuestiones discutidas. ***55***

Darío M. Rajmilovich
El nuevo estándar internacional en el intercambio de información tributaria entre Estados. El Modelo FATCA versus el Modelo de Acuerdos RUBIK y la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE como árbitro. ***77***

NO PANELISTAS

Facundo Montiel
Intercambio automático: antecedentes y tendencias impulsadas por organismos multilaterales y regionales ***93***

Lucía Mabel Muguerza
El decreto 589/2013 y los países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal ***103***

PANEL II

Normas antielusivas domésticas en su aplicación a las transacciones internacionales

RELATOR

Alejandro Almarza
Informe de relatoría ***113***

0-XI-Sumario_0-XI-Sumario.qxp 03/10/14 12:34 Página XII

PANELISTAS

N. Pablo Campagnale
Las normas antielusivas en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional..... ***129***

Valeria Estathio
La aplicación del principio de la realidad económica. Algunas reflexiones a la luz de la doctrina norteamericana de la *sustancia económica*..... ***145***

Leandro M. Passarella
Normas antielusión de la Legislación Impositiva Argentina aplicables a operaciones internacionales..... ***163***

NO PANELISTAS

Esteban L. Aguirre Saravia
Criterios antielusión que surgen de métodos de interpretación..... ***169***

Jesica Ariana Ferraro
Algunas consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo en la Tributación Internacional..... ***181***

Carlos A. C. Forcada
Cláusulas antiabuso en los CDI de Argentina, Brasil, México y Panamá..... ***199***

Rodolfo Salassa Boix
El beneficiario efectivo en la legislación argentina: regulación en la normativa interna y últimas tendencias en la normativa convencional..... ***215***

María Inés Vázquez Cambón
Medidas antielusivas en operaciones con paraísos fiscales y el abuso de tratados..... ***235***

001 - Carátula I_001 - Carátula I.qxp 03/10/14 12:21 Página 1

PANEL I

Efectos del intercambio automático de información a nivel mundial y local

PRESIDENTE

Jorge Gebhardt

SECRETARIA

Natalia S. Suárez

RELATOR

Diego N. Fraga

TRABAJOS PRESENTADOS POR PANELISTAS

Diego N. FRAGA: *Informe de relatoría*

Juan Pablo BÁRZOLA: *Intercambio automático de información tributaria*

Ana Lucía FERREYRA: *El intercambio automático de información en la Argentina: algunas cuestiones discutidas*

Darío M. RAJMILOVICH: *El nuevo estándar internacional en el intercambio de información tributaria entre Estados. El Modelo FATCA versus el Modelo de Acuerdos RUBIK y la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE como árbitro.*

TRABAJOS PRESENTADOS POR NO PANELISTAS

Facundo MONTIEL: *Intercambio automático: antecedentes y tendencias impulsadas por organismos multilaterales y regionales*

Lucía Mabel MUGUERZA: *El decreto 589/2013 y los países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal*

001 - Carátula I_001 - Carátula I.qxp 03/10/14 12:21 Página 2

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 3

INFORME DE RELATORÍA

DIEGO N. FRAGA

PALABRAS PRELIMINARES

En primer lugar, deseo agradecer a los panelistas, prestigiosos tributaristas con amplios antecedentes en la materia que se trata en este Tema I, quienes generosamente han decidido compartir sus conocimientos y experiencia a través de las presentes Jornadas y han presentado los siguientes trabajos:

1) Juan Pablo BARZOLA: "Intercambio automático de información tributaria".
2) Ana Lucía FERREYRA: "El intercambio automático de información en la Argentina: algunas cuestiones discutidas".
3) Darío RAJMILOVICH: "El nuevo estándar internacional en el intercambio de información tributaria entre Estados. El Modelo FATCA versus el Modelo de Acuerdos RUBIK y la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE como árbitro".

Por otra parte, también debo extender mi reconocimiento a las dos ponencias presentadas, a saber:

1) Lucía Mabel MUGUERZA: "El decreto 589/2013 y los países cooperadores a los fines de la transparencia fiscal".
2) Facundo MONTIEL: "Intercambio automático: antecedentes y tendencias impulsadas por organismos multilaterales y regionales".

Como fuera expresado en las Directivas de este Tema I, la cooperación entre los Estados y, dentro de ella, el intercambio de información entre las Administraciones Tributarias, constituye una herramienta fundamental contra la evasión fiscal internacional. Dicho intercambio acarrea, indudablemente, determinados desafíos para los Estados, tales como proceder a adecuar su legislación interna y disminuir las trabas administrativas. Por otro lado, los contribuyentes asisten, por lo general, pasivos, al movimiento indiscriminado de sus datos personales, en gran medida, sin un adecuado control, ya sea de su parte o por otros organismos gubernamentales.

En los últimos años –particularmente este último–, en el mundo, en general, y particularmente, en la Argentina, se han realizado importantes avances, hasta hace poco tiempo impensados, respecto del intercambio de información tributaria entre países, y particularmente en su modalidad "automática".

En esa inteligencia, en este tema I de las Primeras Jornadas de Tributación Internacional hemos decidido analizar, por un lado, los principales aspectos a tener en cuenta en los antecedentes que encontramos en el ámbito internacional y regional tendientes a la puesta en marcha de este tipo de cooperación, así en como las implicancias prácticas que tales métodos pueden tener en los contribuyentes de nuestro país.

También, apuntamos al estudio de determinados acuerdos, bastante específicos, como los "Rubik", suscriptos por la Confederación Suiza y, por aquellos elaborados por los Estados Unidos de América (que podrían llegar a ser copiados por otros países europeos), mediante su programa de Intermediarios Calificados y su actualización en las normas *FATCA* (*Foreign Account Tax Compliance Act*). Se trata de figuras que podrían llegar a tener efectos concretos en nuestro país, a raíz de las incesantes negociaciones llevadas adelante por nuestra Administración Tributaria.

Adicionalmente, propusimos tratar diversos aspectos prácticos, entre los cuales se encuentran las implicancias éticas, jurídicas y operativas de la información obtenida por el fisco mediante la compra de datos o a través de otros medios informales, como fuentes no gubernamentales, aspecto que ha cobrado relevancia en los últimos meses.

Lo mencionado anteriormente nos lleva a considerar que nos encontramos ante una situación paradigmática en cuanto a la obtención y manejo de la información, y que la misma producirá modificaciones significativas en la relación fisco contribuyente.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 4

I. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN AUTOMÁTICO. SUS ANTECEDENTES INTERNACIONALES. EL ROL DE LOS ORGANISMOS MULTILATERALES Y ORGANISMOS REGIONALES

I.1. Introducción: los diferentes modos de intercambio de información tributaria y las ventajas de su forma automática

Como bien señala BARZOLA en su trabajo, el intercambio de información puede efectuarse bajo distintas modalidades, con mayor o menor alcance, en función de lo acordado por las autoridades competentes de cada Estado y teniendo en cuenta las capacidades particulares de cada Administración Tributaria. En la práctica, por lo general se verifican las siguientes formas de intercambio:

a) previo requerimiento de la Administración tributaria del otro Estado, para un caso concreto sujeto a fiscalización o investigación (intercambio "a requerimiento");
b) previo requerimiento de la Administración tributaria del otro Estado, para un caso concreto sujeto a fiscalización o inespontáneamente, por ejemplo, cuando una administración ha obtenido, en el curso de las investigaciones realizadas, determinada información que razonablemente supone presenta interés para la administración del otro Estado;
c) previo requerimiento de la Administración tributaria del otro Estado, para un caso concreto sujeto a fiscalización o inautomáticamente, por ejemplo, cuando las informaciones sobre una o varias categorías de rentas procedentes de un Estado y percibidas por sujetos del otro Estado son transmitidas sistemáticamente entre las Administraciones Tributarias.

Se ha definido en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) al referido intercambio automático de información tributaria como la transmisión sistemática y periódica, por parte de un Estado, de información "en masa" al otro Estado, referida a contribuyentes residentes en ese otro Estado, respecto de determinados tipos de rentas (dividendos, intereses, regalías, salarios)[1].

En rigor, se trata información preestablecida relacionada por regla general con transacciones comerciales que vinculan a ambos Estados, con determinadas categorías de renta (por ej., dividendos, intereses, regalías, sueldos, pensiones, etc.). No obstante, también sirve para transmitir otro tipo de información útil, como cambios de residencia, la compra o venta de bienes inmuebles, devoluciones en el IVA, cambios en la titularidad de las sociedades, etc.; son datos que resultan de fundamental importancia, por ejemplo, para conocer el Estado de la residencia, verificar si el contribuyente declaró correctamente su renta de fuente extranjera y evaluar el patrimonio de una persona[2]. A su vez, se ha dicho que la información relacionada con el monto del comercio bilateral, los ratios o porcentajes de utilidad y, en ciertos supuestos, los costos de producción de determinado tipo de actividades industriales, puede facilitar al país receptor el control de aquellas empresas que llevan a cabo actividades dentro de su territorio, especialmente en materia de precios de transferencia; es decir, el suministro periódico de datos resulta en tal sentido una herramienta trascendental para verificar en tales casos si se realiza una correcta asignación de beneficios a cada jurisdicción fiscal involucrada[3].

Algunos autores se han referido a la poca proliferación –hasta el momento– de este tipo de intercambio, que se debe en gran parte, según su parecer, a que en bastantes países, no existe todavía "información abundante, obtenida por suministro y adecuadamente almacenada"; en efecto, a muchas jurisdicciones les resulta realmente complicado participar en esta modalidad de intercambio, al no disponer de las condiciones adecuadas, de datos relevantes que ofrecer a sus homólogos y con pocas probabilidades de realizar una toma de datos generalizada y masiva para poderlos enviar bajo esta modalidad de intercambio[4].

---

1 *Automatic Exchange of Information - What it is, how it works, benefits, what remains to be done*. OECD 2012, p. 7.

2 *Cfr*. MARTINOLI, Carol; "Tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria"; Cuaderno del Instituto AFIP Nº 14, 2010, p. 65.

3 *Idem*. De este modo, existen estudios conjuntos realizados en los Estados Unidos de América por el Departamento del Tesoro y por el IRS que permitieron detectar qué filiales de empresas extranjeras que actuaban en el territorio de dicho país, declaraban beneficios inferiores al promedio qué filiales del mismo grupo económico obtenían en otros países, desarrollando la misma actividad.

4 *Cfr*. BUSTAMANTE ESQUIVIAS, M. Dolores; "Instrumentos de asistencia mutual en material de intercambios de información -Impuestos directos e IVA-", *Documentos del Instituto de Estudios Fiscales,* Nº 23/2002; Instituto de Estudios Fiscales, p. 12.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 5

No obstante, RAJMILOVICH ha citado ejemplos en el mundo que aplican exitosamente sistemas de intercambio automático:

– Países nórdicos: Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios (1989)[5].
– Europa: Directiva del Ahorro (*Savings Directive*) de la Unión Europea por la cual 42 países o territorios asociados intercambian información automática sobre intereses de colocaciones en activos financieros.
– Estados Unidos: Programa de Intermediarios Calificados ("*Qualified Intermediaries (QI) Program*") y FATCA ("*Foreign Account Tax Compliance Act*").
– Países vecinos que intercambian información en forma automática en forma bilateral: p. ej.: Estados Unidos con Canadá; Estados Unidos con México; Australia con Nueva Zelanda, etc.

En esta inteligencia, RAJMILOVICH en su ponencia ha enumerado algunas de las notorias ventajas de este tipo de intercambio de información por sobre aquella que se aplica "a requerimiento", a saber:

• Proporciona información oportuna para combatir la evasión fiscal (sobre los flujos de rentas de fuente foránea, titularidad en el exterior sobre saldo de inversiones de portafolio, sobre propiedad de otros activos como inmuebles y participaciones en sociedades o el carácter de beneficiario efectivo de seguros o fideicomisos)[6].
• Ayuda a detectar casos de incumplimiento fiscal, aun cuando la Administración Tributaria no conozca ni posea sospechas de tales incumplimientos.
• Incentiva el cumplimiento voluntario de los contribuyentes con relación a la declaración de bienes e ingresos en el exterior y el pago de los impuestos respectivos.
• Permite integrar la información recibida automáticamente con los sistemas del país receptor para ejercer un control fiscal eficaz[7].

También RAJMILOVICH apunta a la insuficiencia del intercambio a requerimiento, pues este se limita a funcionar en alguno de los siguientes supuestos:

– como confirmación o certificación a favor del fisco del Estado requirente de los datos del caso formado (dado que la prueba es foránea)[8],
– como complemento del intercambio automático[9].

I.2. Antecedentes relevantes en el intercambio de información tributaria previos a la adopción del nuevo *gold standard* internacional

Podemos señalar, con RAJMILOVICH, como hitos relevantes en el intercambio de información tributaria, a los siguientes:

– Informe sobre Competencia Fiscal Nociva de la OCDE, 1998[10].
– Código de Conducta, ECOFIN, 1997[11].

---

5 *Multilateral convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (07/12/89), la cual se encuentra en vigor desde 1992 y requiere intercambio de información automática sobre pagos de dividendos, intereses, regalías, salarios, honorarios, pensiones, seguros, y sobre propiedad de inmuebles.

6 En el mismo sentido, *vid*. RAJMILOVICH, Darío y TISOCCO, Jorge, "Los tratados de intercambio de información tributaria ¿a pedido o automático?", ERREPAR, 2013, Doctrina Tributaria N° 399, junio, p. 561.

7 TISOCCO, Jorge y RAJMILOVICH, Darío; *op. cit*. en la nota 7.

8 En su análisis comparativo, RAJMILOVICH destaca que, en el sistema de intercambio de información a requerimiento existen requisitos de identificación de los datos requeridos y otros que, por lo general, deben verificarse, susceptibles de dificultar la operatoria, como, por ejemplo: 1) la acreditación de que la información solicitada es presumiblemente relevante para la administración y ejecución de las leyes domésticas impositivas del Estado requirente, 2) que los datos objeto del pedido sean confiables, estén sujetos a disponibilidad o accesibles mediante acciones que no impliquen un esfuerzo desproporcionado, y cuenten con poderes y facultades suficientes para obtenerla, y –además- que el Estado Requirente pueda obtenerla de acuerdo a su legislación interna, 3) que se garantice el respecto a los derechos de los contribuyentes, y la estricta confidencialidad de la información intercambiada.

9 A efectos de completar los datos que formen el caso con relevancia fiscal para el Fisco del Estado Requirente a fin de estar en condiciones de formular el cargo, de corresponder.

10 "*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*", París, 1998.

11 "*Code of Conduct on Business Taxation*", *Conclusions of the ECOFIN*, reunión del Consejo de fecha 01/12/1997, 98/C 2/01, OJ 01/06/98.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 6

– Foro Global de Transparencia Fiscal de la OCDE. Este foro ("Foro Global") estableció un estándar en el año 2002[12] relativo a un modelo de intercambio de información a pedido con países considerados *a priori* como poco transparentes (*tax havens* y centros financieros *offshore*), sujeto a la conducción de revisiones de cumplimiento de los estándares (las llamadas *peer reviews*). Si bien estas no tienen carácter vinculante, suelen tener un efecto significativo en la justificación de acciones de represalia por parte de aquellos Estados Miembros de OCDE contra las jurisdicciones que pudieran verse señaladas en violación de sus compromisos asumidos. En esa oportunidad se definió que un país o territorio cumplía con el parámetro de transparencia (para ser exceptuado de la lista negra y de la lista gris) cuando hubiera suscripto al menos 12 *TIEAs* bajo el modelo del Foro Global o del nuevo artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE. No obstante, para la prosecución de la Fase 2 de los *Peer Reviews* debe acreditarse, además, el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos a través del efectivo intercambio de información tributaria a pedido de las autoridades de los fiscos de las jurisdicciones con las cuales se suscribieran los TIEA y demás medidas de transparencia (p. ej., derogación de regímenes de anonimato, secreto bancario o bursátil, disponibilidad de información financiera y de tenencia de acciones y demás participaciones en sociedades y demás vehículos, etc.).
– Cláusula de intercambio de información en el Modelo de Convenio OCDE, artículo 26: en su versión actualizada del 17/07/2008 prevé modalidades de cooperación amplias en materia de intercambio de información entre Estados Contratantes.

En lo que respecta al ámbito nacional, algunos acuerdos celebrados por nuestro país[13] prevén la transmisión periódica de datos sobre operaciones y/o rentas realizadas en uno de los Estados por los sujetos comprendidos en el acuerdo, así como de cualquier otra información que establezcan expresamente de común acuerdo[14]. Más adelante analizaremos sus características más importantes.

I.3. La modificación del modelo de intercambio de información tributaria por el intercambio de información tributaria automática

RAJMILOVICH destaca que si bien el estándar vigente en la actualidad, de acuerdo a las definiciones de la OCDE[15], las Naciones Unidas[16] y el G-20[17], consiste en un modelo de "Intercambio de Información Tributaria a Pedido", de alcance bilateral entre un Estado Requirente y un Estado Requerido, desde mediados del año 2012 la misma OCDE[18], distintas organizaciones internacionales como la Comisión de la Unión Europea[19] o la *Tax Justice Network*[20] y diversas comisiones presididas por expertos de prestigio internacional (p. ej., Joseph STIGLITZ[21], Michael MCINTYRE[22], entre otros), proponen un cambio de modelo hacia el intercambio de información tributaria automático, operado con alcance multilateral.

---

12 Estándares aprobados en las reuniones de Ministros de Finanzas del G-20 celebradas en Berlín (2004) y Xianghe (2005) y por el Comité de Expertos en Cooperación Internacional en Asuntos Fiscales de las Naciones Unidas en Octubre de 2008. Los estándares requieren: (i) intercambio de información a requerimiento cuando la misma es presumiblemente relevante para la administración y ejecución de las leyes domésticas del otro Estado Contratante, (ii) no puede retacearse por parte del Estado Contratante requerido por causa de secreto bancario o interés fiscal doméstico, (iii) Sujeto a disponibilidad de información confiable y poderes para obtenerla por parte del Estado Contratante requerido, (iv) respeto a los derechos de los contribuyentes, y (v) estricta confidencialidad de la información intercambiada.

13 Ya sean Convenios para evitar la Doble Imposición (con cláusula de intercambio de información), Acuerdos de Intercambio de Información específicos o acuerdos multilaterales.

14 *Cfr*. BARZOLA, Juan P.; "Intercambio internacional de información tributaria – la experiencia argentina"; Compilado del 2° Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2010, Buenos Aires, 7 al 9 de abril de 2010.

15 Denominado *Internationally Agreed Tax Standard*, en el marco del Foro Global de la OCDE.

16 *UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, Octubre 2008.

17 Reunión de Ministros en Berlín, 2004.

18 OECD, *Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains To Be Done*, julio de 2012.

19 Directiva 2003/48/EC (Directiva del Ahorro o *Savings Directive*), en vigencia desde el 01/07/2005.

20 Organización independiente internacional sin fines de lucro con sede en Londres.

21 "*U.N. Stiglitz Commission*" *(U.N. Commission of Experts on Reforms of the International Monetary and Financial System*, dirigido por el premio nobel Joseph Stiglitz), Informe de fecha 19°/03/2009, Párrafo 79.

22 "*A Model Effective Tax Information Exchange Agreement*", presentado ante la U.*N. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, Octubre de 2009.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 7

FERREYRA y BARZOLA coinciden con tales apreciaciones en cuanto a que el intercambio automático de información se erige en la actualidad como la meta o estándar a seguir en materia de transparencia fiscal internacional[23]: es el *gold standard*.

RAJMILOVICH agrega que esta dirección ha sido ratificada en la Reunión del G-20 celebrada en San Petersburgo (Rusia)[24] en la cual se dispuso, como objetivo, que la OCDE publique una Guía Detallada del Modelo de Intercambio de Información Tributaria Automático a ser considerado en la primera mitad del año 2014, y se establecieron lineamientos generales sobre la base legal del acuerdo multilateral, el alcance de la información tributaria a ser intercambiada, los procedimientos de *due diligence* para su obtención y el formato del *reporting*. En el seno de la ONU también se ha tomado nota de la reciente tendencia[25].

Como bien ha señalado el referido panelista, el cambio hacia este nuevo *gold standard* acarrea una transformación con dos pilares fundamentales:

1) Avanzar hacia el intercambio automático, en lugar de la modalidad a requerimiento. Esto implica un importante cambio de paradigma respecto de lo que se venía pregonando desde los referidos organismos multilaterales[26].
2) Alcance multilateral, en lugar de bilateral. De lo contrario, los efectos se verían afectados por aquellos países que no adhieran al nuevo *gold standard*. En el Informe OCDE: *Delivering a Standardized, Secured and Cost Effective Model of Bilateral Automatic Exchange for the Multilateral Context* (septiembre 2013; "Informe OCDE 2013") se consideró que es necesario un acuerdo de alcance multilateral como base para establecer las bases legales del nuevo estándar. Teniendo en cuenta los instrumentos disponibles, la OCDE entiende que la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE (1988) es un buen punto de partida.

También agrega dicho autor que existe una precondición, cual es abandonar el derecho de los contribuyentes al anonimato en la titularidad de activos (en cuyos fundamentos pivotea el secreto bancario, el secreto bursátil, etc.) en las relaciones tributarias internacionales. La confidencialidad de la información tributaria se protege, como bien señala, a través del adecuado *uso* de la información por parte de las Administraciones Tributarias y no en función de restricciones a su acceso.

La OCDE ha desarrollado y publicado una serie de guías y material de entrenamiento para facilitar la implementación y el uso de intercambio automático de información entre países, por ejemplo:

– Un modelo de Memorándum de Entendimiento (*MOU*) sobre Intercambio de Información[27].
– Un Manual de Implementación de provisiones legales sobre intercambio de información para propósitos fiscales (el cual contiene un módulo específico sobre intercambio automático)[28].
– Un programa de intercambio automático[29].
– Estándares técnicos desarrollados respecto de los formatos de información objeto de intercambio.

---

23 Ver al respecto los recientes informes de la OCDE: *A Step Change in Tax Transparency. OECD Report for the G8 Summit, Delivering a Standardized, Secure and Cost Effective Model of Bilateral Automatic Exchange for the Multilateral Context,* Lough Erne, Enniskillen, junio de 2013*; Automatic Exchange of Information: The Next Step. Information Brief,* actualizado al 18 de junio de 2013 y que representa una síntesis del informe más completo *Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*, 2012. En igual sentido ver el *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE Amending Directive 2011/16/EU as Regards Mandatory Automatic Exchange of Information in the Field of Taxation*, de junio de 2013.

24 *OECD Secretary – General Report to the G20 Leaders*, San Petersburgo, Rusia, 5 y 6/09/2013, Anexo II, *Delivering a Standardized, Secured and Cost Effective Model of Bileteral Automatic Exchange for the Multilateral Context*, pp. 68-80.

25 CORREA CERVERA, Jorge E.; *Note on automatic exchange of information*, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Ninth session; Ginebra, 21/10/2013; E/C.18/2013/CRP.20; ver en sitio *Web*: http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/CRP20_InformationExchange.pdf.

26 FERREYRA destaca en su ponencia al respecto que si bien el intercambio automático de información se encuentra plasmado en diversos documentos internacionales tales como el Modelo de Convenio de la OCDE (art. 26), el Acuerdo del Consejo de Europa/OCDE y la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa de la OCDE, el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de la OCDE estatuye y regula exclusivamente el intercambio a requerimiento.

27 C(2001)28/FINAL www.oecd.org/officialdocuments/publicdiplaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En).

28 www.oecd.org/ctp/eoi/manual .

29 www.oecd.org/tax/eoi/toolkit .

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 8

El proceso básico de intercambio de información automático, de acuerdo a la OCDE[30], es desglosado por RAJMILOVICH en siete pasos, a saber:

1) El pagador o el agente pagador colecta información (por ej., pagos a los no residentes e identidad de beneficiario efectivo) del contribuyente y/o genera información por sí mismo.
2) El pagador o el agente pagador reporta información a las autoridades fiscales del país huésped o fuente (*host country*).
3) La Autoridad Fiscal del *host country* consolida la información por país de residencia de los beneficiarios efectivos de los ítems de renta.
4) La información es encriptada y enviada en paquete a la Autoridad Fiscal de cada país de residencia de sus beneficiarios (*home country*).
5) La información es recibida y desencriptada por las Autoridades Fiscales del *home country*.
6) La Autoridad Fiscal del *home country* alimenta sus bases de datos con la información recibida en un proceso de *matching* automático o manual.
7) La Autoridad Fiscal del *home country* analiza los resultados y toma las acciones ejecutivas o de cumplimiento que correspondieran.

I.4. El intercambio de información en la Unión Europea: su modalidad automática y la Directiva 2011/16/UE

A nivel comunitario, varias normas europeas han articulado el intercambio de información tributaria. La más antigua y relevante ha sido la Directiva 77/799/CEE, que ha experimentado tres recientes modificaciones a través de las Directivas del Consejo (mediante las 2003/93/CE, 2004/56/CE y 2004/106/CE), hasta su sustitución definitiva por la Directiva 2011/16/UE, de Cooperación Administrativa en materia fiscal.

Mediante la citada Directiva 77/799/CEE, los Estados miembros establecieron un sistema de intercambio de información en materia de impuestos directos sobre la renta y el capital así como sobre el IVA y los impuestos especiales sobre el alcohol y el tabaco. Si bien esta herramienta permitió iniciar un camino de cooperación en el ámbito europeo, presentaba limitaciones importantes al deber de asistencia mutua y no se ajustaba al actual estándar de intercambio de información. Básicamente, se verificaba la facultad de negarse a facilitar la información en base al principio de interés doméstico o en base al secreto bancario amparado por la legislación interna de los Estados miembros.

A fin de complementar esta Directiva europea, podemos señalar que la la posterior 2004/56/CE se diseñó para aumentar el flujo de información entre las autoridades fiscales de los Estado miembros, ya que les permitió coordinar la investigación del fraude transfronterizo en materia de impuestos directos. También la Directiva 2004/106/CE modificó el contenido de la Directiva 77/799/CEE, centrando su ámbito de aplicación en la imposición directa y en el gravamen de las primas de seguro.

Con relación al IVA, el Reglamento 1798/2003/CE, de 7 de octubre de 2003 sobre cooperación administrativa, estableció las condiciones bajo las cuales las autoridades fiscales de los Estados miembros han de cooperar en el intercambio de información sobre entregas de bienes, prestaciones de servicios y adquisiciones intracomunitarias de bienes sujetas a IVA. Asimismo, estableció las reglas y procedimientos para el intercambio de información vía electrónica.

Mediante la Directiva del Ahorro (*Savings Directive*) –Directiva 2003/48/EC[31]–, se superaron ciertas limitaciones existentes en la anterior Directiva 77/799/CEE para los intercambios de información. Esta norma logró que, en el territorio de la Unión Europea, 42 países o territorios asociados intercambien información automática sobre intereses de colocaciones en activos financieros.

Como bien señala RAJMILOVICH, la Directiva del Ahorro, en lo relativo al intercambio de información, fue complementada por la Directiva 2011/16/UE del Consejo de fecha 15/02/2011 sobre Cooperación Administrativa en el Ámbito de la Fiscalidad, cuyo efecto práctico ha sido la ampliación del alcance de dicho intercambio, pasando a comprender los ingresos de empleo, honorarios de directores, productos de seguros de vida no cubiertos por la *Savings Directive*, pensiones y la titularidad de ingresos derivados de la propiedad inmobiliaria dentro de la Unión Europea.

30 *Op. cit*. en la nota 1.

31 Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, DO L 157 de 26.6.2003, p. 38.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 9

BARZOLA explica en su ponencia que, dada la mayor movilidad de los contribuyentes y el creciente volumen de operaciones internacionales, la Unión Europea entendió necesario incrementar las relaciones de intercambio de información tributaria entre sus miembros para potenciar la lucha contra la evasión y el fraude fiscal[32].

Como fuera señalado, en este sentido, la Directiva 2011/16/UE[33] ha venido a reemplazar a su antecesora, con el fin de implementar el estándar internacional de transparencia de la OCDE a nivel de la Unión Europea. De este modo, la Directiva, entre otras cuestiones, dispone la extensión del intercambio de información para cubrir toda clase de impuestos directos, establece plazos concretos para la remisión de la información previo requerimiento y espontánea, permite la participación de funcionarios de una Administración en las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la Administración del otro Estado y dispone la utilización de formatos estandarizados para el intercambio de información entre los miembros.

Por su parte, la Directiva comentada también viene a establecer la introducción gradual de obligaciones de intercambio automático de información tributaria entre sus miembros, para un conjunto de ocho categorías de rentas (salarios, honorarios de directores, dividendos, ganancias de capital, regalías, productos de seguro de vida, pensiones y rentas de inmuebles).

Como se expresara, la implementación de esta normativa comunitaria es gradual, pues desde 2015 los Estados miembros deberán intercambiar información sobre cinco de las ocho categorías de rentas señaladas, sujeto a la disponibilidad de dicha información por parte de las autoridades competentes.

En julio de 2017, la Comisión Europea deberá elaborar un informe de evaluación en el que se exponga un panorama general y una evaluación de las estadísticas y de la información recibida sobre la implementación del intercambio automático. Ello, a fin de que el Consejo evalúe la necesidad de ampliar los requisitos de intercambio (por ej.: quitar la condición de disponibilidad de la información para la obligación de intercambio automático) y extenderlo a las demás categorías de rentas previstas en el artículo 8.

RAJMILOVICH señala que actualmente se encuentra en discusión una reforma integral de la *Directiva del Ahorro*, a efectos de incluir otros tipos de rentas o categorías de transferencias financieras (p. ej., préstamos) y ampliar la cobertura de la Directiva con el propósito de evitar vías de elusión o *loopholes* (p. ej., mediante fundaciones[34] o *trusts* discrecionales, seguros de vida con ahorro, compañías comerciales no sujetas a imposición, etc.)[35].

Estimamos que experiencias comunitarias como la señalada pueden resultar antecedentes válidos y útiles a los efectos de instrumentar sistemas similares de intercambio en el ámbito del MERCOSUR.

I.5. La Convención Multilateral para la Asistencia Administrativa Mutua del Consejo de Europa y la OCDE. Antecedentes y el Protocolo que la enmienda. La apertura de la convención a todos los países[36]

La citada Convención es un instrumento multilateral de intercambio de información, elaborado por la OCDE y el Consejo de Europa y abierto a la adhesión de los países miembros el 25 de enero de 1988. Ha entrado en vigor el 1 de abril de 1995, luego de la ratificación por parte de cinco países miembros (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Estados Unidos), tal como lo preveía su artículo 28.

En una primera etapa, esta Convención únicamente estaba abierta a la firma de países miembros de alguno de los organismos intervinientes en su elaboración.

La Convención fue actualizada y ampliada mediante el Protocolo de 2010, suscripto el 27 de mayo de 2010, y que entró en vigencia el 01/06/2011. Las referidas modificaciones permitieron que países no miem-

32 *Cfr*. Reporte de prensa 6554/11 http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st06/st06554.en11.pdf

33 Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE, DOUE L 64 de 11.3.2001, p. 1. Recuérdese que esta última, del 19 de diciembre de 1977, se refiere a la asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos indirectos y de los impuestos sobre las primas de seguros (DO L 336 de 27.12.1977, p. 15).

34 A través de la figura denominada "Agente de Pago a la Recepción" (*Payment Agent Upon Receipt*) que implica que es el fiduciario, *trustee* o administrador quien queda obligado, cuando tiene su sede de dirección en alguno de los 42 Estados o territorios obligados a la Directiva, a cumplir con el intercambio de información automático.

35 Tax Justice Network, *The UK-Swiss Agreement: doomed to fail*, 21/10/2011.

36 Es decir, no sólo de aquellos que forman parte de las organizaciones citadas.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 10

bros de ninguno de los organismos internacionales de origen puedan adherir a la Convención, en línea con el mandato del G-20 de crear un ámbito de cooperación internacional a través de instrumentos multilaterales de intercambio de información. La decisión de invitar o no a un país candidato es tomada por consenso entre los Estados partes de la Convención.

En la Cumbre del G-20 de Cannes (Francia) de noviembre de 2011, todos los países que integran este grupo participaron de la ceremonia para la firma de la convención y, en menos de dos años desde la enmienda de la misma, una gran cantidad de países se han convertido en firmantes o han declarado su intención de hacerlo[37].

El modelo de convenio multilateral de la OCDE no prevé un acuerdo multilateral en el sentido tradicional, ya que otorga las bases para una serie integrada de tratados bilaterales, a efectos de que una parte de los mismos pueda sólo encontrarse obligada por el acuerdo con los Estados específicos con los cuales desee acordar. Quizás, debido a la novedad de este acercamiento multilateral, el modelo había sido utilizado, hasta el momento sólo en su modalidad bilateral. No obstante, la OCDE ha desarrollado un protocolo para facilitar la instrumentación de la modalidad multilateral[38].

II. EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO EN LA ARGENTINA BASADO EN CLÁUSULAS DE ASISTENCIA MUTUA EN CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN (CDI)

II.1. Introducción

Las referidas cláusulas de asistencia mutua en los Convenios para Evitar la Doble Imposición constituyen la forma que, durante mucho tiempo, ha prevalecido para el intercambio de informaciones[39].

El ejemplo paradigmático de cláusula de asistencia mutua es el artículo 26 del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), para evitar la doble tributación de la renta y el patrimonio que, en su primera versión de 1963, ya consagró esta forma de cooperación internacional consistente en el intercambio de información entre Estados Contratantes.

El intercambio de información fue estudiado también por el Grupo de Expertos en Acuerdos Fiscales entre Países Desarrollados y Países en Desarrollo, creado por la Resolución 1273 (XLIII) del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En las directrices que fueran publicadas por ese grupo en 1975 se recomendó ampliar el alcance del artículo referido al intercambio de información contenido en el mencionado Modelo de la OCDE de 1963. A su vez, la Comunidad Andina de Naciones también elaboró[40] un modelo de Convenio para evitar la doble tributación entre los Países Miembros y un Convenio Tipo para la celebración de acuerdos sobre doble tributación entre los Países Miembros y otros Estados ajenos a la Subregión.

Dentro de las propias Administraciones Tributarias se alude a una de las desventajas de este tipo de acuerdos para el intercambio de información, y es que los mismos se encuentran orientados principalmente a evitar la doble imposición internacional, por lo que el intercambio es susceptible de quedar en un segundo plano.

En cuanto a la evolución del citado art. 26, se ha señalado que la primera versión del Modelo OCDE (1963) contenía algunas restricciones; por ejemplo, estaba limitada solamente a los impuestos enumerados en el art. 2 (sobre la renta y el capital) y a los procesos de determinación y recaudación. En tanto, la segunda versión del Modelo OCDE (1977) incluyó en el proceso de recaudación también las etapas administrativa y judicial; asimismo, liberó de la obligación de mantener resguardada la información en caso de ser revelada ante un tribunal judicial. Recién la versión del Modelo del año 2000 introdujo un cambio sustancial, al ampliar el ámbito de aplicación del intercambio de información a cualquier impuesto que recauden los Estados, respecto de cualquier nivel de gobierno, ya sea nacional o local. A su vez, la versión publicada en 2005 introdujo dos párrafos con cam-

37 *Cfr. Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*; obtenido en portal *Web* de la OCDE (la traducción es propia); disponible en: www.oecd.org/ctp/eoi/mutual.

38 *Idem*.

39 Existen modelos de convenios internacionales con cláusulas que prevén la cooperación y asistencia mutua entre los Estados contratantes y los acuerdos entre los países, generalmente, toman como base a esos modelos. A su vez, existen comentarios a estos modelos, que son elaborados y publicados por dependencias de las mismas organizaciones, y que resultan de interés a los efectos interpretativos de las normas en cuestión.

40 Originariamente, por medio de la Decisión 40 de 1971. La Decisión 578 de 2004, sustituyó a la anterior e incorporó una fórmula amplia de intercambio de información que autoriza la realización de auditorías simultaneas y utilizar la información obtenida para fines de control tributario.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 11

bios muy significativos. En primer lugar, se aclaró que la obligación de intercambio incluía información que no tuviera ningún interés para el país que debía proveerla[41]. Por otra parte, se afirmó que las limitaciones contenidas en el art. 26 no podrían ser utilizadas por los Estados para negarse a proporcionar información, sólo porque se encuentre en poder de bancos, instituciones financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria. Esta última reforma tuvo el claro objetivo de que los Estados no puedan escudarse en el secreto bancario –en el orden público–, para denegar un pedido de intercambio de información[42].

Algunos países miembros de la OCDE, tales como Bélgica, Luxemburgo, Austria y Suiza, han formulado reservas a esa cláusula, pero las mismas han debido ser retiradas ante la intensa presión a la que fueron sometidos, especialmente, a través de la amenaza de ser incluidos en la "lista negra" de países de ese mismo organismo.

Autores como BARZOLA han explicado que, como producto de la referida evolución, la redacción actual del artículo 26 (intercambio de información) del Modelo OCDE presenta, a grandes rasgos, las siguientes características:

- Prevé la obligación de intercambiar la información que sea "previsiblemente relevante" para la correcta aplicación del convenio o para la aplicación de la legislación impositiva interna de los Estados. Por otra parte, destaca el citado autor que, de acuerdo con esta norma, la información solicitada puede referirse a impuestos de cualquier naturaleza y tanto a personas residentes como a personas no residentes en ninguno de los Estados contratantes.
- Estatuye que la información suministrada conforme a las disposiciones del Convenio debe mantenerse en secreto por el Estado que la recibe, de la misma forma que la información obtenida conforme a la legislación interna de ese Estado (y sujeto a las sanciones aplicables en caso de violación del secreto en ese Estado).
- No se puede rechazar la solicitud de información con la excusa de que no es de interés del Estado requerido en términos fiscales ("principio de interés doméstico").
- No se puede rechazar la solicitud de la información al amparo del secreto bancario, aunque exista una norma interna que establezca dicha protección[43].

Tales comentarios resultan plenamente aplicables a la última versión del citado artículo 26, que incorporó, a su vez, la posibilidad de que las autoridades competentes usen la información recibida para otras finalidades no tributarias, sólo si dicho uso está permitido bajo las leyes de ambos Estados y la autoridad competente del Estado que suministra los datos ha autorizado esa utilización[44]. También, la última actualización permite expresamente requerimientos respecto de grupos de contribuyentes, sin necesidad de nombrarlos a cada uno, en tanto la solicitud no sea una de las denominadas "expediciones de pesca"[45].

El Modelo ONU ha recogido en gran medida los avances introducidos en el Modelo OCDE y, si bien en un momento existían diferencias sustanciales entre ambos en materia de intercambio de información[46], la nueva versión del citado art. 26 del Modelo ONU ha incorporado los estándares desarrollados por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE, los que fueran incluidos en el Modelo y sus Comentarios[47].

---

41 En las versiones anteriores del Modelo OCDE, esto surgía de interpretar los párrafos 14 a 16 de los comentarios al Modelo OCDE.

42 *Cfr*. VERSTRAETEN, Axel A.; "Los acuerdos sobre intercambio de información como instrumentos de política fiscal"; Periódico Económico Tributario de fecha 01/03/2010, pp. 4 y ss.

43 *Cfr*. BARZOLA, Juan P.; "Intercambio internacional de información tributaria – la experiencia argentina"; Compilado del 2° Encuentro Tributario Regional Latinoamericano IFA 2010, Buenos Aires, 7 al 9 de abril de 2010.

44 *Cfr*. '*Update to the article 26 of the OECD Model Tax Convention and its commentary*'; Documento aprobado por la OCDE el 17/07/2012; obtenido en pág. Web: http://www.oecd.org/ctp/exchangeofinformation/120718_Article%2026-ENG_no%20cover%20%282%29.pdf.

45 *Cfr*. '*Tax: OECD updates OECD Model Tax Convention to extend information requests to groups*'; 18/07/2012; obtenido en pág. Web: http://www.oecd.org/ctp/taxoecdupdatesoecdmodeltaxconventiontoextendinformationrequeststogroups.htm.

46 Para una descripción completa de tales diferencias *vid*.: García Prats, Francisco Alfredo, "El intercambio de información en el modelo de convenio de las naciones unidas. el artículo 26"; *United Nations Public Administration Network*; obtenido en portal *Web*: *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN002459.pdf* .

47 Ello fue acordado en la Cuarta Sesión Anual del Comité de Expertos en Cooperación Internacional sobre Cuestiones de Tributación, llevada a cabo en octubre de 2008. La versión publicada del Modelo ONU (2011) puede consultarse en http://www.un.org/esa/ffd/documents/UN_Model_2011_Update.pdf. Asimismo, los comentarios revisados al art. 26 pueden leerse en: http://www.un.org/esa/ffd/tax/Article%2026_Exchange%20of%20Information%20_revised_.pdf.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 12

II.2. Alcance de la información que puede ser intercambiada según los distintos convenios vigentes con nuestro país, los que adoptan diferentes versiones del Modelo OCDE

La Argentina tiene celebrados convenios con diversos países para evitar la doble imposición internacional, de acuerdo con el cuadro que a continuación se acompaña, en donde se detallan aquellos vigentes actualmente:

País signatario	Número de Ley aplicable
Alemania	22.025[48]
	25.332[49]
Australia	25.238[50]
Bélgica	24.850[51]
Bolivia	21.780[52]
Brasil	22.675[53]
Canadá	24.398[54]
Dinamarca	24.838[55]
Finlandia	24.654[56]
Francia	22.357[57]
Italia	22.747[58]
	25.396[59]
Países Bajos	24.933[60]
Noruega	25.461[61]
Reino Unido	24.727[62]
Suecia	24.795[63]
Rusia	26.185[64]

Fuente: AFIP[65].

Algunos de los convenios que, hasta hace poco, tenían vigencia en nuestro país, han sido dejados sin efecto por decisión de las autoridades gubernamentales[66], hecho que MONTIEL señala –en el trabajo presen-

48 B.O. 23/07/1979.
49 B.O. 14/11/2000.
50 B.O. 31/12/1999.
51 B.O. 22/07/1997.
52 B.O. 25/04/1978.
53 B.O. 17/11/1982.
54 B.O. 29/04/1993.
55 B.O. 24/07/1997.
56 B.O. 10/07/1996.
57 B.O. 30/12/1980.
58 B.O. 24/02/1983
59 B.O. 15/01/2001.
60 B.O. 15/01/1998.
61 B.O. 13/09/2001.
62 B.O. 4/12/1996.
63 B.O. 31/12/1999.
64 B.O. 3/01/2007.
65 Obtenido en portal Web: http://biblioteca.afip.gov.ar/gateway.dll/Otras%20Publicaciones/Cuadroslegs/doble_imposicion%5Cconvenios_doble_imposicion.htm.
66 El contexto en el cual la Argentina ha denunciado los referidos CDI es conocido. En el año 2011 fue creada una Comisión tripartita, conformada por funcionarios del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y de la AFIP, cuyo objetivo es revisar los CDI firmados por la Argentina (cfr. Resolución Conjunta del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y del Ministerio Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto 56-80/2011, por la cual se crea la "Comisión Evaluadora y Revisora de Convenios para evitar la doble imposición").

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 13

tado para estas Jornadas– como uno de los "sucesos relevantes" a nivel local en la materia, apreciación que compartimos. En este sentido, han sido denunciados los convenios firmados con la República de Austria[67], Suiza[68] (convenio que no poseía cláusula de intercambio de información), Chile[69] y España[70]. Hace algún tiempo se están negociando nuevos instrumentos internacionales con algunos de dichos países. Se ha arribado a buen puerto con España, en cuyo texto se ha adoptado la fórmula más amplia y abarcativa actual de la OCDE (no obstante, falta la aprobación parlamentaria de ambos países). Respecto del convenio que se está negociando con Suiza (por lo menos, al momento de elaborar el presente relato) en artículos periodísticos se ha dicho que, en una primera etapa, el acuerdo no contemplará un intercambio "automático", ya que la Constitución suiza no lo permite. Pero se espera que, con el correr del tiempo, se pueda llegar a ese mecanismo más aceitado. Mientras tanto, el intercambio será a requerimiento[71].

Por su parte, el convenio con Rusia, hace poco tiempo que se encuentra vigente[72], ya que si bien el Congreso argentino había aprobado la ley pertinente en el año 2007, recién en 2012 se ha realizado el intercambio de notas previsto en el art. 28 para su entrada en vigor[73].

BARZOLA explica que, al analizar la estructura y conformación de los CDI suscriptos por la Argentina, se identifican en ellos distintas líneas de negociación que responden, esencialmente, a los diferentes principios jurisdiccionales que regían en el momento de su celebración en materia de impuestos directos. Así, señala, los convenios más antiguos se basan en el modelo del Pacto Andino (hoy, Comunidad Andina de Naciones) mientras que los más recientes (y más numerosos) se basan en el Modelo de convenio de las Naciones Unidas y, en menor medida, en el Modelo de convenio de la OCDE (que es similar al convenio de la ONU)[74].

En este orden de ideas, se ha puesto de resalto un problema que se da en varias cláusulas de intercambio de información contenidas en los CDI vigentes en nuestro país. Se señala al respecto que prevalecen las cláusulas de la versión del Modelo de la OCDE de 1977 (similares a las del modelo ONU) y que se agravan, en algunos casos, las limitaciones más relevantes, a saber: a) el intercambio de información y la utilización de la misma sólo alcanza a los impuestos cubiertos por el convenio; b) se restringe el objetivo del intercambio a la aplicación de las disposiciones del CDI, c) en la gran mayoría, se mantiene la exigencia de reciprocidad, tanto de hecho como legal[75].

---

67 Mediante publicación efectuada en el B.O. del 22/07/2008, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto comunicó la denuncia del mencionado convenio, efectuada por el gobierno de la República Argentina mediante nota del 26/06/2008. A partir del 01/01/2009, dejó de tener vigencia dicho Convenio, de acuerdo con lo expresado en la Nota Externa AFIP Nº 6/2008 (B.O. 28/08/2008).

68 Por Nota Argentina del 16/1/2012 se produjo la terminación de la aplicación provisional de los Protocolos relacionados con el Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para evitar la Doble imposición en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio, a saber:

- el Protocolo de Enmienda firmado el 23/4/1997
- el Protocolo Adicional firmado el 23/11/2000
- el Protocolo de Enmienda firmado el 7/8/2006.

Cabe recordar que el Protocolo Adicional firmado el 23/11/2000 disponía la aplicación provisoria del Tratado.

69 La notificación de la denuncia fue efectuada el 29/06/2012 y publicada en el B.O. el 16/07/2012.

70 El 29/06/2012, el Gobierno de la República Argentina envió una nota a su par de España, notificando su voluntad de denunciar dicho CDI. La denuncia fue dada a conocer mediante su publicación en el B.O del 13/07/2012.

71 "Habrá una cláusula por la cual, apenas lo permitan los estándares suizos, el intercambio será automático", precisó un funcionario *off the record* (KANENGUISER, Martín; "Avanza un acuerdo de intercambio de información tributaria con Suiza", 20/10/13; obtenido en sitio Web: http://www.lanacion.com.ar/1630737-avanza-un-acuerdo-de-intercambio-de-informacion-tributaria-con-suiza).

72 Desde el 16/10/2012.

73 FIGUEROA ha sostenido que dicho convenio "…encuadra en el esquema de las negociaciones que se llevaron a cabo durante la segunda mitad de la década de los noventa y responde a una concepción que, con base en el modelo de las Naciones Unidas (MONU), preserva al máximo posible la potestad tributaria del país fuente de la renta, evidenciando que Argentina, más allá de opiniones no muy informadas, no adopta el modelo OCDE (MOCDE) en sus negociaciones" (*cfr*. FIGUEROA, Antonio H.; "Análisis de la Ley 26.185: Convenio para evitar la doble imposición con la Federación de Rusia"; Rev. Impuestos 2007-15 (agosto), pp. 1437 y ss.

74 *Cfr*. BARZOLA, Juan P.; *op. cit*. en la nota 2. En dicho trabajo puede encontrarse un completo cuadro donde se realiza un análisis comparativo de las disposiciones sobre intercambio de información previstas en los distintos CDI suscriptos por Argentina que se encuentran en vigor.

75 *Cfr*. PITA, Claudino; "Intercambio de informaciones entre Administraciones Tributarias"; en AA.VV. *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional. Homenaje latinoamericano a Víctor Uckmar.* Coordinadores: Pasquale PISTONE y Heleno TAVEIRA TÔRRES; Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma; Buenos Aires, 2005, p. 757.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 14

Por su parte, en el trabajo presentado por BARZOLA para estas Jornadas se explica que, la existencia de un CDI con cláusula de intercambio de información que se ajuste al estándar internacional, por lo general, resulta suficiente para poder intercambiar información de manera automática. Ello es así, "…toda vez que el convenio dispone la facultad/obligación de intercambiar información que resulte previsiblemente relevante para el control de las obligaciones impositivas, pero no hace referencia a ninguna modalidad específica de intercambio de información". Así, agrega, que "…si bien la obligación de un Estado de intercambiar información parece referirse sólo a los casos en que esta sea requerida por el otro Estado (cfr. párrafo 4 del artículo 26 del Modelo OCDE), cierto es que la redacción utilizada lleva a concluir que existe un imperativo en toda forma de intercambio, sólo limitado por el carácter recíproco de la relación bilateral ('Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente…', cfr. párrafo 1 del Artículo 26 del Modelo OCDE)"[76].

No obstante, el referido panelista nos cuenta que "…muchos países consideran que para la correcta implementación de la modalidad de intercambio automático de información, es necesario suscribir algún instrumento adicional al convenio, ya sea bajo la forma de un acuerdo ejecutivo o un memorando de entendimiento entre las autoridades competentes". Ello es así, pues resulta necesario "…definir expresamente de manera anticipada, qué tipo de información intercambiarán de manera automática (tipos de rentas, pagos, información sobre residencia, etc.), con qué periodicidad se enviará la información y en qué formatos, entre otras cuestiones". De este modo, agrega, "…la suscripción de un instrumento complementario brinda un marco de mayor previsibilidad y compromiso a la relación bilateral de cooperación, que se caracteriza por un fuerte componente de reciprocidad".

En ese sentido, se observa que el Consejo de la OCDE adoptó la Recomendación del 22 de marzo de 2001 [C(2001)28/FINAL] para utilizar el Modelo de Memorando de Entendimiento sobre Intercambio Automático de Información para fines Tributarios[77]. Este modelo de memorando fue diseñado para ser utilizado por aquellos países que deseen fijar las condiciones para implementar el intercambio automático de información tributaria, sobre la base de un CDI o de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE–Consejo de Europa.

Dicho modelo estipula que las autoridades competentes deberán definir, de común acuerdo, qué categorías de información se proveerán de manera automática. Se propone la inclusión de las siguientes: cambios de residencia de un Estado a otro; rentas obtenidas de bienes inmuebles; dividendos; intereses; regalías; ganancias de capital; salarios, sueldos y otras remuneraciones similares respecto de un empleo; honorarios de directores y otros pagos similares; rentas derivadas de la actividad de artistas y deportistas; pensiones o jubilaciones; otras rentas; información relativa a impuestos indirectos (IVA); comisiones a intermediarios.

También se ha propuesto que la información sea proporcionada bajo el Formato Magnético Estándar de la OCDE (aprobado por Recomendación del Consejo C(97)30/FINAL), incluyendo dentro de lo posible, los Códigos de Identificación Tributaria en el país fuente y de residencia de los beneficiarios de las rentas que sean no-residentes, así como toda otra información que permita identificar de manera correcta a la persona a quien se refiere.

Finalmente, el modelo de memorando propone que la información sea remitida por las autoridades competentes al menos una vez al año y, si se refiere a un determinado período fiscal, inmediatamente luego de finalizado dicho ejercicio.

Coincidimos con FERREYRA en cuanto a que los acuerdos que se instrumenten sobre el procedimiento a aplicar no podrían modificar el alcance del tratado originario. Es decir, el acuerdo complementario quedaría limitado en razón del ámbito personal y material fijado por el propio convenio que lo habilita y, si el convenio establece que la información a intercambiar es solamente aquella necesaria para la aplicación del CDI (e.g., CDI firmado con Alemania) o para la aplicación de la legislación interna en general o impuestos en particular, estas cuestiones no podrían ser modificadas por el instrumento que regule el procedimiento aplicable. Lo mismo ocurriría si el convenio habilita solo el intercambio de información referida a residentes (como lo determinan los CDI con Alemania, Brasil, Gran Bretaña). En este supuesto, el acuerdo complementario no podría darle una aplicación más abarcativa que alcance a sujetos no residentes.

---

76 Ver al respecto el párrafo 9 de los Cometarios al artículo 26 del Modelo OCDE, p. 414, y *Automatic Exchange of Information - What it is, how it works, benefits, what remains to be done*. OECD 2012, p. 13.

77 Ver en: http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 15

II.3. Las consecuencias prácticas de la aplicación de los CDI en la Argentina y las pautas para su interpretación

Explica BARZOLA en su ponencia que, a partir de su incorporación al Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en 2009, nuestro país ha utilizado y promovido la utilización del intercambio internacional de información tributaria como herramienta para la lucha contra la evasión, en todas sus modalidades y en virtud de todos los instrumentos disponibles: CDI, acuerdos específicos de intercambio de información suscriptos por AFIP y, más recientemente, la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE-CE.

Si bien muchos de los CDI tienen ya varias décadas de aplicación, y en consecuencia la gran mayoría no cuentan con la redacción actualizada del artículo 26 de los modelos internacionales, el panelista señala que "…tanto nuestro país como la respectiva contraparte han aplicado e interpretado la cláusula de intercambio de información en conformidad con el estándar internacional"[78]. Esta también ha sido, según agrega, la interpretación efectuada por la Administración argentina de las cláusulas de intercambio de información contenidas en sus CDI, aun cuando no contienen expresamente la redacción actual del artículo 26 de los Modelos internacionales[79]. Ello es así, toda vez que nuestro país nunca ha tenido una interpretación restrictiva del deber de cooperación a través del intercambio de información tributaria, aunque siempre respetando los derechos y garantías de los contribuyentes que no impidan un efectivo intercambio de información.

Una de las derivaciones de dicha interpretación es, según explica BARZOLA, "…la posibilidad de intercambiar información en todas sus modalidades, incluido el intercambio automático de información tributaria"[80]. En efecto, nuestro país recibe y envía de forma automática información disponible de carácter fiscal a varias de sus contrapartes de los CDI[81]. Ello, sobre la base de la reciprocidad y aún sin un instrumento complementario que estipule formalidades especiales, en el entendimiento que la base legal del propio convenio internacional así lo permite.

II.4. La situación con los países cuyos CDI han sido denunciados por nuestro país (v.gr., los otrora vigentes con Chile o España) y la (no) subsistencia de los Acuerdos de Cooperación Internacional/TIEA (*Tax Information Exchange Agreements*) oportunamente celebrados

El intercambio de información sólo es posible jurídicamente si existe algún instrumento –generalmente, internacional– vigente que lo habilite. Los casos de España y Chile son particulares, pues al momento de la suscripción de los respectivos acuerdos de intercambio de información existían con ambos países CDI vigentes que, en mayor o menor medida, preveían el intercambio de información tributaria.

Por otra parte, tales acuerdos de intercambio de información fueron negociados y suscriptos por las Administraciones Tributarias, es decir, entre la AFIP con el Servicio de Impuestos Internos de Chile y entre la AFIP con la Agencia Estatal de Administración Tributaria de España. En ambos casos, los acuerdos de intercambio de información suscriptos constituyen instrumentos independientes que no hacen referencia a un marco general brindado por un convenio tributario vigente, es decir, no disponen en su articulado ni en su preámbulo ni en ningún otro contexto que su vigencia esté supeditada a la vigencia y el ámbito de aplicación de un CDI.

---

78 Recuérdese que los Comentarios al artículo 26 del Modelo OCDE (recogidos también en los Comentarios al Modelo ONU), señalan que muchos de los cambios que se hicieron en 2005 al artículo no trataron de alterar su naturaleza, sino más bien de despejar dudas sobre su verdadera interpretación. Por ejemplo, aclaran que el nuevo apartado 4 se añadió para incorporar al artículo la común interpretación expresada en los Comentarios con anterioridad al "2005 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE" (párrafos 4.1 y 19.6 de los Comentarios al Artículo 26, p. 411 y 422. *OECD PUBLICATIONS*, París, 2010). Asimismo, señalan que el nuevo apartado 5 significó un cambio en la estructura del art. 26, pero no debe interpretarse que la versión anterior del art. 26 no permitía el intercambio de este tipo de información, pues la inmensa mayoría de los Estados miembros de la OCDE ya lo aplicaban de esa manera y el añadido del apartado 5 simplemente vino a reflejar lo que era una práctica habitual ("Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE", párrafo 19.10 de los Comentarios al Artículo 26, p. 423. *OECD PUBLICATIONS*, París, 2010).

79 *Peer Review Report – Combined Phase 1 + Phase 2, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, párrafos 207 y 216. http://dx.doi.org/10.1787/9789264181946-en

80 En el mismo sentido se refiere FERREYRA en el trabajo también presentado para estas Jornadas.

81 *Peer Review Report – Combined Phase 1 + Phase 2, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, párrafo 204.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 16

El caso es aún más evidente para el acuerdo de intercambio de información tributaria suscripto con la República de Chile, pues en su artículo 2 se dispone el intercambio de información respecto de tributos que no están comprendidos en el CDI otrora vigente, como, por ejemplo, el IVA, el Impuesto sobre los Combustibles Líquidos y el Gas Natural o los Impuestos Internos, en la Argentina, o el Impuesto al Tabaco y el Impuesto a los Combustibles, en Chile.

Por tal razón, desde nuestra Administración Tributaria siempre se interpretó que los referidos acuerdos internacionales mantenían su vigencia y efectos aún después del cese de aplicación de los respectivos CDI, a causa de su denuncia por parte de Argentina. Ello, principalmente porque no se han cumplido los pasos requeridos para su denuncia y cese de aplicación en los propios acuerdos (artículo 10 en el caso de Chile; y artículo 9° en el caso de España).

Esta interpretación, sin embargo, no ha sido compartida por las contrapartes de estos acuerdos, que han entendido que dichos instrumentos son complementarios a los CDI y, en cierta forma, su vigencia depende de la aplicación de dichos convenios[82]. El principal escollo esgrimido es la falta de aprobación parlamentaria de los acuerdos interadministrativos de intercambio de información y, al denunciarse el respectivo convenio tributario vigente, quedarían sin sustento legal para continuar implementando el intercambio de información tributaria.

En consecuencia, dado el carácter recíproco de las obligaciones que emanan de un acuerdo internacional, puede concluirse que en la actualidad no existe posibilidad de intercambiar información tributaria sobre la base de los convenios para evitar la doble imposición suscriptos con Chile o con España, a partir del cese de sus efectos ocurrido en ambos casos el 1°/01/2013. En la misma línea, tampoco pueden utilizarse para tales fines los acuerdos interadministrativos suscriptos por las administraciones fiscales de tales países y que cesaron de aplicarse al momento de la caducidad de los CDI, según los argumentos arriba esgrimidos.

En las directivas de estas Jornadas también nos preguntamos si la suscripción del Acuerdo Multilateral de la OCDE es susceptible de "reactivar" el intercambio tributario, aun sin un CDI vigente. No creemos que la firma de la Convención Multilateral de la OCDE (luego comentaremos su relevancia) por parte de España y la Argentina revierta dicha situación, por lo menos, hasta la puesta en vigencia de un nuevo CDI con la República Argentina (cuya aprobación parlamentaria aún se encuentra pendiente). Ello así, toda vez que, como veremos, se trata de un instrumento que sienta las bases para el intercambio con un importante conjunto de países, pero su implementación no resulta instantánea, y requiere de decisiones políticas posteriores de parte de las Administraciones que lo suscriban.

III. EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO EN LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA *(TAX INFORMATION EXCHANGE AGREEMENTS – TIEA)* CELEBRADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA

III.1. Los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria celebrados por nuestro país. Palabras preliminares

Según la página web de la AFIP, se han celebrado los siguientes acuerdos en materia impositiva con agencias tributarias, países y jurisdicciones[83] –sin contar la Convención Multilateral de la OCDE–: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria Perú[84], la Secretaría de la *Receita Federal* del Brasil[85], el Servicio de Impuestos Internos de Chile[86], el Principado de Mónaco[87], la *Guardia Di Finanza* de Italia[88], el Servicio de Rentas Internas de Ecuador[89], el Gobierno de la República Popular China[90], el Principado de Andorra[91], el

82 Las posturas de Chile y España fueron reflejadas en las conclusiones del equipo de evaluación del Reporte del PRG referido a la Argentina, en sus párrafos 5, 34, 191, 198 y 245.

83 Ver actualización constante en sitio Web: http://www.afip.gov.ar/institucional/acuerdos.asp.

84 Firmado el 7/10/2004, Acta Acuerdo 14/04 (AFIP). En vigor desde el 8/10/2004.

85 Firmado el 21/04/2005. En vigor desde el 22/04/2005.

86 Firmado el 24/10/2006, Acta Acuerdo 10/06 (AFIP). En vigor desde el 25/10/2006.

87 Acuerdo firmado el 13/10/2009. En vigor desde el 8/08/2010.

88 Firmado el 15/10/2010, Memorando de Entendimiento 4/2010 (AFIP). En vigor desde el 15/10/2010.

89 Suscripto el 23/05/2011, Acuerdo 3/2011 (AFIP). En vigor desde el 24/05/2011.

90 Firmado el 13/12/2010. En vigor desde el 16/09/2011.

91 Acuerdo firmado el 26/10/2009, aprobado por Ley 26.750 (B.O. 7/06/2012) y en vigor desde el 15/06/2012.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 17

Gobierno de la República de Costa Rica[92], el Commonwealth de las Bahamas[93], los Estados de Guernesey[94] y Jersey[95], la República de San Marino[96], Bermudas[97], India[98], Islas Caimán[99], Azerbaiyán[100], Isla de Man[101] y la República Oriental del Uruguay[102]. Por su parte, también se informa en el sitio web del referido organismo, que algunos convenios se encuentran "en etapa de finalización de los procedimientos requeridos por la legislación respectiva"; se trata de los celebrados con Macedonia[103] y Sudáfrica[104].

Un aspecto que ha sido debatido en nuestro país es si estos acuerdos debieran ser celebrados por los gobiernos o si sus Administraciones Tributarias pueden hacerlo por ellas mismas. La tendencia más moderna es que sea entre Administraciones Tributarias, para dar más celeridad y ahorrar trámites burocráticos. Ese es el espíritu que llevó al Poder Ejecutivo de nuestro país a proponer, dentro de una reforma legal de la Ley 11.683 de Procedimiento Tributario (t.o. 1998 y modif.)[105], la inclusión de una cláusula que habilita la celebración de esos tratados por parte de la AFIP, conforme surge del Mensaje de Elevación de la Ley que luego fuera aprobada bajo el número 25.795, denominada "Ley Antievasión I"[106].

Luego de la aprobación del proyecto de ley citado, en nuestro país la AFIP ha reafirmado y profundizado la celebración de este tipo de convenios sin necesidad, en muchos casos, de que sean tratados por el Honorable Congreso de la Nación (como sí debe ocurrir, en cambio, con los CDI). La aludida delegación legislativa[107] se encuentra contenida en el artículo 101 de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.), que en su parte pertinente dispone que el secreto fiscal no regirá para:

> "… d) … los casos de remisión de información al exterior en el marco de los Acuerdos de Cooperación Internacional celebrados por la Administración Federal de Ingresos Públicos con otras Administraciones Tributarias del exterior …".

El precepto establece una serie de condiciones a las que debería comprometerse la otra administración cocontratante, a efectos de que resulte viable la celebración de tales acuerdos. La ley preceptúa que la otra Administración debe comprometerse a:

1. "tratar la información suministrada como secreta, en iguales condiciones que la información obtenida sobre la base de su legislación interna;
2. entregar la información suministrada solamente a personas o autoridades (incluso a tribunales y órganos administrativos), encargados de la gestión o recaudación de tributos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos o, la resolución de los recursos con relación a los mismos; y

92 Acuerdo firmado el 23/11/2009, aprobado por Ley 26.747 (B.O. 7/06/2012) y en vigor desde el 12/07/2012.

93 Firmado el 3/12/2009, aprobado por Ley 26.748 (B.O. 7/06/2012) y en vigor desde el 27/07/2012 (*cfr*. B.O. 24/08/2012, p. 52).

94 Firmado el 28/07/2011. En vigor desde el 4/01/2012.

95 Firmado el 28/07/2011. En vigor desde el 9/12/2011.

96 Firmado el 7/12/2009, aprobado por Ley 26.749 (B.O. 7/06/2012), y en vigor desde el 16/06/2012.

97 Firmado el 22/08/2011. En vigor desde el 14/10/2011.

98 A la fecha de culminación de este trabajo, no se han publicado aún datos respecto de la vigencia del acuerdo en el sitio *Web* del organismo recaudador. El mismo fue firmado por las partes el 21/11/2011.

99 Firmado en Gran Caimán el 13/10/2011 y, en Buenos Aires, el 18/10/2011. En vigor desde el 31/08/2012 (cfr. Boletín Oficial del 12/09/2012).

100 *Cfr*. Gacetilla 3440 de la AFIP del 19/12/2012. Firmado el 17/12/2012.

101 Firmado el 14/12/2012.

102 Firmado en la Ciudad de Colonia (Uruguay) el 23/04/2012. Aprobado en nuestro país mediante Ley 26.758 (B.O. 22/08/2012) y en Uruguay, en la sesión de la Cámara de Representantes del Parlamento de fecha 19/12/2012.

103 Firmado el 26/04/2013.

104 Firmado el 2/08/2013.

105 *Cfr*. Inciso d) incorporado por art. 1°, punto XXV de dicha ley.

106 El proyecto contaba con un importante antecedente que ya motorizaba el intercambio por medio del ente recaudador: la Resolución 336/2003 del entonces Ministerio de Economía y Producción autorizó a la AFIP a intervenir en forma directa en la tramitación de intercambio de información con otras administraciones pertenecientes a países signatarios de CDI con la República Argentina. Más allá de la polémica respecto de la supuesta habilitación del organismo para intercambiar datos de los administrados con otros países sin una base legal, en virtud de las referidas facultades es que fueron celebrados los acuerdos específicos de intercambio de información en materia tributaria con España, Chile, Perú y Brasil.

107 Introducida por la mencionada Ley 25.795.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 18

3. utilizar las informaciones suministradas solamente para los fines indicados en los apartados anteriores, pudiendo revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales".

III.2. Análisis sobre la legalidad y/o conveniencia de la delegación legislativa del art. 101, inciso d) de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.)

Sobre el particular, en las Directivas de este Tema 1 nos planteamos, más allá de la tendencia mundial a favor de que sean las autoridades tributarias quienes celebren tales acuerdos, si resulta razonable y jurídicamente aceptable que el intercambio de datos fiscales –inclusive, con carácter masivo, en el caso del intercambio automático– pueda concretarse sin que esta decisión tenga su oportunidad de debate en la correspondiente instancia legislativa.

En esa inteligencia, nos interrogamos si resulta sostenible la idea de que tales acuerdos son de naturaleza interadministrativa y, en cuanto tales, pueden escapar a las disposiciones constitucionales aplicables a la aprobación de tratados internacionales, particularmente a la regla general del art. 75, inc. 22 del texto constitucional. Cabe interrogarse al respecto: ¿es conciliable la idea de un mero acuerdo interadministrativo, cuando su objeto es la obtención de datos para la aplicación y cobro de tributos a los contribuyentes sujetos a la jurisdicción fiscal argentina?

Esta cuestión ha sido ampliamente desarrollada por FERREYRA, quien, a tales efectos, explica las diferencias que parte de la doctrina encuentra entre los "tratados formales y solemnes", que responden al diseño constitucional antes mencionado, y los "acuerdos ejecutivos" o "acuerdos en forma simplificada", a los que se hace alusión para justificar constitucionalmente la no intervención del Congreso. Asimismo, explica las distintas posturas respecto de este tipo de acuerdos, que podrían sintetizarse de la siguiente forma:

1) Una de ellas considera que estos acuerdos son el resultado de una mutación constitucional, basada en una costumbre aceptada inclusive por los demás poderes del Estado (Legislativo y Judicial). Según esta doctrina, poco importa que el Congreso apruebe o no estos tratados, ya que desde el punto de vista del Derecho Internacional, el Estado quedó obligado desde la firma y desde el punto de vista interno tiene capacidad y medios suficientes para cumplir y hacer cumplir lo concertado con otro país[108]. Por ello, en la medida en que los tratados ejecutivos no afecten el ámbito de libertad de los individuos y sus derechos fundamentales, deben considerarse legales[109].
2) La otra posición sostiene que se trata de un tipo especial de acuerdo, previsto en el artículo 95, inciso 11 de la Constitución Nacional, de competencia del Poder Ejecutivo como responsable del manejo de las relaciones exteriores[110]. Sin embargo, en ese caso, la facultad de firmar acuerdos ejecutivos no podría ser ilimitada. El Poder Ejecutivo estaría habilitado a firmar un acuerdo ejecutivo cuando se trate de: (a) competencia constitucional propia (en función del principio de división de poderes) o (b) porque le ha sido dada esa habilitación por el Congreso[111] Incluso aquellos autores que cuestionan la validez constitucional de los acuerdos ejecutivos han entendido que resultaría difícil su impugnación, mientras se enmarquen dentro de las atribuciones propias del Poder Ejecutivo o exista una previa delegación por parte del Congreso[112]. Claro está, en este último supuesto, deberá cumplirse con los recaudos del art. 76 de la Constitución Nacional.

En razón de lo expuesto, sin perjuicio de la necesidad de fluidez en las relaciones interestatales y de la aceptación de instrumentos similares en el ámbito del Derecho Internacional, coincidimos con FERREYRA en cuanto a que sería deseable que tales instrumentos, en virtud de los cuales se pueden ver menoscabados de-

108 SEVE DE GASTÓN, Alberto; *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, 1970, p. 77.

109 Idem, pp. 80-81.

110 BIANCHI, Alberto; "Status Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la Reforma Constitucional", La Ley 1999-A. 1997.

111 *Idem*. Al respecto, FERREYRA explica en su ponencia:
"[S]i bien en el orden internacional podría argumentarse que el Poder Ejecutivo está menos sujeto al Congreso, ello no significa que le permita derogar una ley previa. De lo contrario se permitiría que en el orden internacional que pueda hacer lo que la Constitución Nacional expresamente le prohíbe en las cuestiones domésticas".

112 *Passim* VANOSSI, Jorge R.; *Régimen Constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, pp. 148-154..

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 19

rechos y garantías individuales, sean aprobados por el Poder Legislativo[113]. Máxime en virtud de lo establecido expresamente por nuestra Constitución Nacional[114].

Por su parte, en caso de aceptarse alguna de las teorías precedentes –y la legalidad de los acuerdos ejecutivos en materia de intercambio de información tributaria–, FERREYRA estima que, a efectos de evaluar la validez jurídica de tales instrumentos, debería analizarse si se avasallan libertades y derechos fundamentales o, en su caso, si se invaden facultades propias del Congreso. Para efectuarse dicho análisis, la autora propone analizar el doble rol de la Argentina en materia de intercambio automático de información:

1) Como Estado emisor: a tales efectos, estima que si bien el secreto fiscal podría resultar un escollo al intercambio, el mismo –de carácter legal– se encontraría sorteado mediante la excepción al mismo contenida en el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Tributario, norma que habilita a la AFIP a intercambiar tales datos en virtud de la suscripción de Acuerdos de Cooperación Internacional. Asimismo, se refiere a las condiciones para la procedencia de dicho intercambio, también contenidas en esta norma, a las cuales debería ajustarse el procedimiento con otras jurisdicciones.
2) Como Estado receptor: acerca de este rol de nuestro país, la autora entiende que la norma resulta insuficiente, al no existir un precepto en la LPT que autorice a la AFIP al ejercicio extraterritorial de la potestad de requerir la colaboración de los contribuyentes. Es decir, regulaciones que permitan inmiscuirse en el ámbito de intimidad de particulares en el extranjero, tal como existen en el orden interno (como, por ej., los art. 107 y 108 de la LPT, o las facultades de verificación y fiscalización de los arts. 33 y ss. de la misma ley). Tampoco existe, a criterio de FERREYRA, una norma que permita la utilización de información obtenida como consecuencia de dicha injerencia. Puesto que la información intercambiada será utilizada en la determinación de tributos y en la aplicación de sanciones, y que los principios y garantías constitucionales que aplican al ejercicio doméstico de la potestad de requerir la colaboración de los particulares también deberían ser aplicados en un ámbito extraterritorial, la panelista postula la necesidad de una norma aprobada por el Congreso que autorice la utilización de la información intercambiada, siente las bases del intercambio mediante la implementación de recaudos mínimos a cumplirse como Estado receptor y, eventualmente, delegue en el Poder Ejecutivo o en la AFIP la facultad de firmar Acuerdos de Intercambio de Información[115].

Compartimos con la autora su posición en cuanto a la necesidad de que el aludido intercambio y las condiciones de obtención de información en el Estado emisor resulten lo más minuciosamente detallados en una ley del Congreso, poder del Estado que debería aprobar, según entendemos, este tipo de instrumentos. En este sentido, si bien creemos que la obtención de datos por parte de otra Administración tributaria en violación a los principios constitucionales de nuestro país resultaría gravemente viciada –y la utilización de tales datos por la AFIP también lo estaría–, estimamos que resultaría deseable la inclusión en la LPT de una cláusula en este sentido.

---

113 Salvo que los acuerdos de intercambio de información se firmen en forma complementaria a CDI que contaron con la previa intervención del Congreso, tal cual es el caso de los firmados con Chile y España

114 En su momento, hemos planteado nuestras dudas respecto de la constitucionalidad de la delegación legislativa prevista por el art. 101 citado. A efectos de afirmar su validez jurídica podría señalarse que se trata de una materia "determinada de administración" –de conformidad con una de las excepciones a la prohibición de delegación legislativa contenidas en el art. 76 de la CN– y de haber sido establecidos determinados parámetros dentro de los cuales la misma debe ser ejercida, de acuerdo con las condiciones estatuidas por la Corte Suprema para considerar constitucional una delegación. Más allá de este análisis –cuyo resultado dependerá de quién interprete la norma–, "…no nos resulta prudente que se determine una cuestión de tal importancia como lo es el intercambio de datos fiscales –máxime cuando el mismo puede revestir, en algunos casos, carácter masivo– sin que esta decisión tenga su oportunidad de debate en la correspondiente instancia legislativa". Por lo menos, creemos que "…desde el Congreso se debería trazar un plan para el organismo respecto de la celebración de este tipo de convenios, a efectos de evaluar detenidamente la conveniencia de acordar intercambios con cada jurisdicción y las condiciones de su procedencia". (FRAGA, Diego; *Tratado de la información tributaria*; La Ley/Thomson-Reuters, 2011, pp. 474-475).

115 Del mismo modo que una norma de la ley procedimental se preocupa por resguardar el secreto fiscal de la información que la Argentina recibe como Estado receptor, sostiene FERREYRA que también deberían existir preceptos que protejan, en el Estado emisor, de manera básica por lo menos, algunos principios vigentes en nuestro ordenamiento respecto de la obtención de los datos (por ej., las relativas a la inviolabilidad del domicilio, como podría ser mediante la regulación de las formalidades que debería cumplir una orden de allanamiento en el Estado extranjero).

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 20

Sin perjuicio de lo anterior, dudamos de que prosperen eventuales impugnaciones sobre las –a criterio de FERREYRA– insuficientes facultades de utilización de los datos por parte del Estado receptor –según el texto del art. 101 de la ley ritual–, habida cuenta que podrían considerarse implícitamente contenidas en la mencionada excepción de la LPT.

III.3 El intercambio automático en los *TIEA*[116] celebrado por nuestro país y sus implicancias prácticas

Entre los Acuerdos de Intercambio de Información Específicos firmados por la Argentina, tal como señala FERREYRA, se distinguen dos tipos:

1) Aquéllos en los cuales se autoriza expresamente el intercambio automático de información: España (no vigente), Chile (no vigente), Perú, Ecuador y Azerbaiyán. Tales acuerdos tienen un alcance más amplio al establecido en los CDI previamente celebrados por la Argentina.
2) Aquéllos estructurados sobre la base del Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de la OCDE, y que no prevén el intercambio automático: por ej., Andorra, Bahamas, Bermudas, Costa Rica, Guernesey, *Guardia Di Finanza* de Italia, India, Jersey, Islas Caimán Mónaco, San Marino, Uruguay, etc.

Dentro del grupo 1), algunos acuerdos detallan algo el contenido del intercambio automático. En ese orden de ideas y, a modo de ejemplo, el acuerdo celebrado por nuestro país con la Administración peruana prevé[117] que las autoridades competentes de las Administraciones se transmitirán mutuamente información de manera habitual o automática sobre:

a) Operaciones y/o rentas gravadas, no gravadas o exentas realizadas u obtenidas en el territorio de los Estados de las Administraciones Tributarias contratantes, respecto de las personas y tributos comprendidos en el acuerdo.
b) Informaciones generales sobre ramos de actividad económica.
c) La información en materia de valor tendiente a determinar la veracidad o exactitud del mismo.
d) Cualquier otro tipo de información que se acuerde.

Una cláusula similar contenía el acuerdo celebrado con España[118] (no vigente), sólo que no se incluyó el inc. c) del artículo referido.

En cambio, en el convenio con el Servicio de Rentas Internas de Ecuador y en el firmado con Azerbaiyán[119], si bien se prevé esta clase de intercambio, se deriva su regulación y pormenores a lo que las Administraciones Tributarias acuerden, y a la forma y procedimientos que determinen las autoridades competentes[120].

El acuerdo con Chile (no vigente), por su parte, prevé que el intercambio automático recae sobre "todas las operaciones o rentas gravadas, no gravadas o exentas, obtenidas o realizadas en Chile por determinados contribuyentes de nacionalidad argentina, como también aquellas que determinados contribuyentes residentes en Chile o de nacionalidad chilena obtengan o realicen en la Argentina, respecto de los impuestos comprendidos por el acuerdo y la información objeto del intercambio prevista en dicho instrumento. También se estipula que dicho intercambio será con carácter anual, se contempla el idioma (castellano) de la información a ser transmitida y se regulan cuestiones relativas a la correcta identificación de los sujetos a los que se refieran los datos[121].

---

116 *Tax Information Exchange Agreements*.

117 *Cfr.* art. 4.2.

118 *Cfr.* art. 2.

119 Vale preguntarse respecto de las relaciones comerciales entre nuestro país con Azerbaiján, ex miembro de la Unión Soviética. La Argentina le exporta caña de azúcar, aceite y harina de soja, productos farmacéuticos, lácteos, maní, tabaco y frutas cítricas. El intercambio argentino-azerí se duplicó entre 2008 y 2011, pasando de u$s 17,8 millones en 2008 a u$s 34,6 millones. La balanza marcaba un saldo favorable para nuestro país de u$s 9,6 millones. BUCCINO, Flavio L.; "Entre lo autóctono y lo exótico: Destino Azerbaiján"; Plaza de Mayo.com ; obtenido en sitio *Web*: http://www.plazademayo.com/2012/07/entre-lo-autoctono-y-lo-exotico-destino-azerbaijan/ .

120 *Cfr.* arts. 5 y 4.3, respectivamente, de los convenios con tales países.

121 *Cfr.* art. 4.2.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 21

IV. LOS ACUERDOS RUBIK FIRMADOS POR LA CONFEDERACIÓN SUIZA VS. EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

IV.1. Características de estos acuerdos y su aplicación práctica, a la luz del secreto bancario vigente en el país helvético

RAJMILOVICH explica en su trabajo que diversos países que tradicionalmente se han ofrecido a los capitales financieros mundiales como centros financieros *off-shore* han tratado de resistir el cambio de modelo comentado en estas jornadas. Entre tales países se encuentran la mayoría de los paraísos fiscales o "*tax havens*", Austria, Luxemburgo y la Confederación Suiza.

Este último país bajo el auspicio de la Asociación de Bancos Suizos, y a efectos de contrarrestar los avances internacionales en materia de intercambio automático de información tributaria, ha diseñado un modelo de acuerdo de intercambio de información muy peculiar, denominado "Acuerdo Rubik". Como bien señala el referido panelista, esta alternativa al intercambio de datos consiste en:

Una solución para el pasado: los residentes del otro Estado Contratante pueden declarar allí las tenencias (depósitos y cuentas) o asumir el pago de una suma inicial (*one-off payment*) equivalente a un porcentaje sobre el saldos de los activos a la fecha de vigencia (efecto blanqueo). De este modo, se reproduce una estimación de la carga tributaria evadida en el origen de los fondos no declarados.

Una solución para el futuro: los residentes pueden optar por el intercambio automático de la información sobre las rentas pagadas (intereses, dividendos, precio de venta o rescate de activos financieros, etc.) o conservar el anonimato mediante la retención (*withholding tax*) de un porcentaje de tales pagos (reproduciendo la carga tributaria aproximada sobre tales ingresos en cabeza del residente).

Por otra parte, el Acuerdo Rubik le permite al otro Estado Contratante, a partir de la fecha de vigencia, dirigir una cantidad de pedidos limitados de información (del estilo de las "*fishing expedition*") sobre adiciones a las cuentas o depósitos respecto de contribuyentes designados, en cuyo caso Suiza indicaría si dicho residente tiene activos, consignando su identificación (banco/s y número/s de cuenta/s o depósitos); ello para evitar que contribuyentes residentes en dicho otro Estado Contratante sin activos en Suiza depositen nuevos activos no declarados al amparo de la solución del anonimato.

A su vez, Suiza se compromete a disponer mecanismos de *due diligence* en cabeza de los bancos y demás agentes financieros alcanzados por el Acuerdo Rubik, para investigar posibles estructuras y maniobras tendientes a evitar el efectivo intercambio de información (p. ej., a través seguros de vida "empaquetados", sociedades de objeto comercial, cuentas contabilizadas en sucursales del exterior de bancos suizos, vehículos especiales como fundaciones, *trusts* discrecionales, etc.).

Suiza ha firmado acuerdos bajo el modelo Rubik con Reino Unido y Austria (vigentes desde el 01/01/2013), y ha propuesto su celebración a muchos países, entre ellos la República Argentina. Alemania ha rechazado el Acuerdo firmado con Suiza en el Senado y, por su parte, el Presidente de la Comisión Europea y el Comisionado de la Unión Europea para la Tributación (*EU Commissioner for Taxation*) afirmaron que la Convención entre la Conferación Suiza y la Unión Europea sobre la Directiva del Ahorro (*Savings Directive*) prevalece por sobre cualquier acuerdo concluido por los Estados Miembros en materia tributaria, incluyendo los Acuerdos Rubik.

Como explica RAJMILOVICH, para algunos autores, este tipo de acuerdo constituiría una solución similar al intercambio de información[122], mientras que otros, en una vereda perfectamente opuesta, estiman que se trata de un mecanismo para garantizar la opacidad fiscal[123].

De acuerdo a algunas organizaciones (p. ej., *Tax Justice Network*) se trata de un "sabotaje" al modelo de los intercambios automáticos que se impone como tendencia internacional. Ello, bajo la promesa de transferencias de importantes recursos a favor del otro Estado (incluso la Confederación Suiza en los casos de Acuerdos en vigor ha garantizado un "pago mínimo"). Por otro lado, al mantener importantes *loopholes* en su concepción (p. ej., caso de *trusts* discrecionales, apertura de cuenta en sucursales en el extranjero de la institución bancaria suiza[124], seguros de vida con ahorro, etc.) el acuerdo no es aplicable, evitándose tanto la retención como el suministro de información.

122 RIVOLTA, Alfonso; "*New Switzerland–Germany and Switzerland–United Kingdom Agreements: Does Anyone Offer More than Switzerland*?", Bulletin for International Taxation, IBFD, marzo de 2012, pp.138-147.

123 PISTONE, Pascuale; "*Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic*", Bulletin for International Taxation, IBFD, abril/mayo 2013, pp. 216 y sig.

124 Suele utilizarse Singapur.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 22

Como señala RAJMILOVICH, "…en un mundo donde el sistema bancario está fuertemente interconectado y es inherentemente de base internacional, las instituciones financieras de países relativamente pequeños en términos territoriales, de producto bruto nacional y de población (p. ej., Suiza, Luxemburgo), pueden efectivamente condicionar el éxito del avance del nuevo estándar propiciado por los países más desarrollados".

No obstante, vale destacar, como lo hace BARZOLA, la reciente adhesión de Suiza a la Convención Multilateral de la OCDE, el pasado 15 de octubre de 2013, aspecto que podría llegar a modificar el panorama descripto, para el caso de que haga realmente efectivo el intercambio allí previsto. El tiempo dirá si no se trata sólo de una maniobra dilatoria, reflejada en un mero compromiso formal de parte de ese país.

IV.2. La situación entre la Confederación Suiza y la Argentina luego de la terminación de la vigencia del CDI

Si bien, como se dijo, Suiza ha ofrecido en su momento la firma de un Acuerdo Rubik a nuestro país, actualmente la situación resulta muy diferente, a raíz de diversos hechos que fueron sucediéndose.

En este sentido, vale referirse a la terminación de la vigencia provisoria del CDI firmado con Suiza a instancias de la República Argentina[125]. Si bien el aludido convenio no poseía cláusula de intercambio de información, los negociadores argentinos de un nuevo convenio han exigido la inserción de una cláusula en este sentido. Según ha sido informado por los medios, en una primera etapa, el acuerdo no contemplaría un intercambio "automático". Pero se espera que, con el correr del tiempo, se pueda llegar a ese mecanismo más aceitado. Mientras tanto, el intercambio será a requerimiento[126].

V. LA FATCA Y EL POSIBLE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

V.1. El programa de Intermediarios Calificados y su actualización en las normas FATCA *(Foreign Account Tax Compliance Act)*

RAJMILOVICH ha explicado en su trabajo el Programa de Intermediarios Calificados (*Qualified Intermediaries -QI- Program*) instrumentado en los EE.UU. de América, el cual requiere que las instituciones financieras reporten automáticamente información al *Internal Revenue Service* (IRS) sobre rentas de activos financieros de titularidad de contribuyentes norteamericanos (residentes o no).

Según destaca el autor, este programa genera un incentivo para las instituciones financieras a calificar como *QI*, al permitirles mantener un velo de secreto a las inversiones financieras en EE.UU. por parte de no residentes.

Dicho programa ha sido complementado más recientemente por la *FATCA*, con relación a los contribuyentes norteamericanos (ciudadanos o residentes fiscales), al obligar a las instituciones financieras extranjeras a reportar los ingresos de fuente extranjera (por colocaciones de portafolio) cuyo titular fuera un contribuyente norteamericano, en cuyo defecto los intermediarios financieros quedan sujetos a la retención del 30% de los pagos relativos a los ingresos de fuente norteamericana.

V.2. Implicancias prácticas en la Argentina de un eventual acuerdo FATCA y de su no celebración, a la luz de las leyes de privacidad y protección de datos personales, secreto profesional y secreto bancario. Consecuencias penales y civiles de la violación de dicha normativa vs. aplicación de la FATCA

Sin perjuicio de las posibilidades de intercambio de información tributaria que abre para nuestro país la Convención Multilateral de la OCDE, entre cuyos países firmantes se encuentran los Estados Unidos de América, corresponde referirse a una muy particular vía a la que ha recurrido unilateralmente este último país y que también podría llegar a habilitar el intercambio de datos tributarios con la Argentina.

---

125 Por Nota Argentina del 16/1/2012 se produjo la terminación de la aplicación provisional de los Protocolos relacionados con el Convenio entre la República Argentina y la Confederación Suiza para evitar la Doble imposición en Materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio.

126 "Habrá una cláusula por la cual, apenas lo permitan los estándares suizos, el intercambio será automático", precisó un funcionario del Gobierno *off the record* (KANENGUISER, Martín; "Avanza un acuerdo de intercambio de información tributaria con Suiza", 20/10/13; obtenido en sitio Web: http://www.lanacion.com.ar/1630737-avanza-un-acuerdo-de-intercambio-de-informacion-tributaria-con-suiza).

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 23

Como bien señala RAJMILOVICH, la *FATCA* es un régimen de información (*reporting*) mediante el cual el fisco de los EE.UU., a través de su Agencia Tributaria (*IRS*), requiere el suministro de información sobre inversiones financieras (*US accounts*) que sus ciudadanos y residentes poseen en el resto del mundo, siendo agentes de información las instituciones financieras no residentes (*Foreign Financial Institutions*, "*FFI*").

La "penalidad" por incumplir la registración ante el IRS o de proporcionar la información requerida es la aplicación de una retención del 30% sobre los pagos en concepto de intereses, dividendos y otras ganancias, rentas e ingresos fijos o determinables anuales o periódicos (FDAP) de fuente norteamericana, y los ingresos brutos producto de la venta de bienes norteamericanos (*US properties*) que pueden producir intereses o dividendos de fuente norteamericana, aun cuando dicha venta no estuviera de otra forma sujeta a imposición en los EE.UU.

Asimismo, las FFI también deben actuar como agentes de retención del 30% de los mismos pagos de rentas de fuente norteamericana a otros FFI no cumplidores.

Comenta RAJMILOVICH que existe una "modalidad básica" para cumplir con el régimen de *reporting*, que es un acuerdo entre la FFI y el IRS. Este mecanismo genera serios problemas jurídicos en múltiples jurisdicciones producto del carácter extraterritorial del régimen legal FATCA, al obligar a sujetos extranjeros (las FFI) a realizar una serie de actos representativos de una carga pública (registración, *due diligence*, *reporting*, actuación como agentes de retención, etc.) emanados de la legislación norteamericana.

Cuando la ley fue aprobada en el año 2010[127], algunos países, jurisdicciones, e instituciones han criticado -razonablemente, según nuestro criterio- esta iniciativa[128], de carácter extraterritorial, toda vez que además de la carga de cumplimiento que impone, choca de lleno con leyes de privacidad y protección de datos personales en los distintos países, que no permitirían a sus instituciones financieras reportar los datos en cuestión a las autoridades estadounidenses. Es decir, la remisión de tales datos de manera directa y a un fisco extranjero por parte de las instituciones financieras de cada país se encuentra, por lo general, prohibida hasta por normas de carácter penal.

En el caso de las instituciones financieras de la Argentina, los bancos se encuentran ante una grave dicotomía, toda vez que si en el estado actual normativo procediesen a cumplir con la requisitoria extraterritorial del gobierno norteamericano, estarían violando las normas relativas al secreto bancario (Ley 21.526, art. 39), así como de protección de datos personales (Ley 25.326), con consecuencias sancionatorias administrativas y penales (cfr. art. 156 y 157 bis).

Cuando el Departamento del Tesoro y el IRS de los EE.UU. publicaron en febrero de 2012 las últimas reglamentaciones, con otras cinco jurisdicciones lanzaron una declaración conjunta en la que manifestaron que estaban trabajando en las formas de instrumentar la FACTA –de manera "local"– en cada país, para evitar de este modo algunas de las dificultades legales que surgen por la aplicación de dicha legislación a las entidades financieras ubicadas fuera de los EE.UU. En julio de ese mismo año, el Departamento del Tesoro publicó en este sentido un modelo de acuerdo intergubernamental para implementar la FATCA, y anunciaron el desarrollo de un segundo modelo de acuerdo, que fue publicado en noviembre de 2012[129]. Estos serán los modelos para celebrar acuerdos bilaterales con las jurisdicciones interesadas en promover el intercambio tributario con los EE.UU. En virtud de tales acuerdos, las distintas administraciones tributarias se comprometen a obtener, de las entidades financieras residentes en sus respectivos países, información de los contribuyentes afectados por FATCA (personas físicas residentes fiscales en EE.UU. o entidades en las que estos tengan significativa participación), y a transmitir esa información mediante un procedimiento estandarizado, de manera automática, a los EE.UU. El Acuerdo, "inspirado en los principios de proporcionalidad y reciprocidad" –según el Gobierno de los EE.UU.–, contribuye a simplificar significativamente el cumplimiento de las obligaciones impuestas a las entidades financieras de los distintos países bajo la normativa *FATCA*. Como contrapartida, los EE.UU. se comprometen a enviar a sus contrapartes, de manera automática, determinada información tributaria que puede resultar de su interés con respecto a ciertas cuentas bancarias de aquellos residentes del otro país firmante.

---

127 La *FATCA* fue aprobada el 18 de marzo de 2010 bajo la Administración Obama como una sección de la *Hiring Incentives to Restore Employment (HIRE) Act*.

128 La comunidad financiera internacional cuestionó la falta de proporcionalidad de una normativa que supone, de facto, una exportación de las obligaciones fiscales de los EE.UU. al resto del mundo y cuyas exigencias representarán un relevante coste económico para los intermediarios financieros extranjeros (posiblemente, más elevado que los propios ingresos tributarios que generará para el IRS) (*cfr*. DURÁN HAEUSSLER, Carlos; "*Foreign Account Tax Compliance Act –FATCA–*: una normativa «made in USA»"; Actualidad Jurídica-Uría & Menéndez; Núm. 31, enero 2012; pp. 95/99).

129 Dicho modelo puede consultarse en la siguiente página Web: http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/FATCA-Model-2-Agreement-to-Implement-11-14-2012.pdf.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 24

De este modo, podría solucionarse el problema de los bancos locales pues, al celebrar nuestro país este tipo de acuerdos, la AFIP podría enviar directamente al IRS la información que los EE.UU. exigen a las instituciones financieras locales. Recordemos que el organismo fiscal no se encuentra limitado por el secreto bancario para acceder a la información de marras y, además, se trata generalmente de datos que nuestro fisco obtiene mediante sus regímenes informativos (particularmente, el Sistema Informativo de Transacciones Económicas Relevantes – SITER[130]).

V.3. Los modelos de acuerdo intergubernamental para implementar FATCA con las jurisdicciones interesadas en promover el intercambio tributario con los EE.UU.

Los problemas señalados en el punto anterior con diversas jurisdicciones han llevado a la propuesta de los Acuerdos Intergubernamentales (IGA), los que fueran reseñados por RAJMILOVICH en su trabajo, a saber:

- Modelo 1 IGA: intercambio de información entre Estados, en su versión recíproca (el Gobierno de los EE.UU. se compromete a entregar información sobre cuentas en EE.UU. de titularidad de residentes del otro Estado)[131] y no recíproca.
- Modelo 2 IGA: intercambio de información entre la FFI y el IRS[132].

Remitimos a la lectura de la referida ponencia a efectos de profundizar sobre las características de tales acuerdos.

La definición de FFI resulta amplia, al incluir, entre otros:

- Instituciones de depósito (p. ej., bancos)
- Instituciones de custodia (p. ej., *mutual funds*)
- Entidades de inversión (p. ej., *hedge funds* o *private equity funds*)

Ciertos tipos de compañías de seguro que ofrecen productos "monetizables" (p. ej., seguros de vida con ahorro rescatables) o anualidades, etc.

La registración (y aprobación por parte del IRS) de las FFI en la FATCA *Registration Website* implica la extensión de un certificado (*Global Intermediary Identification Number* o *GIIN*) que habilitará a la FFI a recibir pagos de rentas de fuente norteamericana sin la retención del 30%.

Las FFI quedan obligadas a:

- registrarse ante el IRS
- practicar retenciones por pagos a otras FFI sin GIIN vigente
- cumplir las obligaciones de reporting anualmente sobre las *US accounts* cuyo titular es un ciudadano o residente de EE.UU. o ciertas entidades extranjeras no financieras con dueños sustanciales norteamericanos (*substantial US owners*).

Asimismo, existen las NFFEs (*Non-Foreign Financial Entities*) las cuales quedan sujetas a la FATCA, salvo que acrediten que no tienen *substantial US owners* o bien proporcionen la información sobre *US accounts* de dichos titulares al IRS.

Como señala RAJMILOVICH, aunque la entrada en vigencia del FATCA estaba prevista originalmente para pagos de rentas de fuente norteamericada efectuados después del 31/12/2012, las dificultades operativas para su instrumentación, así como los problemas jurídicos que acarrean sus efectos extraterritoriales, motivaron a que el IRS extienda la puesta en vigencia a partir del 2014 para los primeros requerimientos, que son los siguientes: procedimientos de aperturas de cuentas, retención por pagos de rentas de fuente norteamericana, *due diligence* sobre cuentas de las FFI y sobre cuentas de alto valor. Los primeros vencimientos de las obligaciones de *reporting* operarían entonces durante 2015.

V.4. Consideraciones finales sobre la FATCA

Creemos que debe darse debida trascendencia a las posibilidades concretas de que la Argentina firme con los EE.UU. un acuerdo intergubernamental de estas características –es más, recientemente se negoció un

130 Actualmente rige la RG (AFIP) 3241, que ordenó los regímenes de información del sector financiero.

131 EE.UU. ha firmado IGAs Modelo 1 con Alemania, España, Noruega, Irlanda, México, Reino Unido, Dinamarca. Además, está en marcha el Plan Piloto con Reino Unido, España, Alemania, Francia, México y Noruega basado en este Modelo.

132 EE.UU. ha firmado IGAs Modelo 2 con Japón y Suiza.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 25

acuerdo de intercambio de datos en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo[133]–, y de la importante información de la que podría hacerse la AFIP en virtud de esta novedosa modalidad de cooperación internacional e intercambio de datos tributarios. A este respecto, vale citar la acumulación de información, por parte del gobierno norteamericano, sobre titulares (personas físicas extranjeras – W8) que reciben intereses de cuentas en bancos de los EE.UU. (TD 9584), algunos de los datos que podrían ser ofrecidos a cambio de un "acuerdo FATCA".

Es más, en los medios se ha adelantado que, desde la AFIP, existen serias intenciones de suscribir un convenio de tales características. En este sentido, se publicó que el ente recaudador de nuestro país le envió un borrador al IRS con un modelo de intercambio de información tributaria "con el modelo que había firmado México"[134]. Por su parte, en un comunicado del Gobierno norteamericano se ubica a nuestro país en un grupo de jurisdicciones con las que existe un compromiso activo de diálogo orientado hacia la firma de un acuerdo intergubernamental[135].

Como bien señala BARZOLA, este nuevo escenario, liderado por la necesidad de EE.UU. de contar con información bancaria y financiera de trascendencia tributaria, pero compartido también por Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido, promete convertirse en una iniciativa mundial tendiente a la multiplicación de la suscripción de acuerdos intergubernamentales del estilo del FATCA, y que tenderá a instalar el intercambio automático de información tributaria como el nuevo estándar internacional.

VI. La Convención Multilateral de la OCDE y su aplicación en la Argentina en la modalidad de intercambio automático de información tributaria

VI.1. Introducción

Respecto de este punto, en las directivas nos preguntamos si la adhesión a la Convención Multilateral por parte de la Argentina es programática o ejecutiva.

Con carácter previo, creemos pertinente señalar algunas de las características más importantes de este particular acuerdo multilateral, que se vislumbra como uno de los nuevos paradigmas a seguir en la materia.

La Argentina ha sido el primer país sudamericano en depositar el instrumento de ratificación de la referida Convención, lo que la coloca en posición de beneficiarse con una herramienta normativa que alcanza a una serie de países –muchos de los cuales, hasta el momento, no tenían convenios de este tipo firmados con la Argentina– y que sienta las bases para un intercambio de información tributaria de gran amplitud.

La asistencia cubierta por la Convención alcanza no sólo el intercambio de información por solicitud[136], sino que también el automático[137] o el espontáneo[138]. Pero también, en la misma se prevé la posibilidad de realizar inspecciones fiscales simultáneas[139], inspecciones fiscales en el extranjero[140], asistencia en el cobro de las deudas[141], medidas de conservación[142] y el servicio de notificación o traslado de documentos[143].

---

133 La Unidad de Información Financiera (UIF) de la Argentina y el *Fincen*, su homóloga de los Estados Unidos, han firmado un *memorandum* de entendimiento para el intercambio de información que tienda a facilitar la cooperación recíproca este tipo de investigaciones (*cfr.* "UIFs de Argentina y de EE.UU. descongelan relaciones mediante acuerdo para intercambio de información"; nota publicad a en Control Capital.Net el 27/01/2013; obtenido en sitio *Web*: http://www.controlcapital.net/noticia/1974/ANTI-LAVADO/UIFs-de-Argentina-y-de-EEUU-descongelan-relaciones-mediante-acuerdo-para-intercambio-de-informacion.html).

134 KANENGUISER, Martín; "La AFIP negocia un acuerdo para acceder a las cuentas de argentinos en EE.UU."; La Nación 21/09/2013. Obtenido en sitio Web: http://www.lanacion.com.ar/1621879-la-afip-negocia-un-acuerdo-para-acceder-a-las-cuentas-de-argentinos-en-eeuu.

135 *Cfr.* '*U.S. Engaging with More than 50 Jurisdictions to Curtail Offshore Tax Evasion*'; *U.S. Department of the Treasury*; 8/11/2012; obtenido en la pág. *Web*: http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/tg1759.aspx.

136 *Cfr.* art. 5°.

137 *Cfr.* art. 6°.

138 *Cfr.* art. 7°.

139 *Cfr.* art. 8°.

140 *Cfr.* art. 9°.

141 *Cfr.* art. 10.

142 *Cfr.* art. 11.

143 *Cfr.* art. 17.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 26

Respecto de los impuestos comprendidos, también resulta bastante abarcador el instrumento, ya que alcanza a todas las modalidades de pagos que se efectúen coactivamente al gobierno, salvo los derechos arancelarios. Se aplica a los impuestos sobre la renta o utilidades, impuestos sobre ganancias de capital e impuestos sobre el patrimonio neto estipulados a nivel del gobierno central. También cubre los impuestos sobre el patrimonio, impuestos sobre donaciones y sucesiones, etc. Como novedad, alcanza también a los impuestos locales y hasta las contribuciones obligatorias de la Seguridad Social[144].

La Convención establece que los Estados partes están en posibilidad de negociar reservas dentro de ciertos límites establecidos[145]. Como señala BARZOLA en su aporte a estas Jornadas, esto asegura un grado mínimo necesario de uniformidad entre las obligaciones y los derechos de las partes y, al mismo tiempo, les deja cierto margen de flexibilidad sin contravenir la naturaleza multilateral de la Convención. Los Estados partes pueden formular reservas sólo respecto de los siguiente temas: Impuestos a los que se aplica la Convención; Asistencia para el cobro de impuestos; Asistencia para la notificación de actos; Fiscalizaciones conjuntas en el extranjero.

En el instrumento de ratificación de la Convención por parte de nuestro país, donde se efectuaron las declaraciones y reservas, se especificó que el instrumento internacional sería aplicable para la Argentina respecto de los siguientes impuestos: a las ganancias, aportes y contribuciones de la seguridad social, sobre los bienes personales, al valor agregado, sobre los combustibles líquidos, internos (Ley 24.674),sobre seguros y otros bienes (Ley 3.764), a la ganancia mínima presunta, a la transferencia de inmuebles, sobre débitos y créditos en las transacciones financieras (Ley 25.413) y régimen simplificado para pequeños contribuyentes (monotributo). Por otro lado, en la formulación de reservas se estableció que la República Argentina no proveería ningún tipo de asistencia en relación a los tributos subnacionales.

En otro orden de ideas, respecto de la aplicación de la Convención en nuestro país, vale señalar que los derechos y las garantías previstos por la ley interna mantienen su aplicabilidad[146] y la Convención reconoce expresamente algunas limitaciones a la obligación de suministrar asistencia[147].

En lo que hace a la confidencialidad de los datos intercambiados, se pretende seguir altos estándares y velar por la protección de los datos personales. En este sentido, la Convención prevé que la información es secreta y que será protegida en el Estado que la reciba de la misma manera que se protegería la información obtenida en base a su ley interna. Si se suministran datos personales, el Estado parte que los reciba deberá tratarlos no sólo de acuerdo a su ley interna sino también con las garantías de protección de datos que fueran necesarias según la ley interna del Estado que suministra la información[148].

Como novedad, este acuerdo prevé la formación de un órgano de coordinación, formado por representantes de los Estados parte, que se encarga de controlar la implementación de la Convención[149]. En este sentido, se crea un equipo que, ante la petición de un Estado parte, proporciona opiniones en relación a la interpretación y aplicación de la Convención[150].

Como se dijera, uno de los mayores atractivos del acuerdo es su flexibilidad, ya que la Convención enumera una serie de reservas que los Estados parte pueden efectuar dependiendo de los impuestos cubiertos (por ejemplo, impuestos locales) o del tipo de asistencia que se ofrece (por ejemplo, asistencia en la recaudación)[151]. Las reservas pueden realizarse en el momento de la firma o bien cuando se deposite el instrumento de ratificación, aunque también pueden realizarse o retirarse en un momento posterior[152]. En el caso de nuestro país, se estableció que la República Argentina no proveería asistencia en el cobro de ninguno de los impuestos contenidos en el convenio, ni en la notificación y traslado de documentos.

Otra cuestión de relevancia de la Convención es que la información obtenida a través de los mecanismos que esta suministra puede ser relevante para otros propósitos, como podría ser la persecución de delitos fi-

144 *Cfr*. art. 2°.
145 *Cfr*. art. 30.
146 *Cfr*. art. 4.3 y art. 21.
147 *Cfr*. art. 21.2.
148 *Cfr*. art. 22.
149 *Cfr*. art. 24.3.
150 *Cfr*. art. 24.4.
151 *Cfr*. art. 30.1.
152 *Cfr*. art. 30.3.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 27

nancieros graves. En este sentido, la Convención permite dicho uso (como, por ej., que los datos se entreguen a las autoridades responsables de combatir la corrupción, el lavado de dinero o el terrorismo financiero), de verificarse determinados supuestos: 1) cuando dicha información pueda ser utilizada para esos otros propósitos según la legislación del Estado parte que la suministra y 2) la autoridad competente de dicho Estado autorice tal uso[153]. Al respecto, creemos que la información remitida por la AFIP no podría ser utilizada para otros fines que no sean tributarios, ya que ello resultaría contradictorio con las facultades delegadas en cabeza de este organismo por el art. 101 de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.), que en su punto 3 del inc. d) prevé que la otra administración debe comprometerse a utilizar las informaciones suministradas solamente "para los fines indicados", es decir, para la gestión o recaudación de los tributos, para los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos, o para la resolución de los recursos con relación a los mismos.

No existen límites en la Convención respecto del tipo de información a ser intercambiada, por lo que podría referirse a elementos de lo más diversos, tales como propiedad inmobiliaria, sociedades, estructuras jurídicas, cuentas bancarias (incluyendo el *Ultimate Beneficial Ownership*), etc. Tanto las condiciones pactadas *ad-hoc* con los otros países miembros, como las regulaciones vigentes en los diferentes Estados –particularmente, aquellas que puedan dificultar o no facilitar el acceso a la información– son las que marcarán, en los hechos, los límites al efectivo intercambio. También existirá la posibilidad de plantear tales temas ante la autoridad de coordinación de la Convención, a los efectos de que emita su opinión sobre el particular.

En otro orden de ideas, según se ha afirmado desde el Gobierno, el acuerdo *sub examine* constituye uno de los denominados "tratados ejecutivos", que según la Procuración del Tesoro de la Nación, no hace falta que sean aprobados por el Congreso de la Nación. La cuestión relativa a la jerarquía normativa de la que deberían estar imbuidos este tipo de acuerdos internacionales será tratada en otro punto del presente trabajo, por lo que nos remitimos al mismo en mérito a la brevedad.

VI.2. Vigencia del intercambio entre las partes contratantes

Respecto de la vigencia del acuerdo, vale señalar que el mismo ha entrado en vigor para la Argentina el 1° de enero de 2013[154]. Más allá de dicha fecha, el instrumento sólo surte efectos para los ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1° de enero del año siguiente a aquel en que el acuerdo entró en vigor para la Argentina[155]. Por ello, en relación a las personas físicas, las disposiciones de la Convención sólo tendrán efecto a partir del ejercicio fiscal que se inicia el 1° de enero de 2014. Para el caso de sociedades que cierren el ejercicio el 31 de diciembre, las disposiciones de la Convención también tendrán efecto a partir del 1° de enero de 2014. En cambio, en el caso de sociedades que tengan una fecha de cierre distinta, las disposiciones de la Convención tendrán efectos durante el 2013, cuando comience el nuevo ejercicio fiscal.

Una solución distinta adopta la Convención en materia penal, puesto que para los asuntos fiscales que involucren una conducta intencional sujeta a procedimiento judicial de conformidad con las leyes penales de la Parte requirente, la Convención surtirá efecto "…a partir de la fecha de entrada en vigor con respecto a una Parte en relación con ejercicios fiscales o cobros de impuestos anteriores"[156].

Es menester señalar que la Argentina, a través de la AFIP, sólo podría solicitar asistencia administrativa a los países respecto de los cuales la Convención se encuentre vigente, los cuales son actualizados periódicamente en la página Web de la OCDE[157].

En el caso de los EE.UU. de América, al no haber ratificado el protocolo del año 2009, no tendría vigencia respecto de los países que sólo adhirieron a este último, como es el caso de la República Argentina. No obstante, de llegarse a un acuerdo de intercambio de información entre estos dos países, creemos que el modelo a aplicar podría llegar a ser la FATCA, pues es lo que la AFIP ha solicitado recientemente al fisco estadounidense.

153 *Cfr*. art. 22.4.

154 El 3/11/11 fue suscripta por la AFIP la Convención. En tanto, el 31/08/2012 fue ratificado por la Presidente de nuestro país. El 9/9/2012 fue hecho el depósito, por parte de nuestro país, del instrumento de ratificación. Por lo tanto, la fecha a partir de la cual el instrumento ha entrado en vigor para la Argentina es el 1/01/2013, que es el primer día después del tercer mes luego del depósito (cfr. art. 28.2).

155 *Cfr*. art. 28.6.

156 *Cfr*. art. 28.7.

157 *Cfr*. "Status of the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters and Amending Protocol"; 15/10/2013; obtenido en sitio *Web*: http://www.oecd.org/ctp/exchangeofinformation/Status_of_convention.pdf.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 28

Por otra parte, cabe resaltar que el intercambio entre aquellos países en los cuales se encuentra vigente el acuerdo no es automático, ya que las partes deben comunicarse, a través de sus autoridades competentes –en el caso de la Argentina, la AFIP[158]–, para implementar la Convención. Se establece que dichas autoridades "se comunicarán directamente para estos efectos y podrán autorizar a autoridades subordinadas para que actúen en su representación".

En efecto, las autoridades competentes de dos o más partes "acordarán mutuamente la forma en que aplicarán la Convención entre ellas", tal como surge del art. 24.1 de ese instrumento. El comentario a dicho artículo en el "Informe explicativo revisado de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal enmendada por Protocolo" (nota 246) señala lo siguiente:

> "El otorgamiento de asistencia administrativa está regulado sólo en principio en la Convención. La manera precisa en la que se administra y las formalidades a tomar en cuenta requieren mayor elaboración, lo que se relaciona de manera estrecha con los detalles acerca de la manera en la que se administran las leyes nacionales de las Partes, que su regulación se deja a consulta entre las autoridades competentes de las Partes. Esta consulta permitirá que, si así lo desean, las autoridades competentes lleguen a un acuerdo acerca del papel de sus representantes cuando ejercen su autoridad en el extranjero (véase el comentario al Artículo 9) y para establecer reglas y procedimientos para los contactos directos a los que se hace referencia en el párrafo 245 anterior, para los intercambios automáticos de información o cualquier otro asunto (por ejemplo, el establecimiento de montos mínimos en casos en los que se puede solicitar asistencia)".

Como podrá apreciarse, faltan tan sólo algunos pocos pasos para la puesta en marcha de este importante instrumento para combatir la evasión fiscal internacional, pero creemos que su mera existencia es susceptible de haber acortado sensiblemente el camino para procurar dichos fines.

VI.3. Vigencia del intercambio automático: ¿Cómo debería ser el nuevo acuerdo administrativo entre las autoridades competentes de los Estados parte que deseen suministrarse información recíprocamente de este modo?

Sin perjuicio de lo expuesto en el punto anterior respecto de las posibilidades de intercambio entre los países suscriptores, para poner en marcha el intercambio *automático* de datos, deberá establecerse un nuevo acuerdo administrativo entre las autoridades competentes de los Estados parte que deseen suministrarse información recíprocamente de manera automática[159].

El nuevo acuerdo se referirá a asuntos como el procedimiento a seguir y el tipo de información a compartir automáticamente. De hecho, "…pueden presentarse situaciones en las que un intercambio de este tipo entre ciertos países no resulte fructífero, por ejemplo, debido a que se cuenta con poca información masiva en alguno de ellos o debido a que las relaciones económicas entre los países son limitadas o porque involucraría demasiada carga para las administraciones fiscales participantes" [160].

Para negociar bilateralmente un acuerdo de estas características, el informe explicativo revisado de la Convención recomienda la utilización del Modelo de Memorando de Entendimiento sobre Intercambio Automático de Información para fines Tributarios[161].

Las inspecciones fiscales en el extranjero también exigen el consentimiento de los países involucrados[162].

---

158 Tal como surge del instrumento de ratificación.

159 *Cfr*. art. 6°.

160 *Cfr*. Nota 64 del texto del "Informe explicativo revisado de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal enmendada por Protocolo"; obtenido en sitio *Web*: http://www.oecd.org/ctp/exchangeofinformation/TEXTO_DEL_INFORME_EXPLICATIVO_REVISADO_DE_LA_CONVENCION_MULTILATERAL.pdf).

161 Recomendación del 22 de marzo de 2001 [C(2001)28/FINAL] para utilizar el Modelo de Memorando de Entendimiento sobre Intercambio Automático de Información para fines Tributarios; obtener en: http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En

162 *Cfr*. art. 9°.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 29

VII. EL DECRETO 589/2013 Y LOS PAÍSES "COOPERADORES A LOS FINES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL"

VII.1. Consideraciones preliminares

Sin perjuicio de que dicho tema no se vincula exclusivamente al intercambio automático de información tributaria, por la novedad de las cuestiones que alcanza –y por comprender también aspectos que hacen a este tipo de intercambio– es que nos propusimos tratarlo en este Tema 1 de las Jornadas.

Sobre el particular, RAJMILOVICH acertadamente resume en su ponencia que el citado Decreto ha redefinido la referencia a los países de baja o nula imposición como presupuesto de aplicación "diferencial", en el marco de normas domésticas relativas a las reglas tributación internacional (transparencia fiscal internacional, precios de transferencia, diferimiento en la deducción de gastos pagados a entidades vinculadas del exterior, presunción de incremento patrimonial no justificado en caso de inversiones recibidas desde el exterior, etc.), por el concepto de "países no cooperadores", configurados sobre la base del efectivo intercambio de información tributaria con el otro Estado.

VII.2. Las condiciones para acceder al status de "país cooperador"

El texto del artículo introducido por el art. 1° del dec. 589/13 –el cual sustituye el artículo incorporado en séptimo lugar a continuación del N° 21 en la reglamentación del impuesto a las ganancias–, dice:

> "A todos los efectos previstos en la ley y en este reglamento, toda referencia efectuada a 'países de baja o nula tributación' deberá entenderse efectuada a países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'. Se consideran países, dominios, jurisdicciones, territorios asociados o regímenes tributarios especiales cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, aquellos que suscriban con el Gobierno de la REPÚBLICA ARGENTINA un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio, siempre que se cumplimente el efectivo intercambio de información."

El tercer párrafo del mismo artículo, a su vez, prevé:

> "La consideración como país cooperador a los fines de la transparencia fiscal podrá ser reconocida también, en la medida en que el gobierno respectivo haya iniciado con el Gobierno de la REPÚBLICA ARGENTINA las negociaciones necesarias a los fines de suscribir un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio".

MUGUERZA, en su trabajo critica que este decreto desconozca, sin atenuantes, la letra de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Ello así, pues esta última establece que las normas antirrefugio fiscal allí contenidas se aplican a transacciones que se celebren con residentes de jurisdicciones "de baja o nula tributación". En tanto, a partir del decreto analizado, las normas precitadas se tornarán operativas cuando la transacción se realice con un responsable domiciliado en una "jurisdicción no cooperativa". Explica a este respecto la imposibilidad de asimilar o considerar equivalentes las primeras jurisdicciones mencionadas a las segundas.

Por otra parte, advierte –con acierto– la posibilidad de que las transacciones se realicen con residentes de un país cuya legislación impositiva, bancaria, comercial y bursátil está en línea con los estándares internacionales, pero que sufran la aplicación de las cláusulas "antirrefugio fiscal" previstas por la legislación argentina[163],

163 Los sujetos de aquellos países recibirán el tratamiento que la ley consagra para las jurisdicciones de baja o nula tributación, sin que interese que el país de que se trate posea o no las características que habilitan a clasificarlo dentro de esa categoría. Ejemplifica la autora citando el caso de un residente que tome un préstamo de una entidad bancaria localizada en una jurisdicción que no ha celebrado con nuestro país un CDI ni un acuerdo de intercambio de información, no obstante el sistema tributario allí vigente se corresponde con los estándares internacionales y su legislación comercial, bancaria y bursátil no ofrece para los no residentes atractivos aprovechables. En esta hipótesis, explica que "…por aplicación del decreto que estamos examinando, el deudor residente en nuestro país, en ocasión de abonar los intereses originados en dicho préstamo debe retener la alícuota pertinente sobre el 100% de la suma pagada lo cual podría implicar un encarecimiento de la financiación tomada en el extranjero si el prestatario local convino hacerse cargo del gravamen". Ante un perjuicio financiero como el indicado, estima MUGUERZA que lo más probable es que el retentor acuda a la justicia, más aun cuando el decreto de marras, "…sin soporte jurídico alguno, crea la figura 'país no cooperativo' siendo que ley prevé, sin margen de duda, que el tratamiento más gravoso procede siempre que la transacción tenga como contraparte a un sujeto residente en una jurisdicción nociva". Aventura asimismo que en tales casos el fisco no tiene la más mínima chance de obtener un pronunciamiento a su favor.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 30

en tanto que las que se efectúen con una verdadera jurisdicción nociva podrían quedar al margen del tratamiento desfavorable por el mero hecho de haber iniciado con el Gobierno nacional negociaciones para suscribir un convenio o acuerdo con las características apuntadas.

En el mismo sentido, RAJMILOVICH entiende que el viraje producido en la legislación doméstica con el dictado del decreto puede tener sentido con relación a aquellos regímenes vinculados a la imposición a la renta sobre el ahorro, en los cuales el "elemento diferenciador" presenta un nexo probable con el acceso a información confiable y verificable por parte del fisco (p. ej., presunción de incremento patrimonial no justificado). Por el contrario, agrega el panelista que el cambio no tiene sentido racional con relación a los regímenes pertenecientes al impuesto a la renta corporativo (transparencia fiscal internacional, precios de transferencia, diferimiento en la deducción de gastos pagados a entidades vinculadas del exterior, etc.). En estos regímenes, explica, la motivación subyacente de la regulación legal se asocia implícitamente a la baja o nula tributación de la contraparte, "…cristalizado ello en la realización de maniobras de planificación fiscal agresiva o la construcción de estructuras ficticias de arbitraje fiscal, tendientes a erosionar la base del impuesto o bien a deslocalizar las rentas". Sobre esta materia, RAJMILOVICH hace referencia al informe publicado por la OCDE con fecha 12/02/2013 denominado "*Base Erosion and Profit Shiting*" (BEPS)[164] y al Plan de Acción sobre Erosión de Base y Deslocalización de Utilidades (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, "AP-BEPS"*)[165], publicado con fecha 19/07/2013.

VII.3. El intercambio "amplio" de información tributaria

En el trabajo presentado por MUGUERZA se explica que, más allá de la posibilidad de reconocer como "país cooperador" a aquel que haya iniciado negociaciones con el objeto de suscribir un convenio de los citados en la norma sancionada, lo que autoriza a asignar la condición apuntada no es la mera firma de un CDI con cláusula de intercambio de información, sino que dicha cláusula debe poseer un alcance tal que permita realizar un intercambio "amplio" de información tributaria.

La autora asocia dicho carácter amplio a los estándares que se reconocen a nivel internacional en materia de intercambio de información, como se da en el caso del art. 26 del último Modelo de Convenio OCDE. Agrega que tales estándares pueden caracterizarse "…recurriendo a algunos de los requisitos cuya observancia permite suponer que mediante su concurrencia se logra transparencia fiscal, como son, p. ej., la inexistencia de limitantes para el intercambio basadas en el secreto bancario del país requerido; la información solicitada resulta relevante para la administración requirente; la confidencialidad de la información obtenida en el procedimiento y la preservación de los derechos de los contribuyentes"[166].

Por su parte, el cuarto párrafo del artículo referido establece:

"Los acuerdos y convenios aludidos en el presente artículo deberán cumplir en lo posible con los estándares internacionales de transparencia adoptados por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, de forma tal que por aplicación de las normas internas de los respectivos países, dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales con los cuales ellos se suscriban, no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante pedidos concretos de información que les realice la REPÚBLICA ARGENTINA".

En el párrafo siguiente se dispone:

"La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS,…, establecerá los supuestos que considerarán para determinar si existe o no intercambio efectivo de información y las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones tendientes a la suscripción de los acuerdos y convenios aludidos".

Del análisis conjunto de estas dos normas, MUGUERZA concluye que mediante el decreto en cuestión se ha depositado en la órbita del "organismo operativo" encargado de ejecutar la política tributaria, la atribución

164 OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, París. 10.1787/9789264192744-en, 2013.

165 OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en, 2013.

166 MUGUERZA cita el caso de México, que ha incorporado un concepto denominado "País con acuerdo amplio de intercambio de información", para agrupar a aquellas naciones con las cuales tiene celebrado un CDI que contenga el art. 26 del Modelo OCDE, o bien tratados específicos en esa materia, cuyas características permiten efectivamente el acceso a información amplia entre los países. Extraído de la *Web* www.ciat.org. 2011_Convenios_intercambio-información_mx_Grandwohl.pdf .

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 31

de tomar decisiones de política tributaria y diplomática en materia de convenios tanto de intercambio de información como para evitar la doble imposición, decisiones políticas que, según estima, deberían tomarse en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

VII.4. El análisis y evaluación por la AFIP del cumplimiento del intercambio de información tributaria, a la luz de la nueva normativa

MUGUERZA considera que no resulta razonable lo establecido en el mencionado quinto párrafo, en cuanto dispone que la AFIP va a determinar los supuestos que autorizarán a determinar si existe o no intercambio efectivo de información, medida que por otra parte está en armonía con el segundo párrafo del mismo artículo, que prevé como una de las causales de denuncia tanto del convenio como del acuerdo la falta de intercambio efectivo de información.

Sin perjuicio de la necesidad de esperar a la reglamentación que dicte el organismo recaudador, la autora critica que sea este quien determine lo que se entiende por "intercambio efectivo" de información.

VII.5. Aspectos que hacen a la jerarquía normativa del decreto aprobado y consecuencias prácticas en operaciones con países denominados "no cooperadores"

En el trabajo presentado por MUGUERZA se cuestiona severamente la norma *sub examine* en cuanto:

1) El art. 15, segundo párrafo del art. 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias[167] instruye al Poder Ejecutivo nacional para que establezca de manera taxativa cuáles son las jurisdicciones de baja o nula tributación. No se trata de una facultad cuyo ejercicio queda al arbitrio del reglamentador sino que este está obligado a crear una lista taxativa de jurisdicciones que califiquen como "de baja o nula tributación".
2) Los fundamentos y el derecho invocados[168] para el citado Dec. 589/2013 no brindan adecuado sustento al referido acto reglamentario (no poseen causa y motivación suficiente).
3) Imposibilidad de asimilar o considerar a las jurisdicciones de baja o nula tributación como equivalentes a jurisdicciones no cooperativas.

Algunas de las –según creemos, no deseadas por el reglamentador– consecuencias prácticas que acarrearía la aplicación de este decreto para las operaciones realizadas con determinados "países no cooperadores" han sido resaltadas en el trabajo de MUGUERZA y descriptas en el punto VII.1.

Dicha autora sostiene asimismo que, aun salvadas las impugnaciones respecto de la legalidad del sistema proyectado, la medida también sería cuestionable porque las disposiciones antiabuso de la LIG están concebidas para enfrentar las consecuencias que ocasionan las jurisdicciones nocivas, pero según el régimen proyectado podrían afectar a países que no lo merezcan.

Por su parte, advierte MUGUERZA respecto de la técnica legislativa utilizada para la vigencia del decreto, que podría inducir a interpretaciones –con alguna razón para la autora–, en cuanto a que el artículo sustituido perdió vigencia.

Finalmente, recomienda que la reforma efectuada por el decreto se lleve a cabo mediante las pertinentes modificaciones legales, siempre que "una vez reexaminada la medida que se adoptó a través de dicho acto, se llegara a la conclusión de la utilidad de reemplazar el actual esquema de jurisdicciones de baja o nula tributación por el 'nuevo paradigma' en que se basa la normativa aprobada por el decreto en cuestión".

---

167 Esta norma establece: "Las transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país o sociedades comprendidas en los incisos a) y b) y los fideicomisos previstos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del primer párrafo, artículo 49, respectivamente, realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes".

168 Por ej., se cita la adhesión de nuestro país a la Convención Multilateral de la OCDE, el tratamiento de la Ley de ganancias para cuando se realicen operaciones con sujetos residentes en jurisdicciones de nula o baja tributación, la necesidad de desarticular maniobras de planificación fiscal, la promoción del intercambio de información tributaria internacional, etc.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 32

VIII. ASPECTOS PRÁCTICOS DEL INTERCAMBIO

VIII.1. Consideraciones preliminares

En su trabajo, FERREYRA manifiesta que el abordaje de la temática relativa al intercambio de información en general y al automático en particular debe realizarse no solamente desde la óptica del Estado que emite la información ("Estado emisor") y sino también desde la perspectiva del Estado que ejerce en forma mediata sus potestades extraterritorialmente y que recibe y utiliza la información intercambiada ("Estado receptor"). Desde esa doble perspectiva y en relación a los particulares involucrados o afectados por el intercambio de información deben analizarse, consecuentemente, las cuestiones básicas como los principios, garantías e instituciones involucradas, y los eventuales límites que dichos principios y garantías imponen al proceso de celebración de acuerdos y de intercambio de información.

VIII.2. Requisitos jurídicos para la validez de la información remitida en un intercambio internacional

FERREYRA incursiona especialmente en este punto, y postula que el Estado receptor de la información se encontraría imposibilitado de utilizar datos que fueron obtenidos mediante formas que le estarían vedadas jurídicamente en su propio territorio. Es decir, alega que los límites –constitucionales y legales– a las potestades tributarias deberían ser aplicados no sólo en el orden doméstico, sino también en el internacional, temperamento con el cual coincidimos plenamente.

En este sentido, analiza la panelista los siguientes límites a la actividad fiscalizadora, los cuales entiende que también resultarían aplicables en su ejercicio extraterritorial (y a la Argentina, como Estado receptor de información tributaria), a saber:

1) La carga formal impuesta debe siempre vincularse directamente o indirectamente a datos de trascendencia fiscal. La definición que se suele consignar, en cada instrumento internacional, de la información a ser intercambiada, garantizaría la aplicación práctica de este límite. No obstante, la autora entiende que nuestro país podría (y debería) en fiel cumplimiento de su compromiso de resguardar los derechos de sus contribuyentes, oponerse a recibir y en su caso, abstenerse de utilizar para cualquier fin, información que no tenga vinculación con la materia fiscal o que no encuadre en el ámbito material del Acuerdo.
2) Desde el punto de vista de la razonabilidad y proporcionalidad, no deberían aplicarse engorrosas y abusivas actividades formales al administrado –no deberían existir alternativas menos gravosas para el derecho a la intimidad del administrado–, y tampoco trasladarle aquellas funciones que son propias del órgano estatal.
3) Respetar el derecho a la intimidad (cuanto mayor sea la intromisión en el ámbito privado, más profunda debería ser la justificación de la medida por parte de la Administración) y los deberes de confidencialidad respecto de ciertos datos, entre los que se incluye el secreto profesional. Asimismo, velar por la aplicación de reglas constitucionales respecto de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y demás comunicaciones telefónicas, por Internet o por cualquier medio electrónico.
4) Velar por que las restricciones a la privacidad de los individuos derivadas del intercambio internacional posean visos de equidad y generalidad, desterrándose cualquier sospecha de arbitrariedad en cuanto a la afectación irrazonable de derechos de determinados contribuyentes o de un sector determinado. La potestad de requerir la colaboración de los particulares (en forma mediata y con la asistencia de un país extranjero si esta potestad fuera ejercida extraterritorialmente), según postula FERREYRA –posición que compartimos ampliamente–, debería ejercerse en forma planificada en función de estudios previos, justificados y que respeten parámetros objetivos, a efectos de reducir al máximo posible la discrecionalidad administrativa en su accionar respecto de contribuyentes y responsables.

En ese orden de ideas, la panelista sugiere los siguientes cursos de acción para la aplicación, por parte de la Argentina, como Estado receptor de datos tributarios, de las reglas reseñadas:

1) Más allá de resultar principios plenamente aplicables en nuestro ordenamiento, que tales directivas referidas al intercambio de información internacional sean contempladas expresamente por la legislación doméstica.
2) Que sean incluidas en los acuerdos con otros países o Administraciones Tributarias.
3) Que la AFIP se abstenga de utilizar aquellos datos que no hubiesen sido obtenidos de acuerdo a las pautas reseñadas, que son las mismas que rigen para el orden doméstico.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 33

Según FERREYRA, estas medidas no sólo contribuirían a resguardar los derechos de los contribuyentes sino que mejorarían la eficiencia de las autoridades fiscales al evitar incurrir en esfuerzos relativos a información que, por violar garantías constitucionales, resultaría posteriormente inutilizable.

Desde su actuación como Estado emisor, la mencionada panelista estima que la Argentina debe prestar especial observancia al carácter confidencial de la información suministrada por los particulares y, consecuentemente, velar por el compromiso del Estado al que se transmiten los datos de que se mantenga el secreto fiscal.

VIII.3. La información tributaria basada en la compra de datos o su obtención de fuentes no gubernamentales

Como fuera señalado en las directivas, el objetivo de este punto es analizar una situación que se está verificando últimamente en la realidad internacional y de la que algunas Administraciones Tributarias se están valiendo a los efectos de cumplir con sus funciones, particularmente para combatir la evasión fiscal internacional[169]. Por otra parte, ante la posibilidad latente de que este tipo de información sea, a su vez, retransmitida mediante el intercambio automático hacia terceros países.

Sin perjuicio de los reparos de tipo éticos que podrían formularse respecto de la posibilidad de que el Estado se sirva de medios informales para el cumplimiento de sus fines[170], cabe analizar en primer lugar los reparos jurídicos que podrían plantearse sobre el particular.

VIII.3.1. Confiabilidad de la información y análisis de su validez jurídica en un eventual procedimiento determinativo

En el trabajo de FERREYRA, se examinan particularmente dos cuestiones vinculadas con el uso de información obtenida sin control gubernamental:

1) La limitación jurisdiccional: los Estados no pueden ejercer actividad administrativa alguna en el territorio de otro Estado, salvo permiso o colaboración especial concedida por este último.
2) La limitación "sustancial" o "material": el Estado receptor no tiene posibilidad de controlar la legalidad y veracidad de la información recibida, y en su caso, si su obtención respeta los principios y garantías constitucionales que aplican en materia de obtención de información de trascendencia fiscal[171]. Al no poder ejercerse dicho control, la información podría haber sido obtenida mediante la vulneración de la correspondencia privada, del domicilio, del secreto profesional, comercial o cualquier otra garantía de jerarquía constitucional. Con lo cual, el Estado argentino podría llegar a servirse de pruebas obtenidas por medios cuyo ordenamiento constitucional y legal prohíbe terminantemente.

Aun en el caso de que la información sea suministrada por un Estado con el que exista acuerdo de intercambio de información tributaria, coincidimos con FERREYRA en cuanto a que la intervención de una autoridad gubernamental en la remisión de la información no purga los vicios mencionados en el contexto precedente relativo al límite jurisdiccional (en el caso que la información provenga de un tercer país con el cual no exista instrumento de colaboración vigente) y tampoco dirime la falta de garantías sobre su legalidad y veracidad. Como bien señala la panelista, el ejemplo paradigmático de los problemas que pueden derivarse en estas circunstancias es el de los casos de información robada[172].

No obstante lo anterior, entre los países no hay consenso acerca del tratamiento que debe darse a ese tipo de información. En general, se verifican las siguientes posturas:

---

169 Nuestra Administración no es ajena a esta tendencia, tal como lo han manifestado sus autoridades (cfr. "Blanqueo de capitales: la AFIP compraría datos para perseguir a evasores"; La Nación, 12/06/2013; obtenido en sitio *Web*: http://www.lanacion.com.ar/1591162-blanqueo-de-capitales-la-afip-compraria-datos-para-perseguir-a-evasores).

170 FERREYRA, en su ponencia adelanta su posición en cuanto a que el fin –recaudatorio y de búsqueda de la verdad material– no puede justificar cualquier medio.

171 Principio de igualdad, de razonabilidad, inviolabilidad del domicilio, explicados supra.

172 La autora cita dos famosos casos que dieron lugar a diversas discusiones en el campo internacional: 1) El caso "Falciani", donde un empleado bancario robó un listado de cuentas de clientes y la transmitió a las autoridades fiscales francesas. Estas últimas retransmitieron la información a las Administraciones de los países de residencia de los titulares de cuenta, principalmente a Italia. 2) En el caso "Vaduz, Heinrich Kieber", similar al anterior, pero el protagonista era un empleado bancario de Liechtenstein, que vendió datos de las cuentas de los clientes a las autoridades fiscales alemanas. Estas últimas retransmitieron la información a los países de residencia.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 34

1) Países que admiten la utilización de información obtenida ilegalmente (por ej., Australia, Israel, Dinamarca y Estados Unidos)[173].
2) Algunos países como Suiza, la República Checa, Noruega y Portugal se oponen categóricamente a la utilización de la prueba de carácter ilegal.
3) En otro número significativo de países la cuestión no es clara (por ej., Italia[174]).

Nos parecen muy atinadas las conclusiones de FERREYRA sobre esta cuestión, a las cuales adherimos *in totum*. Las mismas son resumidas a continuación:

1) Los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos y, por lo tanto, las pruebas obtenidas en violación de los mismos por parte de las Administraciones Tributarias deben ser consideradas nulas.
2) Así como en el ámbito interno existe abundante jurisprudencia (judicial, de las más diversas instancias, así como administrativa[175]) que, al amparo del artículo 18 de la Constitución Nacional y de otros altos preceptos, resta validez jurídica a la prueba obtenida por medios ilegales (ya sea para la aplicación de sanciones penales o administrativas como para la determinación de deudas tributarias), tales garantías deben también ser extrapoladas al ámbito internacional, pues de lo contrario se estaría violando el orden jurídico interno.
3) Deben prevalecer los artículo 26 y 31 de la Convención de Viena, que instauran el principio de buena fe en materia de interpretación y cumplimiento de los tratados.

VIII.3.2. La materia penal tributaria y la teoría del fruto del árbol prohibido

FERREYRA también analiza las posibles proyecciones que la existencia de una prueba ilícita puede tener en materia penal. Al respecto, cita reiterada jurisprudencia que aplica la doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado, y que "[n]o sólo no puede ser utilizada en juicio la prueba obtenida en forma ilegal, sino que esa prohibición se extiende a toda otra prueba que tenga su origen o que derive, aunque sea indirectamente, de ese primer acto ilegítimo"[176].

Compartimos el temperamento de la panelista en cuanto a que la información obtenida ilegalmente no podría utilizarse en un proceso tendiente a la determinación de tributos y mucho menos en aquellos de naturaleza sancionatoria (en materia penal, sobre la base de la referida doctrina de los frutos del árbol envenenado, las proyecciones podrían ser mayores). Esta limitación aplica no obstante el hecho de que la información ilegalmente obtenida sea remitida por un Estado contratante en el marco de un acuerdo de intercambio de información.

VIII.4. Requisitos formales para la utilización en procedimientos determinativos de oficio de los datos intercambiados

Sin perjuicio de la suficiencia (o no) probatoria de los datos intercambiados en un procedimiento determinativo de oficio, uno de los dilemas que plantea el intercambio de información tributaria es el de los requi-

173 OBERSON, Xavier; *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 98B, 2013, p. 52. Allí se explica que, en los EE.UU., en el caso "Payner", decidido por la Corte Suprema hace varios años, se sostuvo que el uso de documentos obtenidos ilegalmente por el gobierno federal de una tercera parte no violaba la constitución y que por ello no debía eliminarse de la prueba a utilizar.

174 Allí, en el caso "Falciani", la información fue mayormente usada y la jurisprudencia se expidió de manera disímil. Según la Corte Suprema Italiana, la información obtenida puede ser usada a menos que se evidencie que fue ilegalmente obtenida, en cuyo caso una determinación basada en esa información es nula. Otros tribunales, en cambio, han hecho prevalecer que los documentos utilizados por las autoridades fiscales hubiesen sido recibidos por los canales ordinarios y enviados por la autoridad competente del otro Estado parte, sin tener en cuenta cómo esos documentos fueron obtenidos (DORIGO, Stefano; *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, Italian Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 98B, 2013, pp. 382-384).

175 FERREYRA cita el Dictamen (DAL) 16/94, donde se sostuvo: emitida por la Dirección de Asesoría Legal ("DAL") de la AFIP donde se sostuvo que "…la regla internacional es la de mantener el respeto tanto por el derecho local de cada Estado, así como también por las reglas y pautas administrativas y de práctica en cada caso". Agrega el citado dictamen que "…los elementos probatorios obtenidos por otros medios y procedimientos, ya sea contrarios, o no del todo conforme los preceptos legales locales del país de que se tratare, carecerían de valor probatorio, a los efectos de ser utilizados en procedimientos administrativos y/o judiciales en otro Estado, siendo de este modo fácilmente atacables, y por lo tanto no podría basarse en ellos proceso alguno".

176 CARRIÓ, Alejandro; *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 100-101.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 35

sitos que debería cumplir la documentación remitida para ser considerada como válida en el otro Estado que acuerda el suministro recíproco de datos. Es decir, ¿basta para ello con la certificación de la otra autoridad competente? ¿O es necesario cumplir con el apostillado que rige para otro tipo de procedimientos?

Esta cuestión ya había sido analizada en el año 1994 en el seno de la AFIP, aunque respecto de la instrumentación del intercambio previsto en los CDI. Allí, la entonces Dirección de Asesoría Legal[177] se pronunció respecto de la fuerza probatoria de dicha información requerida conforme los aludidos convenios y consideró que, en la medida en que se cumpla con los recaudos enumerados en tales convenios, "aquélla es plena".

Existe una actuación específica del Departamento de Operaciones Internacionales de la AFIP en donde ha sostenido, en sintonía con el Dictamen antes citado, que para la validez de la documentación extranjera en el derecho interno argentino, corresponde establecer como necesario: a) que la información sea solicitada *por* y *a* la autoridad competente, que es la autoridad de aplicación en los convenios suscriptos; b) que la información requerida sea relativa a los tributos objeto del convenio; y c) que el Estado que reciba la información resguarde el secreto fiscal. Esa misma dependencia también aludió a la Ley 23.458, que aprobó la Convención de La Haya de 1961, que suprime la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros. Enfatizó que el art. 1° del Anexo A de la referida Convención expresamente establece que la misma no se aplicará "a los documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera", en cuya excepción estarían comprendidas –según el citado Departamento– las informaciones emanadas por la autoridad competente de la otra Administración Tributaria.

Otro argumento señalado por otras áreas de gobierno para evitar el Apostillado de La Haya en el intercambio tributario es que, al cumplirse con este, se estaría violando el secreto fiscal exigido en los convenios bilaterales, ya que en aquellos casos en los que la Argentina tuviera que solicitarlo para toda la documentación proporcionada por otra Administración, la misma saldría de la autoridad tributaria para trasladarse a la órbita del Consulado del otro país.

En esta línea de interpretación, en su momento recalcamos que, más allá de que entender sobre la validez de la prueba compete a los jueces, la documentación obtenida en el marco de un procedimiento de intercambio de información proviene de la actividad desarrollada por un fisco extranjero de acuerdo con un tratado bilateral, el que de manera directa la suministra a su par de otro país, lo cual le conferiría un determinado grado de certeza[178].

Existen otros dictámenes dentro del organismo recaudador que postulan una opinión muy diferente a la hasta ahora descripta, ya que entendieron que "…para que la información pueda servir de prueba, tanto en sede administrativa como judicial, es menester que contenga una apostilla que reemplaza al trámite de legalización", de conformidad con los términos de la Convención de La Haya de 1961[179].

En otro orden, algunos autores poseen dudas respecto de si las cláusulas de intercambio de información contenidas en los convenios que siguen al modelo OCDE sirven para intercambiar información a los efectos penales tributarios. Se dice a este respecto que los convenios específicos de asistencia judicial en materia penal[180] o las Cartas Rogatorias constituirían instrumentos más adecuados. De todos modos, se señala que la efectividad de dicha prueba dependerá de la legislación interna del Estado requirente[181].

---

177 *Cfr*. Dict. (DAL) 16/1994, de fecha 26/01/1994 (*cfr*. Biblioteca AFIP, en www.afip.gob.ar).

178 FRAGA, Diego N.; "El intercambio internacional de información tributaria en el Derecho argentino"; en *Tratado de Derecho Internacional Tributario* (AA.VV.)*;* Rubén ASOREY y Fernando GARCÍA (Dir.); editado por La Ley/Thomson-Reuters; Buenos Aires, 2013.

179 *Cfr*. Dict. (DAL) 46/1997, de fecha 31/7/97; Bol. AFIP-DGI Nº 7 de febrero de 1998 (*cfr*. Biblioteca AFIP, obtenido en portal *Web*: www.afip.gob.ar).

180 En el ámbito del MERCOSUR rige un Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales, aprobado en nuestro país mediante Ley 25.096 (B.O. 24/05/1999).

181 *Cfr*. CALDERÓN CARRERO, José Manuel; "El intercambio de información entre Administraciones Tributarias como mecanismo de control del fraude fiscal internacional"; Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, Nº 258, 2000, Madrid; p. 12, nota 3. Dicho autor observa, no obstante, que en un caso la Administración Tributaria norteamericana intercambió información con las autoridades fiscales canadienses cuando estas colaboraban en investigaciones penales-tributarias; el Tribunal Supremo norteamericano declaró que lo relevante para la Administración fiscal requerida es que se cumplan los condicionantes establecidos en el art. 26 del CDI aplicable en el momento en que fue cursado el requerimiento de información, salvo que el obligado tributario afectado probara la "mala fe" de las autoridades fiscales del Estado requirente (caso US. v. Stuart, 89-1 USTC #9185).

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 36

En los acuerdos específicos de intercambio de información celebrados por la AFIP existen normas que parecieran querer solucionar los problemas antedichos (*v. gr.*, art. 4.9 del acuerdo con la Administración peruana, art. 4.7 del acuerdo con la Administración de Chile, art. 4.9 del acuerdo con la Agencia española y art. 5.11 del convenio con el organismo ecuatoriano, art. 4.12 del acuerdo con Costa Rica), pues allí se estatuye que la información recibida por la Administración Tributaria requirente se tendrá por válida siempre y cuando esta haya sido emitida por la autoridad competente de la Administración Tributaria requerida.

Sin perjuicio de las opiniones descriptas, sobre el particular hemos señalado que, en todas las notas en las que se solicitaba información a un fisco extranjero (sea a través de la Secretaría de Hacienda, en el marco de las cláusulas de asistencia mutuas contenidas en los CDI, o por medio de la AFIP), las dependencias intervinientes de nuestro país solían (es de suponer que ello se sigue haciendo) incorporar un párrafo por el que se requería que la documentación que se suministre se encuentre confeccionada con las formalidades necesarias para poder utilizarla como medio de prueba[182].

En ese orden de ideas, estimamos que los requisitos que deberían contener tales documentos a ser remitidos por otras administraciones dependerán de la información que se transmita y la finalidad para la que se los pretenda utilizar:

1) En caso de que los datos sean enviados a título "informativo" para una investigación que lleve adelante la AFIP, estimamos que no existirán problemas en que se apliquen los artículos de los acuerdos celebrados por el organismo que tienen por válida la información en tanto esta sea certificada y remitida por la autoridad competente del otro país signatario. Es más, aquí estimamos que resultaría muy valiosa la aplicación de las prácticas más modernas, que se refieren al intercambio electrónico de datos, es decir, ya no más en soporte papel.
2) En cambio, apreciamos que otra debería ser la solución para cuando la AFIP pretenda hacer valer tales elementos en una determinación de oficio o en un juicio y, sobre todo, en aquellos casos en que el sujeto a quien los datos se refieren desconozca su valor. En tales supuestos, estimamos que el organismo recaudador no se encontraría eximido de cumplir con las normas procesales –particularmente, aquellas de Derecho Internacional Privado que se refieren a la validez de documentos emitidos en el extranjero– vigentes en la materia, ya que la delegación estatuida por el art. 101 de la Ley de rito fiscal no autoriza a que un mero acto administrativo de carácter convencional como el de la AFIP con otra administración pueda modificar el régimen legal probatorio existente en nuestro país y que se encuentra previsto en convenios internacionales[183].

En esa inteligencia, no nos ha parecido convincente el argumento de que los datos comprendidos en el intercambio de información impositiva puedan ser considerados –tal como sostienen algunas áreas de la AFIP– como exceptuados del apostillado, pues no constituyen "documentos administrativos relacionados directamente con una operación comercial o aduanera", en los términos del art. 1° del Anexo A de la Conferencia de La Haya[184].

182 *Op. cit.* en la nota 109.

183 *Idem.*

184 Se ha dicho sobre la interpretación restrictiva de esta norma lo siguiente:

"Se discutió largamente entre los delegados, en particular, si debían mantener bajo el alcance de la Convención los certificados de origen y las licencias de importación y exportación. Finalmente, se decidió que debía considerárselos excluidos por dos razones principales, (…) 1) a menudo estos documentos eran eximidos de legalizaciones y 2) en los casos en los que se requería una formalidad, no se exigía por lo general, propiamente, una legalización, sino una autenticación del contenido mismo, lo que importaba un control material por parte de la autoridad competente que excedía el objeto de la Convención. Por otro lado se observó que la comisión redactora quiso evitar que se diera a la exclusión un significado demasiado general, de ahí que se utilizara la calificación: documentos 'administrativos', con la intención de que los contratos comerciales y los poderes quedasen alcanzados por la Convención y exceptuados de este apartado. También se utilizó la expresión 'directamente', tendiendo a restringir la exclusión a aquellos documentos donde el contenido mismo revele el destino comercial o aduanero, sin abarcar a aquellos que puedan ser ocasionalmente usados en operaciones comerciales (como los certificados emitidos por los Registros de Patentes y Marcas, por ejemplo)" (*cfr.* UZAL, María Elsa; "La legalización de documentos públicos extranjeros. Su supresión por la Convención de la Haya del 5 de octubre de 1961"; El Derecho T° 129- p. 700; este comentario está basado en el "Informe Explicativo" de la Convención que fue elaborado por el Profesor Yuon Loussouarn, perteneciente a la Comisión que redactó la Convención y que fuera publicado por la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado).

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 37

Tampoco creemos pertinente la invocación del secreto fiscal contenido en los convenios internacionales (en caso de tratarse de los CDI) para que las autoridades competentes eludan determinados trámites necesarios para otorgar validez jurídica en otro territorio a documentos que hacen al intercambio de datos propiciado por esos mismos convenios. Toda vez que las condiciones de validez de dichos documentos en la otra jurisdicción a la que se remiten constituyen una cuestión no regulada por los referidos CDI, ese aspecto deberá indefectiblemente regirse por la legislación interna de cada país que ha suscripto los convenios en cuestión (eventualmente, se aplicarán otros convenios internacionales aprobados por dicho país que rijan la materia probatoria entre distintas jurisdicciones). Y estimamos que resultaría abiertamente contradictorio con la posibilidad de intercambiar datos –prevista por el propio CDI– si se invocase el deber de confidencialidad justamente para frustrar el procedimiento que le otorgaría validez en un juicio a los elementos de prueba recabados para ser remitidos al otro Estado.

Entendemos que conclusiones parecidas respecto de dicho argumento le caben al caso de la información que se intercambie con sustento en los acuerdos específicos de intercambio de información celebrados por la AFIP en virtud de la delegación contenida en el art. 101 de la Ley 11.683. Si bien tales acuerdos contienen cláusulas respecto de la confidencialidad de la información, estimamos que estas no podrían ser invocadas para frustrar el objetivo del convenio y mucho menos para modificar las normas vigentes en nuestro país respecto de la validez de documentos emitidos en el extranjero. Sobre todo, ya que –como viéramos– los referidos convenios son producto de una delegación en cabeza de la AFIP que de ningún modo podría considerarse que autoriza a sustituir el régimen de prueba estatuido legalmente para la admisión de elementos probatorios recabados fuera del país.

VIII.5. Los derechos y acciones de los contribuyentes frente al intercambio

Bien señala FERREYRA que los acuerdos de intercambio de información no contienen disposición alguna referida a una posible intervención de los particulares respecto de los cuales la información es intercambiada[185]. Es por ello que, en ausencia de una norma convencional, la posibilidad de participación o intervención del contribuyente queda librada a lo dispuesto en la normativa doméstica.

La panelista comenta las diversas posturas en el derecho comparado:

1) la mayoría de los países no informan ni autorizan a los particulares a involucrarse en el proceso de intercambio de información;
2) algunos países permiten a los contribuyentes formular objeciones recién después de que la información fue remitida, lo cual le quita cualquier tipo de valor a la intervención;
3) otros, informan al contribuyente y le suministran la misma información que intercambiaron;
4) muy pocos otorgan un verdadero valor trascendental a los derechos procesales: en este sentido, Suiza brinda el derecho a ser oído como así también al derecho de apelar con efecto suspensivo la decisión de remitir información al país que la requiere[186]. En el mismo sentido, Uruguay también posee un procedimiento de vista al contribuyente[187] y un derecho a recurrir suspensivamente la medida del juez de primera instancia[188], para el caso de haberse resuelto la transmisión de información protegida por el secreto bancario.

Al igual que como ocurre con otros derechos y garantías que son tan importantes en los ordenamientos legales, entendemos que no se justifica por qué los mismos no son considerados en el intercambio de información internacional. Aunque puedan ser apreciados –esto afirman quienes niegan la aplicación de dichos

185 En un antecedente de la Dirección de Asesoría Legal (Dictamen 16/99) se sostiene que, a los efectos de impugnar la validez de la información suministrada, un particular podría llevar el caso a la autoridad competente del Estado contratante del que es residente en el marco de las normas de procedimiento amistoso previsto en los CDI, medida cuya efectividad resulta dudosa.

186 OBERSON, Xavier; *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 98B, 2013, p. 53. Ver también, CALDERÓN CARRERO, José M.; *Tendencias Actuales en Materia de Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias*, Crónica Tributaria N°99 (2001).

187 *Cfr*. Dec. 313/2011.

188 El procedimiento para el levantamiento del secreto bancario tiene inspiración en la normativa que aprobó Chile para hacer posible su ingreso a la OCDE. Se inicia con una denuncia fundada y expresa del fisco nacional o extranjero, y prosigue como proceso abreviado ante la Justicia Civil. El juez sólo podrá admitir el levantamiento si reúne elementos objetivos que hagan presumir que hubo evasión, y su resolución puede ser apelada con efecto suspensivo (*cfr*. Loaiza-Keel, Carlos; "Un nuevo Uruguay tributario"; Revista de Antiguos Alumnos del IEEM-Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo, febrero 2011, pp. 36/38).

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 38

derechos– como procedimientos de recolección de datos –es decir, de documentación preparatoria–, vale reconocer que también se trata de efectivos procedimientos administrativos, con importantes efectos jurídicos sobre los administrados. Con lo cual, creemos que se justifica plenamente que los particulares posean ciertas prerrogativas propias de dichos procesos, en tanto no entorpezcan los procedimientos investigativos ni las facultades fiscalizadoras de las Administraciones.

En nuestro país, no hay disposiciones expresas que regulen los derechos y garantías, tales como la notificación de la existencia de un proceso de intercambio de información o, en su caso, el derecho a participar de los contribuyentes. Menos aún se verifica la posibilidad de revisar el procedimiento de intercambio de información llevado a cabo[189].

No obstante ello, coincidimos con FERREYRA en cuanto postula la necesidad de que los obligados tributarios afectados posean mecanismos que les permitan controlar la legalidad del procedimiento de intercambio y el uso que se haga con posterioridad de los datos intercambiados[190]. En la Argentina se reconoce el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copia de los documentos allí contenidos[191]. No obstante, coincidimos con la autora en cuanto a que, hasta tanto se verifique la obligación de la Administración de notificar sobre la existencia de un proceso de intercambio de información, cualquier derecho a participar o a tomar vista del procedimiento podrá resultar ilusorio.

VIII.6. Vigencia de los mecanismos tendientes a la protección de los datos personales en el intercambio internacional de información tributaria: el secreto fiscal y la Ley 25.326 de protección de datos personales

Sin perjuicio de la normativa interna de nuestro país que contempla el instituto del secreto fiscal, en materia de legislación convencional, tanto los CDI, como los Acuerdos de Intercambio de Información Específicos y la Convención Multilateral de la OCDE establecen disposiciones que resguardan la referida confidencialidad[192]. Esto es así ya que, como bien señala FERREYRA, a falta de una disposición específica, los países que otorgan un alto nivel de protección a la información fiscal no intercambiarían datos con otros que posean estándares de protección diferentes.

Como bien advierte la panelista, esta figura se encuentra destinada a resguardar tanto los derechos de los contribuyentes como de los responsables y hasta de los terceros ajenos a la relación tributaria.

Es de destacar en el ámbito de la OCDE la elaboración de la Guía para la Protección de la Confidencialidad de la Información Intercambiada para Propósitos Fiscales (*The OECD Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes - Keeping it Safe*[193]). En la misma, por un lado, se analiza el marco legal para proteger la confidencialidad de la referida información que se intercambia, ya sea dentro de los convenios internacionales (CDI, TIEA o instrumentos multilaterales) o en las respectivas legislaciones domésticas. A tales efectos, se analizan las diversas políticas administrativas y prácticas para proteger la confidencialidad. Por su parte, se efectúan recomendaciones, tanto en el campo legal como en el práctico, para el cumplimiento de tales fines.

En función de lo expuesto, tal como explica FERREYRA, debe verificarse un doble cumplimiento en el intercambio informativo, a saber:

VIII.6.1. Uso de la información por parte de nuestra Administración

Por un lado, nuestro país, como Estado receptor de información, debe atenerse a utilizar los datos en función de los objetivos propios de la Administración tributaria.

189 BARZOLA, Juan P.; "Intercambio Internacional de Información Tributaria. La Experiencia Argentina", trabajo presentado en las Jornadas Regionales IFA, Buenos Aires, 2010.

190 En el mismo sentido ver CALDERÓN CARRERO, José M.; *Tendencias Actuales en Materia de Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias*, Crónica Tributaria N° 99 (2001).

191 CASANOVAS, Carlos y RAMOS RIVERA, Oscar; *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities,* Argentine Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 98B, 2013, p. 80.

192 El deber de mantener la confidencialidad sobre la información intercambiada es resaltado por la OCDE como una de las cuestiones centrales en materia de intercambio de información en general, aunque particularmente en su modalidad "automática" (*cfr*. *Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*).

193 *OECD* 2012. Ver documento en sitio *Web*: http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Keeping%20it%20Safe_EN_FINAL_forweb.pdf .

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 39

Jamás podría, en ese orden de ideas, bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional, dar a difusión pública la información que otro Estado le provee (aun si invocara la utilización del polémico quinto párrafo del art. 101[194] de la Ley de Procedimiento Tributario, que prevé la posibilidad de dar a conocer listas de supuestos infractores y de las conductas que se les imputen a estos). Una utilización impropia de tales datos podría implicar también una violación del secreto fiscal (cfr. art. 101 de la citada ley ritual, que remite al Código Penal en su parte sancionatoria) y la posible aplicación del régimen sancionatorio (penal y administrativo) contenido en la Ley de Protección de Datos Personales (25.326). Ello, sin perjuicio de las consecuencias que tales acciones podrían acarrear en el campo de la responsabilidad civil.

FERREYRA hace alusión a otras discusiones que se han generado en la OCDE con respecto al alcance de la "esfera de uso" de los datos. Señala al respecto que, recién a partir de las cláusulas contenidas en los modelos de CDI y otros acuerdos de intercambio de información "2000-2003", la información intercambiada puede usarse para la gestión tributaria de cualquier impuesto aplicado por el Estado receptor. También la información puede utilizarse en el marco de los procedimientos y procesos de revisión de actos dictados en el ejercicio de tales funciones, como en procedimientos tendientes a la aplicación de sanciones por incumplimientos tributarios o procesos penales similares. Sin embargo, por su espectro actual, advierte la autora que sigue sin autorizarse su uso a los fines de la persecución de otros delitos como el de blanqueo de capitales (esto más allá de los esfuerzos del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE por hacer más redituable la interrelación entre mecanismos antiblanqueo y mecanismos de lucha contra el fraude fiscal internacional)[195].

Sobre esto último, coincidimos con FERREYRA en cuanto a que, en la medida que el Estado emisor lo permita, los datos recibidos por la AFIP podrían ser utilizados en la Argentina por la Unidad de Información Financiera ("UIF") ya que este organismo está facultado para solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones a cualquier organismo público nacional, provincial o municipal, todos los cuales están obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije bajo apercibimiento de ley. Además, se ha establecido en cabeza de la AFIP la obligación de informar a la UIF y de poner a su disposición la documentación recabada y de llevar a su conocimiento las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa de lavado de activos o financiación de terrorismo.

No obstante lo expuesto, en el marco de cualquiera de los instrumentos de intercambio de información que no posean rango legal, la Argentina como Estado emisor no podría suministrar datos tributarios para fines que no sean de esa naturaleza, como podría ser la aplicación de normativa de lavado de dinero[196]. Ello, en virtud de la limitación contenida en el artículo 101 de la LPT (sólo permite el intercambio a los fines fiscales). Este último tema se vincula con el uso de la información que envía la AFIP hacia otros países, aspecto que será tratado en el próximo acápite.

VIII.6.2. Control sobre el uso de la información transmitida por nuestra Administración

Sobre este aspecto, cabría esperar que los Estados –en rigor, los gobiernos– con los cuales la Argentina, como Estado emisor, celebre los convenios, cumplan efectivamente con las restricciones que recaen sobre esos datos y que sean países respetuosos de las instituciones democráticas y del derecho de propiedad. Los acuerdos –y entre ellos, los celebrados por la AFIP– suelen tener cláusulas en las que se limita significativamente el uso que puede efectuarse de tales datos. No obstante, a pesar de tales restricciones normativas, correspondería que desde nuestro país se realice algún tipo de evaluación o seguimiento respecto de la aplicación efectiva de las citadas garantías en el país de destino de la información[197].

---

194 Incorporado por el Decreto de necesidad y urgencia 606/99. Nos parece importante recordar que en la causa resuelta por el Juzgado Nacional de Primera Instancia N° 4 en los autos "Promofilm S.A. y otros c. AFIP" (de fecha 08/10/2003), se hizo lugar a un amparo interpuesto por la actora y el entonces Juez Guglielmino (luego Procurador del Tesoro de la Nación) declaró en muy duros términos la inconstitucionalidad de la aludida excepción al secreto fiscal.

195 Ver al respecto el informe de la OCDE *Access for Tax Authorities to Information Gathered by Antimony Laundering Authorities*.

196 FERREYRA cuenta que, históricamente, "…esta fue la razón para la no ratificación del CDI firmado con Estados Unidos en 1981 en función de la reserva del Senado americano de divulgar a la Oficina General de Contabilidad Gubernamental *(Government Accountability Office)* la información para aplicación de la ley de prácticas corruptas extranjeras *(Foreign Corrupt Practices Act)*".

197 Lo ideal sería que el Congreso de la Nación tenga algún tipo de injerencia en ese control.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:34 Página 40

VIII.6.3. La posibilidad de invocar la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales a los efectos del control del uso de la información intercambiada con otras Administraciones

FERREYRA también propone el análisis de la posibilidad de invocar la Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, "LPDP") para tales fines desde una doble perspectiva: en relación al Estado emisor o al Estado receptor.

Recordemos que esta normativa reglamenta la garantía constitucional del *habeas data*, y el derecho de toda persona a tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

La doctrina es conteste en considerar viable la aplicación de dicha normativa en torno a los datos en poder de las Administraciones Tributarias. Por lo que, al respecto, FERREYRA considera que podría admitirse su uso en el campo del intercambio de información tributaria entre diversas jurisdicciones. Sobre el particular, la autora estima que "…la AFIP debería cumplir con las solicitudes de acceso, supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de dicha información".

Vale recordar, no obstante, que la LPDP establece que "[l]a información sobre datos personales…puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales… la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas" (art. 17.2). Asimismo, dispone dicho plexo legal que "[l]a resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado" (*idem*).

FERREYRA sostiene que "…esta excepción debe interpretarse razonablemente so pena de vulnerar la garantía constitucional que reglamenta". Cita para fundar su postura un antecedente de la Corte Suprema en el cual, no obstante oponerse a la procedencia de la acción de *habeas data* en el caso particular tratado, sentó las bases de su correcta interpretación[198]. De dicho antecedente, la panelista deriva algunas conclusiones:

- En principio no habría reparo alguno para que un particular solicite el acceso a la información a ser suministrada a otra Administración fiscal.
- Tampoco existirían impedimentos en el caso de que esta petición sea hecha al Estado receptor. No obstante, en este último supuesto podría ocurrir que la información esté siendo utilizada a los fines de investigar al particular, hipótesis en que la AFIP deberá emitir una resolución fundada expresando su negativa a permitir dicho acceso, de conformidad con la excepción prevista por la LPDP.

Nos parece absolutamente lógico que los obligados tributarios afectados posean mecanismos que les permitan controlar la legalidad del procedimiento de intercambio y el uso que se haga con posterioridad de los datos intercambiados. De *lege ferenda*, entendemos que, cuanto menos, debería instrumentarse una especie de notificación del intercambio de datos personales al interesado después de un tiempo considerable, si se estimase que la misma podría llegar a entorpecer las facultades investigativas de la AFIP o del otro país requirente.

Otro mecanismo complementario para controlar la legalidad de los intercambios de información consistiría en arbitrar una institución o una Comisión mixta comunitaria o internacional, según el caso, con competencias de control de tales intercambios, del uso de la información, etc.

VIII.7. El formato en que los datos son transmitidos. ¿Posibles problemas para el intercambio?

Sobre este respecto, RAJMILOVICH estima crucial la estandarización de los formatos, "…para que dicha información pueda ser capturada, intercambiada y procesada rápida y eficientemente y con bajo costo de procesamiento por el país receptor".

En este sentido, explica el autor que los trabajos de la OCDE sobre estandarización han comenzado con el formato magnético SMF, y luego avanzaron hacia el uso de lenguaje XML language (STF) . También se han desarrollado programas de conversión de SMF a STF, lo que permite gozar del intercambio de información aun cuando los dos países utilicen formatos diferentes.

En el Informe OCDE 2013 se concluye que el alcance de la información tributaria objeto del intercambio automático debería tener el mayor grado de parametrización, precisión y amplitud, en el marco de un esque-

198 CSJN; "*Empresa de Combustible Zona Común*", 7/4/09.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:34 Página 41

ma costo-efectivo para los agentes de información (bancos, corredores, custodios, fiduciarios, etc.) y las autoridades fiscales.

Según los elementos disponibles, la OCDE entiende que la FATCA constituye un buen punto de partida, pues el sistema impuesto por los EE.UU. cuenta con reglas detalladas sobre:

- un rango amplio de instituciones financieras alcanzadas[199];
- la información a ser prevista[200];
- requerimientos estrictos de *due diligence* en la investigación del beneficiario efectivo (*ultimate beneficial owner*) de los activos[201];
- estándar de alta calidad en el contenido de la información a colectar, requiriéndose la captura del número de identificación tributaria de los titulares de cuentas o depósitos

La FATCA se apoya en los procesos de reporte dentro de Estados Unidos de América a que se encuentran obligadas las instituciones financieras a las autoridades fiscales y de intercambio de información tributaria entre Estados.

El modelo que se sigue dentro de la FATCA es el Modelo 1 IGA (*Inter Government Agreements*), cuya característica es el flujo bilateral de información a través de las autoridades fiscales, tal como se explicara precedentemente. Las instituciones financieras agentes de información suministran la información a sus respectivos Fiscos, y es el Fisco quien intercambia la información anualmente con el otro Fisco.

Como advierte RAJMILOVICH, en la actualidad existe en curso un Plan Piloto que sigue el Modelo 1 IGA entre Francia, Alemania, España, Reino Unido e Italia (abril de 2013). A este proyecto se han unido o han manifestado su voluntad de unirse:

Otros doce países europeos (abril-mayo de 2013)[202], entre los cuales están Bélgica, República Checa, Países Bajos, Polonia y Rumania.

Territorios de ultramar y dependencias de la corona británica (mayo de 2013)[203].

México, Noruega y Australia (junio de 2013)[204].

En cuanto al formato de *reporting,* en el Informe OCDE 2013 se concluye que el formato debería ser el utilizado en la FATCA: STF (*Standard Transmission Format*) desarrollado por la OCDE, el cual utiliza el lenguaje XML.

El Consejo de la Unión Europea ha adoptado formatos estándares para la implementación de la Directiva del Ahorro los cuales están basados en gran medida en el formato STF de la OCDE (el cual se denomina FISC 153).

En lo que hace a la realidad concreta de la Argentina, según afirma BARZOLA, "…[n]o existe ninguna evidencia concreta de problemas que se puedan haber presentado en la implementación de esta modalidad de intercambio de información hasta el presente, ya sea por cuestiones de formato de transmisión de los datos, por inconsistencias o impedimentos vinculados con su apropiación y utilización o por episodios vinculados a la seguridad o confidencialidad de la información transmitida".

Podría señalarse que en algunos países es difícil la apropiación de la información cuando viene en formatos distintos, pero en la argentina tal intercambio se encuentra armonizado según los formatos OCDE.

---

199 Bancos, brokers, custodios y ciertas compañías de seguros, trusts, vehículos de inversión colectiva, incluyendo *hedge funds* y *private equity funds*.

200 La misma es amplia, pues se incluyen saldos de cuentas, montos brutos de intereses, dividendos, otros ingresos y producido de la venta o el rescate de activos en cuentas de custodia o de contratos de seguro.

201 De este modo, se limitan las posibilidades de interponer compañías vacías (*shell companies*), trusts, fundaciones o vehículos corporativos.

202 Ver la minuta con la declaración en: https://www.gov.uk/government/publications/statement-on-the-pilot-multilateral-automatic-information-exchange-facility.

203 Ver https://www.gov.uk/government/news/chancellor-welcomes-huge-step-forward-in-global-fight-against-tax-evasion.

204 Respecto de México, ver: http://www.shcp.gob.mx/Biblioteca_noticias_home/comunicado_037_2013.pdf y http://www.hacienda.gob.mx/Biblioteca_noticias_home/comunicado_049_2013.pdf ; En cuanto a Noruega, ver: https://www.gov.uk/government/news/g8-2013-concrete-action-agreed-on-tax-transparency , acerca de Australia, ver: http://ministers.treasury.gov.au/DisplayDocs.aspx?doc=pressreleases/2013/009.htm&pageID=003&min=cebb&Year=&DocType.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:34 Página 42

VIII.8. El intercambio de datos tributarios con Uruguay y otras plazas financieras *off shore*. La situación actual y sus perspectivas: ¿es posible que en el futuro se pueda dar el intercambio "automático" con nuestros vecinos rioplatenses?

El 24/04/2012 fue anunciada en los medios de comunicación masiva la firma del denominado "Acuerdo entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay para el intercambio de información tributaria y método para evitar la doble imposición". De este modo, se ha cumplido un viejo anhelo de nuestra Administración Tributaria, con impacto en el intercambio económico entre ambos países, particularmente en razón de las inversiones de residentes argentinos del otro lado del Río de la Plata.

Como antecedente de relevancia, cabe recordar que, en diciembre de 2011, la OCDE había retirado a Uruguay de la denominada "lista gris" de paraísos fiscales (donde lo había previamente incluido en abril de 2009); no obstante, le reclamó la suscripción de nuevos acuerdos de intercambio de información tributaria, fundamentalmente con la Argentina y Brasil, entre otras exigencias. También se le exigió a dicho país que se avance con la identificación de los propietarios de las acciones al portador, aspecto que se concretó con la sanción de una ley especial.

La acción del país hermano no resulta aislada pues, como señala RAJMILOVICH en su trabajo, varias plazas financieras *offshore* (incluidos los paraísos fiscales) a pesar de no convenirles objetivamente, se apuraron a aprobar el estándar internacional de transparencia fiscal e incluso colaboraron en la redacción del Modelo de la OCDE en el marco del Foro Global de Transparencia Fiscal, autoobligándose a negociar y firmar TIEA bajo dicho Modelo, a soportar las "*peer reviews*" llevadas a cabo por representantes de otros países (en Fase 1 y en Fase 2) y aceptar las calificaciones de los informes de revisión y las modificaciones propuestas a su legislación doméstica. Dicho autor también se ha referido a la llamativa sobreactuación de algunos otrora *tax havens* en el cumplimiento –hasta por demás– de algunos pedidos de información.

RAJMILOVICH entiende que tales actitudes son producto de la irrupción de un estándar internacional que genera un efecto del tipo "dilema del prisionero" en el que determinadas plazas financieras *off-shore* (Bélgica, Luxemburgo, Austria, Suiza, etc.), si bien estarían mejor con el sistema anterior del anonimato, la resistencia al movimiento en ciernes les produciría un perjuicio más acentuado.

Por tratarse de países y jurisdicciones con historia de opacidad fiscal y bursátil, ya es un gran avance que muchos de ellos se hayan alineado con el estándar de intercambio a requerimiento. BARZOLA destaca, en este sentido, con relación a los acuerdos específicos de intercambio de información, que en los últimos años "…la Argentina ha expandido su red de acuerdos para cubrir a sus socios más relevantes y, en particular aquellos países que, por sus características y regímenes impositivos preferenciales, presentan un potencial riesgo de planificación fiscal nociva que podría afectar los ingresos fiscales de nuestro país, a través de la triangulación de operaciones de comercio exterior, la prestación de servicios financieros y la interposición de sociedades ficticias o 'pantalla'".

En ese sentido, dicho panelista agrega que resulta lógico que tales jurisdicciones hayan limitado la aplicación de tales acuerdos al intercambio de información previo requerimiento. Ello va en línea con el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de la OCDE de 2002, en el que también han participado las jurisdicciones consideradas como "refugios fiscales" por dicha organización.

En cuanto a lo que podría ocurrir de ahora en más, y respecto del tema que nos convoca, no se vislumbra en un futuro inmediato la aceptación del intercambio automático de información por parte de Uruguay y otros países y jurisdicciones con características similares. Podemos decir, con seguridad, que muchos de estos países van a dar batalla en el Foro Global para ralentizar la adopción del nuevo estándar. No obstante, entendemos que tanto la presión de la Argentina y Brasil en los organismos multilaterales como la OCDE y el G-20, así como el gran ímpetu que ha adoptado en el concierto internacional el *gold standard*, resultan factores que, en conjunto con otros aspectos de carácter político, podrían llegar a producir un nuevo evento sorprendente en un futuro no muy lejano, tal como ocurrió cuando se anunció la firma del TIEA entre nuestro país con Uruguay.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:34 Página 43

IX. CONSIDERACIONES FINALES

Como bien han señalado los panelistas, aunque el intercambio automático exista desde hace tiempo, su aplicación se encuentra todavía limitada actualmente a determinados países, por lo general, desarrollados, y a ciertas categorías de activos financieros[205].

El objetivo de la "nueva ola" que se verifica en los foros internacionales apunta, ambiciosamente, a expandir el *gold standard* y que su uso se generalice.

RAJMILOVICH hace una explicación muy completa de por qué el enfoque de solución multilateral es superior al enfoque bilateral. Dentro de tales fundamentos está, por supuesto, la propia necesidad de que el *approach* sea multilateral para que esta modalidad de combate contra la evasión funcione efectivamente. Ello así, pues las excepciones pueden claramente mellar el sistema, y el capital no declarado seguiría con posibilidades de seguir migrando.

Por tales motivos es que ha nacido un consenso entre la mayoría de los Estados, extendiéndose mucho más allá del ámbito específico de los organismos que nuclean a los países desarrollados (como la OCDE), en el sentido de construir un nuevo estándar internacional basado en un esquema de intercambio efectivo de información tributaria.

Como bien señala el referido panelista, aquellos países que rechacen o que no cumplan acabadamente con el estándar internacional, en un futuro no lejano serán objeto de acciones de retaliación por parte del bloque de países sostenedores del estándar (G20, OCDE, Unión Europea, Naciones Unidas, etc.).

También nos parecen muy interersantes las afirmaciones de RAJMILOVICH en cuanto sostiene que el cambio de paradigma en el contexto de Derecho público consuetudinario no se produce mediante un proceso gradual e imperceptible, sino mediante un movimiento espasmódico y bien perceptible. En este sentido, el panelista explica el rol de diversos actores en el concierto internacional:

- Está, por un lado, quien "tensa la cuerda" del sistema, amenazando con quebrarlo. El sistema internacional que se ha tensado es el de acuerdos de intercambio de información tributaria del estándar vigente (art. 26 MCOCDE y Modelo del Foro de Transparencia). Quien la ha tensado son los EE.UU., mediante la aprobación de la FATCA, "…una legislación indudablemente extraterritorial que provoca 'espasmos' en las prácticas internacionales, vulnerando garantías constitucionales de amplio arraigo y reconocimiento inherentes a los derechos personales a la intimidad y la confidencialidad".
- Está, por otra parte, quien reacciona para proteger el *status quo*, que es Suiza, a través de su propuesta de Acuerdos Rubik, cuyo propósito político no es otro que "boicotear" el movimiento de cambio al estándar internacional, legitimando un mecanismo de anonimato fiscal sin límite temporal.

El mencionado panelista se anima a aventurar hacia dónde avanza el sistema, y considera que el movimiento va inexorablemente hacia un modelo de sistema global de intercambio de información *automático* y *de alcance multilateral*, cuya dirección –según sostiene– es francamente irreversible. Estima asimismo que el ordenamiento de este proceso de cambio se efectuará por medio de la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa de la OCDE[206].

Es decir, en la etapa actual la FATCA ha marcado la dirección con el cambio de estándar internacional[207]. En una segunda instancia (futura), RAJMILOVICH considera que la FATCA retrocederá en su configuración actual (extraterritorial), a fin de permitir encauzar la implementación de un sistema común de alcance multilateral.

---

205 RAJMILOVICH, en su presentación, hace referencia a la Directiva del Ahorro (Resolución del Parlamento Europeo de fecha 19/04/2012: *European Parliament resolution of 19 April 2012 on the call for concrete ways to combat tax fraud and tax evasion*, Estrasburgo), que si bien alcanza actualmente a 42 países y territorios (27 países integrantes de la Unión Europea y otros 15 países o territorios integrantes del territorio europeo –caso de Luxemburgo, Suiza o Liechtenstein- o Estados asociados a Estados Miembros –casos de las Islas de Jersey, Guernsey, Islas Vírgenes Británicas, Antillas Holandesas, Andorra, etc.)–, solo se aplica a los intereses de colocaciones financieras, no a dividendos, regalías o ganancias de capital.

206 Este instrumento permite establecer una base legal común que ampare las más diversas modalidades de intercambio de información, formas de asistencia en la fiscalización y en el cobro de tributos, cuya implementación puede tener carácter bilateral o por grupos de países. También permite legitimar el alcance y el formato del FATCA.

207 BARZOLA, por su parte, augura la multiplicación de la suscripción de acuerdos intergubernamentales del estilo del FATCA, y que tenderá a instalar el intercambio automático de información tributaria como el nuevo estándar internacional.

003-T1-Fraga_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:34 Página 44

En suma, a criterio del panelista se ha impuesto el modelo FATCA, pero bajo el "ordenamiento" de la Convención Multilateral OCDE (que implica no mucho más que quitarle al FATCA los particularismos de la legislación norteamericana) con el propósito de generar un marco legal propicio para canalizar los distintos tipos de intercambio (incluyendo el automático), de fiscalización y asistencia en el cobro de tributos.

Ahora bien, no puede desconocerse que el nuevo *gold standard* del intercambio automático provoca efectos en diversos ámbitos y genera, en este sentido:

Necesidades de adecuación de la legislación interna de los países (en materia de secreto bancario, defensa del consumidor, protección de datos personales, etc.), a fin de permitir llevar a cabo el intercambio de información.

Necesidad de garantizar la protección de derechos constitucionales de los contribuyentes, tales como la confidencialidad en el uso de la información tributaria, el debido proceso en la obtención y en la gestión de dicha información por parte de las agencias de recaudación, etc.

Acerca de este último aspecto, y con respecto a los derechos de los titulares de los datos sujetos a intercambio, RAJMILOVICH también ha concluido que el tradicional carácter *secreto* de la información de relevancia fiscal (con la excepción del fisco del país de residencia del titular de los activos y las rentas), que hasta ahora amparó las normas del anonimato sobre dicha titularidad, está virando hacia la *confidencialidad* en el uso de dicha información. Ello significa que la garantía ya no pertenece a la etapa de "acceso" a la información sino a la etapa del "uso y manejo" de la información.

Este "corrimiento" requiere, según afirma el autor, que los mecanismos de protección a favor del contribuyente deban naturalmente extremarse. Por ello, propone que tales cuestiones sean objeto de una acción a nivel global, quizás bajo la coordinación de la ONU, a los fines de implementar un acuerdo mundial sobre Garantías Mínimas en favor de los Contribuyentes sobre Buenas Prácticas relativas al Manejo de la Información Financiera con Fines Tributarios entre dos o más Estados Soberanos. Adherimos plenamente a tales propuestas.

Respecto de la situación en la República Argentina, su legislación tributaria se ha ido adaptando al nuevo escenario internacional y, como señala BARZOLA, nuestro país se encuentra en perfectas condiciones de cumplir con los nuevos parámetros que se plantean según el *gold standard*. Máxime, en función de los numerosísimos regímenes generales de información instaurados por el propio organismo recaudador, que nada tienen que envidiar a aquellos que rigen en los países desarrollados[208].

A punto tal ha aprovechado nuestra Administración esta tendencia de promoción del intercambio internacional de información tributaria, que se ha valido bastante de ella hasta para promover y motivar la adhesión al último blanqueo de capitales, establecido por la Ley 26.860 y sus reglamentaciones. En este sentido, recientemente la AFIP se ha encargado de difundir en los medios la detección de más de 7500 contribuyentes con rentas en el exterior no declaradas[209], sin perjuicio de las particulares acciones de fiscalización y de inducción con el objetivo de que tales sujetos procedan a "regularizar" tales situaciones.

Por otra parte, de lo expuesto en los anteriores puntos de este relato, particularmente del trabajo presentado por FERREYRA, surge que –en tanto no se verifique una medida multilateral como la propuesta por RAJMILOVICH– debería en algún momento avanzarse en nuestro país con ciertas modificaciones legislativas tendientes a plasmar, en un plexo de rango legal, los derechos y garantías de los contribuyentes que son sujetos a estos procedimientos de intercambio. Ello no sólo redundaría en una mejor vigencia de los derechos constitucionales de los administrados, sino que también resultaría beneficioso para la Administración, cuyo accionar será más transparente y sujeto a una mucho menor cantidad de impugnaciones al momento de determinar presuntas deudas con elementos recabados por medio del referido intercambio.

208 Por el contrario, los superan en cantidad, intensidad y periodicidad.

209 ZAIAT, Alfredo; "Piedra libre a los capitales ocultos"; Página/12, 13/10/2013; obtenido en sitio *Web*: http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-231176-2013-10-13.html .

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 45

INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

JUAN PABLO BARZOLA*

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, la crisis financiera mundial que se ha iniciado en 2008, y cuyos efectos tendrán una duración incierta, ha impulsado una toma de conciencia en los funcionarios públicos responsables de las finanzas, sobre la necesidad de profundizar la transparencia en los marcos regulatorios aplicables a las actividades bajo su órbita.

La transparencia en materia fiscal es, claramente, una de las asignaturas que mayor impulso político ha venido recibiendo en los últimos años, como lo demuestran las sucesivas declaraciones y comunicados de los líderes mundiales reunidos en el denominado Grupo de los 20 (G 20). Así, desde las cumbres de Washington (15 noviembre 2008), Londres (2 abril 2009) y Pittsburgh (25 septiembre 2009), quedó clara la intención del G20 de aplicar el estándar internacional de transparencia e intercambio de información, para evaluar el desempeño de todos los países en esta materia y coordinar la aplicación de medidas defensivas a nivel global contra aquellas jurisdicciones que no cooperen en esta necesaria cruzada.

El estándar internacional de transparencia e intercambio de información fue desarrollado por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información de la OCDE, un marco multilateral creado en 2000 por los países miembros de dicha institución y algunos países no miembros. Este estándar está basado en los principios sobre los cuales se estructuran el Artículo 26 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (Modelo OCDE) y el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de la OCDE de 2002 (Modelo AII OCDE 2002) y comprende los siguientes aspectos[1]:

- Intercambio de información a requerimiento, en la medida que sea "previsiblemente relevante" para la administración y aplicación de la legislación interna (impositiva) de las partes.
- No restringir el intercambio de información por causas de secreto bancario o ausencia de un interés fiscal doméstico.
- Disponibilidad de información confiable y facultades suficientes de acceso a dicha información.
- Respeto de los derechos y garantías de los contribuyentes.
- Estricta confidencialidad de la información intercambiada.

El estándar fue adoptado por primera vez en la reunión de ministros de Economía y presidentes de bancos centrales del G20, desarrollada en Berlín en noviembre de 2004. A partir de entonces, cada vez más y más países han adherido a él y se han comprometido a aplicarlo. Ello derivó en una ampliación tanto de la membresía como del ámbito de acción del Foro Global de la OCDE, que se reestructuró en consecuencia para convertirse en un organismo verdaderamente global con más de 110 países que actúan en igualdad de condiciones.

Bajo su nueva estructura, el Foro Global diseñó un proceso de revisión de pares para identificar en qué medida los países cumplen con el estándar internacional. Este proceso, llevado adelante por un conjunto de 30 países que conforman el Grupo de Revisión de Pares (PRG por sus siglas en inglés), no sólo tiene el total apoyo del G20 sino que periódicamente el Foro Global debe reportar a los líderes políticos que lo conforman sobre los avances observados en el referido proceso. Desde entonces, se han completado y publicado 113 revisiones y las jurisdicciones involucradas se han comprometido a aplicar el estándar internacional.

Como prueba de los avances logrados a partir del trabajo del Foro Global, y de la seriedad de los compromisos asumidos por las jurisdicciones evaluadas, puede señalarse que, desde la reestructuración del Foro Global en 2009, se han suscripto 1500 nuevos instrumentos de intercambio de información que cumplen con el estándar internacional[2].

---

* Contador Público Nacional. Jefe de División Doble Imposición de la AFIP. Ex director de la Dirección de Relaciones Tributarias Internacionales y de la Dirección de Imposición Directa del Ministerio de Economía de la Nación. Delegado por Argentina ante el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Prof. universitario en carreras de grado y posgrado (Univ. del Museo Social Argentino, Univ. Nacional del Nordeste, UBA, Instituto de Estudios para las Finanzas Públicas Argentinas).

1 PROMOTING TRANSPARENCY AND EXCHANGE OF INFORMATION FOR TAX PURPOSES - A Background Information Brief, OECD, 12 March 2010.

2 Ver http://www.oecd.org/tax/transparency/progress_report__G20.pdf , Reporte de Progreso presentado a los Líderes del G20 en septiembre 2013.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 46

Ahora bien, la adopción y gran aceptación del estándar internacional basado en el intercambio de información a requerimiento, ha venido de la mano de otro rápido avance experimentado en materia de transparencia fiscal internacional, sobre todo en el campo de la información referida a la actividad financiera y de servicios.

Basado principalmente en iniciativas legales implementadas en los Estados Unidos de América y seguido casi inmediatamente por los países que conforman el G8, el intercambio automático de información tributaria se presenta como la nueva tendencia de cooperación entre las administraciones fiscales para la lucha contra la evasión fiscal.

Motivado por las grandes necesidades de los centros financieros mundiales de contar con mayor y mejor información de relevancia fiscal, pero también por la reciente concientización sobre la existencia de interrelaciones entre los sistemas fiscales de distintos países y las redes de tratados fiscales internacionales que permiten la canalización de cuantiosas utilidades a través de centros financieros *off-shore* sin pagar impuestos en ninguna jurisdicción, esta modalidad de intercambio de información automático es visto como el futuro estándar internacional, una vez que se obtengan los consensos necesarios sobre las modalidades más efectivas para su implementación[3].

En tal sentido, propongo un análisis de esta herramienta de cooperación internacional entre las administraciones fiscales, tanto desde el punto de vista de su sustento normativo como de su implementación práctica en la actualidad y de los desafíos que su uso masivo traerán aparejados a países con distinto grado de modernización en sus estructuras administrativas y tecnológicas.

II. DISTINTAS MODALIDADES DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

A nivel internacional, la legislación tributaria de la mayoría de los países establece el secreto fiscal para toda la información de carácter financiero o patrimonial de los contribuyentes que llegue a manos de las administraciones fiscales en el ejercicio de sus facultades de control. Es por ello que, como herramienta de asistencia administrativa mutua, el intercambio internacional de información tributaria encuentra sustento legal en algún instrumento bilateral o multilateral que disponga la facultad de la administración tributaria para proporcionar a un Estado extranjero la información de que disponga.

Estos instrumentos internacionales habilitan el intercambio de información entre las administraciones fiscales sin violar la normativa interna referida al debido secreto fiscal, ya sea porque los acuerdos internacionales cuentan con jerarquía superior a las demás leyes nacionales o porque la legislación vigente permite a la administración tributaria suministrar la información cuando existe un instrumento internacional en vigor.

En la República Argentina, el artículo 101 de la Ley de Procedimiento Tributario (Ley 11.683, t.o. 1998 y sus modificaciones) dispone que las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la AFIP son secretos y que los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la AFIP están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, salvo a sus superiores jerárquicos, bajo pena de las sanciones previstas por el artículo 157 del Código Penal.

A su vez, el mismo artículo dispone que el secreto fiscal no regirá para los casos de remisión de información al exterior en el marco de los Acuerdos de Cooperación Internacional celebrados por la AFIP con otras administraciones tributarias del exterior, a condición de que la respectiva administración del exterior se comprometa a:

- Tratar a la información suministrada como secreta, en iguales condiciones que la información obtenida sobre la base de su legislación interna;
- Entregar la información suministrada solamente a personal o autoridades encargados de la gestión o recaudación de tributos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos o, la resolución de los recursos con relación a los mismos; y
- Utilizar las informaciones suministradas solamente para dichos fines, pudiendo revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

A partir de lo señalado, vemos que las administraciones tributarias pueden intercambiar información relevante para el control de las obligaciones tributarias bajo su jurisdicción sobre la base de un instrumento in-

3 Ver Comunicado de la Reunión de Ministros de Finanzas y Presidentes de Bancos Centrales del G20 del 19 de abril de 2013 en http://en.g20russia.ru/load/781302507.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 47

ternacional vigente que así lo disponga. Estos instrumentos, generalmente, adoptan alguna de las siguientes modalidades:

- Convenios para evitar la doble imposición.
- Acuerdos específicos de intercambio de información.
- Convenios multilaterales de asistencia administrativa mutua.

El intercambio de información puede efectuarse bajo distintas modalidades, con mayor o menor alcance en función de lo acordado por las autoridades competentes de cada Estado y teniendo en cuenta las capacidades particulares de cada administración tributaria. En general, vemos que se dan en la práctica las siguientes formas:

a) previo requerimiento de la administración tributaria del otro Estado, para un caso concreto sujeto a fiscalización o investigación;
b) espontáneamente, por ejemplo, cuando una administración ha obtenido, en el curso de las investigaciones realizadas, determinada información que razonablemente supone presenta interés para la administración del otro Estado;
c) automáticamente, por ejemplo, cuando las informaciones sobre una o varias categorías de rentas procedentes de un Estado y percibidas por sujetos del otro Estado son transmitidas sistemáticamente entre las administraciones tributarias.

En el presente trabajo, como puede apreciarse, se abordará el análisis de esta última modalidad que, dado el impulso político recibido en los últimos tiempos, se perfila como la herramienta más apta para el control de las operaciones internacionales y la lucha contra el fraude y la evasión, prometiendo convertirse en el nuevo estándar internacional a ser aplicado en materia de transparencia a los fines tributarios.

III. EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

Podemos definir al intercambio automático de información tributaria como la transmisión sistemática y periódica por parte de un Estado de información "en masa" al otro Estado, referida a contribuyentes residentes en ese otro Estado, respecto de determinados tipos de rentas (dividendos, intereses, regalías, salarios)[4]. La información objeto del intercambio automático es generalmente obtenida por el Estado fuente a través de los distintos mecanismos o regímenes de información implementados, referidos a operaciones internacionales, y cuyo principal proveedor es el agente de retención.

También existen otros regímenes de información que ponen a disposición de las administraciones tributarias datos que resultan de gran utilidad para los fines del intercambio automático, como los referidos a cambios de residencia fiscal, adquisiciones de activos registrables o cambios en la titularidad de las sociedades.

Como ya se señalara, el intercambio de información tributaria en general, y el automático en particular, encuentran sustento legal en algún tipo de instrumento internacional suscripto a tales fines. Tanto los convenios para evitar la doble imposición, basados en los Modelos de la OCDE o de las Naciones Unidas, como la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE–Consejo de Europa prevén todas las formas de intercambio de información entre las administraciones tributarias.

A diferencia de ello, los acuerdos específicos de intercambio de información generalmente se circunscriben al intercambio de información previo requerimiento de una administración tributaria, aunque en la práctica podemos encontrar algunos casos excepcionales en los que se ha ampliado dicho alcance[5].

Convenios para evitar la Doble Imposición

Así, en el Artículo 26 (intercambio de información) del Modelo OCDE y del Modelo ONU, se prevé que las autoridades competentes de los Estados intercambiarán la información "previsiblemente pertinente" para aplicar lo dispuesto en el convenio o para el control de las obligaciones tributarias dispuestas en la legislación nacional relativa a impuestos de toda clase y naturaleza, en la medida en que dicha imposición no sea

4 Automatic Exchange of Information - What it is, how it works, benefits, what remains to be done. OECD 2012, p. 7.

5 Ver por ejemplo el Convenio de Cooperación y Asistencia Administrativa Mutua e Intercambio de Información Tributaria entre el Servicio de Rentas Internas (de Ecuador) y la AFIP en http://www.afip.gob.ar/institucional/Documentos/acuerdos/AcuerdoEcuador.pdf

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 48

contraria al convenio. El intercambio de información alcanza no sólo a la referida a sujetos residentes en uno u otro Estado, sino que se extiende a la información de que dispongan las autoridades competentes aunque se refiera a sujetos residentes en terceros Estados, si esa información es previsiblemente pertinente para el otro Estado.

En la actualización del Modelo OCDE publicada en 2005, se incluyeron nuevas disposiciones al Artículo 26 tendientes a garantizar que los países no adopten como práctica habitual la denegatoria a suministrar información en virtud de una interpretación restrictiva de su legislación o reglamentaciones administrativas nacionales. Por ejemplo, se incorporó el apartado 4 para tratar expresamente la obligación de intercambiar información en aquellas situaciones en que la información requerida no sea necesaria para el Estado requerido para sus propios fines fiscales. Según lo explican los Comentarios a este párrafo del Artículo 26 del Modelo OCDE, antes de la introducción del apartado 4, esta obligación no estaba expresamente consagrada en el artículo, pero se evidenciaba claramente en las prácticas de los Estados miembros que reflejaban el uso de los poderes de investigación y comprobación disponibles según su ley interna para obtener la información requerida por el otro Estado, incluso si no necesitaban dicha información para sus propios fines de control y verificación[6].

Por su parte, también se incorporó el apartado 5, con la finalidad de impedir que las limitaciones del apartado 3 (limitaciones basadas en los derechos y garantías de los contribuyentes) se utilicen de modo que impidan el intercambio de información en poder de bancos, instituciones financieras, mandatarios (nominees), agentes y fiduciarios así como información sobre la titularidad de las personas jurídicas y entidades. Por ejemplo, el apartado 5 establece que un Estado no puede negarse a suministrar información a su contraparte por el solo hecho de que esa información esté en posesión de un banco u otra institución financiera y sujeta al secreto bancario. En consecuencia, el apartado 5, en cierta forma, deroga al apartado 3 en la medida en que este permitiría al Estado requerido rechazar el pedido de información sobre la base de su normativa interna sobre secreto bancario[7].

Esta nueva versión del Artículo 26 sobre intercambio de información también ha sido adoptada por el Modelo de convenio de las Naciones Unidas y, como se señalara precedentemente, es uno de los pilares del estándar internacional de transparencia e intercambio de información.

En general, la existencia de un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información que se ajuste al estándar internacional, resulta suficiente para poder intercambiar información de manera automática. Ello es así, toda vez que el convenio dispone la facultad/obligación de intercambiar información que resulte previsiblemente relevante para el control de las obligaciones impositivas, pero no hace referencia a ninguna modalidad específica de intercambio de información. Así, si bien la obligación de un Estado de intercambiar información parece referirse sólo a los casos en que esta sea requerida por el otro estado (cfr. párrafo 4 del Artículo 26 del Modelo OCDE), cierto es que la redacción utilizada lleva a concluir que existe un imperativo en toda forma de intercambio, sólo limitado por el carácter recíproco de la relación bilateral (*Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente*…, cfr. párrafo 1 del Artículo 26 del Modelo OCDE)[8].

Sin embargo, muchos países consideran que para la correcta implementación de la modalidad de intercambio automático de información, es necesario suscribir algún instrumento adicional al convenio, ya sea bajo la forma de un acuerdo ejecutivo o un memorando de entendimiento entre las autoridades competentes. Ello es así, toda vez que estiman necesario definir expresamente de manera anticipada, qué tipo de información intercambiarán de manera automática (tipos de rentas, pagos, información sobre residencia, etc.), con qué periodicidad se enviará la información y en qué formatos, entre otras cuestiones.

En rigor de verdad, si bien resulta posible implementar el intercambio automático de información tributaria con la mera existencia de un convenio para evitar la doble imposición vigente, con cláusula de intercambio de información conforme al estándar internacional, la suscripción de un instrumento complementa-

6 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, párrafo 19.6 de los Comentarios al artículo 26, p. 422. OECD PUBLICATIONS, París, 2010.

7 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, párrafos 19.10 – 19.11 de los Comentarios al artículo 26, p. 423. OECD PUBLICATIONS, París, 2010.

8 Ver al respecto el párrafo 9 de los Cometarios al artículo 26 del Modelo OCDE, p. 414, y Automatic Exchange of Information - What it is, how it works, benefits, what remains to be done. OECD 2012, p. 13.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 49

rio brinda un marco de mayor previsibilidad y compromiso a la relación bilateral de cooperación, que se caracteriza por un fuerte componente de reciprocidad.

En ese sentido, el Consejo de la OCDE adoptó la Recomendación del 22 de marzo de 2001 [C(2001)28/FINAL] para utilizar el Modelo de Memorando de Entendimiento sobre Intercambio Automático de Información para fines Tributarios[9]. Este modelo de memorando fue diseñado para ser utilizado por aquellos países que deseen fijar las condiciones para implementar el intercambio automático de información tributaria, sobre la base de un convenio para evitar la doble imposición o de la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE–Consejo de Europa.

En el referido modelo de memorando, se prevé que las autoridades competentes definan de común acuerdo qué categorías de información se proveerán de manera automática, proponiéndose incluir las siguientes: cambios de residencia de un Estado a otro; rentas obtenidas de bienes inmuebles; dividendos; intereses; regalías; ganancias de capital; salarios, sueldos y otras remuneraciones similares respecto de un empleo; honorarios de directores y otros pagos similares; rentas derivadas de la actividad de artistas y deportistas; pensiones o jubilaciones; otras rentas; información relativa a impuestos indirectos (IVA); comisiones a intermediarios.

También se propone que la información sea proporcionada bajo el Formato Magnético Estándar de la OCDE (aprobado por Recomendación del Consejo C(97)30/FINAL), incluyendo dentro de lo posible, los Códigos de Identificación Tributaria en el país fuente y de residencia de los beneficiarios de las rentas que sean no-residentes, así como toda otra información que permita identificar de manera correcta a la persona a quien se refiere.

Finalmente, el modelo de memorando propone que la información sea remitida por las autoridades competentes al menos una vez al año y, si se refiere a un determinado período fiscal, inmediatamente luego de finalizado dicho ejercicio.

Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE – Consejo de Europa

La Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y el Consejo de Europa es un instrumento multilateral de intercambio de información, elaborada por la OCDE y el Consejo de Europa y abierta a la adhesión de los países miembros el 25 de enero de 1988. Entró en vigor el 1 de abril de 1995, luego de la ratificación por parte de cinco países miembros (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia y Estados Unidos), tal como lo preveía su artículo 28.

En una primera etapa, esta Convención estaba abierta para la firma sólo de países miembros de alguno de los organismos intervinientes en su elaboración. La Convención fue actualizada y ampliada mediante el Protocolo de 2010 suscripto el 27 de mayo de 2010 y que entró en vigencia el 01/06/2011, para permitir que países no miembros de ninguno de los organismos internacionales de origen puedan adherir a ella, en línea con el mandato del G20 de crear un ámbito de cooperación internacional a través de instrumentos multilaterales de intercambio de información. La decisión de invitar o no a un país candidato es tomada por consenso entre los Estados partes de la Convención.

La asistencia mutua en materia fiscal basada en la Convención se materializa a través del intercambio de información (a requerimiento, espontáneo y automático), fiscalizaciones simultáneas y conjuntas, asistencia en el cobro de deudas tributarias y asistencia en la notificación de actos. La Convención comprende dentro de su ámbito de aplicación impuestos sobre la renta, el patrimonio, generales al consumo y seguridad social.

El artículo 30 de la Convención establece que los Estados partes están en posibilidad de negociar reservas dentro de ciertos límites establecidos. Esto asegura un grado mínimo necesario de uniformidad entre las obligaciones y los derechos de las partes y, al mismo tiempo, les deja cierto margen de flexibilidad sin contravenir la naturaleza multilateral de la Convención. Los Estados partes pueden formular reservas sólo respecto de los siguiente temas: Impuestos a los que se aplica la Convención; Asistencia para el cobro de impuestos; Asistencia para la notificación de actos; Fiscalizaciones conjuntas en el extranjero.

El artículo 6 de la Convención brinda un marco para que los Estados partes intercambien automáticamente información respecto de categorías de casos y de conformidad con los procedimientos que determinen mediante un acuerdo mutuo. Según el Informe Explicativo Revisado de la Convención (enmendada por

9 http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 50

el Protocolo de 2010), este tipo de intercambio de información requiere de un acuerdo preliminar entre las autoridades competentes sobre el procedimiento a seguir y los rubros a cubrir, ya que, en primer lugar, no resultaría muy eficaz intercambiar cada elemento factible de intercambiarse automáticamente y, en segundo lugar, no siempre resulta necesario para todos los Estados partes intercambiar información sobre los mismos elementos de ingreso o con la misma frecuencia[10].

Para negociar bilateralmente un acuerdo de estas características, el Informe Explicativo recomienda también la utilización del Modelo de Memorando de Entendimiento sobre Intercambio Automático de Información para fines Tributarios antes descripto.

Directiva 2011/16/UE de la Unión Europea

El 15 de febrero de 2011, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Directiva 2011/16/UE tendiente a fortalecer la cooperación administrativa entre los Estados miembros, en el campo de la imposición directa. Dada la mayor movilidad de los contribuyentes y el creciente volumen de operaciones internacionales, la Unión Europea entendió necesario incrementar las relaciones de intercambio de información tributaria entre sus miembros para potenciar la lucha contra la evasión y el fraude fiscal[11].

La Directiva 2011/16/UE viene a reemplazar a su antecesora 77/799/EEC, con el fin de implementar el estándar internacional de transparencia de la OCDE a nivel de la Unión Europea. Así, la Directiva dispone la extensión del intercambio de información para cubrir toda clase de impuestos directos, establece plazos concretos para la remisión de la información previo requerimiento y espontánea, permite la participación de funcionarios de una administración en las investigaciones administrativas llevadas a cabo por la administración del otro Estado y dispone la utilización de formatos estandarizados para el intercambio de información entre los miembros.

Por su parte, la Directiva también viene a establecer la introducción gradual de obligaciones de intercambio automático de información tributaria entre sus miembros, para un conjunto de ocho categorías de rentas (salarios, honorarios de directores, dividendos, ganancias de capital, regalías, productos de seguro de vida, pensiones y rentas de inmuebles).

Su implementación es gradual, ya que a partir del 2015 los Estados miembros deberán intercambiar información sobre cinco de las ocho categorías de rentas señaladas, sujeto a la disponibilidad de dicha información por parte de las autoridades competentes. Luego, en julio de 2017, la Comisión Europea debe elaborar un informe de evaluación en el que se exponga un panorama general y una evaluación de las estadísticas y la información recibida sobre la implementación del intercambio automático, a fin de que el Consejo evalúe la necesidad de ampliar los requisitos de intercambio (ej., quitar la condición de disponibilidad de la información para la obligación de intercambio automático) y extenderlo a las demás categorías de rentas previstas en el artículo 8.

IV. EXPERIENCIA ARGENTINA EN EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

A partir de su incorporación al Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en 2009, la República Argentina ha utilizado y promovido la utilización del intercambio internacional de información tributaria como herramienta para la lucha contra la evasión, en todas sus modalidades y en virtud de todos los instrumentos disponibles: convenios para evitar la doble imposición, acuerdos específicos de intercambio de información suscriptos por AFIP y, más recientemente, la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE - CE.

En lo que respecta a los convenios para evitar la doble imposición, la Argentina tiene vigentes tratados de esta naturaleza con los siguientes 16 países (no se incluyen los convenios específicos en materia de transporte internacional):

ALEMANIA – AUSTRALIA – BÉLGICA – BOLIVIA – BRASIL – CANADÁ – DINAMARCA – FINLANDIA – FRANCIA – ITALIA – NORUEGA – PAÍSES BAJOS – REINO UNIDO – RUSIA - SUECIA

10 Cfr. párrafos 64-65 del INFORME EXPLICATIVO REVISADO DE LA CONVENCIÓN SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA FISCAL ENMENDADA POR PROTOCOLO. http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/TEXTO_DEL_INFORME_EXPLICATIVO_REVISADO_DE_LA_CONVENCION_MULTILATERAL.pdf.

11 Cfr. Reporte de prensa 6554/11 http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st06/st06554.en11.pdf.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 51

En todos ellos, en mayor o menor medida, se prevé el intercambio de información como herramienta de cooperación entre las autoridades competentes. Si bien muchos de estos convenios tienen ya varias décadas de aplicación, y en consecuencia la gran mayoría no cuentan con la redacción actualizada del Artículo 26 de los Modelos internacionales, lo cierto es que tanto nuestro país como la respectiva contraparte han aplicado e interpretado la cláusula de intercambio de información en conformidad con el estándar internacional.

Recordemos que los Comentarios al Artículo 26 del Modelo OCDE (recogidos también en los Comentarios al Modelo ONU), señalan que muchos de los cambios que se hicieron en 2005 al artículo no trataron de alterar su naturaleza, sino más bien despejar dudas sobre su verdadera interpretación. Por ejemplo, aclaran que el nuevo apartado 4 se añadió para incorporar al artículo la común interpretación expresada en los Comentarios con anterioridad al 2005[12]. Asimismo, señalan que el nuevo apartado 5 significó un cambio en la estructura del Artículo 26, pero no debe interpretarse que la versión anterior del Artículo 26 no permitía el intercambio de este tipo de información, pues la inmensa mayoría de los Estados miembros de la OCDE ya lo aplicaban de esa manera y el añadido del apartado 5 simplemente vino a reflejar lo que era una práctica habitual[13].

Pues bien, esta ha sido también la interpretación efectuada por la administración argentina de las cláusulas de intercambio de información contenidas en sus convenios para evitar la doble imposición, aun cuando no contienen expresamente la redacción actual del Artículo 26 de los Modelos internacionales[14]. Ello es así, toda vez que nuestro país nunca ha tenido una interpretación restrictiva del deber de cooperación a través del intercambio de información tributaria, aunque siempre respetando los derechos y garantías de los contribuyentes que no impidan un efectivo intercambio de información.

En otras palabras, nuestro país siempre ha interpretado el alcance de las cláusulas de intercambio de información de sus tratados fiscales en conformidad con el estándar internacional de transparencia fiscal.

Una de las derivaciones de dicha interpretación es, como se señalara precedentemente, la posibilidad de intercambiar información en todas sus modalidades, incluido el intercambio automático de información tributaria. En efecto, nuestro país recibe y envía de forma automática información disponible de carácter fiscal a varias de sus contrapartes de los convenios para evitar la doble imposición[15]. Ello sobre la base de la reciprocidad y aun sin un instrumento complementario que estipule formalidades especiales, en el entendimiento que la base legal del propio convenio internacional así lo permite.

La administración tributaria argentina cuenta con importantes bases de datos que se nutren a partir de regímenes de información estratégicamente implementados, como, por ejemplo, el régimen de información sobre retenciones a beneficiarios del exterior, previsto en la Resolución General (AFIP) 739/1999, cuyo artículo 10 dispone que los agentes de retención deberán informar los importes de las retenciones mediante una declaración jurada, conforme a la modalidad, plazos y condiciones previstas en la Resolución General (AFIP) 2233/2007.

Es por ello que la administración argentina está en condiciones de intercambiar de manera automática, con la debida reciprocidad, la información que normalmente se incluye en los esquemas de intercambio de información de esta naturaleza, con los formatos estandarizados internacionalmente utilizados.

No existe ninguna evidencia concreta de problemas que se puedan haber presentado en la implementación de esta modalidad de intercambio de información hasta el presente, ya sea por cuestiones de formato de transmisión de los datos, por inconsistencias o impedimentos vinculados con su apropiación y utilización o por episodios vinculados a la seguridad o confidencialidad de la información transmitida.

Más allá de todo lo señalado, a partir del impulso político que este mecanismo ha recibido en los últimos tiempos, es de esperar que el aumento de las relaciones de intercambio automático de información, así como de la magnitud y frecuencia de la información remitida, lleven a la necesidad de establecer de común acuerdo con las respectivas contrapartes, definiciones más precisas sobre esta modalidad de intercambio de información en un instrumento adicional, que puede adoptar la forma de un Memorando de Entendimiento.

---

12 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, párrafos 4.1 y 19.6 de los Comentarios al Artículo 26, p. 411 y 422. OECD PUBLICATIONS, París, 2010.

13 Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE, párrafo 19.10 de los Comentarios al Artículo 26, p. 423. OECD PUBLICATIONS, París, 2010.

14 Peer Review Report – Combined Phase 1 + Phase 2, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, párrafos 207 y 216. http://dx.doi.org/10.1787/9789264181946-en

15 Peer Review Report – Combined Phase 1 + Phase 2, Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, párrafo 204.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 52

También en materia de intercambio automático de información tributaria, debe señalarse que la República Argentina es parte de la Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE – CE. En efecto, Argentina adhirió a esta Convención el 3 de noviembre de 2011 (durante el encuentro del G-20 en Cannes, Francia). El respectivo instrumento de ratificación fue depositado el 13 de septiembre de 2012, convirtiéndose nuestro país en el primer estado de Sudamérica en ser Parte de la Convención. Consecuentemente, la Convención entró en vigor para la Argentina el 1° de enero de 2013[16].

Esta Convención le brindará a nuestro país la posibilidad de intercambiar información con los siguientes países:

PAÍS	FIRMA	RATIFICACIÓN	ENTRADA EN VIGOR
ALBANIA	1-3-2013	8-8-2013	1-12-2013
AUSTRALIA	3-11-2011	30-8-2012	1-12-2012
AUSTRIA	29-5-2013		
BÉLGICA	4-4-2011		
BELIZE	29-5-2013	29-5-2013	1-9-2013
BRASIL	3-11-2011		
CANADÁ	3-11-2011		
CHINA	27-8-2013		
COLOMBIA	23-5-2012		
COSTA RICA	1-3-2012	5-4-2013	1-8-2013
CROACIA	11-10-2013		
REPÚBLICA CHECA	26-10-2012	11-10-2013	1-2-2014
DINAMARCA	27-5-2010	28-1-2011	1-6-2011
ESTONIA	29-5-2013		
FINLANDIA	27-5-2010	21-12-2010	1-6-2011
FRANCIA	27-5-2010	13-12-2011	1-4-2012
GEORGIA	3-11-2010	28-2-2011	1-6-2011
ALEMANIA	3-11-2011		
GHANA	10-7-2012	29-5-2013	1-9-2013
GRECIA	21-2-2012	29-5-2013	1-9-2013
GUATEMALA	5-12-2012		
ISLANDIA	27-5-2010	28-10-2011	1-2-2012
INDIA	26-1-2012	21-2-2012	1-6-2012
INDONESIA	3-11-2011		
IRLANDA	30-6-2011	29-5-2013	1-9-2013
ITALIA	27-5-2010	17-1-2012	1-5-2012
JAPÓN	3-11-2011	28-6-2013	1-10-2013
COREA	27-5-2010	26-3-2012	1-7-2012
LATVIA	29-5-2013		
LITUANIA	7-3-2013		
LUXEMBURGO	29-5-2013		
MALTA	26-10-2012	29-5-2013	1-9-2013
MÉXICO	27-5-2010	23-5-2012	1-9-2012
MOLDAVIA	27-1-2011	24-11-2011	1-3-2012
MARRUECOS	21-5-2013		
PAÍSES BAJOS	27-5-2010	29-5-2013	1-9-2013
NUEVA ZELANDA	26-10-2012		

16 Para un detalle de las declaraciones y reservas efectuadas por la República Argentina respecto de la Convención, ver B.O. 1/11/2012, Primera Sección, Tratados y Convenios Internacionales.

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 53

PAÍS	FIRMA	RATIFICACIÓN	ENTRADA EN VIGOR
NIGERIA	29-5-2013		
NORUEGA	27-5-2010	18-2-2011	1-6-2011
POLONIA	9-7-2010	22-6-2011	1-10-2011
PORTUGAL	27-5-2010		
RUMANIA	15-10-2012		
RUSIA	3-11-2011		
ARABIA SAUDITA	29-5-2013		
SINGAPUR	29-5-2013		
REPÚBLICA ESLOVACA	29-5-2013		
ESLOVENIA	27-5-2010	31-1-2011	1-6-2011
SUDÁFRICA	3-11-2011		
ESPAÑA	11-3-2011	28-9-2012	1-1-2013
SUECIA	27-5-2010	27-5-2011	1-9-2011
SUIZA	15-10-2013		
TÚNEZ	16-7-2012		
TURQUÍA	3-11-2011		
UCRANIA	27-5-2010	22-5-2013	1-9-2013
REINO UNIDO	27-5-2010	30-6-2011	1-10-2011
ESTADOS UNIDOS	27-5-2010		

FUENTE: OCDE http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

En este caso, si bien el artículo 6 de la Convención brinda el marco legal para intercambiar información de manera automática, por tratarse de un instrumento multilateral en el cual no necesariamente todas las partes presentarán las mismas necesidades de información, ni tampoco las mismas capacidades de obtener y administrar los datos de los contribuyentes para su intercambio automático, es esperable que las relaciones de suministro automático de información sean establecidas de manera bilateral.

Por tal motivo, debe entenderse que se requiere de un instrumento complementario, como, por ejemplo, un Memorando de Entendimiento, que disponga las categorías de información, la periodicidad y el formato en que se intercambiará automáticamente información tributaria entre nuestro país y alguna de sus contrapartes de la Convención.

Un dato que no puede pasar inadvertido, es la reciente adhesión a la Convención de la Confederación Suiza. En efecto, el pasado 15 de octubre de 2013 se produjo la firma por parte de dicho país del instrumento multilateral de asistencia mutua bajo análisis, un hecho que se dilató considerablemente si se tiene en cuenta que Suiza es un país miembro de la OCDE y no había accedido a suscribir la Convención original, abierta a la firma desde el año 1988.

A partir de la presión internacional y la tarea desarrollada por el Foro Global, Suiza se ha sumado a otros países, como Austria, Luxemburgo o Singapur, que han entendido la necesidad de cooperar a nivel global contra la evasión y el fraude fiscal, un problema que afecta de manera creciente tanto a países desarrollados como en desarrollo.

Finalmente, con relación a los acuerdos específicos de intercambio de información, es necesario destacar que en los últimos años la Argentina ha expandido su red de acuerdos para cubrir a sus socios más relevantes y, en particular aquellos países que, por sus características y regímenes impositivos preferenciales, presentaban un potencial riesgo de planificación fiscal nociva que podría afectar los ingresos fiscales de nuestro país, a través de la triangulación de operaciones de comercio exterior, la prestación de servicios financieros y la interposición de sociedades ficticias o "pantalla".

En ese sentido, como se ha mencionado en párrafos precedentes, es lógico que las jurisdicciones con tales características que han aceptado suscribir un acuerdo de intercambio de información con la Argentina, hayan limitado su ámbito de aplicación al intercambio de información previo requerimiento. Ello va en línea con el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información de la OCDE de 2002, en el que también han parti-

045-T1-Barzola_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:33 Página 54

cipado las jurisdicciones consideradas "refugios fiscales" por dicha organización y que también se ha limitado al intercambio de información previo requerimiento.

Dicha circunstancia, no obstante, no implica que a partir de la señalada presión internacional para ampliar el estándar internacional y abarcar el intercambio automático de información tributaria, estas jurisdicciones gradualmente se adhieran al dicho estándar y acuerden también ampliar el ámbito de aplicación de los acuerdos de intercambio de información que han suscripto en la última década. Desde ya, descarto que la intención de la Argentina va en esa línea y estimo que probablemente surjan de nuestro país propuestas en ese sentido.

V. CONCLUSIONES

El intercambio internacional de información tributaria es una herramienta de cooperación y asistencia mutua entre las administraciones fiscales que ha cobrado una importancia fundamental a partir de la globalización y la planificación de los negocios a escala mundial por parte de los grupos económicos multinacionales. A partir de la crisis financiera iniciada en 2008, la comunidad internacional tomó conciencia de la necesidad de potenciar el uso de esta herramienta y desarrollar estándares internacionales y buenas prácticas para garantizar un resultado efectivo en la lucha contra la evasión y el fraude fiscal internacional.

De esta manera, a través del trabajo de la OCDE en un principio y luego del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información, con el total apoyo político de los líderes mundiales expresado a través del G20, se ha podido avanzar mucho en esta materia y los resultados obtenidos en materia de suscripción de acuerdos bilaterales eran impensados tan sólo cinco años atrás.

El hecho de haber podido fijar un estándar internacional de transparencia y que la mayoría de los países de la comunidad internacional se hayan comprometido con el intercambio de información tributaria previo requerimiento, muestra claramente la firme decisión de avanzar en este camino.

Algunos países, incluso, han avanzado un poco más y han implementado regímenes particulares de acceso (o intercambio) automático de información tributaria internacional, como es el caso de la ley estadounidense de cumplimiento fiscal de cuentas extranjeras (FATCA por sus siglas en inglés), dando el puntapié inicial a un proceso de potenciación y crecimiento del intercambio automático de información tributaria.

Este nuevo escenario, liderado por la necesidad de Estados Unidos de contar con información bancaria y financiera de trascendencia tributaria, pero compartido también por Francia, Alemania, Italia, España y el Reino Unido, promete convertirse en una iniciativa mundial tendiente a la multiplicación de la suscripción de acuerdos intergubernamentales del estilo del FATCA, y que tenderá a instalar el intercambio automático de información tributaria como el nuevo estándar internacional.

Para que ello suceda, deberá llegarse a un consenso sobre la manera en que la información a intercambiarse de forma automática debe ser obtenida por el país fuente (proveedor de la información), atendiendo principalmente a las necesidades de información del país de residencia (destinatario de la información). Ello, claro está, bajo un marco común y mutuamente acordado con las administraciones tributarias involucradas, para evitar incurrir en costos desmedidos de obtención y administración de los datos, tanto para los gobiernos como para los contribuyentes.

La importancia de contar con un marco global de intercambio automático de información tributaria es, sin duda, proporcional al avance de la globalización y de las tecnologías de la información, cuya conjunción ha dado lugar a nuevas formas de planificación fiscal agresiva que han llegado a permitir que rentas y patrimonios varias veces millonarios no tributen impuesto en ninguna jurisdicción, o tributen sólo en una proporción irrisoria[17].

Los desafíos que se presentan para la adopción del intercambio automático como el nuevo estándar internacional no son pocos, pero la experiencia indica que una firme decisión política y un trabajo mancomunado en los ámbitos multilaterales de discusión existentes pueden llevarnos a resultados satisfactorios en un marco temporal razonable. Los avances obtenidos en el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información así lo sugieren.

17 Ver al respecto "Google usa paraísos fiscales para pagar solo un 2,4% de impuestos" en http://elpais.com/diario/2010/10/22/economia/1287698406_850215.html

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 55

EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO DE INFORMACIÓN EN LA ARGENTINA: ALGUNAS CUESTIONES DISCUTIDAS

ANA LUCÍA FERREYRA

I. INTRODUCCIÓN. PALABRAS PRELIMINARES

El intercambio de información, en general y el automático en particular, conlleva el ejercicio extraterritorial y mediato de la facultad de la administración fiscal de obtener la colaboración de los particulares. Esta colaboración puede verse plasmada en prestaciones de naturaleza diversa entre las que se destacan el deber de informar, de declarar y de facilitar la comprobación y controles administrativos[1]. La existencia de deberes de colaboración, conlleva la existencia de un poder o derecho de un Estado de requerirlos. Es la necesidad de ejercer este poder y derecho extraterritorialmente lo que justifica el pedido de asistencia internacional a través de acuerdos que habilitan el intercambio de información ("AII")[2].

Esto es así ya que dichas facultades no podrían ejercerse de no tener la asistencia internacional que brindan los AIIs. En efecto, el derecho internacional establece límites a los Estados para que no se excedan en el ejercicio de su jurisdicción ya que cumple una función significativa al distribuir competencias entre ellos[3]. La doctrina considera que dentro de las limitaciones más relevantes a la jurisdicción tributaria de los Estados se destaca la de llevar a cabo cualquier acto de gobierno en el territorio de otro Estado[4]. En ese sentido, la limitación jurisdiccional más importante impuesta por el derecho internacional es el principio según el cual un gobierno de un Estado no puede ejercer actividad administrativa alguna en el territorio de otro Estado (lo que comúnmente se denomina *jurisdiction to enforce*), salvo permiso o colaboración especial concedido por este último[5].

En otras palabras, la existencia de limitaciones al ejercicio extraterritorial de potestades de requerir el cumplimiento de deberes de colaboración y realizar funciones de verificación y fiscalización, fundamenta la necesidad de instrumentos de cooperación internacional, y los mismos principios que limitan el ejercicio de dichas facultades en el ámbito doméstico deberían aplicar a su ejercicio extraterritorial.

En función de lo expuesto, es necesario destacar que el abordaje de la temática relativa al intercambio de información en general y al automático en particular debe realizarse no solamente desde la óptica del Es-

1 José Casás, *Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente a partir del Principio de Reserva de Ley Tributaria*, Ad Hoc, pp. 666. Para un análisis profundo de los deberes de colaboración, ver Fraga, *Los Deberes de Colaboración y la Aplicación del Principio de Razonabilidad: Análisis Crítico de los Deberes de Información Tributaria*, Práctica Profesional, 24.11.11.

2 En similar sentido, Calderón Carrero considera que el intercambio de información es un instrumento de control de las obligaciones tributarias de los contribuyentes que realizan operaciones económicas internacionales (*El Procedimiento de Intercambio de Información Establecido en los Convenios de Doble Imposición Basados en el Modelo de Convenio de la OCDE*, en *Fiscalidad Internacional*, Dir. Serrano Antón, CEF, p. 1210).

3 Así, se sostiene que el derecho internacional demarca las esferas de validez de los sistemas legales nacionales lo cual implica establecer a quién, a qué y cuándo un Estado puede aplicar su norma. Admitido que los Estados conviven en un orden regulado por las normas internacionales, las que determinan su jurisdicción, incluida la tributaria, cabe recordar que no sólo son reglas internacionales las dadas por escrito, sino también las normas consuetudinarias, por ello la conducta de los Estados se encuentra regulada en gran medida por la costumbre internacional (Guillermo Teijeiro, *Aplicación de las Normas Tributarias en el Espacio, en Tratado de Tributación*, Tomo I, pp. 710 y ss - 720).

4 Rädler, *Basic Origins of International Double Taxation and Measures for its Avoidance*, IBRD, *Guides to European taxation*, vol II –Corporate taxation in the Common Market–, IV-A, 1 (el título del vol. II ha cambiado en la edición actual y el trabajo citado no aparece más en éste).

5 Así, no le estaría permitido a un Estado enviar funcionarios u otras personas a un país extranjero con el propósito de recoger información relevante a los fines tributarios, o certificar el contenido de las declaraciones juradas de un contribuyente, o cobrar impuestos, aun en el supuesto de que alguna de esas actividades fuera encarada a requerimiento expreso del contribuyente de que se trate (Rädler, *Basic Origins of International Double Taxation and Measures for its Avoidance*, IBRD, *Guides to European taxation*, vol. II –Corporate taxation in the Common Market–, IV-A, 1 –el título del vol. II ha cambiado en la edición actual y el trabajo citado no aparece más en éste). Para un análisis más profundo sobre este tema ver, Grau Ruiz, *La Cooperación Internacional para la Recaudación de Tributos: el Procedimiento de Asistencia Mutua*, La Ley, 2000, pp. 53 y ss.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 56

tado que emite la información ("Estado Emisor") y sino también desde la perspectiva del Estado que ejerce en forma mediata sus potestades extraterritorialmente y que recibe y utiliza la información intercambiada ("Estado Receptor")[6].

Es desde esa doble perspectiva y en relación a los particulares involucrados o afectados por el intercambio de información, que las cuestiones básicas como los principios, garantías e instituciones involucradas, y los eventuales límites que dichos principios y garantías imponen al proceso de celebración de acuerdos y de intercambio de información propiamente dicho deben ser abordadas.

Desde la perspectiva del Estado Emisor, la principal cuestión que se presenta es la confidencialidad de la información fiscal. En general, los países tienen principios o normas en virtud de los cuales la información suministrada por los particulares está protegida por un principio de confidencialidad denominado secreto fiscal. En razón de ello, al momento de celebrar un AII y proceder al intercambio de información, el Estado Emisor debe tomar los recaudos necesarios para no violar dicho secreto[7].

Desde el punto de vista del Estado Receptor, en cambio, la materia más relevante a considerar es si la obtención y carácter de la información intercambiada, que potencialmente pueda ser utilizada para determinar tributos y/o a aplicar sanciones, respeta los derechos y garantías básicas de los administrados. En efecto, en casi todas las jurisdicciones las facultades de solicitar la colaboración de los particulares, como de ejercer potestades de verificación y fiscalización de las autoridades fiscales que por su especial contenido intrínseco invade la esfera íntima de los particulares, se encuentran sujetos a ciertos principios y garantías (*e.g.,* razonabilidad, igualdad, inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia) que no pueden ser desatendidos por el Estado Receptor.

Estos principios y garantías –desde la doble óptica antes referenciada– iluminan el análisis de las cuestiones más básicas relativas a los AIIs tanto aquellas relativas a su celebración como las vinculadas con el efectivo intercambio de información y que constituyen el objeto de la presente colaboración.

II. EL INTERCAMBIO AUTOMÁTICO EN LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CELEBRADOS POR LA REPÚBLICA ARGENTINA

II.1. El Intercambio Automático de Información

Más allá de la trayectoria que el intercambio de información en sus diversas formas –a requerimiento, espontáneo y automático– ha tenido en el marco de organizaciones como la Organización para el Desarrollo Económico ("OCDE"), la Organización de Naciones Unidas ("ONU") y el Grupo de los 20, el intercambio automático de información se erige en la actualidad como la meta o estándar a seguir en materia de transparencia fiscal internacional[8].

El intercambio automático de información se encuentra plasmado en diversos documentos internacionales tales como el Modelo de Convenio de la OCDE, artículo 26 ("Modelo OCDE"), el Acuerdo del Consejo de Europa/OCDE y la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa de la OCDE ("CAAM"). Sin embar-

6 Somos conscientes de que en materia de intercambio de información los términos internacionalmente utilizados para referir a los sujetos intervinientes son Estado requerido y Estado requirente; sin embargo, en un contexto de intercambio automático de información preferimos términos neutrales como Estado emisor y receptor. También evitamos referirnos al estado de la fuente y de la residencia; si bien los casos de intercambio automático de información hasta la fecha involucran un flujo de información desde el Estado de la fuente al de la residencia (ver al respecto el Modelo de Memorándum de Entendimiento para el Intercambio Automático de Información de la OCDE), no existirían reparos a que en una instancia de desarrollo avanzado del tema el intercambio abarque un flujo inverso.

7 El deber de mantener la confidencialidad sobre la información intercambiada es resaltado por la OCDE como una de las cuestiones centrales en materia de intercambio de información en general, pero especialmente en materia de intercambio de información automático (*Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*).

8 Ver al respecto los recientes informes de la OCDE: *A Step Change in Tax Transparency. OECD Report for the G8 Summit, Delivering a Standardized, Secure and Cost Effective Model of Bilateral Automatic Exchange for the Multilateral Context,* Lough Erne, Enniskillen, Junio de 2013*; Automatic Exchange of Information: The Next Step. Information Brief,* Actualizado al 18 de Junio de 2013 y que representa una síntesis del informe más completo *Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*, 2012. En igual sentido ver el *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE Amending Directive 2011/16/EU as Regards Mandatory Automatic Exchange of Information in the Field of Taxation*, de Junio de 2013.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 57

go, el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria de la OCDE ("Modelo de AII OCDE") no dispone el intercambio de información automático sino por el contrario sus cláusulas estatuyen y regulan exclusivamente el intercambio a requerimiento[9].

En general se define al intercambio de información automático como la transmisión sistemática y periódica de información tributaria desde el Estado Emisor al Estado Receptor relativa a diversas categorías de ingresos tales como dividendos, intereses, regalías, salarios, pensiones. La información que es intercambiada automáticamente es generalmente recabada en el Estado Emisor en forma habitual mediante el cumplimiento de deberes de información de los sujetos pagadores[10].

II.2. Análisis del Intercambio Automático en los AII celebrados por Argentina. Implicancias prácticas

La Argentina es signataria de diversos AII pero solamente algunos de ellos disponen el intercambio automático de información; dichos AII pueden distinguirse en tres grupos[11]:

Convenios de Doble Imposición con Cláusula de Intercambio de Información

En esta categoría están los convenios de doble imposición ("CDI") firmados con Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Bolivia, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Italia, Noruega, Países Bajos, Rusia y Suecia. Estos acuerdos –con excepción del firmado con Bolivia– siguen en líneas generales el modelo OCDE (versión 1995 y 1977 ya que en su mayoría fueron firmados antes de 1999) que es similar al Modelo de Convenio de la ONU (Modelo ONU). Cabe destacar, que el nuevo CDI firmado con España adopta la fórmula más amplia y abarcativa actual de la OCDE.

Dichos documentos autorizan y avalan el intercambio de información automático. Si bien sus textos no hacen referencia expresa a dicho procedimiento de intercambio, ninguna duda cabe de su inclusión. En efecto, su texto sigue a rajatablas el del artículo 26 del Modelo OCDE que –aun en las versiones 1977 y 1995 seguidas por la Argentina en la definición de sus CDI– es lo suficientemente abarcativo para incluir el intercambio de información automático. Esto surge expresamente de los comentarios de la OCDE que desde su versión 1977 admiten la inclusión del intercambio automático de información en el marco del artículo 26, si bien con diferentes alcances, pero respetando su esencia[12]. Esta interpretación también es coherente con la especial mirada que la Argentina ha puesto a los comentarios de la OCDE en general y al artículo 26 en particular[13].

Acuerdos de Intercambio de Información Específicos

Dentro de los Acuerdos de Intercambio de Información Específicos ("AIIE") firmados por la Argentina se distinguen dos tipos (i) aquellos que fueron firmados en su mayoría desde el año 2004 (*i.e.*, España 2004, Chile 2006, Brasil 2005, Perú 2004, Ecuador) y que tienen un alcance más amplio al establecido en los CDI[14] y en virtud de los cuales se autoriza expresamente el intercambio automático de información; y (ii) los AIIE estructurados sobre la base del Modelo de AII OCDE por lo que no prevén el intercambio automático de Información (*i.e.,* Andorra, Bahamas, Bermudas, Chile, Costa Rica, Guernesey, Guardia di Finanza - Italia, India, Jersey, Islas Caimán Mónaco, San Marino, Uruguay).

---

9 A los fines de un análisis de las disposiciones de estos modelos y/o documentos como de la evolución en la materia, ver Verstraeten, *Los Acuerdos sobre Intercambio de Información como Instrumentos de Política Fiscal*, Periódico Económico Tributario, 1.3.10.

10 OCDE, *Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*, 2012.

11 Ver Rajmilovich, Tisocco, *Los Tratados de Intercambio de Información Tributaria: ¿A Pedido o Automático*?, Doctrina Tributaria Errepar, Junio 2013.

12 Ver la historia del párrafo 9.b referido al intercambio automático de información en los comentarios al Modelo OCDE (2010 Full Version of the OECD Model Tax Convention, p. C (26)-24 y ss.)

13 Un ejemplo de ello es la cláusula prevista en los CDI firmados con Canadá, Noruega y Suecia que prevé la obligación del estado requerido de tratar la solicitud como si se tratara de impuesto propio. Esta obligación no estaba prevista en la versión del Modelo OCDE vigente al momento de la firma de los CDI pero sí en los comentarios (ver al respecto Verstraeten, *Los Acuerdos sobre Intercambio de Información como Instrumentos de Política Fiscal*, Periódico Económico Tributario, 1.3.10, nota 52) por lo que es evidente la consideración prestada por la Argentina a dichos comentarios.

14 Cabe recordar la evolución que evidencia el artículo 26 del Modelo OCDE entre la versión 1995 que inspira la gran mayoría de los CDI firmados por la Argentina y la versión 2005. La versión 2005 es el resultado de ciertos documentos emitidos con anterioridad por la OCDE y que seguramente sirvieron de influencia para el diseño de los documentos referenciados.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 58

La Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua de la OCDE

La CAAM de la cual Argentina es signataria autoriza el intercambio automático de información[15]. La CAAM se encontraría vigente en relación con los siguientes países Australia, Belice, Costa Rica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Georgia, Ghana, Gran Bretaña, Grecia, Islandia, India, Irlanda, Malta, México, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Polonia, Suecia, Ucrania.

En función de lo expuesto, el intercambio automático de información sería posible en la Argentina en el marco de los CDI que siguen el Modelo OCDE, los AIIE firmados con España, Chile, Brasil, Perú y Ecuador y la CAAM.

No obstante lo expuesto, los documentos comentados simplemente habilitan el intercambio automático de información pero no prevén el procedimiento necesario para su implementación. Es así pues que en estos supuestos resultaría necesaria la firma de un acuerdo administrativo o memorando de entendimiento que siente las bases del intercambio automático de información[16]. Cabe destacar que hasta la fecha, la Argentina no ha firmado ningún documento de implementación en este sentido.

Típicamente dicho documento debería establecer el tipo de información a ser intercambiada, detalle del procedimiento para enviar y recibir la información, el formato a utilizar[17]. Es necesario mencionar que los acuerdos que se instrumenten sobre el procedimiento a aplicar no podrían modificar el alcance previsto en el tratado que lo habilita.

Básicamente, el acuerdo complementario quedaría limitado en razón del ámbito personal y material fijado por el propio convenio que lo habilita (CDI, AIIE, CAAM). En efecto, si el convenio establece que la información a intercambiar es solamente aquella necesaria para la aplicación del CDI (*e.g.,* CDI firmado con Alemania) o para la aplicación de la legislación interna en general o impuestos en particular (*e.g.,* AIIE con España que establece que la información a intercambiar será la relativa al impuesto a las ganancias, impuesto sobre los bienes personales, impuesto a la ganancia mínima presunta), estas cuestiones no podrían ser modificadas por el instrumento que regule el procedimiento aplicable. Lo mismo ocurriría si el convenio habilita solo el intercambio de información referida a residentes (como lo determinan los CDI con Alemania, Brasil, Gran Bretaña), el acuerdo complementario no podría darle una aplicación más abarcativa que alcance a sujetos no residentes.

II.3. Celebración de acuerdos de intercambio de información. Tendencia mundial, el caso de la Argentina

El análisis sobre la facultad de celebrar AII es por demás complejo. Lejos de agotar el tema, ya que ello excede el alcance de la presente contribución, se presentan a continuación las diferentes materias discutidas.

El principio general es que de acuerdo a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22) los tratados exigen la necesaria aprobación legislativa. En efecto dicho artículo establece que corresponde al Congreso "*Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*"

La aprobación legislativa es una parte esencial del procedimiento que establece nuestra constitución en materia de tratados internacionales. En efecto, la conclusión de tratados internacionales involucra (i) la nego-

15 Sobre la vigencia de la CAAM ver Fraga, *Nuevas Tendencias en el intercambio internacional de Datos Tributarios y su Posible Aprovechamiento por la AFIP*, Periódico Económico Tributario, 13.3.13. Por los comentarios y explicaciones en infra 2.3, somos de la opinión que resulta necesaria la ratificación del Congreso a los fines de su validez constitucional.

16 Ver al efecto, el artículo 5 del AII firmado con España del que se infiere la necesidad de un documento complementario y establece "*Las autoridades competentes determinarán el tipo de información automática que se intercambiarán*". El artículo 6 de la CAAM es más claro aún al establecer en su artículo 6 que "*En relación con las categorías de casos y de acuerdo con el procedimiento que ellos [los Estados] determinen mediante acuerdo mutuo, dos o más partes intercambiarán automáticamente la información referida en el artículo 4*".

17 Cfm. *OECD Manual on the Implementation of Exchange of Information Provisions for Tax Purposes*. Ver Fraga, *Nuevas Tendencias en el intercambio internacional de Datos Tributarios y su Posible Aprovechamiento por la AFIP*, Periódico Económico Tributario, 13.3.13; Calderón Carrero, *El Procedimiento de Intercambio de Información Establecido en los Convenios de Doble Imposición Basados en el Modelo de Convenio de la OCDE*, en *Fiscalidad Internacional*, Dir. Serrano Antón, CEF, p. 1264. Barzola considera que la metodología y mecanismos que se utilizan para efectivizar el intercambio de información no están previstos en el artículo de los distintos CDI que se refieren a la materia y sostiene que estas definiciones generalmente se plasman en un acuerdo específico de cooperación e intercambio de información (Barzola, *Intercambio Internacional de Información Tributaria. La Experiencia Argentina*, trabajo presentado en las Jornadas Regionales IFA, Buenos Aires, 2010).

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 59

ciación y firma por parte del Poder Ejecutivo; (ii) la aprobación legislativa; y (iii) la ratificación posterior por parte del Poder Ejecutivo[18].

Sin embargo, a este tipo de tratados formales y solemnes que responden al diseño constitucional antes mencionado, se les contraponen los "acuerdos ejecutivos" o "acuerdos en forma simplificada" y es a dicha categoría de acuerdos a los que se hace alusión para justificar constitucionalmente la no intervención del Congreso en la firma de AII[19]. Los acuerdos ejecutivos o acuerdos en forma simplificada no son más que acuerdos internacionales perfeccionados sin la intervención del Congreso.

Más allá de la cuestión fáctica dada por el aumento progresivo de las relaciones interestatales de todo tipo, la necesidad que estas sean fluidas y rápidas, el aumento progresivo de la importancia del Poder Ejecutivo,[20] así como su aceptación en el ámbito del derecho internacional[21], es necesario verificar la validez de estos instrumentos en el marco constitucional argentino.

Sobre la validez de este tipo de acuerdos se podrían plantear al menos dos posturas. Una que considera que estos acuerdos son el resultado de una mutación constitucional y otra que se trata de un tipo especial de acuerdo previsto en el artículo 95, inciso 11 de la Constitución Nacional de competencia del Poder Ejecutivo como responsable del manejo de las relaciones exteriores.

En el primer caso, como bien ha manifestado Seve de Gastón existe una mutación constitucional basada en una reiterada práctica aceptada incluso por le Poder Legislativo y Judicial en función de la cual el Presidente o sus representantes, firman, negocian y ratifican tratados sin la debida comunicación y aprobación del Congreso.[22] Al respecto Lascano sostiene "nos encontramos frente a una pacífica realidad que contradice el texto constitucional, y de esa realidad son conscientes los tres poderes, que en buena medida la han consentido, por acción u omisión. En otras palabras, se ha operado una "mutación constitucional" por la fuerza de la costumbre, consistente en una sustracción parcial de competencias formalmente asignadas al Parlamento para la aprobación de todos los tratados internacionales"[23].

Cabe destacar que además, el Poder Ejecutivo tiene también los medios para hacer cumplir lo dispuesto en los mencionado tratados, lo cual le permite actuar perfectamente a espaldas del Congreso y poco importaría que este lo apruebe o no, ya que desde el punto de vista del derecho internacional, el Estado quedó obligado desde la firma y desde el punto de vista interno tiene capacidad y medios suficientes para cumplir y hacer cumplir lo concertado con otro país[24].

---

18 Ver Bianchi, *Status Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la Reforma Constitucional*, La Ley 1999-A. 1997; Germain, *Los Tratados Ejecutivos y el Principio de Legalidad en Material Tributaria*, Periódico Económico Tributario, 17.8.04.

19 Ver Fraga, *Nuevas Tendencias en el Intercambio Internacional de Datos Tributarios y su Posible Aprovechamiento por la AFIP*, Periódico Económico Tributario, 13.3.13 (nota 33, comentario en relación a la CAAM).

20 Bianchi, *Status Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la Reforma Constitucional*, La Ley 1999-A. 1997.

21 "En la esfera del derecho internacional no sólo se aprecia la validez de estos acuerdos sino que la realidad jurídica contemporánea evidencia su asombrosa multiplicación, particularmente en aquellos países en los que la facultad de arreglar convenios aparece compartida por mandato constitucional entre el Ejecutivo y el Legislativo" (Lascano, *A Propósito de la Validez Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos*, La Ley 1989-A, 148). Cabe destacar asimismo, que los acuerdos ejecutivos cumplen con todos los requisitos para calificar como tales por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la cual la República Argentina es parte (la "Convención de Viena") a saber (i) que sea un acuerdo internacional; (ii) celebrado por escrito; (iii) entre Estados, y (iv) regido por el derecho internacional, siendo irrelevante que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y su denominación particular (cfme. Convención de Viena, artículo 2.a).

22 Seve de Gastón, *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, 1970, p. 74. En relación a la mutación constitucional Bidart Campos sostiene "Cuando la constitución material y la formal coinciden (aun siendo siempre y necesariamente más amplia la primera que la segunda), el dinamismo de la constitución material implica la vigencia de la constitución formal. Cuando los repartos ejemplares de la constitución material se oponen a la constitución formal, esta pierde vigencia (y con la vigencia el dinamismo) en la parte infringida, que es sustituida por un derecho constitucional material distinto (Bidart Campos, Manual de Derecho Constitucional Argentino, Ediar, Buenos Aires, 1981, p. 45). Por su parte, Goldschmidt opina "…un derecho consuetudinario contraconstitucional ha derogado el requisito constitucional de la necesidad absoluta de aprobación por ley" (*Los tratados Internacionales como Fuente del Derecho Internacional Público y del Derecho Interno Argentino*, El Derecho, T. 110, p. 955).

23 Lascano, *A Propósito de la Validez Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos*, La Ley 1989-A, 148.

24 Seve de Gastón, *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, 1970, p. 77.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 60

No obstante lo expuesto, y siguiendo también a Seve de Gastón lo que debe resolverse es si la práctica de los acuerdos ejecutivos afecta en algo el régimen de justicia el cual implica proteger al individuo contra el mismo régimen mediante, entre otros mecanismos, la división de poderes[25].

Son estos argumentos, explicados sucintamente, los que llevan a Seve de Gastón a concluir que en la medida que los tratados ejecutivos en función de su especial contenido no afecten el ámbito de libertad de los individuos y sus derechos fundamentales deben reputarse de legales[26].

La segunda postura es la que sigue Bianchi[27] y que considera que la base constitucional de los acuerdos ejecutivos debe hallarse en el artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional. Sin embargo, en ese caso, la facultad de firmar acuerdos ejecutivos no podría ser ilimitada, o en otras palabras, debería establecerse cuándo corresponde celebrar un tratado formal y solemne y cuándo es posible acudir al procedimiento simplificado de los acuerdos ejecutivos.

Al respecto, Bianchi sostiene que la división de competencias en el ejercicio de las relaciones internacionales no puede diferir demasiado de lo que ocurre en el orden interno. Así, si un tratado es la ley de la Nación, cuando corresponda constitucionalmente el dictado de una ley –por ser la materia de competencia del Congreso– corresponderá también la aprobación constitucional del tratado. Por el contrario, si el Poder Ejecutivo está habilitado a actuar sea porque se trata de competencia constitucional propia o porque le ha sido dada esa habilitación por el Congreso, la firma de un acuerdo ejecutivo es posible[28].

No obstante lo expuesto es necesario recalcar que si bien en el orden internacional podría argumentarse que el Poder Ejecutivo está menos sujeto al Congreso, ello no significa que le permita derogar una ley previa. De lo contrario se permitiría que en el orden internacional que pueda hacer lo que la Constitución Nacional expresamente le prohíbe en las cuestiones domésticas.

A una conclusión similar, pero partiendo de serios reparos a la validez constitucional de los acuerdos ejecutivos llega Vanossi[29]. En efecto, Vanossi parte de la premisa –que compartimos– que los acuerdos ejecutivos merecen la objeción constitucional debido a la falta de aprobación por el Congreso. Lógicamente, esta objeción queda atenuada en el caso que una ley del Congreso previamente haya autorizado al Poder Ejecutivo a la celebración de tales acuerdos. Sin embargo destaca que en los acuerdos ejecutivos existentes siempre se cuidó de que la materia objeto del convenio respondiera a alguna de las atribuciones constitucionales propias del Poder Ejecutivo. Es por ello que en esos casos como en aquellos que contaban con expresa autorización del Congreso, las objeciones constitucionales contra la vigencia de los acuerdos ejecutivos no prosperaron.

Por su parte, y en relación a la jerarquía normativa, Vanossi opina que toda normativa cuyo contenido pueda originar casos o causas de lesión de derechos jurisdiccionalmente protegidos, deberá reconocer su validez en la regularidad del trámite constitucional de aprobación en cuando a la forma y en cuanto al fondo[30].

En función de lo expuesto, más allá de opinar que un tratado internacional merece objeción constitucional *per se* por no contar con aprobación del Congreso, lo cierto es que si se cumplen ciertos requisitos resultaría difícil que un embate constitucional prospere.

En efecto, ya sea que se adopte la postura que los acuerdos ejecutivos son la consecuencia de una mutación constitucional o el ejercicio de una facultad propia del Poder Ejecutivo consistente en la conclusión y firma de negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internaciona-

25 Seve de Gastón, *Los Tratados Ejecutivos en la República Argentina*, Depalma, 1970, p. 79.

26 Seve de Gastón, Los tratados ejecutivos en la República Argentina, Depalma, Buenos Aires, 1970, pp. 80-81. En igual sentido, sostiene Lascano "*En tanto los acuerdos ejecutivos no incursionen en materias reservadas a la competencia del Congreso ni vulneren los derechos y garantías individuales garantizadas por la Constitución, el Poder Ejecutivo actúa de conformidad con las normas no escritas, pero vigentes, de la constitución material. Nada indica por el momento que dicha tendencia vaya a ser modificada, antes bien, debería ser analizada en profundidad e incorporada cuanto antes a la constitución formal*" (Lascano, *A Propósito de la Validez Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos*, La Ley 1989-A, 148).

27 Bianchi, *Status Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la Reforma Constitucional*, La Ley 1999-A. 1997.

28 Bianchi, *Status Constitucional de los Acuerdos Ejecutivos luego de la Reforma Constitucional*, La Ley 1999-A. 1997. Cabe destacar que la habilitación del Congreso podría darse en el marco de una delegación expresa o en el supuesto de la intervención previa del Congreso en un tratado marco en función del cual se dicta el acuerdo ejecutivo. Esto es lo que ha llevado a alguna jurisprudencia a convalidar la legitimidad de tratados ejecutivos en el entendimiento que se habían celebrado en el contexto de un acuerdo marco previamente aprobado por el Congreso (*in re* Mercedes Benz Argentina, sent. del 21.12.99, Fallos 322:3192, Auto Latina, sent. del 12.2.20, Fallos 325:113).

29 Vanossi, *Régimen Constitucional de los Tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969, pp. 148-154.

30 Íd.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 61

les concedida por la misma Constitución Nacional, podría sustentarse *a priori* su validez siempre y cuando no se avasallen libertades y derechos fundamentales de los habitantes y no se invadan facultades propias del Congreso de la Nación (*i.e.,* que comprenda facultades propias del Poder Ejecutivo o delegadas por el Congreso)[31].

Dicho esto, debería analizarse si en función de su especial contenido un acuerdo que habilita el intercambio automático de información podría celebrarse en forma ejecutiva. En ese sentido, adoptando las posturas sobre la validez de estos documentos debería determinarse si se avasallan libertades y derechos fundamentales, o en su caso si se invaden facultades propias del Congreso. Para ello, el análisis debería considerar el doble rol de la Argentina en materia de intercambio automático de información: como Estado Emisor, y como Estado Receptor.

Como Estado Emisor el foco debería estar en el compromiso de secreto fiscal para con los particulares que suministraron la información[32]. Como bien sostiene la doctrina, si bien el secreto fiscal tienen su sustento constitucional en el artículo 19 de la Constitución Nacional que consagra el derecho a la intimidad y en el artículo 18 que estatuye la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y los papeles de trabajo, así como en la norma que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, esto no significa que como tal el secreto fiscal tenga jerarquía constitucional,[33] por lo que resulta necesaria una norma de rango legal que lo consagre y en su caso regule su ejercicio y eventuales restricciones.

Esto es lo que ocurre en la Argentina con la previsión del artículo 101 de la ley de Procedimiento Tributario 11.683 ("LPT") que establece "*Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.*"

Si esta fuera la única previsión existente en relación al secreto fiscal y sin ningún tipo de excepción legal, la firma de tratados de intercambio de información sin la debida intervención del Congreso podría tacharse de inconstitucional. Sin embargo, el artículo 101 que comentamos establece que el secreto fiscal no rige "*Para los casos de remisión de información al exterior en el marco de los Acuerdos de Cooperación Internacional celebrados por la Administración Federal de Ingresos Públicos con otras Administraciones Tributarias del exterior, a condición de que la respectiva Administración del exterior se comprometa a: 1. Tratar a la información suministrada como secreta, en iguales condiciones que la información obtenida sobre la base de su legislación interna; 2. Entregar la información suministrada solamente a personal o autoridades (incluso a tribunales y órganos administrativos), encargados de la gestión o recaudación de los tributos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos o, la resolución de los recursos con relación a los mismos; y 3. Utilizar las informaciones suministradas solamente para los fines indicados en los apartados anteriores, pudiendo revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales*[34]."

En consecuencia, en la medida que se cumplan las condiciones antes expuestas, el intercambio de información no violaría el secreto fiscal por lo que la celebración de un acuerdo que lo estatuya no afectaría derechos fundamentales. Esto es lo que aparentemente justificaría la posición de la Administración Federal de Ingresos

---

31 En igual sentido se sostiene que "*todo acuerdo que esté dentro de la competencia ejecutiva ya sea por el manejo de las relaciones exteriores, para la administración general del país o porque fuera necesario para la ejecución de las leyes de la Nación o de un tratado internacional, podrá ser concluido por acuerdos ejecutivos. Se deja a salvo de estos acuerdos, las obligaciones que afecten los derechos de los habitantes, ya que, para ello sería imprescindible la aprobación del Congreso*" (Jáuregui, *La Constitución Nacional y la participación del Poder Legislativo en la formulación de la Política Exterior Argentina*, Publicaciones del Centro de Capacitación Superior).

32 Para un mayor desarrollo de este tema ver Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, pp. 514 y ss; Fraga, Verstraeten, *Tax Secrecy and Tax Transparenty – The Relevance of Confidenciality Law* (Argentina), Peter Lang GmBH, Frankfurt (en imprenta).

33 Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, p. 517.

34 Esta disposición fue incorporada por la ley 25.795 (B.O. 17.11.03). Antes de ello, se había dictado la Resolución 336/03 del Ministerio de Economía y Producción a través de la cual se autorizaba a la Administración Federal de Ingresos Públicos a intervenir en forma directa en la tramitación de intercambio de información relativa a acciones de recaudación y fiscalización con otras administraciones pertenecientes a los países signatarios de CDI celebrados por la República Argentina y a acordar, complementariamente, con esas administraciones aspectos procedimentales relacionados con el intercambio de información.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 62

Públicos (AFIP) de no cumplimentar con la debida ratificación del Congreso en materia de AII. En el marco de dicha posición las disposiciones del artículo 101, LPT, son interpretadas como una delegación legislativa expresa, lo cual al menos desde la perspectiva de Estado Emisor permitiría justificar la celebración de AII en forma ejecutiva.

No obstante lo expuesto, este análisis no sería completo si no se analizara la participación de la Argentina no ya como Estado Emisor –donde las normas que estatuyen el secreto fiscal son relevantes– sino como Estado Receptor. En efecto, el artículo 101, LPT surtiría los efectos de una autorización legislativa para la firma de AII desde la perspectiva del Estado Emisor, sin embargo no habría una norma similar en la LPT que autorice a la AFIP al ejercicio extraterritorial de la potestad de requerir la colaboración de los contribuyentes y firmar AIIs. Al respecto, es necesario resaltar que el intercambio de información conlleva por sí una injerencia en el ámbito de intimidad de particulares en el extranjero así como la utilización de información obtenida como consecuencia de dicha injerencia.

Al respecto, cabe destacar que por la especial injerencia en la intimidad de los particulares los deberes de colaboración y su correlativo poder de requerirlos se encuentran debidamente regulados en normas aprobadas por el Congreso. En efecto, los artículos 107 y 108, LPT, entre otros, regulan las obligaciones de información y colaboración de los particulares así como el ejercicio de cargas públicas. Dichos artículos, claramente convalidan el avance sobre la intimidad de los particulares, pero nada dicen sobre su posible ejercicio extraterritorial o sobre la autorización de la AFIP para firmar documentos internacionales que habiliten dicho ejercicio, o al menos la utilización de la información recabada en el extranjero. Lo mismo ocurre en materia de potestades de verificación y fiscalización previstas en el artículo 33, LPT.

En función de que la información intercambiada será utilizada en la determinación de tributos y la aplicación de sanciones, y que los principios y garantías constitucionales que aplican al ejercicio doméstico de la potestad de requerir la colaboración de los particulares debería aplicar en materia extraterritorial, es que proclamamos la necesidad de una norma aprobada por el Congreso que al igual que en materia de secreto fiscal autorice la utilización de la información intercambiada, siente las bases del intercambio mediante la implementación de recaudos mínimos a cumplirse como Estado Receptor y eventualmente delegue en el Poder Ejecutivo o en la AFIP la facultad de firmar AII.

Veamos un ejemplo que sustenta el punto. Como ya fuera anticipado, la Constitución Nacional dispone que el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados son inviolables; si bien se protege el ámbito íntimo de la persona se prevé la posibilidad de que legítimamente pueda penetrarse en ese ámbito privado en pro del bien común. El texto de la norma constitucional establece que "una ley determinara en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación[35]."

La LPT prevé la posibilidad de que ello ocurra y en el marco de las potestades de verificación y fiscalización faculta a la AFIP a "recabar por medio del Administrador Federal y demás funcionarios autorizados por la AFIP, orden de allanamiento al juez nacional que corresponda, debiendo especificarse en la solicitud el lugar y la oportunidad en que habrá de practicarse." Sin embargo, si de la misma manera que se resguarda el secreto fiscal, la Argentina como Estado Receptor pretendiera resguardar la inviolabilidad del domicilio, o dicho de otro modo, que la información que reciba y utilice no afecte ese principio, debería replicar en el artículo que mencionamos algunas condiciones mínimas sobre el ejercicio extraterritorial de esta prerrogativa. Igual procedimiento debería seguirse en relación a los demás deberes de colaboración que la LPT instaura y que por su contenido intrínseco pueden afectar libertades individuales.

En otras palabras, en carácter de Estado Receptor y por el especial contenido de los deberes de colaboración –que implican una injerencia en el ámbito de intimidad de los particulares– y la finalidad para la cual se utilizará la información intercambiada, sería necesaria una ley del Congreso que expresamente autorice el ejercicio extraterritorial de la potestad de requerir la colaboración de los particulares y la utilización de la información así recabada.

Asimismo, también como Estado Receptor la celebración de AIIs en forma ejecutiva –sin la intervención del Congreso– podría cuestionarse en virtud de que sus disposiciones afectan libertades individuales y exceden las facultades propias o delegadas del Poder Ejecutivo, salvo, claro está, que se cuente con la previa intervención del Congreso en un tratado que le sirva de fundamento. Alternativamente, si se adoptara una po-

35 Ver Damarco, *Los allanamientos domiciliarios en las leyes 11.683 y 24.769 y el principio de que nadie está obligado a declarar contra sí mismo,* Ponencia presentada en las XXXIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, 13-15 de Noviembre, Mar del Plata, Comisión 3.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 63

sición similar a la adoptada en materia de secreto fiscal y el artículo 101, LPT, podría sostenerse que en el caso que una ley del Congreso siente las bases del intercambio, la manera de resguardar los derechos y garantías de los particulares y autorice a la AFIP a la firma de AII, podría sustentarse la validez de un AII celebrado en forma ejecutiva.

Por su parte y desde el punto de vista de su intervención como Estado Emisor, estas objeciones podrían considerarse salvadas en función de lo dispuesto en el artículo 101, LPT, a través del cual el Congreso autoriza a la AFIP a suministrar información confidencial a administraciones extranjeras, establece las bases sobre las cuales dicho intercambio debe producirse y le autoriza a la AFIP a firmar AII que así lo provean.

En virtud de lo expuesto, entendemos que los AIIs firmados por la Argentina deberían contar con la debida aprobación del Congreso. Una excepción a ello serían aquellos que se firmen en forma complementaria a CDI que contaron con la previa intervención del Congreso, tal cual es el caso de los AIIE firmados con Chile y España[36].

Por su parte, y en relación a los documentos que implementen el intercambio automático de información previsto en AIIs en vigor, podrían no contar con la intervención del Congreso y ser firmados por la AFIP por ser complementarios a tratados celebrados siguiendo las pautas instauradas en la Constitución Nacional.

II.4. El Intercambio de Información. Aspectos Prácticos

II.4.1. Cuestiones Importantes desde el Punto de Vista del País Receptor

Como ya fuera anticipado, los Estados tienen el poder y el derecho de requerir de los particulares el cumplimiento de deberes de colaboración. El intercambio de información implica el ejercicio extraterritorial de este derecho o poder por parte del País Receptor.

En función de lo expuesto, los mismos límites y garantías que iluminan el ejercicio de los deberes de colaboración y las correlativas potestades del fisco existentes en el ámbito doméstico deberían aplicar cuando el Estado Receptor las desarrolla en forma mediata en el ámbito extraterritorial a través de la asistencia de un Estado extranjero.

II.4.1.1. Limitaciones al ejercicio extraterritorial de potestades y el uso de la información intercambiada

Los AII son contestes en afirmar que el Estado Emisor no puede recabar y/o suministrar información que no se lo permitan sus normas domésticas. Sin embargo no hay disposición alguna que establezca que el Estado Receptor no puede recibir o en su caso, utilizar información que no habría podido obtener de encontrarse a su alcance en el territorio sujeto a su jurisdicción.

La doctrina ha manifestado que "…las potestades administrativas son regladas y discrecionales. En relación con las primeras, el contorno está marcado por la ley, sin margen para la apreciación de la administración. Respecto de las segundas, están también contempladas por la ley pero su límite es difuso o inexistente, de manera que queda un margen de apreciación para la Administración. Ambas modalidades, de todas formas, quedan sometidas al orden constitucional del cual no pueden apartarse[37]". En consecuencia, lo que aquí sostenemos es que el Estado Receptor no puede apartarse vía un AII del orden constitucional que delinea y limita el ejercicio de sus potestades de requerir la colaboración de los particulares.

No desconocemos aquí que el ejercicio de esas potestades y el cumplimiento de los deberes de colaboración son esenciales para la búsqueda de la verdad material y que ello posibilita que todos los habitantes contribuyan al sostenimiento de los gastos públicos con ajuste a la verdadera capacidad contributiva. Sin embargo, resulta conveniente establecer límites a dichas potestades teniendo en cuenta la necesidad de

36 Podría discutirse este punto en el caso de Chile ya que al momento de la firma, el CDI todavía contaba con aprobación provisional sin la debida intervención del Congreso. En ambos supuestos, por su parte, también podría discutirse si la ampliación del ámbito material del AIIE en relación al CDI es objetable constitucionalmente.

37 Altamirano, *La Discrecionalidad Administrativa y la Motivación del Acto Administrativo de Determinación Tributaria*, en Procedimiento tributario, Abaco, 2003, p. 158.

38 Soler, *Reflexiones acerca del Derecho Tributario y la Necesidad de Velar por la Aplicación Plena de los Principios Constitucionales. Análisis de Algunas Cuestiones Relevantes*., Impuestos 2011-1,17. Al respecto, también se ha sostenido que "La defensa del interés tributario de casa Estado se convierte en el criterio sobre el que pivota la evolución de las normas sobre cooperación inter-administrativa en materia tributaria –tanto en la fase de control, como en fase de

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 64

conciliar la libertad individual y el interés común, a partir de un delicado equilibrio con que cabe ponderar ambos valores.[38] Estos límites deberían aplicar tanto a su ejercicio doméstico como extraterritorial.

En relación a la actividad fiscalizadora de la administración tributaria, la doctrina ha diseñado una clasificación de los diversos límites aplicables. Esta clasificación resultaría también aplicable a la categoría más amplia de poderes y derechos para solicitar la colaboración de los particulares en general, y a su ejercicio extraterritorial. A saber,

a) desde un punto de vista jurídico-lógico, lo cual significa que la carga formal impuesta debe siempre vincularse directamente o indirectamente a hechos imponibles, ciertos o eventuales;
b) desde el punto de vista de la razonabilidad y proporcionalidad, no gravando con engorrosas y abusivas actividades formales al administrado, y tampoco trasladándole aquellas funciones que son propias del órgano estatal;
c) en cuanto al deber de información propiamente dicho, y el derecho a la "intimidad física" y "confidencialidad" de ciertos datos, entre los que se incluye el secreto profesional[39].

Sin intención de hacer un catálogo completo de los principios particulares que se engloban en cada una de las categorías antes mencionadas, destacamos algunos de trascendencia y su posible alcance en un contexto de intercambio de información siempre desde la perspectiva de la Argentina como Estado Receptor.

Vinculación con Información fiscal

Una de las primeras cuestiones que se vinculan con el ejercicio de la potestad de requerir la colaboración de los particulares, es la necesidad de que la cuestión sobre la que se requiere esa colaboración tenga trascendencia fiscal[40]. Esta limitación se deriva y tiene una relación esencial con el derecho a la intimidad[41] y con el principio de razonabilidad que se comentan a continuación[42].

En el ámbito específico de los AIIs, este principio es generalmente resguardado ya que el texto de los propios documentos establece claramente el ámbito material de aplicación. Cabe destacar, como ejemplo de ello el caso de los CDI firmados (con excepción del vigente con Noruega) en donde el intercambio que se habilita está limitado a la información relativa a los impuestos comprendidos en el convenio[43]. También sería un adecuado resguardo que el documento que implemente el intercambio automático de información sea lo más preciso posible en el punto. Al respecto se menciona el Modelo de Memorándum de Entendimiento para el Intercambio Automático de Información de la OCDE ("Modelo MDE") que expresamente define la información a intercambiar lo cual asegura un correcto control de su relevancia fiscal y disminuye la discrecionalidad[44].

---

ejecución– que tratan de asegurar la efectividad de la misma. Dicha protección aparece desnuda, en cambio de cualquier reconocimiento explícito –al mismo nivel– de un estatuto internacional mínimo de derechos del contribuyente que asegure el ejercicio de sus derechos y un mínimo nivel de garantías frente a las actuaciones de ambos Estados en el proceso de cooperación inter-administrativa. El reconocimiento y garantía de los derechos del particular ante el procedimiento de intercambio se deja en manos de la normativa interna de cada uno de los Estados participantes sin asegurar un mínimo común a nivel internacional (García Prats, Cooperación Administrativa Internacional en Materia Tributaria. Derecho Tributario Global, Documento N° 3/07, Instituto de Estudios Fiscales). Ver también Casanovas, Ramos Rivera, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, Argentine Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 80.

39 Díaz Sieiro, Veljanovich, Bergroth, *Procedimiento Tributario – Ley 11.683*, Macchi, 1993, p. 282.

40 Ver Martinoli, *Tendencias en Materia de Intercambio Internacional de Información Tributaria*, Cuadernos del Instituto AFIP.

41 Cabe destacar que el Tribunal Fiscal opinó acerca de la apertura del consumido entendiendo que el fisco carece de facultades para exigir este tipo de datos porque incursiona en la intimidad de las personas y las garantías individuales tuteladas por los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional (*Ekserciyan Armenak*, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, sent. del 24.2.05).

42 Se ha sostenido sobre el tema que "[t]oda la actuación fiscal debe ser conducente a obtener la verdad respecto de identificar al responsable del tributo y la exacta magnitud de su obligación. Lo que está fuera de este propósito será ilegítimo." (Gorosito, Alberto, *Los Límites Constitucionales y Legales a las Facultades de Verificación y Fiscalización*, Práctica Profesional 15.12.08).

43 Ver sobre el ámbito material de la cláusula de intercambio de información de los CDI, Barzola, *Intercambio Internacional de Información Tributaria. La Experiencia Argentina*, trabajo presentado en las Jornadas Regionales IFA, Buenos Aires, 2010.

44 Ver Modelo MDE, artículo 2.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 65

La Argentina, en su carácter de Estado Receptor no podría controlar que los datos personales de sus residentes que no tengan relevancia fiscal lleguen a conocimiento del un país contratante (Estado Emisor). Sin embargo, sí podría (y debería) en fiel cumplimiento de su compromiso de resguardar los derechos de sus contribuyentes, oponerse a recibir y en su caso, abstenerse de utilizar para cualquier fin, información que no tenga vinculación con la materia fiscal y en su caso, no encuadre en el ámbito material del AII en virtud del cual se intercambia información.

Principio de Razonabilidad y Adecuación

En relación al accionar de la administración en general se sostiene que es legítima cuando sus facultades se ejercen de modo razonable, es decir, mediante la utilización de las herramientas provistas por la ley, en el marco de la razonabilidad constitucional[45]. También se afirma que "[e]l principio de proporcionalidad es el vehículo que asegura la razonabilidad de la actuación de la administración tributaria conforme a derecho y un valladar a la arbitrariedad en el ejercicio de la potestad administrativa[46]".

En función de lo expuesto, la legitimación de un pedido de colaboración no viene dado solamente por su aptitud cualitativa (*i.e.,* la exigencia de que los datos solicitados guarden relación con la materia fiscal, tal como explicamos en el acápite anterior), sino además, por la necesidad de que "…la limitación del derecho a la intimidad del administrado provenga de un procedimiento de gestión administrativa que no reconozca otra alternativa menos gravosa para el sujeto afectado y que el derecho individual siga siendo practicable[47]".

Es por ello que, si en lugar de herramientas lógicas (adecuación del medio al fin) se utilizan otras que no lo son, o se abusa de ellas, el equilibrio de la relación jurídico-tributaria se rompe y se patentiza una violación de libertades y garantías constitucionales, y en un ámbito de Estado de Derecho debería admitirse que los contribuyentes responsables dispongan de medios recursivos protectores de su condición esencial de ciudadanos[48].

En general y en relación al intercambio automático de información los AIIs no prevén disposición alguna que cristalice los principios de adecuación y razonabilidad. Sería recomendable que los instrumentos que se firmen con el objetivo de implementar efectivamente el intercambio automático de información, prevean estos principios ya sea mediante una referencia genérica, o si fuera el caso, a modo de limitación expresa en las cláusulas específicas que en cada caso se diseñen. También sería recomendable que estos principios se encuentren cristalizados en una norma interna (*i.e.,* LPT).

A través de la incorporación al documento que se firme de disposiciones que cristalicen este principio, serviría como salvaguarda para la Argentina como Estado Receptor del compromiso asumido frente a sus residentes que la potestad de requerir la colaboración de los particulares se ejerce dentro de los límites que el principio de razonabilidad informa. De no existir disposición alguna en el acuerdo específico que se implemente, no por ello la Argentina dejaría de estar comprometida a resguardar el principio de razonabilidad. En dicho caso debería tomar medidas para verificar la forma y métodos a través de los cuales la información es obtenida, y en su caso, abstenerse de utilizar aquélla obtenida en violación a este principio.

Principio de igualdad

El cumplimiento de deberes de colaboración, al igual que el ejercicio de las potestades para requerirlos debe respetar el principio de igualdad y la prohibición de discriminaciones irrazonables entre los particulares[49].

---

45 Egüez, Simesen de Bielke, *Acerca de los Excesos de la Administración en la Relación Fisco-Contribuyente. Un Enfoque desde la Relación del Derecho Tributario Administrativo*, Periódico Económico Tributario, 12.2.08.

46 Soler, *Reflexiones acerca del Derecho Tributario y la Necesidad de Velar por la Aplicación Plena de los Principios Constitucionales. Análisis de Algunas Cuestiones Relevantes*, Impuestos 2011-1,17. Ver también el completo análisis sobre el principio de razonabilidad y el principio de interdicción de la excesividad que hace Fraga, en *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, pp. 133 y ss.

47 Así, en el ámbito internacional, se ha sostenido que una el intercambio de información automática en forma indiscriminada puede violar el derecho a la intimidad o privacidad de los individuos previsto el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (Oberson, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation Between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 49). Ver también, Soler, *Reflexiones acerca del Derecho Tributario y la Necesidad de Velar por la Aplicación Plena de los Principios Constitucionales. Análisis de Algunas Cuestiones Relevantes*, Impuestos 2011-1,17.

48 Egüez, Simesen de Bielke, *Acerca de los Excesos de la Administración en la Relación Fisco-Contribuyente. Un Enfoque desde la Relación del Derecho Tributario Administrativo,* Periódico Económico Tributario, 12.2.08.

49 Fraga, *Los Deberes de Colaboración y la Aplicación del Principio de Razonabilidad: Análisis Crítico de los Deberes de Información Tributaria*, Práctica Profesional, 24.11.11.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 66

Ello se funda en el artículo 16 de la Constitución Nacional que establece que la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Así se ha dicho que el accionar de los órganos del Estado debe llevarse a cabo en un sistema tributario justo, en el cual todos los sujetos estén expuestos al accionar investigativo, en forma pareja y bajo reglas paladinas de la autoridad fiscal[50].

Asimismo, a los fines de que las restricciones a la privacidad de los individuos posean visos de equidad y generalidad y alejen cualquier sospecha de arbitrariedad en cuanto a la afectación irrazonable de derechos de determinados contribuyentes o de un sector determinado, la potestad de requerir la colaboración de los particulares (en forma mediata y con la asistencia de un país extranjero si esta potestad fuera ejercida extraterritorialmente) debería ejercerse en forma planificada en función de estudios previos, justificados y que respeten parámetros objetivos, a efectos de reducir al máximo posible la discrecionalidad administrativa en su accionar respecto de contribuyentes y responsables[51]. En este sentido, y en un contexto de intercambio de información, la información intercambiada no podría hacer distinciones que sean irrazonables o discriminatorias.

Al igual que lo manifestado en relación al principio de razonabilidad, sería recomendable que los instrumentos que se firmen con el objetivo de implementar efectivamente el intercambio automático de información, cristalicen el principio de igualdad, y sirva como salvaguarda al Estado Receptor de que la información suministrada fue obtenida sin vulnerar ese principio de igualdad, sin que una previsión en ese sentido, absuelva al Estado Receptor de su compromiso de respetarlo ese principio. Del mismo modo podría postularse la necesidad de una previsión doméstica legal en este sentido.

Derecho a la Intimidad

Como ya fuera anticipado, el sistema constitucional argentino consagra una zona de intimidad o reserva que debe ser respetado. Lamentablemente este derecho a la intimidad se contrapone con los numerosos deberes de colaboración impuestos a los particulares. La realidad es que estamos transitando en materia tributaria una era de divulgación y cumplimiento que hace que los ámbitos reservados de los particulares sean cada vez menores[52].

No obstante ello, los derechos de los particulares no pueden ser desatendidos[53]. Es por ello que se sostiene que "…la invasión de la esfera íntima de cada individuo por parte de la Administración debería ser inde-

50 Díaz Sieiro, Veljanovich, *Bergroth, Procedimiento Tributario – Ley 11.683*, Macchi, 1993, p. 292.

51 Fraga, *Los Deberes de Colaboración y la Aplicación del Principio de Razonabilidad: Análisis Crítico de los Deberes de Información Tributaria*, Práctica Profesional, 24.11.11. Si bien la opinión del autor se refiere específicamente a las facultades de inspección, entendemos que ello sería así en relación a cualquier potestad de exigir la colaboración de los particulares. Al respecto, se ha sostenido también "*La selección de los administrados a ser fiscalizados debe estar imbuida de objetividad y del principio de igualdad, en aras de evitar discriminaciones injustas y el uso distorsionado de las facultades fiscalizadoras con móviles ajenos a la recaudación y control, esto es, con desviación de poder*" (Conclusiones de las XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, citadas por el mismo autor). Si bien en otro contexto (selección de un particular sujeto a inspección), son elocuentes las conclusiones arribadas por el Juzgado Federal de Río Cuarto en *in re Vollenweider* (sent. del 28.4.99) "*Queda demostrado entonces el carácter discriminatorio al que es sometido el accionante…Las conclusiones precedentes no importan en manera alguna, desconocer las amplísimas potestades que otorgan a la AFIP-DGI no sólo la ley de procedimientos tributarios, sino también las normativas generales y específicas emanadas de autoridad administrativa, en materia de verificación y fiscalización. Incluye esto, el reconocimiento de la facultad investigativa de la demandada sobre cualquier situación o contribuyente -hasta el propio actor- que merezca un verdadero y real interés fiscal. Todo en razón de la supremacía de los intereses generales en juego. No obstante ello, el obrar del ente recaudador como cualquier otro organismo o repartición debe quedar bajo el debido control jurisdiccional cuando el mismo transgreda los límites de las atribuciones que le reconoce la normativa sobre la materia. Igualmente y, aunque se admite pacíficamente determinada discrecionalidad, cuando ésta avanza por encima de la propia actividad reglada constituyéndose en instrumento de corrosión de la seguridad jurídica en su relación con el administrado, aparece como vía idónea la del amparo en sede jurisdiccional para restringir tal avance. Cuando el obrar excede los límites de la razonabilidad, se trasluce un claro abuso de derecho por desviación de poder del funcionario de turno, cuyo actuar con sesgo de marcada arbitrariedad lesiona, restringe o amenaza derechos constitucionales de rango superior o impide el ejercicio del derecho al debido proceso. Es obligación de la justicia en ejercicio de sus funciones de contralor poner freno a las conductas abusivas que, como las del caso de autos, están viciadas por manifiesta arbitrariedad.*"

52 Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, La Ley 2011, p. 130. Sobre el derecho a la intimidad ver Pérez, *Los deberes de Colaboración y No Obstaculización. Esencia y Ubicación. La Tensión frente a los Derechos de Resistencia y a la Intimidad*, Práctica Profesional, 14.2.11. También en el ámbito internacional ver Cockfield, *Protecting Taxpayer Privacy Rights under Enhanced Cross-border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights*.

53 Ver Cockfield, *Protecting Taxpayer Privacy Rights under Enhanced Cross-border Tax Information Exchange: Toward a Multilateral Taxpayer Bill of Rights*.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 67

fectiblemente justificada de manera expresa y detallada en cada acto administrativo; dicha necesidad es de carácter superior en aquellos casos en que el derecho se encuentre afectado con una mayor intensidad. La jurisprudencia ha dicho en este sentido que la circunstancia de contar la AFIP con un espectro amplio de facultades de verificación y fiscalización, no excluye la necesidad de justificar el acto –motivación y justificación resultan términos coincidentes–, pues lo relacionado con la motivación se agudiza en materia de actos discrecionales donde es mayor –con relación a los actos reglados– la necesidad de justificar la íntima correlación entre motivo, contenido y finalidad del acto[54]."

Cabe destacar que en un caso relativamente reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (la "Corte", la "CSJN") tuvo la posibilidad de entender en una acción de amparo interpuesta por un abogado con el objeto de determinar si la normativa que autoriza la intervención de las comunicaciones telefónicas y por Internet sin determinar "en qué casos y con qué justificativos" esa intromisión puede llevarse a cabo vulnera los derechos establecidos en los artículos 18 y 19 de la Constitucional Nacional e importa una violación de sus derechos a la privacidad y a la intimidad, y además pone en serio riesgo el "secreto profesional" que como letrado se ve obligado a guardar y garantizar.

La Corte confirmó la sentencia de Cámara y sostuvo que las comunicaciones previstas en la normativa analizada y todo lo que los individuos transmiten por las vías pertinentes integran la esfera de intimidad personal y se encuentran alcanzadas por las previsiones de los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la intimidad y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda "injerencia" o "intromisión" "arbitraria" o "abusiva" en la "vida privada" de los afectados[55]."

Por su parte y en lo que respecta al ámbito físico donde se ejerce el derecho a la intimidad, cabe resaltar los principios de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia[56]. Estos principios no son absolutos ya que expresamente la Constitución Nacional prevé la posibilidad de injerencia en ese ámbito privado mediante una ley que determine en qué casos y con qué justificativos. Claro ejemplo de ello es el artículo 33, LPT, que en el marco de las potestades de verificación y fiscalización faculta a la AFIP a recabar órdenes de allanamiento[57].

Otro de los corolarios del derecho a la intimidad es el carácter confidencial de la información sujeta a secreto profesional. Al respecto, se ha sostenido que "[e]s confidencial aquello que se comunica en el marco de una relación que se realiza con la confianza de que su contenido se reservará; es, por tanto, una revelación secreta… Nótese que el secreto profesional es un derecho del que goza toda persona, y que actúa en resguardo de su ámbito de privacidad, en tanto para el agente de información es un deber al que está obligado, precisamente, para no afectar aquel derecho a la intimidad de quienes confían en su discreción[58]."

El secreto es obligatorio para el profesional con abstracción de que el cliente le haya o no pedido reserva, de suerte que no incurre aquél en infracción de negarse a facilitar a la inspección documentación reservada de sus clientes.

Posibles injerencias o intromisiones en el ámbito privado o de intimidad de los particulares no pueden ser desatendidas por el Estado Receptor. Sin embargo, los AIIs tampoco tienen disposiciones específicas al respecto. Es por ello que la Argentina como Estado Receptor debería establecer algún tipo de salvaguarda en relación al carácter de la información intercambiada y su obtención, así como abstenerse de utilizar información intercambiada en el caso que hayan sido obtenida vulnerando principios y garantías constitucionales básicas tales como la defensa del derecho a la intimidad, el secreto profesional o la inviolabilidad del domicilio.

En conclusión, entendemos que la AFIP no podría acceder a información de particulares originada en el exterior que no pudiera hacerlo o se encontrara limitada constitucionalmente de hacerlo si dicha información estuviera en el país, es por ello que los principios y garantías que iluminan las facultades de requerir la colaboración de los particulares deberían aplicar en idéntica forma en materia de intercambio de información. Es por ello que la previsión doméstica de un conjunto básico de reglas o principios referidos a la actuación de la Ar-

54 Fraga, *Los Deberes de Colaboración y la Aplicación del Principio de Razonabilidad: Análisis Crítico de los Deberes de Información Tributaria*, Práctica Profesional, 24.11.11.

55 Halabi, Ernesto, CSJN, sent. del 24.2.09, Fallos 332:111.

56 Sobre inviolabilidad del domicilio ver Pérez, *Los Deberes de Colaboración y No Obstaculización. Esencia y Ubicación. La Tensión Frente a los Derechos de Resistencia y a la Intimidad*, Práctica Profesional, 14.2.11.

57 Al respecto, ver Díaz Sieiro, Veljanovich, Bergroth, *Procedimiento Tributario – Ley 11.683*, Macchi, 1993, pp. 297 y ss.

58 Soler, *Reflexiones acerca del Derecho Tributario y la Necesidad de Velar por la Aplicación Plena de los Principios Constitucionales. Análisis de Algunas Cuestiones Relevantes*, Impuestos 2011-1,17. Para un análisis más exhaustivo del tema ver Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, p. 162 y ss.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 68

gentina como Estado Receptor sería altamente recomendable. Asimismo, la regulación convencional de estas reglas también resultaría necesaria ya que funcionaría como salvaguardia que la información intercambiada es obtenida cumpliendo ciertos principios básicos compartidos. Esto no sólo contribuiría a resguardar los derechos de los contribuyentes sino que mejoraría la eficiencia de las autoridades fiscales evitando incurrir en esfuerzos relativos a información que por violar garantías constitucionales resultaría posteriormente inutilizable.

II.4.2. Cuestiones Importantes desde el Punto de Vista del Estado Emisor

Las cuestiones más importantes a tener en cuenta desde el punto de vista del Estado Emisor son aquellas vinculadas con el carácter confidencial de la información suministrada por los particulares[59] y el compromiso del Estado que obtiene esa información de mantener el secreto fiscal.

II.4.2.1. El secreto fiscal[60]

La información de relevancia fiscal suministrada por los particulares a las administraciones fiscales tiene carácter confidencial. El secreto fiscal constituye ese compromiso de confidencialidad asumido por un Estado frente a los particulares, quienes podrían verse perjudicados por la divulgación de esta información y que el objeto principal es brindarles tranquilidad de que cualquier manifestación que formule ante la administración tributaria será secreta[61].

La figura se encuentra destinada a resguardar tanto los derechos de los contribuyentes como de los responsables y hasta de los terceros ajenos a la relación tributaria. En este último caso, puede involucrar a terceros a los que se les solicite información de determinado o determinados contribuyentes mediante requerimientos o a través de regímenes generales de información[62]. Entendemos que este es el sentido correcto que debe darse, por lo que toda la información remitida en el marco de un proceso de intercambio automático de información estará resguardada por este secreto.

El marco legal de protección del secreto fiscal puede encontrarse tanto en la legislación doméstica como en la convencional. En ambos supuestos se regula primordialmente el compromiso de confidencialidad de un Estado frente a los particulares que brindan información fiscalmente relevante, por lo que en un marco de intercambio de información el problema se aborda desde la perspectiva del Estado Emisor.

En función de que el intercambio de información configura una excepción al secreto fiscal, como tal, no debe efectuarse al menos que existan en el Estado Receptor garantías sobre el uso y la revelación de los datos intercambiados equivalentes a las previstas en el Estado Emisor, por lo que referencias respecto al Estado Receptor son siempre necesarias[63].

Como ya fuera anticipado, en el marco de la legislación doméstica argentina, el artículo 101, LPT, establece que las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración son secretos, razón por la cual los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependencias de la Administración Fiscal están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones.

No obstante lo expuesto, dicho artículo expresa que el secreto fiscal no rige para los casos de remisión de información al exterior en el marco de los AIIs. En función de lo expuesto, la Argentina, como Estado Emisor, no vulnera el compromiso de confidencialidad asumido con los particulares cuando intercambia información en

59 El deber de mantener la confidencialidad sobre la información intercambiada es resaltado por la OCDE como una de las cuestiones centrales en materia de intercambio de información en general, pero especialmente en materia de intercambio de información automático (*Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains to Be Done*).

60 A los fines de profundizar sobre este tema ver *Keeping It Safe. Joint OECD / Global Forum Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes*.

61 Barzola, *Intercambio Internacional de Información Tributaria. La Experiencia Argentina*, trabajo presentado en las Jornadas Regionales IFA, Buenos Aires, 2010. En igual sentido y parafraseando a la CSJN Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, p. 517.

62 Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, Fraga, La Ley 2011, p. 524.

63 Es por ello y tal como se expresa luego que los AII en general y los CDI en particular contienen un precepto que delimita el círculo de personas que pueden acceder a la información intercambiada y el uso que puede hacerse de la misma, de manera que el intercambio de información no supone una pérdida de confidencialidad de los datos fiscales transmitidos, sino tan solo una flexibilización de la regla interna de secreto fiscal (cfm. Calderón Carrero, *El Procedimiento de Intercambio de Información Establecido en los Convenios de Doble Imposición Basados en el Modelo de Convenio de la OCDE*, en *Fiscalidad Internacional*, Dir. Serrano Antón, CEF, pp. 1249-1250).

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 69

el marco de AII. Sin embargo, esto no es absoluto ya que deben cumplirse determinadas condiciones, entre las que se destaca, asegurar un compromiso reflejo del Estado Receptor frente a esta información confidencial.

En efecto, la Argentina como Estado Emisor debe asegurar que la autoridad competente del Estado Receptor se compromete a (i) tratar la información suministrada como secreta, en iguales condiciones que la información obtenida sobre la base de su legislación interna; (ii) entregar la información suministrada solamente a personal o autoridades (incluso a tribunales y órganos administrativos), encargados de la gestión o recaudación de los tributos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos o, la resolución de los recursos con relación a los mismos; y (iii) utilizar las informaciones suministradas solamente para los fines indicados en los apartados anteriores.

En materia de legislación convencional, tanto los CDI, como los AIIE y la CAAM establecen disposiciones que resguardan el secreto fiscal. Esto es así ya que a falta de una disposición específica los países que otorgan un alto nivel de protección a la información fiscal no intercambiarían datos a aquellos países que tienen estándares de protección diferentes.

La regulación sobre "secreto fiscal" prevista en los AIIs afecta dos cuestiones, a saber: a) las personas que pueden acceder a la información intercambiada (el "Círculo de Confidencialidad"); y b) el uso que puede hacerse de los datos transmitidos (la "Esfera de Uso")[64]. Esta regulación persigue la protección de los datos intercambiados de revelaciones o usos no acordes con el fin que motivó su transmisión[65].

Discusiones interesantes en este tema se han generado con respecto al alcance de la "esfera de uso" y es reveladora la evolución que al respecto ha hecho la OCDE en la materia.

En efecto, es recién a partir de los modelos 2000-2003 que la información intercambiada puede usarse para la gestión tributaria de cualquier impuesto aplicado por el Estado Receptor. También la información puede utilizarse en el marco de los procedimientos y procesos de revisión de actos dictados en el ejercicio de tales funciones, como en procedimientos tendientes a la aplicación de sanciones por incumplimientos tributarios o procesos penales similares. Sin embargo, por su espectro actual, sigue sin autorizarse su uso a los fines de la persecución de otros delitos como el de blanqueo de capitales (esto más allá de los esfuerzos principalmente del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE hacer más redituable la interrelación entre mecanismos antiblanqueo y mecanismos de lucha contra el fraude fiscal internacional)[66].

Los cambios introducidos a partir Modelo 2000, vinieron a eliminar las limitaciones que contenían los modelos anteriores (1963-1992), toda vez que estos únicamente permitían el intercambio de información en relación a los impuestos cubiertos por el CDI. Esto implicaba que los datos transmitidos no podían emplearse para la gestión tributaria de otros impuestos distintos a los previstos en el CDI, aunque se encontraran concatenados con ellos[67].

Nuestros CDI siguen versiones previas al Modelo OCDE 2000-2003 por lo que únicamente permiten el intercambio de información en relación con los impuestos cubiertos por el CDI, por lo que los datos transmitidos no pueden emplearse a los fines de otros impuestos distintos a los previstos en el CDI, aunque se encontraran concatenados con ellos.

Un escenario distinto se plantea en el marco de la CAAM. En efecto, la CAAM establece que la información obtenida a través de los mecanismos que esta suministra puede ser relevante para otros propósitos, como es la persecución de delitos financieros. La CAAM permite dicho uso siempre que la información pueda ser utilizada para esos otros propósitos según el Estado parte que la suministra y se autorice tal uso[68].

Al respecto la doctrina ha entendido que en la medida que el Estado Emisor lo permita, los datos recibidos por la AFIP podrían ser utilizados en la Argentina por la Unidad de Información Financiera ("UIF") ya que este organismo está facultado para solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que

64 Denominación usada por Calderón Carrero.

65 Calderón Carrero, *El Procedimiento de Intercambio de Información Establecido en los Convenios de Doble Imposición Basados en el Modelo de Convenio de la OCDE*, en *Fiscalidad Internacional*, Dir. Serrano Antón, CEF, p. 1283. Cabe destacar que si bien los comentarios de Calderón Carrero se refieren al artículo 26 del Modelo OCDE, ellos resultan también aplicables a otros documentos que prevén el intercambio de información.

66 Ver al respecto el informe de la OCDE *Access for Tax Authorities to Information Gathered by Antimony Laundering Authorities*.

67 Calderón Carrero, *El Procedimiento de Intercambio de Información Establecido en los Convenios de Doble Imposición Basados en el Modelo de Convenio de la OCDE*, en *Fiscalidad Internacional*, Dir. Serrano Antón, CEF, p. 1287.

68 CAAM, Artículo 22.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 70

estime útil para el cumplimiento de sus funciones a cualquier organismo público nacional, provincial o municipal, todos los cuales están obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije bajo apercibimiento de ley. Además se establece en cabeza de la AFIP la obligación de informar a la UIF y de poner a su disposición la documentación recabada y de llevar a su conocimiento las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa de lavado de activos o financiación de terrorismo[69].

No obstante lo expuesto, en virtud de la limitación contenida en el artículo 101, LPT y salvo que dicho artículo sea modificado, la Argentina como Estado Emisor no podría suministrar información de naturaleza tributaria para fines que no sean tributarios como podría ser la aplicación de normativa de lavado de dinero[70].

En conclusión, en la medida que la utilización para fines extrafiscales esté previsto convencionalmente y la normativa del Estado Emisor lo permita y haya una norma del Congreso que establezca dicha utilización, entendemos que no habría reparos. Sin embargo, en carácter de Estado Emisor, la Argentina debería asegurarse que la información que remita se utilice solamente a los fines fiscales ya que ello es lo que únicamente el artículo 101, LPT admite[71].

II.4.3. Cuestiones Comunes desde la Perspectiva del Estado Emisor y del Estado Receptor: Acciones de los Contribuyentes

Son diversas las cuestiones que se plantean en relación a la posible participación del contribuyente o responsable frente a un procedimiento de intercambio de información propiamente dicho. Dejamos de lado en este acápite, las participaciones propias que podrían plantearse en el marco de un procedimiento de determinación de tributos o aplicación de sanciones.

II.4.3.1. Participación de los particulares

La doctrina internacional resalta la importancia de los derechos y garantías de los particulares en el marco de un proceso de intercambio de información y la errónea asunción que la consideración de esos derechos y garantías entorpece el proceso[72].

En general, los AII no contienen disposición alguna referida a una posible intervención de los particulares respecto de los cuales la información es intercambiada[73]. Es por ello que en ausencia de una norma convencional, la posibilidad de participación o intervención del contribuyente queda librado a lo dispuesto en la normativa doméstica.

En el derecho comparado, se erigen distintas posiciones con respecto a la intervención de los particulares. La mayoría de los países no informan ni autorizan a los particulares a involucrarse en el proceso de intercambio de información. Algunos permiten a los contribuyentes a objetar, pero recién después que la información fue remitida, lo cual le quita cualquier tipo de valor a la intervención. Mientras que otros informan al

---

69 Fraga, *Nuevas Tendencias en el Intercambio Internacional de Datos Tributarios y su Posible Aprovechamiento por la AFIP*, Periódico Económico Tributario, 13.3.13.

70 Históricamente, esta fue la razón para la no ratificación del CDI firmado con Estados Unidos en 1981 en función de la reserva del Senado americano de divulgar a la Oficina General de Contabilidad Gubernamental (*Government Accountability Office*) la información para aplicación de la ley de prácticas corruptas extranjeras (*Foreign Corrupt Practices Act*).

71 Fraga, *Nuevas Tendencias en el Intercambio Internacional de Datos Tributarios y su Posible Aprovechamiento por la AFIP*, Periódico Económico Tributario, 13.3.13. Es más, este autor considera con atino que correspondería que desde nuestro país se realice algún tipo de evaluación o seguimiento respecto de la aplicación efectiva de las garantías previstas en la norma de fondo.

72 Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, La Ley 2011, pp. 506-506, citando a Rosembuj, Cacchetto, Addonino, Calderón Carrero, Sánchez López, Martínez Giner.

73 En un antecedente de la Dirección de Asesoría Legal (Dictamen 16/99) se sostiene que a los efectos de impugnar la validez de la información suministrada un particular podría llevar el caso a la autoridad competente del estado contratante del que es residente en el marco de las normas de procedimiento amistoso previsto en los CDI. Medida que podría discutirse por su efectividad, postura compartida por Fraga (Tratado de la Información Tributaria, La Ley 2011, pp. 506-510).

74 Oberson, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 53. Ver también, Calderón Carrero, *Tendencias Actuales en Materia de Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias*, Crónica Tributaria N°99 (2001).

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 71

contribuyente y le suministran la misma información que intercambiaron. Suiza es uno de los pocos países que otorga un valor trascendental a los derechos procesales, tales como al derecho a ser oído como así también al derecho de apelar con efecto suspensivo la decisión de remitir información al país que la requiere[74].

En ese contexto se discute por qué si los derechos y garantías procesales son tan importantes en los sistemas legales en general, ellos no son tenidos en consideración en materia de intercambio de información[75]. La razón podría radicar en el hecho que la mayoría de los países consideran que el intercambio de información no constituye un procedimiento administrativo propiamente dicho sino que configura una mera recolección de datos y que de alguna manera la información recabada tiene el carácter de documentación preparatoria. En otros, por su parte, sí le otorgan al intercambio de información la naturaleza de un procedimiento administrativo por lo que los particulares tienen ciertas prerrogativas propias de dichos procesos.

En nuestro país, no hay disposiciones expresas que regulen los derechos y garantías tales como la notificación de la existencia de un proceso de intercambio de información o en su caso el derecho a participar de los contribuyentes y menos aún la posibilidad de revisar el procedimiento de intercambio de información llevado a cabo[76].

No obstante ello, parece lógico que los obligados tributarios afectados posean mecanismos que les permitan controlar la legalidad del procedimiento de intercambio y el uso que se haga con posterioridad de los datos intercambiados[77]. También es cierto que en la Argentina se reconoce el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados y obtener copia de documentos contenidos[78]. No obstante lo expuesto, hasta tanto exista la obligación de notificar sobre la existencia de un proceso de intercambio de información cualquier derecho a participar o a tomar vista del procedimiento podría tornarse ilusorio.

II.4.3.2. La posibilidad de Invocar la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales

Más allá de lo manifestado en los puntos precedentes, podría analizarse si la normativa vigente en materia de protección de datos personales puede ser invocada a los fines de controlar la información manipulada por las administraciones fiscales. Esto podría darse desde una doble perspectiva, en relación al Estado Emisor o al Estado Receptor.

La ley de protección de datos personales ("LPDP") reglamenta la garantía constitucional de hábeas data en virtud de la cual toda persona puede interponer una acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes y en su caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos.

Básicamente la ley reglamenta dos principios esenciales (i) el derecho de los titulares a conocer los datos referidos a su persona que se encuentran almacenados en los bancos de datos; (ii) el derecho a requerir su rectificación, actualización o supresión.

En cuanto a su aplicación en materia tributaria, la doctrina es conteste en considerar que es viable[79], por lo que no existirían reparos en admitir también su aplicación en materia de información recibida de otras administraciones fiscales o destinada a ser intercambiada. Es por ello que la AFIP debería cumplir con las solicitudes de acceso, supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de dicha información.

Si bien la LPDP establece que "[l]a información sobre datos personales… puede ser denegada por los responsables o usuarios de bancos de datos públicos, cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuacio-

75 Oberson, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 53.

76 Barzola, Intercambio Internacional de Información Tributaria. La Experiencia Argentina, trabajo presentado en las Jornadas Regionales IFA, Buenos Aires, 2010.

77 Calderón Carrero, *Tendencias Actuales en Materia de Intercambio de Información entre Administraciones Tributarias*, Crónica Tributaria N° 99 (2001).

78 Casanovas, Ramos Rivera, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities,* Argentine Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 80.

79 Ver Fraga, *Tratado de la Información Tributaria*, La Ley 2011, pp. 591-593. Díaz, *Intimidad Económica, Derechos Personalísimos y Habeas Data*, Ponencia presentada en las XXXIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas, 13-15 de Noviembre, Mar del Plata, Comisión 3.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 72

nes judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales… la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado."

Entendemos que esta excepción debe interpretarse razonablemente so pena de vulnerar la garantía constitucional que reglamenta. Esta es la posición que parece asumir la Corte en un precedente bastante reciente en el cual no obstante oponerse a la procedencia de la acción de hábeas data sentó las bases de su correcta interpretación[80].

En efecto, el dictamen del procurador al que la Corte remite para resolver sostuvo, en primer lugar, que el hábeas data establecido en el artículo 43 de la Constitución Nacional protege la identidad personal y garantiza que el interesado tome conocimiento de los datos a él referidos y de su finalidad que consten en registros o bancos públicos o los privados destinados a proveer informes, por lo que la información que dispone la AFIP no se encuentra excluida.

En efecto, excluir de la protección reconocida por la Constitución a aquellos datos que organismos estatales mantienen fuera del acceso de los particulares, comporta la absurda consecuencia de ofrecer una acción judicial sólo en los casos en los que no es necesaria y vedarla en aquellos en los que el particular no puede sino recurrir, ineludiblemente, a la tutela judicial para ejercer su derecho. Sólo se preserva en forma eficiente el derecho de que se trata, en la medida en que se entienda por "registros o bancos de datos públicos" aquellos que obran en organismos del Estado, incluso, y en especial, los reservados con carácter secreto.

Por otra parte, se sostuvo que la LPDP establece excepciones en los casos que se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias, en cuyo caso se requiere resolución fundada. La circunstancia de que esta disposición no se encontrara vigente al contestar la AFIP las intimaciones de la actora impide exigir la denegatoria fundada. Sin embargo, las manifestaciones de la demandada relativas a los motivos que habrían originado las inspecciones (*i.e.,* importancia que la actividad de combustibles reviste para la economía nacional, verificación de determinadas maniobras que podrían resultar evasivas o al menos elusivas, verificación de la actividad a nivel nacional), habilitó a concluir que se configuraban en el caso los extremos que prevé dicho precepto, ya vigente al momento de dictarse la sentencia apelada.

En consecuencia, se concluyó que si bien la protección constitucional de que se trata se dirige a que el particular interesado tenga la posibilidad de controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga, no debe perderse de vista que el alcance de dicha garantía encuentra su límite en ciertas circunstancias específicas que no pueden ser soslayadas, tales como el carácter de las funciones que desarrolla el organismo fiscal.

En función de lo expuesto, la pretensión de la actora no se compadecía –según el procurador y la Corte– con el objeto y finalidad del instituto del que intenta valerse, pues resulta evidente que el organismo recaudador se encontraba realizando investigaciones tendientes a determinar si había cumplido sus obligaciones tributarias, función en la que subyace un interés público primordial y, por otra parte, la empresa actora, sin mayor fundamento, sólo intenta anticipar la oportunidad en la que debe ejercer su derecho de defensa.

De lo resuelto por la Corte podrían derivarse algunas conclusiones. En principio no habría reparo alguno para que un particular solicite el acceso a la información a ser suministrada a otra administración fiscal. Tampoco existirían impedimentos en el caso en que esta petición sea hecha al Estado Receptor. Sin embargo en este último supuesto podría ocurrir que la información esté siendo utilizada a los fines de investigar al particular, supuesto en que la AFIP deberá emitir una resolución fundada expresando su negativa a permitir dicho acceso.

III. LA INFORMACIÓN TRIBUTARIA BASADA EN LA COMPRA DE DATOS O SU OBTENCIÓN DE FUENTES NO GUBERNAMENTALES

Como ya fuera explicado a lo largo de esta contribución, los principios de razonabilidad y adecuación iluminan las facultades y poderes de las administraciones fiscales de requerir la colaboración de los particulares. En ese sentido, el fin –recaudatorio y de búsqueda de la verdad material– no puede justificar cualquier medio.

Teniendo estas premisas en mente seguidamente se analizan las cuestiones vinculadas con el uso de información obtenida sin control gubernamental. En ese contexto, se plantean dos cuestiones fácticas diferentes.

80 *Empresa de Combustible Zona Común*, CSJN, sent. del 7.4.09. Peluffo, *La Acción de Protección de Datos Personales y los Procedimientos Fiscales*, LL 2009-C, 417.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 73

La primera se vincula con la obtención de información existente en el extranjero por parte del Estado de la residencia sin intervención gubernamental alguna o instrumento de colaboración internacional. En relación a esta alternativa, entendemos que existirían dos limitaciones una jurisdiccional y otra sustancial o material que imposibilitarían su utilización por la Argentina.

La limitación jurisdiccional sería la comentada en acápites anteriores y que se deriva del derecho internacional y en función de la cual los Estados no pueden ejercer actividad administrativa alguna en el territorio de otro Estado, salvo permiso o colaboración especial concedida por este último.

La limitación sustancial, por su parte, estaría dada por la imposibilidad de la Argentina de controlar la legalidad y veracidad de la información recibida, y en su caso, si su obtención respeta los principios y garantías constitucionales que aplican en materia de obtención de información de trascendencia fiscal[81]. En otras palabras, si la información es obtenida mediante la colaboración de una entidad privada sin intervención gubernamental alguna, ¿qué garantía tendría la Argentina que dicha información no fue obtenida violando correspondencia privada, vulnerando el secreto profesional, o cualquier otra garantía de jerarquía constitucional? La respuesta es claramente ninguna.

En consecuencia, si ello fuera admitido, se le permitiría al Estado Receptor, Argentina en este caso, a que acceda a información que su sistema constitucional le prohíbe y en consecuencia, se afectarían garantías constitucionales básicas.

En el segundo contexto, si bien la información es suministrada por un Estado contratante, dicho Estado no intervino en su obtención. En función de lo expuesto, hay una autoridad gubernamental que interviene en su transmisión pero no en su obtención. Por otra parte, la información pudo haberse originado en un tercer Estado.

Entendemos que la intervención de una autoridad gubernamental en la remisión de la información no purga los vicios mencionados en el contexto precedente relativo al límite jurisdiccional (en el caso que la información provenga de un tercer país con el cual no exista instrumento de colaboración vigente) y tampoco dirime la falta de garantías sobre su legalidad y veracidad. Un ejemplo paradigmático de los problemas que pueden derivarse en estas circunstancias son los casos de información robada.

En el ámbito internacional hay dos casos renombrados que sirvieron de disparadores de la discusión sobre el tema. En el caso Falciani, un empleado del HSBC robó un listado de cuentas bancarias de clientes y la transmitió a las autoridades fiscales francesas. Dichas autoridades, a su término, transmitieron la información a las autoridades fiscales de los países de residencia de los titulares de cuenta, principalmente a Italia.

En el caso Vaduz, Heinrich Kieber un empleado del Banco LGT de Lichstentein robó una lista de clientes de cuentas bancarias y vendió la información a las autoridades fiscales alemanas. Las autoridades alemanas procedieron de la misma manera que las francesas y transmitieron la información a los países de residencia.

No hay consenso internacional sobre el tratamiento que debe darse a ese tipo de información. Así se destaca que la información obtenida ilegalmente puede ser utilizada en un gran número de países como Australia, Israel, Dinamarca y Estados Unidos[82]. En Estados Unidos en el caso Payner decidido por la Corte Suprema Americana hace ya varios años[83] se sostuvo que el uso de documentos obtenidos ilegalmente por el gobierno federal de una tercera parte no violaba la constitución y que por ello no debía eliminarse de la prueba a utilizar.

Sólo en algunos países como Suiza, la República Checa, Noruega y Portugal es categórica la oposición a la prueba de carácter ilegal. En otro número significativo de países la cuestión no es clara. Un ejemplo de ello es Italia donde la información del caso Falciani fue mayormente usada. En ese país el curso de la jurisprudencia parecería no ser pacífico. En efecto, algunos tribunales han declarado la nulidad de procedimientos de determinación basados en documentos ilegalmente adquiridos (*ab origine*). Esta parece ser también la postura adoptada por la Corte Suprema italiana en un reciente precedente donde sostuvo que la información obtenida puede ser usada a menos que se evidencie que fue ilegalmente obtenida en cuyo caso una determinación basada en esa información es nula. Sin embargo, otros tribunales han sostenido que lo que resulta relevante

81 Principio de igualdad, de razonabilidad, inviolabilidad del domicilio, explicados supra.

82 Oberson, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 98B, 2013, p. 52.

83 US v.Payner, 447 US 727 (1980), citado por Oberson, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, General Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, p. 52.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 74

es que los documentos utilizados por las autoridades fiscales hayan sido recibidos por los canales ordinarios y enviados por la autoridad competente del otro Estado parte, sin tener en cuenta cómo esos documentos fueron obtenidos[84].

La jurisprudencia italiana es ejemplificativa de las dos posibles posiciones a adoptar. Entendemos que la última de las posiciones jurisprudenciales citadas no puede ser aceptada porque le resta toda importancia a la forma en que la información es obtenida por el Estado Emisor[85].

Al respecto son elocuentes las palabras con las que concluye el Seminario sobre este tema durante el reciente congreso de la International Fiscal Association que después de hacer alusión a los artículo 26 y 31 de la Convención de Viena que instauran el principio de buena fe en materia de interpretación y cumplimiento de los tratados concluye: *fraus et jus nunquam cohabitant* (el fraude y la justicia nunca cohabitan).

En igual sentido, se ha sostenido que la posición relevante de los derechos fundamentales no admite su desconocimiento en el campo de los deberes de colaboración y es por ello que algunos sistemas jurídicos han consagrado la nulidad de pruebas obtenidas en violación de derechos fundamentales, y la dimensión probatoria de la actividad de comprobación e inspección tributaria no escapa esa exigencia[86].

Por su parte, la doctrina de la prueba ilícita, en cualquier instancia y estamento procesal, además de tener gran raigambre en el derecho comparado, en nuestra jurisprudencia también tiene un importante desarrollo al amparo del artículo 18 de la Constitución Nacional y para una parte de la doctrina se la considera una infracción jurídica que representa una prueba no pertinente[87].

La Corte ha dicho que una prueba obtenida en violación a una garantía constitucional no debe ser usada en contra del titular de esa garantía; otorgar valor al resultado de un delito y apoyar sobre él una sentencia judicial no sólo es contradictorio con el reproche formulado sino que compromete la buena administración de justicia[88].

En este punto cabe destacar que se plantean dos discusiones, que si bien responden al mismo *rationale*, involucran principios disímiles. La primera discusión se vincula con la posibilidad de utilizar en cualquier instancia y materia una prueba que es el resultado de un ilícito.

En contextos diferentes se ha cuestionado la admisibilidad de prueba obtenida a través de hechos o actos violatorios de garantías de los particulares. Así, por ejemplo se ha dicho "[n]o debe admitirse fuerza probatoria a los datos obtenidos como producto de la violación del secreto profesional sea por vía de penetrar el fisco en la esfera del secreto constitucional y legalmente protegido, sea por vía del secreto ilícitamente revelado[89]".

Por su parte, también se ha opinado que la nulidad del allanamiento por las irregularidades detectadas podrá ser declarada tanto en un allanamiento realizado dentro de la investigación de un ilícito penal, como en un procedimiento realizado por la AFIP en ejercicio de las potestades de verificación y fiscalización a que alude la LPT, no sirviendo los datos colectados en forma ilegal, por ejemplo, para conformar una determinación de oficio o aplicar una sanción[90].

Cabe traer a colación por su claridad y corrección, una opinión emitida por la Dirección de Asesoría Legal ("DAL") de la AFIP donde se sostuvo "…*la regla internacional es la de mantener el respeto tanto por el derecho local de cada Estado, así como también por las reglas y pautas administrativas y de práctica en cada caso… de no procederse en todo momento y oportunidad del modo prescripto, los elementos probatorios obtenidos por otros medios y procedimientos, ya sea contrarios, o no del todo conforme los preceptos legales locales del país de que se tratare, carecerían de valor probatorio, a los efectos de ser utilizados en procedimientos administrativos y/o judiciales en otro Estado, siendo de este modo fácilmente atacables, y por lo tanto no podría basarse en ellos proceso alguno*"[91].

---

84 Dorigo, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, Italian Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, pp. 382-384.

85 Esta posición es compartida por Dorigo, *Exchange of Information and Cross Border Cooperation between Tax Authorities*, Italian Report, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 98B, 2013, pp. 382-384. Este autor también sostiene que el principio de legalidad debería regir en el punto para admitir que solamente información legalmente obtenida sea intercambiada y usada en el Estado Receptor.

86 Queralt, Lozano Serrano, Casado Ollero, Tejerizo López, *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, 1998, p. 476.

87 Díaz, *Límites al Accionar de la Inspección Tributaria y Derechos del Administrado*, Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 175.

88 *Montenegro*, CSJN, sent. del 10.12.81, Fallos 303:1938.

89 Corti, Blanco, Buitrago, Calvo, Tesón, *Procedimiento Fiscal (Ley 11683 y Complementarias), Análisis Integral*, Tesis, 1987, 165, citando a González Arzac.

90 Díaz Sieiro, Veljanovich, Bergroth, *Procedimiento Tributario – Ley 11.683*, Macchi, 1993, p. 300.

91 Dictamen (DAL) 16/94. También opinó –fortaleciendo la idea sobre la imposibilidad jurisdiccional de realizar actos de gobierno sin un instrumento de colaboración y la necesidad de tener un control gubernamental– que requerimientos

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 75

La segunda discusión se relaciona con las posibles proyecciones que la existencia de una prueba ilícita puede tener en materia penal. Al respecto, se ha dicho que de acuerdo a reiterada jurisprudencia que aplica la doctrina anglosajona de los frutos del árbol envenenado, tal prohibición alcanza no sólo a los datos o pruebas suministrados directamente por el contribuyente sino también a otros materiales conexos que se basen, apoyen o deriven de modo directo o indirecto de la prueba ilícita[92]. En efecto, la doctrina entiende que "[n]o sólo no puede ser utilizada en juicio la prueba obtenida en forma ilegal, sino que esa prohibición se extiende a toda otra prueba que tenga su origen o que derive, aunque sea indirectamente, de ese primer acto ilegítimo"[93].

En función de lo antes mencionado, entendemos que la información obtenida ilegalmente no podría utilizarse en un proceso tendiente a la determinación de tributos y mucho menos en aquellos de naturaleza sancionatoria (en materia penal, sobre la base de la doctrina de los frutos del árbol envenenado las proyecciones podrían ser mayores). Esta limitación aplica no obstante el hecho que la información ilegalmente obtenida sea remitida por un estado contratante en el marco de un AII.

IV. CONCLUSIONES

Es notable la ausencia de un cuerpo normativo, ya sea doméstico y/o convencional, que prevea derechos básicos de los particulares en materia de intercambio de información. Esta falencia en el caso de Argentina es aún más notable si se considera su actuación como Estado Receptor. En efecto, las disposiciones domésticas referidas al secreto fiscal y su consideración al momento de intercambiar información, obviamente como Estado Emisor, deberían servir de guía para adoptar similar camino en cuestiones vinculadas a su intervención como Estado Receptor.

Esta falencia también presenta un punto de exposición si se analiza el proceso de firma de los AII. En efecto, se ha sostenido que en el caso, su firma en forma ejecutiva estaba de alguna manera avalada por la existencia de una delegación en el artículo 101, LPT. Sin embargo, a poco que nos adentramos en el tema, puede vislumbrarse que la mentada delegación, estaría diseñada como una excepción al secreto fiscal y desde la perspectiva del Estado Emisor y no como Estado Receptor.

En función de lo expuesto proclamamos la necesidad de instaurar un cuerpo normativo que siente las bases de un proceso de intercambio de información acorde a los principios y garantías constitucionales y que su previsión convencional también sirva de salvaguarda sobre el origen de la información y que su obtención respeta los más básicos principios de un Estado de Derecho.

---

al contribuyente o a terceros solo pueden realizarse a través de las autoridades competentes de los Estados Contratantes, en la medida que la información fuera relativa a los tributos objeto del Convenio.

92 Gorosito, *Los Límites Constitucionales y Legales a las Facultades de Verificación y Fiscalización*, Práctica Profesional 15.12.08, parafraseando a Díaz y Falcón Tella.

93 Carrió, *Garantías constitucionales en el Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 100-101.

055-T1-Ferreyra_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:32 Página 76

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 77

EL NUEVO ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA ENTRE ESTADOS. EL MODELO FATCA VERSUS EL MODELO DE ACUERDOS RUBIK Y LA CONVENCIÓN MULTILATERAL SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA OCDE COMO ÁRBITRO

DARÍO RAJMILOVICH*

I. INTRODUCCIÓN

Como bien dice el Relator en sus lineamientos, la cooperación entre los Estados y, dentro de ella, el intercambio de información tributaria entre las Administraciones Tributarias, constituye una herramienta fundamental en la lucha contra la evasión fiscal internacional vinculada a la fiscalidad del ahorro.

El nuevo paradigma[1] es el intercambio automático de información tributaria entre Estados, la cual genera desafíos sin precedentes, teniendo en cuenta que el nuevo estándar puede definirse como derecho público internacional consuetuditario[2] y provoca efectos en los siguientes ámbitos:

- Adecuar su legislación interna en materia de secreto bancario, defensa del consumidor, protección de datos personales, etc., a los efectos de permitir llevar a cabo el intercambio de información.
- Garantizar la protección de derechos constitucionales de los contribuyentes, tales como la confidencialidad en el uso de la información tributaria, el debido proceso en la obtención y en la gestión de dicha información por parte de las agencias de recaudación, etc.

La dimensión y complejidad de la cuestión tiene origen en la naturaleza global de la problemática de la evasión fiscal derivada de la no declaración de activos financieros y sus rentas por los residentes de los distintos Estados, problemática que el intercambio automático de información tiene por fin contrarrestar en defensa de los sistemas fiscales agredidos.

La evasión fiscal sobre el ahorro (en su origen, su producido y su aplicación) se apoya fundamentalmente en el anonimato de la titularidad de los activos (financieros, inmobiliarios, de capital, etc.), representando en el contexto actual de globalización económica una externalidad negativa global, toda vez que el daño generado por la oferta de sistemas legales que garantizan el anonimato produce:

- la deslocalización de los activos financieros hacia plazas financieras *offshore*, en forma directa o a través de estructuras que logran la "opacidad" del control sobre tales activos (sociedades base, *trusts*, fundaciones, seguros de vida "empaquetados", etc.),
- la desnivelación del campo de juego en la tributación sobre el ahorro, lo cual plantea serias cuestiones en torno a la legitimidad de la imposición por razones de equidad, y en definitiva pone en riesgo la sustentabilidad misma del sistema del impuesto a la renta de personas físicas, y
- la imposibilidad de que los Estados tengan garantizado un nivel mínimo necesario de recaudación proveniente de la imposición sobre la renta, en un contexto de crisis financiera global en los países más desarrollados que ven mermadas sus fuentes de financiación para sostener la economía de bienestar y los crecientes fines públicos.

---

* Contador Público (UBA), Especialista en Tributación (UBA). Profesor Adjunto (Int.) de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA) en la asignatura: Teoría y Técnica Impositiva 1, Profesor invitado de Posgrados de Tributación - Fac.Cs.Ec. UBA, UNLP y UNS; y de la Maestría de Tributación Internacional (UBA). Conferencista, autor de libros y artículos sobre Tributación Internacional. Relator por Argentina en el 62 Congreso de la IFA, Bruselas, 2008.

1 Los ministros de Economía y directivos de los Bancos Centrales del Grupo de los 20 (G20) con fecha 18/04/2013 definieron al intercambio automático como el esperado "nuevo estándar" y requirieron a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) que, en trabajo conjunto con los países del G20, avancen en el desarrollo del nuevo estándar multilateral para el intercambio automático de información. En ejecución de dicho mandato, con fecha 18/06/2013 la OCDE presentó un informe en la Cumbre del G8 en el que se incluyó un modelo global y estandarizado de intercambio automático de información.

2 PASCUALE PISTONE, "*Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic*", Bulletin for International Taxation, IBFD, Abril/Mayo 2013, pp. 216 y sig.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 78

Al igual que otros problemas eminentemente globales como el lavado de dinero o el calentamiento global, la evasión fiscal sobre el ahorro debe combatirse con un *approach* mundial y multilateral, no permitiendo excepciones que puedan mellar el sistema, ya que el capital no pasaría de estar no declarado a declararse sino de localizarse en una jurisdicción y migrar hacia otras, persistiendo el problema desde el punto de vista la jurisdicción de residencia del titular de los activos.

Tal como ha sido afirmado en materia de calentamiento global[3], no hay motivos que inhiban sustancialmente los flujos (en el caso de la fiscalidad del ahorro: los movimientos financieros o inversiones) más allá de las fronteras nacionales, lo que define al problema como "global"; y ello no sólo porque el anonimato en cualquier punto del globo afecta a todos los Estados, sino porque el estándar de acceso efectivo de la información por parte de los Estados con relación a la titularidad de tales activos se ha instalado definitivamente como un objetivo común.

No basta con que un conjunto de países (aun siendo representativos de los espacios de poder mundial) actúe responsablemente, solo una respuesta global garantiza su efectividad. Por ello, ha nacido un consenso entre la mayoría de los Estados, extendiéndose mucho más allá al ámbito específico de los organismos que nuclean a los países desarrollados (como la OCDE), en el sentido de construir un nuevo estándar internacional basado en un esquema de intercambio efectivo de información tributaria.

Los países que rechacen o que no cumplan acabadamente con el estándar internacional en un futuro no lejano serán objeto de acciones de retaliación por parte del bloque de países sostenedores del estándar[4].

No cumplir el estándar internacional implicará para un Estado ser considerado país no cooperante, o sea país no confiable en términos de "reglas de buena conducta o gobernanza tributaria", dejándolo al margen de los foros de decisión global.

II. ANTECEDENTES INTERNACIONALES

La problemática del intercambio de información tributaria tiene como hitos más relevantes los siguientes:

- OCDE, Informe sobre Competencia Fiscal Nociva, 1998[5].
- ECOFIN, Código de Conducta, 1997[6].
- Foro Global de Transparencia Fiscal de la OCDE.

El Foro Global de Transparencia Fiscal ("Foro Global") estableció un estándar en el año 2002[7] relativo a un modelo de intercambio de información a pedido con países considerados *a priori* como poco transparentes (*tax havens* y centros financieros *offshore*), sujeto a la conducción de revisiones de cumplimiento de los estándares (las llamadas: "*peer reviews*")[8], las cuales si bien no tienen carácter vinculante, suelen tener un efecto significativo en la justificación de acciones de represalia por parte de aquellos Estados Miembros

3 Krister Andersson, "*Internacional taxation of emission trading*", Seminar B: "*Internacional tax aspects of trading in emission allowances*", IFA 2007, Kyoto, 9/09/2007.

4 Un antecedente que no puede pasarse por alto es la Recomendación emitida por la Comisión de la Unión Europea con fecha 06/12/2012, cuyo punto 4 da apoyo a las acciones de los Estados Miembros contra los países no Miembros que no cumplen con los estándares de transparencia fiscal e intercambio de información, relativos a la disponibilidad de la información, el acceso a la información y el intercambio de información. European Commission, C(2012) 8805, "*Regarding Measures Intended to Encourage Third Countries to Apply Minimum Standards of Good Governance in Tax Matters*".

5 "*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*", París, 1998.

6 "*Code of Conduct on Business Taxation*", Conclusions of the ECOFIN, reunión del Consejo de fecha 01/12/1997, 98/C 2/01, OJ 01/06/98.

7 Dichos estándares fueron aprobados en las reuniones de ministros de Finanzas del G-20 celebradas en Berlín (2004) y Xianghe (2005) y por el Comité de Expertos en Cooperación Internacional en Asuntos Fiscales de las Naciones Unidas en Octubre de 2008. Los estándares requieren: (i) intercambio de información a requerimiento cuando la misma es presumiblemente relevante para la administración y ejecución de las leyes domésticas del otro Estado Contratante, (ii) no puede retacearse por parte del Estado Contratante requerido por causa de secreto bancario o interés fiscal doméstico, (iii) sujeto a disponibilidad de información confiable y poderes para obtenerla por parte del Estado Contratante requerido, (iv) respeto a los derechos de los contribuyentes, y (v) estricta confidencialidad de la información intercambiada.

8 En tal sentido, se ha venido completando la Fase 1 referida al marco legal y regulatorio de las jurisdicciones auditadas y en curso la Fase 2 referida a las medidas de implementación de los cambios sugeridos al marco legal y regulatorio.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 79

de OCDE contra las jurisdicciones que pudieran verse señalados en violación de los compromisos efectuados por las mismas[9].

En esa oportunidad se definió que un país o territorio cumplía con el parámetro de transparencia (para ser exceptuado de la lista negra y de la lista gris) cuando hubiera suscripto al menos 12 TIEA bajo el modelo del Foro Global o nuevo artículo 26 del Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE).

La prosecución con la Fase 2 de los *Peer Reviews,* los que avanzan en la revisión del nivel de efectivo cumplimiento de los compromisos de intercambio de información tributaria y demás medidas tendientes a la transparencia fiscal implica no conformarse con la adecuación del marco legal y regulatorio a los estándares internacionales y la firma de 12 TIEA, debiendo acreditar el cumplimiento efectivo de los compromisos asumidos a través del efectivo intercambio de información tributaria a pedido de las autoridades fiscales de los Fiscos de las jurisdicciones con las cuales se suscribieran los TIEA y demás medidas de transparencia (p. ej., derogación de regímenes de anonimato, secreto bancario o bursátil, disponibilidad de información financiera y de tenencia de acciones y demás participaciones en sociedades y demás vehículos, etc.).

- Cláusula de intercambio de información en el MCOCDE, artículo 26

El artículo 26 del MCOCDE en su versión actualizada el 17/07/2008 prevé modalidades de cooperación amplias en materia de intercambio de información entre Estados Contratantes.

El art. 26 MCOCDE deja abierta la posibilidad que dicho intercambio sea a pedido o de manera automática o espontánea, modalidades que pueden combinarse con otras técnicas para obtener información, como comprobaciones paralelas y simultáneas en los dos Estados, comprobaciones en el otro Estado contratante o intercambios de información sectoriales sin referencia a contribuyentes individualizados.

Asimismo, la información objeto de intercambio es toda información presumiblemente relevante para aplicar las provisiones del CDI o la administración o ejecución de las leyes domésticas concernientes a impuestos de cualquier naturaleza y descripción[10].

En virtud de esta cláusula, cada Estado debe garantizar el secreto de la información recibida en los mismos términos y condiciones que la información obtenida de acuerdo con la normativa interna y en términos no menos estrictos que los vigentes en el Estado Requirente (regla del mínimo denominador común).

La información sólo puede ser comunicada a las personas y autoridades relacionadas con la liquidación o recaudación, ejecución o resolución de recursos, con relación a los impuestos objeto del intercambio de información (los cuales no se limitan a los impuestos incluidos en el ámbito objetivo del CDI).

La cláusula contiene ciertas limitaciones al principio general de intercambio de información que admite no proporcionarla en los siguientes supuestos: a) si la obtención de información supusiera adoptar medidas contrarias a las leyes o prácticas administrativas nacionales; b) si la información solicitada no puede obtenerse de acuerdo con las leyes del Estado Requerido; y c) si proporcionando la información se revelasen secretos comerciales, financieros, industriales o profesionales o procesos industriales, o si el suministro de la información fuese contrario al orden público.

Se aclara el alcance de la obligación de suministrar información, en el sentido de que el Estado Requerido debe atender el requerimiento incluso en aquellos casos en que no necesite o sea de su interés la información para sus propios fines de aplicación de los tributos domésticos.

Se destaca también que un Estado Requerido no puede denegar el intercambio de información por el hecho de que esta estuviera en poder de bancos u otras instituciones financieras, agentes o fiduciarios o bajo una titularidad patrimonial (*trusts, partnerships*, fundaciones o estructuras similares)[11].

---

9 Por ejemplo, Estados Unidos ha firmado un TIEA con Panamá, no obstante la constatación de la falta de cumplimiento efectivo del intercambio de información por parte de Panamá ha llevado a Estados Unidos a adoptar medidas en el sistema bancario por las cuales las sociedades panameñas no pueden abrir cuentas bancarias o de corretaje en EE.UU.

10 En la versión inglesa del Artículo 26 MCOCDE actualizado se lee: "…*all exchange such information as is foreseeably relevant for carrying out the provisions of this Convention or to the administration or enforcement of the domestic laws concerning taxes of every kind and description*".

11 Keiniger, Walter y D´Alessandro, Valeria, "*Coordinación fiscal internacional vs. cooperación fiscal internacional*", Doctrina Tributaria ERREPAR, Tomo XXXIV, Septiembre 2013; Amorós, Miguel C.: "*El intercambio de información y el fraude fiscal" - Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional*", Nº 825, ICE; y Gotlib, Gabriel; Vaquero, Fernando y D´Alessandro, Valeria, "*La República Argentina frente a los Convenios de Intercambio de Información Tributaria y de Asistencia Administrativa Mutua en Materia Impositiva*", Periódico Económico Tributario, AÑO XXI Nº 523, 30/09/2013.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 80

III. CAMBIO DE PARADIGMA EN EL MECANISMO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

El nuevo "*gold standard*" internacional en materia de intercambio de información tributaria es el intercambio automático de información.

Si bien el estándar vigente en la actualidad, de acuerdo a las definiciones de la OCDE[12], las Naciones Unidas[13] y el G-20[14], consiste en un modelo de "Intercambio de Información Tributaria a Pedido" (IITP), de alcance bilateral entre un Estado Requirente y un Estado Requerido, desde mediados del año 2012 la misma OCDE[15], distintas organizaciones internacionales como la Comisión de la Unión Europea[16] o la *Tax Justice Network*[17] y diversas comisiones presididas por expertos de prestigio internacional (p. ej., Joseph Stiglitz[18], Michael McIntyre[19], entre otros), proponen un cambio de modelo desde el IITP al Intercambio de Información Tributaria Automático (IITA) operado con alcance multilateral.

Esta dirección ha sido ratificada en la Reunión del G20 celebrada en San Petersburgo (Rusia)[20] en la cual se dispuso como objetivo que la OCDE publique una Guía Detallada del Modelo de IITA a ser considerado en la primera mitad del año 2014, estableciendo lineamientos generales sobre la base legal del acuerdo multilateral, el alcance de la información tributaria a ser intercambiada, los procedimientos de *due diligence* para su obtención y el formato del *reporting*.

Esta declaración, a mi juicio, soportada del respaldo político de Estados Unidos, Japón, Unión Europea y otros países como Australia, Rusia, China, India, Brasil, etc., determina la "partida de nacimiento" del nuevo estándar internacional que se impone en el contexto de la tributación internacional de la fiscalidad directa sobre el ahorro.

- El viraje de modelo (IITP a IITA) implica un giro doble:
- Intercambio automático (IITA) en lugar de a pedido (IITP) -Alcance multilateral en lugar de bilateral

Asimismo, como precondición implica abandonar el derecho de los contribuyentes al anonimato en la titularidad de activos (en cuyos fundamentos pivotea el secreto bancario, el secreto bursátil, etc.) en las relaciones tributarias internacionales. La confidencialidad de la información tributaria se protege a través del uso de la información por parte de las Administraciones Tributarias y no en función de restricciones a su acceso.

El IITA es una herramienta de los Gobiernos para contrarrestar efectivamente la evasión fiscal trasnacional a través de la constitución y operación de cuentas, activos y estructuras *off-shore* originadas en operaciones no declaradas al Fisco.

Es por ello que los países que tradicionalmente se ofrecen a los capitales financieros mundiales como centros financieros *off-shore* (p. ej., Austria, Luxemburgo, Suiza, más la mayoría de los paraísos fiscales o "*tax havens*") han tratado de resistir el cambio de modelo.

En el caso de la Confederación Suiza, bajo el auspicio de la Asociación de Bancos Suizos, como un mecanismo tendiente a contrarrestar los avances internacionales en materia de IITA ese país ha diseñado un modelo de acuerdo de intercambio de información muy peculiar (denominado "Acuerdos Rubik"), por cuanto el mismo plantea una alternativa al intercambio de información, consistente en:

- Una solución para el pasado: los residentes del otro Estado Contratante pueden declarar las tenencias (depósitos y cuentas) o asumir el pago de una suma inicial (*one-off payment*) equivalente a un porcentaje

12 Denominado: "*Internationally Agreed Tax Standard*", en el marco del Foro Global de la OCDE.

13 "UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters", Octubre 2008.

14 Reunión de Ministros en Berlín, 2004.

15 OECD, "*Automatic Exchange of Information. What It Is, How It Works, Benefits, What Remains To Be Done*", Julio de 2012.

16 Directiva 2003/48/EC (Directiva del Ahorro o "*Savings Directive*"), en vigencia desde el 01/07/2005, la cual aboga por el intercambio automático de información sobre los intereses de inversiones de portafolio de titularidad de un residente de un Estado (beneficiario efectivo) en una entidad o agente financiero residente en el otro Estado Miembro.

17 Organización independiente internacional sin fines de lucro con sede en Londres.

18 "*U.N. Stiglitz Commission*" *(U.N. Commission of Experts on Reforms of the International Monetary and Financial System*, dirigido por el premio nobel Joseph Stiglitz), Informe de fecha 19/03/2009, Párrafo 79.

19 "*A Model Effective Tax Information Exchange Agreement*", presentado ante la U.*N. Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, Octubre de 2009.

20 "*OECD Secretary – General Report to the G20 Leaders*", San Petersburgo, Rusia, 5 a 6/09/2013, Anexo II, "*Delivering a Standardized, Secured and Cost Effective Model of Bileteral Automatic Exchange for the Multilateral Context*", pp. 68-80.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 81

sobre el saldos de los activos a la fecha de vigencia (efecto blanqueo) (reproduciendo una estimación de carga tributaria evadida en el origen de los fondos no declarados).

– Una solución para el futuro: los residentes pueden optar por el intercambio automático de la información sobre las rentas pagadas (intereses, dividendos, precio de venta o rescate de activos financieros, etc.), o conservar el anonimato mediante la retención (*withholding tax*) de un porcentaje de tales pagos (reproduciendo la carga tributaria aproximada sobre tales ingresos en cabeza del residente)[21].

Asimismo, el Acuerdo Rubik le permite al otro Estado Contratante dirigir una cantidad de pedidos limitados de información (del estilo de las "*fishing expedition*") sobre adiciones a las cuentas o depósitos a partir de la fecha de vigencia respecto de contribuyentes designados, en cuyo caso Suiza indicaría si dicho residente tiene activos, consignando su identificación (banco/s y número/s de cuenta/s o depósitos); ello para evitar que contribuyentes residentes en dicho otro Estado Contratante sin activos en Suiza deposite nuevos activos no declarados al amparo de la solución del anonimato.

Por otro lado, Suiza se compromete a disponer mecanismos de *due diligence* en cabeza de los bancos y demás agentes financieros alcanzados por el Acuerdo Rubik para investigar posibles estructuras y maniobras tendientes a evitar el efectivo intercambio de información (p. ej., a través seguros de vida "empaquetados", sociedades de objeto comercial, cuentas contabilizadas en sucursales del exterior de bancos suizos, vehículos especiales como fundaciones, *trusts* discrecionales, etc.).

Suiza ha firmado acuerdos bajo el modelo Rubik con Reino Unido y Austria (vigentes desde el 01/01/2013), habiendo propuesto su firma a muchos países, entre ellos la República Argentina[22].

Alemania ha rechazado el Acuerdo firmado con Suiza en el Senado[23], y por su parte el Presidente de la Comisión Europea y el Comisionado de la Unión Europea para la Tributación (*EU Commissioner for Taxation*) afirmaron que la Convención entre la Conferación Suiza y la Unión Europea sobre la Directiva del Ahorro (*Savings Directive*) prevalece sobre cualquier acuerdo concluido por los Estados Miembros en materia tributaria, incluyendo los Acuerdos Rubik.

En un mundo donde el sistema bancario está fuertemente interconectado y es inherentemente de base internacional, las instituciones financieras de países relativamente pequeños en términos territoriales, de producto bruto nacional y de población (p. ej., Suiza, Luxemburgo), pueden efectivamente condicionar el éxito del avance del nuevo estándar propiciado por los países más desarrollados.

IV. VENTAJAS DEL IITA SOBRE EL IITP

Las ventajas del IITA sobre el IITP son múltiples y de amplio espectro:

– Proporciona información oportuna para combatir la evasión fiscal (sobre los flujos de rentas de fuente extranjera, titularidad en el exterior sobre saldo de inversiones de portafolio, sobre propiedad de otros activos como inmuebles y participaciones en sociedades o el carácter de beneficiario efectivo de seguros o fideicomisos o *trusts*).

---

21 Algunos autores como Alfonso Rivolta, Adv. LLM, "*New Switzerland–Germany and Switzerland–United Kingdom Agreements: Does Anyone Offer More than Switzerland*?", Bulletin for International Taxation, IBFD, Marzo de 2012, pp.138-147, entienden que esta solución es equivalente al intercambio automático de información. Otros autores como Pascuale Pistone, op. cit. en nota 3 demuestran por qué esto no es así, sino por el contrario un mecanismo para garantizar la "opacidad fiscal".

22 De acuerdo a algunas organizaciones (p. ej., Tax Justice Network) se trata de un "sabotaje" al modelo de los IITA que se impone como tendencia internacional, ello bajo la promesa de transferencias de importantes recursos a favor del otro Estado (incluso la Confederación Suiza en los casos de Acuerdos en vigor ha garantizado un pago mínimo al otro Estado). Por otro lado, al mantener importantes *loopholes* en su concepción (p.ej. caso de trusts discrecionales, apertura de cuenta en sucursales en el extranjero de la institución bancaria suiza (suele utilizarse Singapur), seguros de vida con ahorro, etc.) el acuerdo no es aplicable, evitándose tanto la retención como el suministro de información.

23 Como expresa Pascuale Pistone, op. cit. en nota 3, p. 218, nota 15, con fecha 24/09/2012 el Comité de Finanzas del *Bundesrat* escuchó el testimonio de Itai Grimberg sobre los efectos del Acuerdo Rubik en la transparencia fiscal global. El testimonio del experto subrayó la necesidad de apoyar la transparencia fiscal global a través del intercambio automático de información y resaltó las razones (en términos de justicia y de efectividad de la imposición) por las cuales los Acuerdos Rubik provocan un daño potencial a la transparenecia fiscal internacional.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 82

– Ayuda a detectar casos de incumplimiento fiscal aun cuando la Administración Tributaria no conozca ni posea sospechas de tales incumplimientos[24].
– Incentiva el cumplimiento voluntario de los contribuyentes con relación a la declaración de bienes e ingresos en el exterior y el pago de los impuestos respectivos.
– Permite integrar la información recibida automáticamente con los sistemas del país receptor para ejercer un control fiscal eficaz.

El proceso básico de Intercambio de Información Automático, de acuerdo a la OCDE[25], puede desglosarse en siete pasos:

(1) El pagador o el agente pagador colecta información (p. ej., pagos a los no residentes e identidad de beneficiario efectivo) del contribuyente y/o genera información por sí mismo.
(2) El pagador o el agente pagador reporta información a las Autoridades Fiscales del país huésped o fuente ("*host country*").
(3) La Autoridad Fiscal del *host country* consolida la información por país de residencia de los beneficiarios efectivos de los ítems de renta.
(4) La información es encriptada y enviada en paquete a la Autoridad Fiscal de cada país de residencia de sus beneficiarios (*home country*).
(5) La información es recibida y desencriptada por las Autoridades Fiscales del *home country*.
(6) La Autoridad Fiscal del *home country* alimenta sus bases de datos con la información recibida en un proceso de *matching* automático o manual.
(7) La Autoridad Fiscal del *home country* analiza los resultados y toma las acciones ejecutivas o de cumplimiento que correspondieran.

Desde el punto de vista estadístico, el sistema de intercambio de información automático no es novedoso[26], aunque sí limitado a unos pocos países en general desarrollados o a determinadas categorías de activos financieros[27].

Ocho países han superado el millón de registros enviados en un año (Australia, Bélgica, Canadá, Francia, España, Suecia, Reino Unido, EE.UU.[28]).

El volumen que presenta el flujo de información automática (IITA) –cuando el sistema funciona con fluidez– es muchas veces superior al correspondiente a la información a pedido (IITP), aun con las extensiones que adoptara el estándar internacional hoy vigente.

Prueba de ello, se ha reportado que para el año 2008 Estados Unidos de América solo intercambió 4 registros con Jersey en virtud del TIEA (modelo estándar IITP del Foro de Transparencia) firmado entre ambos Estados, lo cual llama poderosamente la atención teniendo en cuenta que dichos Estados están entre los más activos como plazas *offshore*.

El motivo es autoevidente: para que un Estado Requirente dirija válidamente un pedido de información a pedido del Estado Requerido y que este último le conteste:

– el primer Estado debe acreditar ante el Estado Requerido que la información solicitada es presumiblemente relevante para la administración y ejecución de las leyes domésticas impositivas del Estado Requirente,
– el Estado Requerido queda obligado a suministrar la información cuando los datos a colectar objeto del pedido son confiables, están sujetos a disponibilidad o accesibles mediante acciones que no impliquen un

24 P. ej., Noruega ha informado para el año 2009 que el 38,7% de los casos en que recibiera información automática relativa a sus residentes no habían sido reportados. En la misma línea, Dinamarca utilizó la información recibida para conducir 1.000 auditorías fiscales, a partir de las cuales se apreció una tasa de incumplimiento del 40% vinculada con los datos recibidos.

25 Op. cit. en la nota 16.

26 Tax Justice Network, "*Policy Paper on Automatic Information Exchange Between Northern and Southern Countries*", Justice Briefing 2010, Markus Meinzer, Septiembre de 2010.

27 Por ejemplo, la Directiva del Ahorro citada en nota 7, si bien alcanza actualmente a 42 países y territorios (27 países integrantes de la Unión Europea y otros 15 países o territorios integrantes del territorio europeo –caso de Luxemburgo, Suiza o Liechtenstein– o Estados asociados a Estados Miembros –casos de las Islas de Jersey, Guernsey, Islas Vírgenes Británicas, Antillas Holandesas, Andorra, etc.), sólo se aplica a los intereses de colocaciones financieras, no a dividendos, regalías o ganancias de capital.

28 USA ha superado 2,5 millones de registrado en un año en particular, OCDE op. cit. en nota 15.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 83

esfuerzo desproporcionado, y cuente con poderes y facultades suficientes para obtenerla, y –además– que el Estado Requirente pueda obtenerla de acuerdo a su legislación interna[29], y

– debe garantizarse el respecto a los derechos de los contribuyentes, y la estricta confidencialidad de la información intercambiada.

Los Estados no propensos a compartir información tributaria por miedo a una fuga de capitales y a una "mala publicidad" como jurisdicción amigable a la inversión de los no residentes[30], cuando actúen como Estados Requeridos se podrían ver tentados a invocar el incumplimiento del requisito de "presumible relevancia" o bien la indisponibilidad o costo excesivo en su obtención, para considerar que no están obligadas a intercambiar la información.

Cabe indicar que a la fecha no existen mecanismos de decisión supranacional para forzar a un Estado a intercambiar información, por lo que el funcionamiento aceitado del sistema actualmente sólo depende de la buena fe de los Estados.

Por otro lado, el Estado Requirente debe contar con un "caso con file completo", esto es, debe contar con los detalles identificatorios de la operación, estructura, operatoria o activo/s cuya información se pretende validar, los datos completos del contribuyente, la relación circunstanciada del caso y la atribución al contribuyente que determinan la verificación del hecho imponible, y del cargo o reclamo fiscal, etc.[31]

En suma, el intercambio de información a pedido en general funciona en alguno de los siguientes supuestos:

– como confirmación o certificación a favor del Fisco del Estado Requirente de los datos del caso formado (dado que la prueba es foránea),
– como complemento del intercambio automático, a efectos de completar los datos que formen el caso con relevancia fiscal para el Fisco del Estado Requirente a fin de estar en condiciones de formular el cargo, de corresponder.

V. EJEMPLOS DE IITA EN EL MUNDO

Existen ejemplos en el mundo que aplican exitosamente sistemas de IITA:

– Países Nórdicos: Convención de Asistencia Administrativa Mutua en Asuntos Tributarios entre los países nórdicos (1989)[32].
– Europa: Directiva del Ahorro (*Savings Directive*) de la Unión Europea por la cual 42 países o territorios asociados intercambian información automática sobre intereses de colocaciones en activos financieros, respecto de la cual se ha propuesto una reforma integral que está bajo discusión en la actualidad[33], cuyo objetivo es

29 Es decir, se aplicala regla del Mínimo Denominador Común. En caso que de acuerdo a la legislación del Estado Requirente la citada información no pueda obtenerse, esta restricción se aplica también al Estado Requerido.

30 En un reciente caso que involucró a las Islas Jersey (Territorio asociado al Reino Unido) (caso: "*Volaw Trust & Corporate Services Limited v Comptroller of Taxes",* Royal Court of Jersey, [2013]JRC095]) se convalidó el intercambio de información retroactiva con la Administración Tributaria de Noruega, quien había invocado que la información requerida (la cual abarcó el un lapso desde el 01/01/96 hasta el 31/12/2008) concernía a asuntos criminales. En opinión del tribunal, el Comptroller de Islas Jersey (Autoridad de Aplicación de los TIEA) no debe calificar la legitimidad de la pretensión fiscal o incluso de los análisis preparatorios para plantear la pretensión fiscal por parte de la Autoridad Fiscal del Estado Requirente o la solidez de un hipotético reclamo en materia penal tributaria. Sólo ejerce un "ligero" control de razonabilidad. En definitiva, se consideró que la función del Estado Requerido frente al cumplimiento de los compromisos emergentes del TIEA es un mero control formal respecto de la cobertura de todas las declaraciones y manifestaciones de la Autoridad de Aplicación del Estado Requirente que el texto del TIEA exige para ser operativo (p. ej., información presumiblemente relevante para la administración, revisión o ejecución de los tributos, agotamiento de los medios o procedimientos domésticos en el Estado Requirente, existencia de materia penal o infraccional, etc.).

31 He ahí la excepción que prevén los Acuerdos Rubik sobre Intercambio de Información Limitado (p. ej.: Artículo 32 Acuerdo Suiza – Reino Unido) sobre la base de los datos de un número máximo de contribuyentes que solicite el Estado Requirente (hasta 500 en los primeros 3 años de vigencia del Acuerdo).

32 "*Multilateral convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*" (07/12/89), el cual se encuentra en vigor desde 1992, el cual requiere intercambio de información automática sobre pagos de dividendos, intereses, regalías, salarios, honorarios, pensiones, seguros, y sobre propiedad de inmuebles.

33 Resolución del Parlamento Europeo de fecha 19/04/2012: "*European Parliament resolution of 19 April 2012 on the call for concrete ways to combat tax fraud and tax evasion*", Estrasburgo.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 84

la inclusión de otros tipos de rentas además de los intereses (p. ej., regalías, dividendos, ganancias de capital, honorarios de directorio[34]) o categorías de transferencias financieras (p. ej., préstamos) y ampliar la cobertura de la Directiva con el propósito de evitar vías de elusión o "*loopholes*" (p. ej., fundaciones o *trusts* discrecionales[35], seguros de vida con ahorro, compañías comerciales no sujetas a imposición, etc.)[36].

– Estados Unidos: Programa de Intermediarios Calificados ("Qualified Intermediaries (QI) Program") el cual requiere que las instituciones financieras reporten automáticamente información al "*Internal Revenue Service*" (IRS) sobre rentas de activos financieros de titularidad de contribuyentes norteamericanos (residentes o no). Este programa genera un incentivo para las instituciones financieras a calificar como QI al permitirles mantener un velo de secreto a las inversiones financieras en Estados Unidos por parte de no residentes. Dicho programa es complementado más recientemente por el FATCA ("*Foreign Account Tax Compliance Act*") con relación a los contribuyentes norteamericanos (ciudadanos o residentes fiscales), al obligar a las instituciones financieras extranjeras a reportar los ingresos de fuente extranjera (por colocaciones de portafolio) cuyo titular fuera un contribuyente norteamericano, en cuyo defecto los intermediarios financieros quedan sujetos a la retención del 30% de los pagos relativos a los ingresos de fuente norteamericana.
– Países vecinos que intercambian información en forma automática en forma bilateral: p. ej.,: Estados Unidos con Canadá; Estados Unidos con México; Australia con Nueva Zelanda, etc.

Es decir, existe experiencia en el mundo sobre tratados, directivas, programas y prácticas administrativas en materia de intercambio automático de información entre Fiscos.

La OCDE ha desarrollado y publicado una serie de guías y material de entrenamiento para facilitar la implementación y el uso de intercambio automático de información entre países, por ejemplo:

– Un modelo de Memorándum de Entendimiento (MOU) sobre Intercambio de Información[37].
– Un Manual de Implementación de provisiones legales sobre intercambio de información para propósitos fiscales (el cual contiene un módulo específico sobre intercambio automático)[38].
– Un programa de intercambio automático[39].
– Estándares técnicos desarrollados respecto de los formatos de información objeto de intercambio.

En tal sentido, la estandarización de los formatos es crucial para que dicha información puede ser capturada, intercambiada y procesada rápida y eficientemente y con bajo costo de procesamiento por el país receptor.

Los trabajos de la OCDE sobre estandarización han comenzado con el formato magnético "SMF", y luego avanzaron hacia el uso de lenguaje XML language ("STF") . También se han desarrollado programas de conversión de SMF en STF, lo que permite gozar del intercambio de información aun cuando los dos países utilicen formatos diferentes.

VI. LINEAMIENTOS GENERALES DE LA OCDE PARA EL DESARROLLO DE UN MODELO DE INTERCAMBIO AUTOMÁTICO BILATERAL DE INFORMACIÓN PARA EL CONTEXTO MULTILATERAL

Como se indica anteriormente, en la Reunión del G20 celebrada en San Petersburgo (Rusia)[40] se dispuso como objetivo que la OCDE publique una Guía Detallada del Modelo de IITA a ser considerado en la primera mitad del año 2014, estableciendo entre otros aspectos:

– la base legal del acuerdo multilateral

34 La Directiva del Ahorro, en lo relativo al intercambio de información fue complementada por la Directiva 2011/16/UE de fecha 15/02/2011 sobre Cooperación Administrativa en el Ámbito de la Fiscalidad, cuyo efecto práctico ha sido la ampliación del alcance del intercambio automático de información, comprendiendo los ingresos de empleo, honorarios de directores, productos de seguros de vida no cubiertos por la *Savings Directive*, pensiones y la titularidad de ingresos derivados de la propiedad inmobiliaria dentro de la Unión Europea.

35 A través de la figura denominada "Agente de Pago a la Recepción" (*Payment Agent Upon Receipt*) que implica que es el fiduciario, *trustee* o administrador quien queda obligado, cuando tiene su sede de dirección en alguno de los 42 Estados o territorios obligados a la Directiva, a cumplir con la IITA.

36 Tax Justice Network, "*The UK-Swiss Agreement: doomed to fail*", 21/10/2011.

37 C(2001)28/FINAL www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=C(2001)28/FINAL&docLanguage=En).

38 www.oecd.org/ctp/eoi/manual.

39 www.oecd.org/tax/eoi/toolkit.

40 Op. cit. en nota 21.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 85

– el alcance de la información tributaria a ser intercambiada y los procedimientos de *due diligence* para su obtención
– el formato del *reporting*

VI.1. Base legal del acuerdo multilateral

En el Informe OCDE: "*Delivering a Standardized, Secured and Cost Effective Model of Bileteral Automatic Exchange for the Multilateral Context*", Septiembre 2013 ("Informe OCDE 2013") se consideró que es necesario un acuerdo de alcance multilateral como base para establecer las bases legales del nuevo estándar.

Teniendo en cuenta los instrumentos disponibles, la OCDE entiende que la Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE (1988[41]) ("la CMAA") es un buen punto de partida.

En la actualidad ya son más de 60 los países que suscribieron y adhirieron a la CMAA expandiéndose el número de países firmantes en forma constante.

Cabe destacar que al igual que el caso de los TIEA amplios, en el texto de la CMAA se prevé el intercambio de información habitual o automática, espontánea, fiscalizaciones simultáneas, etc. pero ello sujeto a la puesta en vigencia de acuerdos específicos de alcance bilateral o multilateral (entre Estados adheridos)[42], por ejemplo, en materia de intercambios de información automática o fiscalizaciones simultáneas.

Por ende, la firma del CMAA no representa un avance inmediato y operativo en el intercambio de información automático sino que el mismo representa un marco jurídico dentro del cual es necesario articular acuerdos específicos para tornarlo operativo.

La OCDE enumera entre los principales beneficios del CMMA:

– Multilateralidad: se trata de una base legal única para la cooperación multilateral entre los países.
– Amplitud: se prevé una multitud de formas de cooperación para una amplia cantidad y variedad de gravámenes.
– Flexibilidad: se admite la posibilidad de efectuar reservas en ciertos aspectos de la Convención.
– Uniformidad: se creó un órgano de coordinación que asegura una aplicación uniforme del Convenio.

VI.2. El alcance de la información tributaria a ser intercambiada y los procedimientos de *due diligence* para su obtención

En el Informe OCDE 2013 se concluye que el alcance de la información tributaria objeto del intercambio automático debería tener el mayor grado de parametrización, precisión y amplitud, en el marco de un esquema costo-efectivo para los agentes de información (bancos, corredores, custodios, fiduciarios, etc.) y las Autoridades Fiscales.

Teniendo en cuenta los instrumentos disponibles, la OCDE entiende que el FATCA[43] es un buen punto de partida.

El FATCA cuenta con reglas detalladas sobre:

– rango amplio de instituciones financieras alcanzadas (bancos, *brokers*, custodios y ciertas compañías de seguros, *trusts*, vehículos de inversión colectiva, incluyendo *hedge funds* y *private equity funds*),
– información amplia, incluyendo saldos de cuentas, montos brutos de intereses, dividendos, otros ingresos y producido de la venta o el rescate de activos en cuentas de custodia o de contratos de seguro,
– requerimientos estrictos de *due diligence* en la investigación del beneficiario efectivo (*ultimate beneficial owner*) de los activos, limitando las posibilidades de interponer compañías vacías (*shell companies*), *trusts,* fundaciones o vehículos corporativos, estándar de alta calidad en el contenido de la información a colectar, requiriendo la captura número de identificación tributaria de los titulares de cuentas o depósitos. El FATCA se apoya en los procesos de reporte dentro de Estados Unidos de América a que se encuentran

41 Modificado con fecha 02/05/2010 al ampliarse su alcance y someterse a la adhesión de Estados no Miembros de la OCDE, al cual adhiriera la República Argentina (firmada por la AFIP con fecha 03/11/2011 y aprobada por la Presidenta de la Nación con fecha 31/08/2012, rigiendo a partir del 01/01/2013). Diego Fraga, "*Nuevas tendencias en el intercambio internacional de datos tributarios y su posible aprovechamiento por la AFIP*", Periódico Económico Tributario, 13/03/2013, pp. 1 a 4.

42 Generalmente a partir de la firma de Memorándums de Entendimiento (MOU) entre tales Estados.

43 "Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)", 18/03/2010, Public Law 111-147, Título V.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 86

obligadas las instituciones financieras a las Autoridades Fiscales y de intercambio de información tributaria entre Estados.

El modelo que se sigue dentro del FATCA es el Modelo 1 IGA (*Inter Government Agreements*), cuya característica es el flujo bilateral de información a través de las Autoridades Fiscales. Las instituciones financieras agentes de información suministran la información a sus respectivos Fiscos, y es el Fisco quien intercambia la información anualmente con el otro Fisco.

En la actualidad existe en curso un Plan Piloto siguiendo el Modelo 1 IGA entre Francia, Alemania, España, Reino Unido (abril de 2013) habiendo adherido México y Noruega con posterioridad y manifestado su interés de adhesión otros países como Bélgica, República Checa, Países Bajos, Polonia y Rumania.

VI.3. El formato del *reporting*

En el Informe OCDE 2013 se concluye que el formato debería ser el utilizado en el FATCA: STF (*Standard Transmission Format*) desarrollado por la OCDE, el cual utiliza lenguage XML.

El Consejo de la Unión Europea ha adoptado formatos estándares para la implementación de la Directiva del Ahorro los cuales están basados en gran medida en el formato STF de la OCDE (el cual se denomina "FISC 153").

VII. EL FATCA

El FATCA es un régimen de información (*reporting*) mediante el cual el Fisco de Estados Unidos de América a través de su Agencia Tributaria (IRS) requiere el suministro de información sobre inversiones financieras (*US accounts*) que sus ciudadanos y residentes poseen en el resto del mundo, siendo agentes de información las instituciones financieras no residentes (*Foreign Financial Institutions*, "FFI").

La "penalidad" por incumplir la registración ante el IRS o de proporcionar la información requerida es la aplicación de una retención del 30% sobre los pagos en concepto de intereses, dividendos y otras ganancias, rentas e ingresos fijos o determinables anuales o periódicos ("*FDAP*") de fuente norteamericana, y los ingresos brutos producto de la venta de bienes norteamericanos (*US properties*) que pueden producir intereses o dividendos de fuente norteamericana, aun cuando dicha venta no estuviera de otra forma sujeta a imposición en EE.UU.

Asimismo, las FFI también deben actuar como agentes de retención del 30% de los mismos pagos de rentas de fuente norteamericana a otros FFI no cumplidores.

La modalidad básica para cumplir con el régimen de reporting es un acuerdo entre la FFI y el IRS.

Este mecanismo genera serios problemas jurídicos en múltiples jurisdicciones producto del carácter extraterritorial del régimen legal FATCA, al obligar a sujetos extranjeros (las FFI) a realizar una serie de actos representativos de una carga pública (registración, *due diligence*, *reporting*, actuación como agentes de retención, etc.) emanados de la legislación norteamericana.

Esta situación ha llevado a la propuesta de los Acuerdos Intergubernamentales IGA, a saber:

- Modelo 1 IGA: intercambio de información entre Estados, en su versión recíproca (el Gobierno de EE.UU. se compromete a entregar información sobre cuentas en EE.UU. de titularidad de residentes del otro Estado)[44] y no recíproca.
- Modelo 2 IGA: intercambio de información entre la FFI y el IRS[45].

El Modelo 1 IGA implica los siguientes pasos:

- El otro Estado Contratante acuerda reportar al IRS información específica acerca de las *US accounts* mantenidas por las FFI localizadas en la jurisdicción de dicho otro Estado Contratante.
- Las FFI deben identificar las *US accounts* de acuerdo a las reglas de *due diligence* contenidas en el Anexo I del IGA.
- Las FFI deben reportar la información al otro Estado Contratante.
- El otro Estado Contratante reporta dicha información al IRS sobre una base automática y anual.

El Modelo 2 IGA implica los siguientes pasos:

44 Estados Unidos ha firmado IGA Modelo 1 con Alemania, España, Noruega, Irlanda, México, Reino Unido, Dinamarca. Además, está en marcha el Plan Piloto con Reino Unido, España, Alemania, Francia, México y Noruega basado en este Modelo.

45 Estados Unidos ha firmado IGA Modelo 2 con Japón y Suiza.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 87

- El otro Estado Contratante acuerda dirigir y permitir que las FFI localizadas en su jurisdicción reporten al IRS información específica acerca de las *US accounts* que aquellas FFI mantienen, directamente al IRS.
- Las FFI deben identificar las *US accounts* de acuerdo a las reglas de *due diligence* contenidas en el Anexo I del IGA.
- Las FFI deben reportar la información al IRS.
- Las FFI también reportan al IRS información agregada con relación a los titulares de *US accounts* que no consientan que la información sobre sus cuentas sean reportadas al IRS, en cuyo caso el IRS puede efectuar "pedidos por grupo" (*group request*) para que el otro Estado Contratante aporte información más específica.

El último punto intenta evitar planteos relativos a la imposibilidad legal de transmisión de la información al IRS sobre la base de las normas de protección del secreto o confidencialidad de la información (especialmente el secreto bancario y el bursátil) en el otro Estado Contratante. No obstante ello, la alternativa de "reporte agregado de información" seguido del "*group request*" específico constituye un mecanismo tendiente a sortear la prohibición legal, equivalente en mi opinión a una "expedición de pesca" ("*fishing expedition*" en la terminología que emplea el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información en materia tributaria de la OCDE[46]).

La definición de FFI es amplia al incluir, entre otros:

- Instituciones de depósito (p. ej., bancos)
- Instituciones de custodia (p. ej., *mutual funds*)
- Entidades de inversión (p. ej., *hedge funds* o *private equity funds*)
- Ciertos tipos de compañías de seguro que ofrecen productos "monetizables" (p. ej., seguros de vida con ahorro rescatables) o anualidades, etc.

La registración (y aprobación por parte del IRS) de las FFI en la "*FATCA Registration Website*" implica la extensión de un certificado (*Global Intermediary Identification Number* o "GIIN") que habilitará a la FFI a recibir pagos de rentas de fuente norteamericana sin la retención del 30%.

Las FFI quedan obligadas a:

- registrarse ante el IRS
- practicar retenciones por pagos a otras FFI sin GIIN vigente
- cumplir las obligaciones de *reporting* anualmente sobre las *US accounts* cuyo titular es un ciudadano o residente de EE.UU. o ciertas entidades extranjeras no financieras con dueños sustanciales norteamericanos (*substantial US owners*).

Asimismo, existen las NFFE (*Non-Foreign Financial Entities*) las cuales quedan sujetas al FATCA salvo que acrediten que no tienen "*substantial US owners*" o bien proporcionen la información sobre US accounts de dichos titulares al IRS.

La entrada en vigencia del FATCA estaba prevista originalmente para pagos de rentas de fuente norteamericana efectuados después del 31/12/2012. No obstante ello, las dificultades operativas emergentes de la implementación del sistema y principalmente las derivadas de los efectos extraterritoriales que provoca motivó que el IRS extendiera la puesta en vigencia a partir del 2014 para los primeros requerimientos, que son los siguientes: procedimientos de aperturas de cuentas, retención por pagos de rentas de fuente norteamericana, *due diligence* sobre cuentas de las FFI y sobre cuentas de alto valor. Los primeros vencimientos de las obligaciones de *reporting* operan durante 2015.

VIII. CARÁCTER MULTILATERAL DE LA SOLUCIÓN A LA EVASIÓN TRASNACIONAL SOBRE EL AHORRO. SUS LÍMITES

Reiterando el concepto ya expresado en la Introducción, la evasión fiscal sobre el ahorro trasnacional, en un mundo crecientemente globalizado en lo económico y con las arcas nacionales exhaustas, representa un problema global. El enfoque debe ser, pues, multilateral.

Para contrarrestar el megaproblema de la fuga de capitales no declarados, el mundo debe converger en la construcción de una red de contención global sin grietas ni escapes. O mejor dicho, que tenga implemen-

46 Desarrollado por el Grupo de trabajo sobre intercambio efectivo de información integrante del Foro Global de la OCDE, el cual las define como aquellos requerimientos de información especulativos que no tienen nexo aparente con una investigación en curso (http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/36647823.pdf).

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 88

tados los mecanismos y los instrumentos necesarios y eficaces para detectar, acceder a la información relevante y comunicarla en forma eficaz y costo efectiva a la jurisdicción de residencia del contribuyente para que esta última pueda contrarrestar la evasión.

Caso contrario, el capital no declarado simplemente se deslocalizaría hacia aquellas jurisdicciones que ofrezcan mayor nivel de opacidad y de anonimato.

Hoy es una cuestión de Estado (mejor dicho, de "governanza tributaria mundial") la efectiva disponibilidad de la información tributariamente relevante, información oportuna y de calidad, en manos de las Autoridades Tributarias del país de residencia de su titular.

A pesar de ser un objetivo común, ello no legitima ni autoriza a desconocer o a menoscabar las garantías constitucionales de que gozan los contribuyentes en las democracias modernas. Como uno de los derechos humanos básicos, el derecho a la intimidad y dentro de ella a la confidencialidad de la información financiera de relevancia tributaria no es ni puede ser negociable.

A mi juicio se observa un viraje de la garantía. El tradicional carácter secreto de la información de relevancia fiscal (con la excepción del Fisco del país de residencia del titular de los activos y las rentas), que hasta ahora amparó las normas del anonimato sobre dicha titularidad, está virando hacia la confidencialidad en el uso de dicha información.

La garantía ya no pertenece a la etapa de "acceso" a la información sino a la etapa del "uso y manejo" de la información.

Este "corrimiento" de la sustantividad de la garantía hacia una etapa posterior (el uso y manejo) requiere por necesaria implicancia que los mecanismos de protección a favor del contribuyente deban naturalmente extremarse.

Esta cuestión a mi juicio también debería ser objeto de una acción a nivel global, quizás bajo la coordinación de la ONU, a los fines de implementar un acuerdo mundial sobre Garantías Mínimas en favor de los Contribuyentes sobre Buenas Prácticas relativas al Manejo de la Información Financiera con Fines Tributarios entre dos o más Estados Soberanos.

IX. MULTILATERALISMO VERSUS BILATERALISMO

El enfoque de solución multilateral es superior al enfoque bilateral por las siguientes razones:

IX.1. Juego de compromiso

El sistema internacional de acceso a la información financiera asume rasgos característicos de un "juego de compromiso" (teoría de los juegos) por efecto de la competencia entre muchos Estados en la atracción del capital financiero *off-shore*.

La situación actual del sistema fiscal internacional adquiere la forma de un "juego de compromiso" ("*assurance game*") en el marco de la teoría de juegos.

El juego de compromiso significa que todos los actores involucrados (los Estados que aplican el impuesto a la renta (y en su caso, al patrimonio) de personas físicas sobre base mundial o criterio de residencia, con excepción de los "*tax havens*"y una pocas jurisdicciones nacionales que siguen aferradas al criterio de territorialidad) obtienen el mejor resultado global mediante la cooperación o asistencia mutua.

En el mismo sentido, a modo de ejemplo el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) cuyas decisiones tienen efecto vinculante (el denominado "enfoque legalista") se ha justificado[47] en función de la presencia de los siguientes dos rasgos concurrentes en el sistema de comercio mundial:

- Retaliación: reacción de los países por acciones nocivas de otros países como los subsidios o las medidas equivalentes.
- Falta de transparencia.

En el contexto de la competencia de las plazas financieras *offshore* y su efecto destructivo a la sustentabilidad del sistema del impuesto a la renta a nivel global, ambas situaciones constituyen situaciones fácticas existentes y serias.

47 Robert A. Green, "*Antilegalistic Approaches to Resolving Disputes Between Governments: A Comparison of the International Tax and Trade Regimes*", 23 Yale J. Int'l, p.19, 1998.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 89

En lo que respecta a la "retaliación" existe consenso a través de grupos de países y Organismos internacionales (G20, OCDE, Unión Europea, Naciones Unidas, etc.) en que las legislaciones nacionales que permiten la opacidad o el anonimato de los activos que evidencian el ahorro en el mundo constituyen el "talón de Aquiles" del sistema internacional de imposición sobre la renta por lo que requiere de medidas defensivas hábiles para contrarrestarla[48].

En los que respecta a la "falta de transparencia", podemos asociarla a la necesidad de compartir información entre los Fiscos, en un mundo donde los negocios se mueven globalmente mientras que los Estados siguen ceñidos al principio de "territorialidad" en el ejercicio de su potestad tributaria[49].

Por lo tanto, el sistema internacional de imposición sobre la renta basado en el criterio de residencia o renta mundial, al pivotear sobre un "escenario móvil" porque las inversiones de portafolio se mueven donde más les conviene en cada momento, requieren de un sistema fluido, dinámico e interactivo de información de relevancia tributaria alimentado de múltiples fuentes internas y externas. Los canales de información deben ser masivos e integrales; sólo así se construye una red de contención que puede actuar como un freno efectivo a la fuga del impuesto a la renta (y patrimonio) sobre el ahorro.

Este tipo de problemática sólo una organización multilateral (a través de un tratado multilateral con efecto vinculante con órganos de supervisión y de resolución de conflictos) puede resolver efectivamente[50].

La solución bilateral, aun con la mejor buena fe y la mayor voluntad política de los Estados Contratantes, es inocua. Conque aparezca una tercer jurisdicción (cualquiera) que ofrezca anonimato y seguridad jurídica puede esterilizar la intención del acuerdo bilateral.

IX.2. Dilemas del prisionero y estándar internacional sobre transparencia fiscal

Cabe preguntarse por qué razón las plazas financieras *offshore* (incluidos los paraísos fiscales) a pesar de no convenirles objetivamente, se apuraron a aprobar el estándar internacional de transparencia fiscal e incluso colaborando en la redacción del Modelo de la OCDE en el marco del Foro Global de Transparencia Fiscal, autoobligándose a negociar y firmar TIEA bajo dicho Modelo, a soportar las "*peer reviews*" llevadas a cabo por representantes de otros países (en Fase 1 y en Fase 2) y aceptar las calificaciones de los informes de revisión y las modificaciones propuestas a su legislación doméstica.

Asimismo, es llamativa la evidencia de ejemplos en que los otrora "*tax havens*" sobreactúan en algunos casos el cumplimiento de los TIEA, proporcionando más información de la requerida y resolviendo los pedidos bajo la regla "*in dubio prointercambio*" como lo demuestra el caso: "*Volaw*" de la *Royal Court of Jersey*[51].

Una explicación racional de este fenómeno es la de irrupción de un estándar internacional, representativa de una norma consuetudinaria de derecho público internacional.

El Modelo consagrado por la OCDE es el art. 26 del MCOCDE (actualizado al 17/07/2008), aceptado, extendido y replicado en el Modelo de TIEA de la OCDE (Foro de Transparencia Fiscal) a modo de estándar internacional replica los atributos de los "mercados de redes".

El Modelo es un mercado de redes de TIEA bilaterales, el cual posee los rasgos típicos de los mercados de redes, a saber:

---

48 Ver en tal sentido la declaración de la reunión de los ministros de Hacienda de los Estados que conforman el G20 de fecha 02/04/2009 y el Informe de Progreso del "*OECD Global Forum Implementing the Internationally Agreed Tax Standard*" de fechas 02 y 07/04/2009 y 05/09/2009. Estos documentos evidencian la presión de la OCDE para la adopción por parte de todos los países del mundo de un estándar (y la suscripción de tratados amplios de intercambio de información en materia fiscal) que regule el intercambio de información de relevancia fiscal a requerimiento de un Estado y sin perjuicio de la existencia de secreto bancario en el otro Estado. Un antecedente que no puede pasarse por alto en esta misma línea es la Recomendación emitida por la Comisión de la Unión Europea con fecha 06/12/2012, cuyo punto 4 da apoyo a las acciones de los Estados Miembros contra los países no Miembros que no cumplen con los estándares de transparencia fiscal e intercambio de información, relativos a la disponibilidad de la información, el acceso a la información y el intercambio de información. European Commission, C(2012) 8805, op. cit. en nota 5.

49 Territorialidad en sentido lato, como "nexo efectivo" con el territorio de la jurisdicción que aplica el impuesto, sea un nexo objetivo (como la fuente territorial) o un nexo subjetivo (como la residencia, domicilio o nacionalidad).

50 Reuben Avi-Yonah, "*Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State*", Harvard Law School, Working Paper No.004, Mayo de 2000, p. 95.

51 Ver nota 30.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 90

- Externalidades[52]
- Expectativas[53]
- Efecto *lock-in*[54]

Esta combinación de efectos genera un efecto del tipo "dilema del prisionero" en que determinados países como son las plazas financieras *off-shore* (Bélgica, Luxemburgo, Austria, Suiza, etc.) estarían mejor con el sistema anterior del anonimato, pero la resistencia al movimiento en ciernes rechazando el estándar le produce un perjuicio más acentuado.

Nótese los casos de Austria, Luxemburgo y Suiza, países que aceptaron el estándar del art. 26 MCOCDE retirando al unísono en marzo de 2009 las reservas planteadas al texto de la citada cláusula.

X. EL NUEVO ESTÁNDAR INTERNACIONAL EN MATERIA DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

El estándar internacional vigente en materia de intercambio de información tributaria desde el año 2008 (nuevo art. 26 MCOCDE) ha virado desde un modelo de acuerdos bilaterales de alcance también bilateral, hacia un Modelo (hoy vigente) de acuerdos bilaterales pero de alcance multilateral (teoría del mercado de redes).

El estándar internacional vigente, sea que lo consideremos en crisis terminal, o bien como un hito intermedio en un proceso en curso de consolidación del estándar internacional definitivo, está virando nuevamente.

Este viraje en esencia consiste en otorgar carácter automático al intercambio de información de relevancia tributaria.

¿Cómo se produce un cambio de paradigma en el contexto de derecho público consuetudinario? No es a través de un proceso gradual e imperceptible sino mediante un movimiento espasmódico y bien perceptible.

Hay quien "tensa la cuerda" del sistema, amenazando quebrarlo. Y hay quien reacciona para proteger el *statu quo*.

¿Quién tensa el sistema internacional de acuerdos de intercambio de información tributaria del estándar vigente (art. 26 MCOCDE y Modelo del Foro de Transparencia)?

Es Estados Unidos de América a través del FATCA, mediante el espectro de una legislación indudablemente extraterritorial que provoca "espasmos" en las prácticas internacionales, vulnerando garantías constitucionales de amplio arraigo y reconocimiento inherentes a los derechos personales a la intimidad y la confidencialidad.

¿Quién reacciona al movimiento del cambio?

Es Suiza a través de su propuesta de Acuerdos Rubik cuyo propósito político no es otro que "boicotear" el movimiento de cambio al estándar internacional, legitimando un mecanismo de anonimato fiscal sin límite temporal.

¿Hacia dónde va el sistema?, ¿vuelve a punto cero o vira según el movimiento del cambio?

En mi opinión, el movimiento va inexorablemente hacia un modelo de sistema global de intercambio de información automático y de alcance multilateral, cuya dirección es francamente irreversible.

La Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa (CMAA) de la OCDE se impone en este contexto como el instrumento multilateral que ordenará el proceso de cambio del estándar internacional, legitimando el cambio de paradigma.

---

52 Porque produce beneficios derivados de la cantidad de usuarios (países y territorios adheridos) a la red, relativos a: a) reducción de costos de comunicación del sistema legal, b) reducción de costos de aplicación efectiva o ejecución de la ley a través de los sistemas judiciales, y c) credibilidad en la comunidad de gobiernos sobre compromiso a la previsibilidad y estabilidad del sistema fiscal lo que mejora la percepción de equidad entre los contribuyentes cumplidores.

53 Porque el estándar promovido por las naciones más influyentes y poderosas del mundo y mayores "perdedoras" en términos de evasión fiscal de sus residentes por tenencias de activos no declaradas, y no otro modelo, lo que causa la expectativa generalizada en el sentido que el Modelo de la OCDE es el estándar internacional que prevalecerá.

54 Porque representa el primer desarrollo de Modelo lo que induce a otros modelos a seguir sus lineamientos (p. ej., Modelo de TIEA del Foro de Transparencia Fiscal) y puede destruir otros modelos como el Modelo de los Acuerdos Rubik.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 91

Ello implica en una primera instancia (etapa actual) el triunfo de la dirección marcada por el FATCA y el cambio de estándar internacional, y en segunda instancia (etapa futura) el necesario retroceso del FATCA en su configuración actual (extraterritorial) a fin de permitir encauzar la implementación de un sistema común de alcance multilateral, lo cual implica que el Modelo 2 IGA y el reporting directo al IRS deberían discontinuarse.

A consecuencia del FATCA, el sistema internacional de transparencia fiscal y dentro de este el estándar internacional de intercambio de información tributaria ya no será el mismo que ahora o que en el pasado, pero producido el cambio, el FATCA deberá retirarse o adaptarse a los lineamientos del nuevo estándar internacional.

La funcionalidad sustancial del CMAA radicará entonces en:

- Establecer una base legal común que ampare las más diversas modalidades de intercambio de información, formas de asistencia en la fiscalización y en el cobro de tributos, cuya implementación puede tener carácter bilateral o por grupos de países.
- Legitimar el alcance y el formato del FATCA.

Prueba de ello:

- en la Reunión del G20 celebrada en San Petersburgo, Rusia, en septiembre pasado se adoptó este enfoque, comprometiendo la redacción de guías detalladas para la primera mitad de 2014,
- países como Austria, a pesar de ser históricamente contrarios a la derogación del secreto bancario, se ha plegado a la nueva tendencia, en el entendimiento que tratándose de un estándar internacional[55], cualquier política de boicot (como hace Suiza con los Acuerdos Rubik) no sólo está destinada al fracaso sino que puede comprometer la credibilidad misma del sistema bancario de la jurisdicción. Ya se ha impuesto el modelo FATCA, pero bajo el "ordenamiento" del CMAA (que implica no mucho más que quitarle al FATCA los particularismos de la legislación norteamericana) con el propósito de generar un marco legal propicio para canalizar los distintos tipos de intercambio (incluyendo el automático), de fiscalización y asistencia en el cobro de tributos.

¿Dónde está ubicada la República Argentina?

Nuestro país ha venido participando activamente en los equipos de trabajos de la OCDE del Foro Global de Transparencia Fiscal y hace lo propio en el marco de las acciones propiciadas por la OCDE por mandato del G20 del cual forma parte.

Como ya señalé anteriormente, a mi juicio esta dirección es la correcta.

En tal sentido, el Decreto (PEN) 589/2013 ha redefinido la referencia a los países de baja o nula imposición como presupuesto de aplicación "diferencial" en el marco de normas domésticas relativas a las reglas tributación internacional (transparencia fiscal internacional, precios de transferencia, diferimiento en la deducción de gastos pagados a entidades vinculadas del exterior, presunción de incremento patrimonial no justificado en caso de inversiones recibidas desde el exterior, etc.), por el concepto de "países no cooperadores", configurados sobre la base del efectivo intercambio de información tributaria con el otro Estado.

Este viraje en la legislación doméstica puede tener sentido con relación a aquellos regímenes vinculados a la imposición a la renta sobre el ahorro, en los cuales el "elemento diferenciador" presenta un nexo probable con el acceso a información confiable y verificable por parte del Fisco (p. ej., presunción de incremento patrimonial no justificado).

Por el contrario, el cambio no tiene sentido racional con relación a los regímenes pertenecientes al impuesto a la renta corporativo (transparencia fiscal internacional, precios de transferencia, diferimiento en la deducción de gastos pagados a entidades vinculadas del exterior, etc.).

En estos regímenes, se aprecia que la motivación subyacente de la regulación legal se asocia implícitamente a la baja o nula tributación de la contraparte, cristalizado ello en la realización de maniobras de planificación fiscal agresiva o la construcción de estructuras ficticias de arbitraje fiscal, tendientes a erosionar la base del impuesto o bien a deslocalizar las rentas.

55 PASCUALE PISTONE, "*Waiving Bank Secrecy and Exchanging Tax Information in Cross-Border Situations: the Austrian Way to Global Fiscal Transparency*, in *Financial Crisis and the Single Market"*, L. Salvini & G. Melis eds., Discendo Agitur 2012, pp. 125 a 136.

077-T1-Ramjilovich_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 92

Sobre esta materia con fecha 12/02/2013 la OCDE publicó el Informe denominado "*Base Erosion and Profit Shiting*" (BEPS)[56] y con fecha 19/07/2013 publicó el Plan de Acción sobre Erosión de Base y Deslocalización de Utilidades (*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, "AP-BEPS"*)[57].

En conclusión, a mi juicio la adaptación de la legislación tributaria argentina al nuevo escenario internacional, testigo de los "trabajos del parto" del nacimiento de un nuevo estándar internacional en materia de intercambio de información tributaria entre Estados, es la política correcta; pero ello sólo en la medida necesaria de los regímenes vinculados a la imposición a la renta sobre el ahorro, en los cuales se verifique un nexo probable entre el régimen fiscal y el acceso a información confiable y verificable por parte del Fisco (p. ej., presunción de incremento patrimonial no justificado).

56 OECD, "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*", OECD Publishing, París. 10.1787/9789264192744-en, 2013.

57 OECD, "*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*", OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en, 2013.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 93

INTERCAMBIO AUTOMÁTICO: ANTECEDENTES Y TENDENCIAS IMPULSADAS POR ORGANISMOS MULTILATERALES Y REGIONALES

FACUNDO MONTIEL

Durante los últimos años ha sido notorio el incremento de la suscripción de acuerdos entre las administraciones tributarias modernas consistentes en el intercambio de información relativo a sus contribuyentes.

Este intercambio de información que se da entre distintos países expresa un cambio de paradigma que se desarrolla a nivel mundial.

Una nueva tendencia insinúa la inclinación al intercambio de información automática por contraposición al intercambio a pedido.

Nos proponemos en el presente analizar los diversos antecedentes que existen en la materia, así como su impacto y desarrollo tanto a nivel local como regional, y las tendencias actuales.

I. COOPERACIÓN FISCAL INTERNACIONAL

a. Antecedentes

Durante los últimos años ha sido notorio el incremento de la suscripción de acuerdos entre las diversas administraciones tributarias, consistentes en el intercambio de información relativo a sus contribuyentes.

Podemos encontrar un primer antecedente –destacable o, mejor dicho, de gran trascendencia o relevancia para el tema que nos ocupa– a partir del modelo desarrollado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) del año 1977, donde se estipuló la posibilidad de utilizar el intercambio de información para garantizar la aplicación de la legislación fiscal interna de los Estados parte.

El propio organismo citado explica que "En nuestra economía globalizada, necesitada de intercambios de información para garantizar la aplicación efectiva de los sistemas tributarios, la OCDE ha jugado un papel sustancial tomando iniciativas para facilitar el intercambio de información, posibilitando contactos entre Estados miembros y terceros países y territorios y ofreciendo instrumentos para conseguir intercambios efectivos de información. En tiempos recientes, además, ha trabajado estrechamente con la Unión Europea en la mejora de los sistemas de cooperación existentes y en el establecimiento de relaciones entre las autoridades fiscales y las administraciones responsables de evitar el lavado de dinero ilegal. Los trabajos desarrollados por la OCDE se han traducido en una amplísima documentación, de la que citamos aquí los siguientes elementos: a) artículo 26 del Modelo de Convenio; b) El modelo bilateral y multilateral de intercambio de información, y c) El Convenio Consejo de Europa/OCDE, sobre asistencia administrativa mutua en materias fiscales"[1].

Existen versiones posteriores del Modelo de Convenio de la OCDE, así como diferentes innovaciones que se han introducido a través de la Unión Europea y, en menor medida, a través de nuestra región.

En todos ellos se persigue la intensificación de las medidas tendientes a evitar los fraudes fiscales.

Siguiendo a Rajmilovich y Tisocco podemos afirmar que "En tiempos de aguda globalización del sistema económico, de las comunicaciones, de las transacciones financieras y, también, de las crisis fiscales, los países –atados todavía en el plano fiscal al principio de territorialidad– se ven forzados a controlar las rentas, las operaciones y los activos de sus residentes dentro y fuera de las fronteras nacionales del Estado; este, al no poder actuar extraterritorialmente ni contar para ello con la asistencia o gestión de organismos internacionales o supranacionales dotados de jurisdicción fiscal, recurren al mecanismo de la firma de tratados de intercambio de información tributaria entre distintos Estados para captar el conocimiento de la información con trascendencia tributaria"[2].

1 www.ocde.org, citado En Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., *"Coordinación Fiscal Internacional vs. Cooperación Fiscal Internacional"*, ERREPAR, Doctrina Tributaria N° 401, 2013, septiembre, p. 854.

2 Rajmilovich, Darío y Tisocco, Jorge, "Los tratados de intercambio de información tributaria ¿a pedido o automático?", ERREPAR, 2013, Doctrina Tributaria N° 399, junio, p. 561.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 94

b. Instrumentación de las medidas de cooperación

Las formas a través de las cuales se instrumenta la cooperación a la que hacemos referencia son variadas: en algunos supuestos observamos que se desarrolla a través de la inserción de cláusulas específicas en los convenios para evitar la doble imposición (CDI) que ya se encuentran suscriptos entre las partes; en otros supuestos, se desarrolla a través de la suscripción de acuerdos específicos entre los países para el intercambio de información.

Debemos destacar esta última variante como la tendencia preponderante, especialmente en los últimos años, y a través de la suscripción del Convenio Multilateral propuesto por la OCDE sobre "Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal".

Más aún: dejando a salvo algunos pocos casos excepcionales en los que se adoptaron otros modelos, la gran mayoría de las administraciones tributarias siguieron el lineamiento patrón propuesto por la OCDE a la hora de delinear sus convenios.

Adentrémonos entonces en el análisis del intercambio de información contenido en el modelo OCDE.

II. EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL MODELO OCDE

a. La cláusula de intercambio

El artículo 26 de este modelo ya contiene una cláusula de intercambio de información "en virtud de la cual pueden pactarse diversas modalidades de *cooperación* mediante requerimiento o de manera espontánea, modalidades que pueden combinarse con otras técnicas para obtener información, como comprobaciones paralelas y simultáneas en los dos Estados, comprobaciones en el otro Estado contratante o intercambios de información sectoriales sin referencia a contribuyentes individualizados. En virtud de esta cláusula, cada administración debe garantizar el secreto de la información recibida en los mismos términos que la información obtenida de acuerdo con la normativa interna. La información solo puede ser comunicada a las personas y autoridades relacionadas con la liquidación o recaudación, ejecución o procesamiento o resolución de recursos, con relación a los impuestos objeto del intercambio de información. Esto significa que la información puede ser comunicada al contribuyente, su representante o sus herederos. La información puede ser también comunicada a los órganos supervisores, o sea, los que controlan la administración tributaria y las autoridades ejecutivas"[3].

Debemos destacar que los Estados contratantes deben atender los requerimientos de información que le efectúen los otros Estados, aún en aquellos supuestos en los que no necesite la información para sus propios fines de aplicación de los tributos.

b. Las limitaciones al intercambio

Sin embargo, no debemos perder de vista que la cláusula mencionada contiene, a su vez, determinadas limitaciones al intercambio de información. Sucintamente detallamos los casos en los que se permite no proporcionar la información requerida:

i) cuando la obtención de información suponga adoptar medidas que sean contrarias a las leyes nacionales;
ii) cuando la información requerida no pueda ser obtenida de conformidad con las leyes del Estado requerido;
iii) si para proporcionar la información requerida debieran revelasen secretos comerciales, financieros, industriales o profesionales o procesos industriales;
iv) cuando proporcionar la información requerida suponga contrariar el orden público;

Debemos tener presente que un Estado contratante no puede denegar la información requerida por el otro Estado contratante por el hecho de que la información solicitada estuviera en poder de bancos o entidades financieras, agentes o fiduciarios, o bajo una titularidad patrimonial.

3 Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., op. cit., p. 855.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 95

III. LOS PATRONES UTILIZADOS PARA DESARROLLAR LOS CONVENIOS

a. Diferentes modelos

Dos son los patrones utilizados –en la generalidad de los casos– para suscribir los convenios bilaterales: i) el primero de ellos es el Modelo de la OCDE sobre "Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria"; ii) el segundo de ellos, utilizado en menor medida, el "Modelo de Acuerdo de Intercambio de Informaciones Tributarias" del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.

Ponemos de resalto, siguiendo a Keiniger y D´Alessandro, que las principales características de estos modelos son las siguientes:

- Por información se entiende todo dato, declaración, documento o registro, cualquiera sea la forma que revista;
- La información debe resultar previsiblemente relevante para la determinación, liquidación, la implementación, el control y la recaudación de impuestos, para el cobro y la ejecución de créditos tributarios o para la investigación o el enjuiciamiento de asuntos tributarios;
- Se prohíben las "expediciones de pesca";
- Se regulan las fiscalizaciones fiscales simultáneas y las fiscalizaciones tributarias en el extranjero;
- Cada parte contratante debe garantizar que sus autoridades competentes están facultadas para obtener y proporcionar, previo requerimiento, información que obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, y de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria, incluidos los agentes designados y fiduciarios;
- El acceso a la información que obra en poder de los bancos y otras instituciones financieras puede producirse por vía directa o de forma indirecta mediante un procedimiento judicial o administrativo;
- El procedimiento para el acceso indirecto a dicha información no debe ser tan pesado y tan dilatado en el tiempo que termine convirtiéndose en un impedimento para acceder a los datos bancarios;
- La información que puede reclamarse a los bancos incluye datos financieros, información relativa a cuentas y operaciones, así como información sobre la identidad o la forma jurídica de los titulares de las cuentas y de las partes que intervienen en las operaciones financieras;
- Los derechos y las garantías reconocidas a las personas por las leyes o las prácticas administrativas de la parte requerida seguirán siendo aplicables;
- No se exige a la parte requerida que obtenga y proporcione información que si estuviera en jurisdicción de la parte requirente, la autoridad competente de la parte requirente no sería capaz de obtener en virtud de su propia legislación o en el curso normal de su práctica administrativa[4].

b. Status de los convenios

Al respecto, es dable destacar el status que se le ha asignado a los convenios para evitar la doble imposición internacional:

i) Dado que los CDI son una especie del género de los tratados internacionales, se impone la aplicación de los métodos de interpretación contenidos en las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (en adelante, CVDT). Para los Estados que no hayan ratificado la CVDT se aplican los principios generales o la costumbre internacional previstos en el Derecho Internacional Público;

ii) Los métodos hermenéuticos del artículo 31 CVDT –regla suplementaria– y se aplican de forma sucesiva. Esto es literal, contextual y teleológico;

iii) Tanto para los países miembros de la OCDE, como para los no miembros, los Comentarios al MC OCDE son una herramienta útil, pero no vinculante de interpretación;

iv) En el caso de modificaciones a los Comentarios del MC posteriores a la firma del CDI, la función de herramienta interpretativa no vinculante sólo existirá en cuanto que estas modificaciones de los Comentarios sólo sean aclaratorias del texto existente y no constituyan alteraciones sustanciales del texto, salvo que del CDI se resuelva de otra manera;

v) Se impone la necesidad de alcanzar resultados comunes en la interpretación y en la aplicación de CDI, siguiendo la tradición jurídica de los países miembros del ILADT;

4 Ídem, p. 856.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 96

vi) El artículo 3.2 MC OCDE tiene aplicación limitada para aquellos "términos no definidos" en un CDI, y no puede considerarse una forma de entrada indirecta a interpretaciones contrarias al principio de buena fe y Pacta sunt servanda;

vii) Es rechazable cualquier práctica en que a través de una norma interna se violente el contenido de los CDI. No obstante, esto no impide la aplicación de normas internas antiabuso;

viii) El procedimiento amistoso, potenciado y reforzado, y el arbitraje fiscal pueden ser soluciones viables para la eliminación de conflictos en la interpretación y aplicación de CDI[5].

No debe en consecuencia perderse de vista el carácter de tratado internacional del que gozan estos convenios.

IV. CONVENIO MULTILATERAL DE LA OCDE

a. Asistencia administrativa mutua en materia fiscal

La OCDE y el Consejo de Europa desarrollaron en forma conjunta el Convenio Multilateral de la OCDE sobre "Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal". Según sus desarrolladores, fue diseñado para ayudar a los Estados a cumplir sus leyes fiscales mediante la existencia de un marco internacional para la cooperación entre las administraciones tributarias. Ello, claro está, con el fin de luchar contra la evasión fiscal local e internacional.

El 25 de enero de 1988 dicho convenio fue abierto a la firma de los Estados miembros, haciendo hincapié, la propia OCDE, en la importancia de una rápida aplicación de estos compromisos de información, así como el desarrollo de su multilateralidad. Esto provocó, afortunadamente, la ampliación de la Convención permitiendo la participación de países ajenos a la Unión Europea y a la propia OCDE.

Los beneficios del Convenio consisten en su multilateralidad, amplitud, flexibilidad *y* uniformidad.

Destacamos que los países de nuestra región que lo han suscripto son Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Guatemala y México.

Sin embargo, no podemos perder de vista que entre los mencionados países existen varios que aún no ratificaron el Convenio formalmente.

Finalmente, otros países, si bien lo han ratificado, no lo hicieron con relación al protocolo accesorio al Convenio.

Cabe aclarar que el Convenio otorga a los mencionados países el derecho a ser representados en las reuniones del órgano de coordinación como "observadores".

b. Características del Convenio

Nuevamente recurriremos a Keiniger y D´Alessandro para enumerar las principales características del Convenio:

- Cubre un amplio número de gravámenes y pagos obligatorios a las administraciones públicas, salvo derechos aduaneros;
- Prevé el intercambio de información, auditorías fiscales simultáneas; auditorías fiscales en el extranjero, asistencia en la recaudación de impuestos, incluyendo medidas de obtención y conservación de documentos;
- La información a intercambiar es la que "*previsiblemente pueda resultar de interés para la administración y la aplicación de su derecho interno relativa a los impuestos a que se refiere el… Acuerdo*";
- Al Estado requerido se le permite la adopción de "*todas las medidas pertinentes para recabar información*" para dotar al Estado solicitante de la información solicitada, si la información disponible en los archivos fiscales del Estado requerido no es suficiente para que pueda cumplir con la solicitud de información;
- Los derechos y las garantías previstos por la ley interna mantienen su aplicabilidad y el Convenio reconoce expresamente algunas limitaciones a la obligación de suministrar asistencia;

5 XXVI JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO TRIBUTARIO, SANTIAGO DE COMPOSTELA, *"Interpretación y aplicación de convenios de doble imposición internacional"*, España, 2012, publicado en Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2013, Revista de Tributación N° 26.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 97

- Los Estados firmantes tienen la libertad de hacer reservas con respecto a los impuestos cubiertos y el tipo de asistencia a proporcionarse.
- Se impone una serie de medidas de seguridad para proteger la confidencialidad de la información intercambiada;
- Se permite el intercambio de información sobre materia penal tributaria.
- La información recibida en virtud del Convenio también puede ser utilizada para otros propósitos además de los relacionados a la *cooperación* impositiva, como, por ejemplo, para contrarrestar el lavado de dinero, con la aprobación del Estado informante;
- La información debe tratarse de manera confidencial y protegida en el Estado receptor, de la misma forma que las informaciones obtenidas en virtud de sus leyes internas[6].

V. COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN

a. Tendencias actuales

La nueva tendencia sobre intercambio internacional de información fiscal ha virado al intercambio automático, en lugar de ser a pedido, así como al alcance multilateral frente al bilateral.

Siguiendo a Rajmilovoch y Tisocco, afirmamos que "El intercambio de información tributaria automático es una herramienta de los gobiernos para contrarrestar efectivamente la evasión fiscal internacional a través de la constitución y operación de cuentas, activos y estructuras *offshore* originadas en operaciones no declaradas al Fisco. En un mundo donde el sistema bancario está fuertemente interconectado y es inherentemente de base internacional, las instituciones financieras de dichos países diminutos en términos territoriales pueden efectivamente condicionar el éxito de la embestida de los países más desarrollados proclives al avance del cambio a favor del modelo automático"[7].

Los mismos autores enumeran las ventajas de este tipo de intercambio de información. Nos permitimos citarlas:

- Proporciona información oportuna para combatir la evasión fiscal;
- Ayuda a detectar casos de incumplimiento fiscal, aun cuando la Administración Tributaria no conozca ni posea sospechas de tales incumplimientos;
- Incentiva el cumplimiento voluntario de los contribuyentes con relación a la declaración de bienes e ingresos en el exterior y el pago de los impuestos respectivos[8].

b. El proceso de intercambio de información

Conforme los parámetros de la propia OCDE podemos desglosar este proceso en los siguientes pasos:

i) El pagador pagador colecta información del contribuyente;
ii) El pagador reporta información a las autoridades fiscales del país fuente;
iii) La autoridad fiscal del país fuente consolida la información por país de residencia de los beneficiarios efectivos de renta;
iv) La información es encriptada y enviada a la autoridad fiscal del país de residencia de sus beneficiarios;
v) La información es recibida y desencriptada por el país de residencia;
vi) El país de residencia alimenta sus bases de datos con la información recibida;
vii) El país de residencia analiza la información de resultados y toma las acciones correspondientes;

Sin embargo, el sistema de intercambio de información automático se encuentra actualmente limitado a unos pocos países y en general desarrollados.

Ocurre, entre otros factores, que el volumen de información automática es superior al correspondiente a la información a pedido, lo que incide directamente con la capacidad técnica de cada país para el desarrollo, almacenamiento y procesamiento de la información.

6 Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., op. cit., p. 857.
7 Rajmilovoch, Darío y Tisocco, Jorge, op. cit., p. 561.
8 Ibídem, p. 562.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 98

Sostienen Rajmilovich y Tisocco que "El motivo es autoevidente: para que un Estado requirente dirija válidamente un pedido de información a pedido del Estado requerido y que este último le conteste:

- el primer Estado debe acreditar ante el Estado requerido que la información solicitada es presumiblemente relevante para la administración y ejecución de las leyes domésticas impositivas del Estado requirente;
- el Estado requerido queda obligado a suministrar la información cuando los datos a colectar objeto del pedido son confiables, están sujetos a disponibilidad o accesibles mediante acciones que no impliquen un esfuerzo desproporcionado, y cuente con poderes y facultades suficientes para obtenerla, y, además, que el Estado requirente pueda obtenerla de acuerdo con su legislación interna; y
- debe garantizarse el respeto a los derechos de los contribuyentes, y la estricta confidencialidad de la información intercambiada"[9].

Ocurre además que los países menos propensos a compartir información lo hacen por temor a una fuga de capitales en su carácter de jurisdicciones amigables a la inversión de los no residentes. Esto hace que los Estados menos desarrollados sean reticentes a este tipo de sistemas de intercambio de información.

Al no existir mecanismos internaciones de imposición de este tipo de sistemas, se depende única y exclusivamente de la decisión que al respecto tome cada Estado.

Sin embargo, la adopción de este tipo de sistemas es altamente relevante para el progreso de los países menos desarrollados: "Se ha estimado que en el período abarcado entre 1970 y 2007, al menos entre 150 y 200 miles de millones de dólares estadounidenses se fugaron por año desde los países menos desarrollados (LDC) a los países desarrollados como fondos de capital privado (fondos *offshore*), lo que supone –de acuerdo con un cálculo conservador– que la riqueza de portafolio no declarada en los LDC al 2007 rondaría los 6,2 billones de dólares, y al 2010, entre 7,3 y 9,3 billones de dólares"[10]. Curiosamente, el destino de los fondos ha sido –en su mayoría– el de países desarrollados

En este sentido la Argentina figura en la posición 10 de dicho *ranking*, con un estimado de $ 399 miles de millones de dólares de activos *offshore* al 2010[11].

Concluyen los citados autores que "Desde el punto de vista macroeconómico, los fondos *offshore* implican una pérdida de capital que podría destinarse a inversión (productiva, infraestructura) en las economías de los LDC, generando una pérdida de bienestar que se traduce en una menor tasa de crecimiento de dicha economía e ingreso *per capita* para su población. Vinculado con ello, tales recursos incrementan la dependencia externa de la economía nacional, vía endeudamiento público externo o cierre del comercio exterior y aplicación de restricciones cambiarias. Este círculo vicioso solo puede quebrarse si el Fisco tiene acceso relevante y masivo a la información sobre los activos de portafolio y las rentas de propiedad de residentes argentinos en el exterior"[12].

c. Normas para la implementación

La OCDE desarrolló normas y estándares para la implementación del intercambio automático de información. Así, ha desarrollado un modelo de memorándum de entendimiento, un manual de implementación de provisiones legales sobre intercambio de información para propósitos fiscales, un programa de intercambio automático y estándares técnicos desarrollados respecto de los formatos de información objeto de intercambio. Tales preceptos son de vital importancia para que la información pueda ser obtenida y procesada en forma eficiente.

Rajmilovich y Tisocco han efectuado una enumeración de las administraciones tributarias que se consideran paradigmáticas en la aplicación automática del intercambio de información.

Entre ellas destacamos:

- Europa: directiva del ahorro de la Unión Europea, por la cual 42 países y territorios intercambian información automática sobre intereses de colocaciones en activos financieros o, alternativamente, quedan suje-

9 Ibídem, p. 564.

10 Henry, James S., *"The price of offshore revisited – New estimates for missing global private wealth, income, inequality, and lost taxes, Tax Justice Network"*, 2012, julio, citado en Rajmilovich, Darío y Tisocco, Jorge, op. cit., p. 566.

11 Ídem.

12 Rajmilovich, Darío y Tisocco, Jorge, op. cit., p. 567.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 99

tos a una retención del 35% (medida aplicada por Luxemburgo, Suiza y Austria) respecto de la cual se ha propuesto una reforma integral que está bajo discusión en la actualidad, cuyo objetivo es la inclusión de otros tipos de rentas, además de los intereses (por ejemplo, regalías, dividendos, ganancias de capital, honorarios de directorio) o categorías de transferencias financieras (por ejemplo, préstamos), y ampliar la cobertura de la directiva con el propósito de evitar vías de elusión o "*loopholes*" en la misma (por ejemplo, fundaciones o *trusts* discrecionales, seguros de vida, compañías comerciales no sujetas a imposición, etc.);

- Estados Unidos: programa de intermediarios calificados ["qualified intermediaries program" (QI)], el cual requiere que las instituciones financieras reporten automáticamente información al *Internal Revenue Service* (IRS) sobre rentas de activos financieros de titularidad de contribuyentes norteamericanos (residentes o no). Este programa genera un incentivo para las instituciones financieras a calificar como QI, al permitirles mantener un velo de secreto a las inversiones financieras en Estados Unidos por parte de no residentes. Dicho programa es complementado más recientemente por el *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) con relación a los contribuyentes norteamericanos, al obligar a las instituciones financieras no norteamericanas a reportar los ingresos de fuente extranjera (por colocaciones de portafolio) cuyo titular fuera un contribuyente norteamericano, en cuyo defecto los intermediarios financieros quedan sujetos a la retención del 30% de los pagos relativos a los ingresos de fuente en Estados Unidos[13].

Así como hemos destacado una evidente tendencia a las políticas tendientes al intercambio de información fiscal –poniendo de resalto, como hemos desarrollado en el capítulo anterior, la adhesión de diversas administraciones fiscales al Convenio Multilateral–, podemos apreciar también en distintos países un notorio alejamiento de las medidas que propician la coordinación fiscal.

Según un informe elaborado por el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias son 38 los acuerdos de intercambio de información bilaterales que se aplican en los países de América Latina[14].

Según Keiniger y D´Alessandro "La mayoría de ellos entraron en vigencia después de la reciente crisis financiera, lo que podría ser atribuido al impulso político que le dieron los países del G20 al intercambio de información tributaria para reducir los déficits fiscales"[15].

Agregan los mencionados autos una cita al respecto, extraída de un informe elaborado por la Universidad de Tilburg, cuyos autores, M. Keen y J. E. Ligthart, expresan que "El intercambio de información entre las Autoridades Fiscales fue surgiendo durante los últimos años como probablemente "el" tema central en el diseño de políticas fiscales internacionales…[Se trata de un] reenfoque en el debate, en apartamiento de las políticas de coordinación fiscal y hacia el fortalecimiento de políticas de intercambio de información"[16].

Observamos en consecuencia que los números de los convenios suscritos por las administraciones latinoamericanas distan sustancialmente de la cantidad de convenios suscriptos por otras economías de mayor desarrollo.

d. La tendencia local

Nuestro país tiene una fuerte carga tributaria y, al mismo tiempo, acumula un alto volumen de capitales fugados.

De ello podemos concluir que el intercambio de información sobre activos financieros y sus rentas de titularidad de residentes fiscales para la Administración Federal de Ingresos Públicos es esencial.

Detallan Rajmilovoch y Tisocco que Argentina ha firmado cuatro tipos de tratados de intercambio, a saber:

i) Tratados de intercambio de información incluidos en convenios para evitar la doble imposición (CDI). Se trata de cláusulas de intercambios de información insertas en CDI firmados por nuestro país, bajo el modelo IITP, siendo la modalidad habitual la denominada "cláusula amplia"; esto es, no limitada a las personas comprendidas en el artículo 1 del CDI (pero sí a los impuestos comprendidos en el CDI).

13 Ídem.

14 Centro Interamericano de Administraciones Tributarias, *"Tratados tributarios en América Latina"*, 12/12/2012, www.ciat.org.

15 Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., op. cit., p. 860.

16 Keen, M. y Ligthart, J. E., *"Information sharing and internacional taxtation"*, Universidad de Tilburg, N° 4, 117, citado en Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., op. cit., p. 859.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 100

Ello en línea con el artículo 26 del Modelo de CDI de Naciones Unidas, observándose las siguientes excepciones:

* Cláusula de alcance restringido, limitándose a los impuestos (art. 2) y a las personas (art. 1) alcanzadas por el CDI: Alemania, Brasil y Reino Unido;
* Cláusula de alcance amplio según Modelo de CDI de OCDE: se extiende a otros impuestos (art. 2) y personas (art. 1) de las alcanzadas por el CDI: Noruega;

ii) Tratados específicos de intercambio de información (TIEA). Estos tratados son específicamente sobre intercambio de información (denominados "TIEA", por su sigla en inglés), son de alcance más amplio a las cláusulas previstas en los CDI, al prever el intercambio de información habitual o automática, espontánea, fiscalizaciones simultáneas, etc;

iii) TIEA bajo el estándar del Foro de Transparencia de la OCDE. Asimismo, nuestro país ha firmado TIEA sobre la base del estándar del Foro de Transparencia de la OCDE, lo que implica un modelo de información a pedido y no automático, existiendo tratados de esta naturaleza con los siguientes países y Estados asociados;

iv) Convención Multilateral sobre Asistencia Administrativa OCDE (CMAA). Cabe destacar que al igual que el caso de los TIEA amplios, en el texto de la CMAA se prevé el intercambio de información habitual o automática, espontánea, fiscalizaciones simultáneas, etc., pero, ello sujeto a la puesta en vigencia de acuerdos específicos de alcance bilateral o multilateral (entre Estados adheridos), por ejemplo, en materia de intercambios de información automática o fiscalizaciones simultáneas[17].

En lo que respecta a los aspectos formales del intercambio de información, la resolución (MEyP) 336/2003 delega en la Administración Federal de Ingresos Públicos las facultades intervenir en forma directa en la tramitación de intercambio de información relativa a acciones de recaudación y fiscalización con otras Administraciones Fiscales pertenecientes a los países signatarios de CDI y acordar, complementariamente, con las Administraciones Fiscales los aspectos procedimentales relacionados con el intercambio de información.

e. Sucesos relevantes a nivel local

En el caso de la Argentina, debemos detallar una serie de sucesos de relevancia que se han suscitado desde el año 2009 y hasta la fecha:

Ellos son los siguientes:

i) *Denuncia del CDI con Austria:* dejó de aplicarse a partir del 1/1/2009. Cabe recordar que este convenio resultaba muy valorado ya que preveía exenciones fiscales para los bonos emitidos por el Gobierno austríaco;

ii) *Denuncia del CDI con Suiza:* el CDI contenía ventajas con relación a las retenciones de ganancias vinculadas con pagos de intereses y regalías, así como sobre los bienes personales relativos a las acciones y participaciones en sociedades argentinas en manos de residentes suizos;

iii) *Denuncia de los CDI con Chile y España:* en marzo de 2013 fue suscripto un nuevo convenio con el Reino de España que aún no entró en vigencia;

iv) *Suscripción de acuerdos de intercambio de información tributaria con jurisdicciones de baja o nula tributación:* Argentina tiene suscriptos varios tratados de esta índole. Podemos citar, entre los más destacados, los celebrados con Mónaco, Andorra, Bahamas, San Marino, Bermudas y las Islas Caimán. Es dable mencionar que ellos han sido desarrollados siguiendo el Modelo de la OCDE sobre intercambio de información.

Afirman KEINIGER y D´ALESSANDRO que "Según estos tratados, cada país se asegurará de que sus autoridades competentes puedan obtener y proporcionar, previo requerimiento: I) la información en poder de bancos u otras instituciones financieras y cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria; así como también II) información completa sobre la propiedad de las empresas, sociedades, fideicomisos, fundaciones y otras entidades, y de todas las personas en una cadena de propiedad, incluyendo fideicomitentes, fiduciarios, beneficiarios, fundadores, etc., según el caso"[18];

v) *El convenio con Uruguay:* *En el año* 2012 ambos países suscribieron un acuerdo de intercambio de información tributaria. Las normas contenidas en él siguen las directrices de la OCDE, con la salvedad de que

17 Rajmilovich, Darío y Tisocco, Jorge, op. cit., p. 568 y ss.

18 Keiniger, Walter C. y D´Alessandro, Valeria P., op. cit., p. 863.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 101

no prevén procedimientos de auditoría y que los costos de obtener la información serán soportados por la parte requerida;

vi) *La firma del Convenio Multilateral de la OCDE sobre "Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal":* la suscripción de este acuerdo puede destacarse como el avance más relevante de la Argentina en el ámbito internacional.

De todas maneras, nuestro país formuló una serie de reservas, que, a continuación, y siguiendo una vez más a Keiniger y D´Alessandro, enumeramos como:

* Impuestos comprendidos: impuestos relativos a la seguridad social, impuesto a las ganancias, impuesto sobre los bienes personales, impuesto al valor agregado, impuesto sobre los combustibles líquidos, impuestos internos, impuestos de seguros, impuesto a la ganancia mínima presunta, impuesto a los créditos y débitos en cuentas bancarias, impuestos incluidos en el Régimen de Pequeños Contribuyentes ("monotributo") y los impuestos sobre la transmisión de la propiedad;
* Tipo de asistencia que se prestará: Argentina no proporcionará ningún tipo de asistencia: I) con relación a los impuestos de subdivisiones políticas o autoridades locales de otras partes; II) en la notificación de documentos vinculados con cualquier tipo de impuestos de otras partes[19];

vii) *El intercambio de información en el "Tratado de Asistencia Judicial Mutua en Materia Penal entre la República Argentina y la Confederación Suiza":* Sobre este convenio, que entró en vigencia en febrero de este año, debemos destacar que el Estado requerido tiene la facultad de acceder a la solicitud de información en materia fiscal si la investigación o el procedimiento se refiere a una estafa en materia fiscal, más no así para el caso de las infracciones.

VI. CONCLUSIONES

i) Es evidente la tendencia actual de las diversas administraciones modernas a suscribir acuerdos con otros países tendientes al intercambio de información fiscal;

ii) Es preponderante en esta mencionada tendencia la utilización de la cláusula de intercambio contenida en el Modelo OCDE y el Convenio Multilateral de la OCDE sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal;

iii) Los países de nuestra región se encuentran atrasados respecto a la Unión Europea y a la tendencia mundial preponderante;

iv) Por el contrario, no se observan motivos para que las autoridades de la Unión Europea nieguen a un país en vías de desarrollo incorporarse al mecanismo de intercambio automático de información;

v) En lo que respecta a la República Argentina, la existencia de estos convenios es determinante para la visión internacional que se quiera dar sobre nuestro país, a la luz de propiciar inversión extranjera, inversión que, actualmente, se vislumbra como primordial;

vi) La tendencia local a favor de la cooperación y en desmedro de la coordinación conspira contra lo dicho en el párrafo anterior. Será quizás este el desafío más grande que enfrente la administración tributaria local.

19 Ibídem, p. 867.

093-T1-Montiel_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 102

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 103

EL DECRETO 589/2013 Y LOS PAÍSES COOPERADORES A LOS FINES DE LA TRANSPARENCIA FISCAL

LUCÍA MABEL MUGUERZA*

A través de los distintos tópicos que se indican en el sumario, en el presente aporte se analizará la novedad que introdujo en la reglamentación del impuesto a las ganancias el Decreto 589/2013 cuyas normas sustituyeron el séptimo artículo incorporado a continuación del N° 21 de la referida reglamentación.

Este último artículo fue agregado a dicho cuerpo normativo por el Decreto 1037/00 a efectos de cumplir con el mandato que el legislador dispuso en la ley del tributo en su artículo 15 en el que instruyó al Poder Ejecutivo Nacional para que creara una lista taxativa de jurisdicciones de nula o baja tributación.

El mencionado listado ha jugado desde entonces un papel decisivo en el tratamiento de las operaciones que involucran a esas jurisdicciones toda vez que en torno suyo se ha organizado, en la ley mencionada, como en la de procedimiento tributario, la batería de normas que el legislador ha concebido en su lucha contra las jurisdicciones perniciosas.

Su reemplazo por el Decreto 589/13 por otra lista aun no publicada, que será elaborada por la Administrador Federal de Ingresos Públicos y que estará integrada con aquellos países que se consideran cooperadores por haber suscripto con nuestro país un convenio para evitar la doble imposición que contenga una cláusula amplia de intercambio de información o bien un acuerdo de intercambio de información que adopte los estándares internacionales, constituye una medida que altera totalmente el esquema normativo de rango legal que rige en la actualidad por lo que debe ser cuidadosamente evaluada.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de las jurisdicciones con sistemas tributarios benignos para no residentes y regímenes legales en materia societaria, bancaria y bursátil basados en el ocultamiento y secretismo es parte interactuante del mundo global que hoy atraviesa a todo el planeta y que por ello suma a las autoridades hacendarias un problema no menor, debido a que existen escasas herramientas para enfrentar las consecuencias que la utilización de esas jurisdicciones por parte de residentes locales ocasionan a las finanzas públicas.

A efectos ilustrativos y sin mayores detalles, dado que no es el objetivo del presente trabajo ahondar en las características de las referidas jurisdicciones, se detallan a continuación las particularidades que suelen reconocérseles con mayor frecuencia, aclarando que provienen de un trabajo de Diego Salto Van der Laat[1]:

a) son sistemas fiscales caracterizados por baja o nula fiscalidad directa, hecho que constituye una de las principales características de los refugios fiscales, esta situación puede manifestarse de muy diversas maneras en cada jurisdicción;

b) poseen legislación mercantil y financiera flexible: el término "flexible" se utiliza para representar la carencia de controles y la laxitud de sus ordenamientos jurídicos;

* Contadora Pública Nacional (Univ. de Buenos Aires). Consultora en temas tributarios. Ex Subdirectora Nacional de Impuestos y ex Directora de la Dirección de Imposición Directa de la Dirección Nacional de Impuestos del Ministerio de Economía y Finanzas y ex jefa de la División de Imposición Indirecta y del Departamento Asesoría Técnica de la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP.

1 Alto Van Der Laat, Diego. "Los paraísos fiscales como escenarios de elusión internacional y las medidas anti-paraíso en la legislación española", Instituto de Estudios Fiscales, Crónica Tributaria N 93, 2000, pp. 9/10. Otros autores, hablan de los diez criterios para reconocer la existencia de un paraíso fiscal, los cuales no difieren, en lo sustancial, de las características reseñadas tal el caso Chavagneux, Christian y Palan, Ronen en su obra "Los Paraísos Fiscales", Ediciones de Intervención Cultural, España, p. 17. La diferencia que presentan los criterios detallados por estos autores respecto de las características incluidas en los incisos a) a f) recogidas del estudio de Diego Salto Van der Laat, reside en que aquellos suman como criterios: el secreto profesional ampliado y la buena imagen de marca, en el sentido de que el nombre del territorio no tiene que estar (demasiado) asociado a operaciones de corrupción o de blanqueo de dinero criminal. A su vez, los citados autores difieren en cuanto a la existencia de la red de convenios bilaterales pues sostienen que los refugios fiscales han firmado generalmente convenios con los países importantes que permiten evitar una doble imposición en las filiales empresariales. Probablemente esa diferencia obedezca a que el autor citado realizó su estudio en el año 2000 en tanto la obra de los autores mencionados, si bien no consta cuándo fue impresa, su edición sería del año 2005 o posterior.

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 104

c) amplia protección del secreto bancario y bursátil, lo que implica una actitud negativa a colaborar con otros Estados;
d) ausencia de controles de cambio: esta situación se caracteriza por la existencia de un doble sistema en materia cambiaria: uno para residentes y otro para los que no lo son;
e) escasa o nula de red de convenios bilaterales, y
f) aspectos extra fiscales, como pueden ser un eficiente sistema de comunicaciones y estabilidad política y social.

Las herramientas a que se hizo referencia son, de un lado, las cláusulas que incluya la legislación nacional para desincentivar el uso de esas jurisdicciones y, de otro, los convenios de intercambio de información tributaria.

En el presente trabajo se analizarán, entre otros aspectos, cómo concilia la novedad que introdujo el Decreto 589/13 con la legislación en la que esa norma se inserta para lo cual se repasarán las cláusulas antiabuso, los argumentos invocados por el PEN para adoptar el criterio que emana de dicho decreto y la particularidad que ofrece la vigencia del mencionado acto administrativo.

II. IMPLICANCIAS PRÁCTICAS DEL DECRETO 589/13

En cuanto a las referidas cláusulas, la legislación argentina cuenta con las disposiciones antirrefugio fiscal que se indican seguidamente:

1. El quinto párrafo del artículo 8º de la Ley de Impuesto a las Ganancias establece que "… no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, las operaciones comprendidas en el presente artículo –de exportación e importación– que se realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, supuesto en el que deberán aplicarse las normas del… artículo 15."
2. El último párrafo del artículo 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias dispone que "Tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para personas o entes del extranjero con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o para personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones de baja o nula tributación, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación."
3. El artículo 133, inciso a), de la Ley de Impuesto a las Ganancias, señala que los accionistas residentes en el país respecto de los resultados impositivos de las sociedades por acciones, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, por "… las ganancias originadas en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares…", deberán imputar sus rentas al ejercicio anual como si se tratara de socios de sociedades transparentes.
4. El artículo 135 de la ley indica que "… las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación cuyas ganancias tengan origen, principalmente, en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares, sólo podrán imputar los quebrantos de fuente extranjera provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, contra las utilidades netas de la misma fuente que provengan de igual tipo de operaciones. En el caso de las sociedades por acciones antes citadas, los accionistas residentes no podrán computar otros quebrantos de fuente extranjera a los fines de esta ley."
5. El artículo 165 XIII.1 del decreto reglamentario dispone que "Los residentes en el país que sean titulares de acciones emitidas por sociedades radicadas en el exterior que participen –en forma directa o a través de otra sociedad radicada en el exterior–, en una sociedad constituida en la República Argentina, considerarán no computables los dividendos distribuidos por la citada sociedad emisora, en la medida en que los mismos estén integrados por ganancias distribuidas por la sociedad argentina, que tributaron el impuesto conforme con lo establecido en el artículo 69 de la ley, y en su caso, con el artículo incorporado a continuación del mismo". Este beneficio no resulta operativo para las jurisdicciones que nos ocupa toda vez que el tercer párrafo del mismo artículo dispone que dicha medida no resultará de aplicación cuando la sociedad emisora del exterior se encuentre radicada en una jurisdicción de baja o nula tributación.[2]

2 Corresponde aclarar que las disposiciones reglamentarias indicadas fueron cuestionadas en sede judicial. En efecto, la CNPenal Econ., sala B, en autos Noble Mitre de Saguier, Matilde Ana María s/evasión tributaria simple (incidente

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 105

6. El primer artículo incorporado a continuación del artículo 18 de la Ley de Procedimiento Tributario, dice cuando se trate de "… ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación –a que alude el artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias…– cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate, se considerará que tales fondos constituyen incrementos patrimoniales no justificados para el tomador o receptor local", salvo que se pruebe a satisfacción de la AFIP que los fondos se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados.
7. El segundo párrafo del art. 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, por las cuales se establece que las transacciones realizadas con personas físicas o jurídicas, domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.
8. La presunción de renta neta del 100% establecida en el art. 93, inc. c), apartado 1, segundo párrafo de la Ley de Impuesto a las Ganancias, aplicable a intereses por préstamos cuando el tomador sea alguno de los sujetos del artículo 49, una persona física o una sucesión indivisa y el acreedor sea una entidad bancaria o financiera radicada en una jurisdicción calificada como de nula o baja tributación de conformidad con la ley y la reglamentación.

Estas cláusulas por sí solas carecen de utilidad para el fisco si la normativa en la que se hallan insertas no consagra paralelamente cuáles son o cómo se identifican las jurisdicciones que acarrearan las consecuencias tributarias previstas en las referidas disposiciones antirrefugio.

Es el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias el que instruye al Poder Ejecutivo nacional para que establezca de manera taxativa cuáles son las jurisdicciones de baja o nula tributación.

No se trata de una facultad cuyo ejercicio queda al arbitrio del reglamentador sino que de conformidad al texto legal el Poder Ejecutivo está obligado a crear una lista taxativa de jurisdicciones que califiquen como de baja o nula tributación[3].

Este es el marco legal en el que el Poder Administrador emite el Decreto 589/2013 por lo que previo a cualquier análisis resulta imprescindible revisar los fundamentos empleados para su dictado, dado que estos resultan vitales a la hora de determinar si el sustento que contienen permite constatar la observancia de los requisitos esenciales que exige para su validez el artículo 7° de la Ley 19.549 como entre otros son la "causa" y la "motivación"[4].

---

de apelación) 27/11/08, revocó la sentencia anterior mencionando "Que, la aplicación irrestricta de la disposición mencionada por el considerando anterior, producto de una interpretación judicial basada sólo en la fragmentada y no armoniosa consideración de la letra, implicaría la "creación" de un nuevo hecho imponible, incorporado por vía reglamentaria, y esto sería claramente inconstitucional. Esto sería así porque sólo como resultado de una mera reglamentación se estaría creando, mediante esta cláusula, un régimen de imposición de los dividendos opuesto al tratamiento que se dispensa a los dividendos por la Ley de Impuesto a las Ganancias... Que, dado que los dividendos que fueron pagados a Matilde Ana María Noble Mitre de Saguier, en la condición de accionista de Matilde Saguier Corp., están totalmente integrados por utilidades que distribuyó una sociedad constituida en la República Argentina (SA La Nación), que tributó en el país, por la renta en cuestión, el impuesto a las ganancias correspondiente (conf. Consids. 10 a 12 y 16 del presente), corresponde establecer, en primer lugar, que se desvirtuó la presunción, asociada a la presencia de un ''paraíso fiscal", que se fija por el tercer párrafo de la norma incorporada por el decreto 1037/2000 a continuación del "artículo ... (XIII)" agregado después del artículo 165 del decreto 1344/1998 reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Por lo tanto, el caso de autos se ajusta a lo que se prescribe por el primer párrafo de la norma agregada por el decreto 1037/2000. En consecuencia, los dividendos que recibió Matilde Ana María Noble Mitre de Saguier no debían ser computados en la determinación de la ganancia sujeta a impuesto de la contribuyente mencionada".

3 El segundo párrafo del art. 15 establece que "*Las transacciones que establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país o sociedades comprendidas en los incisos a) y b) y los fideicomisos previstos en el inciso agregado a continuación del inciso d) del primer párrafo, artículo 49, respectivamente, realicen con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación que, de manera taxativa, indique la reglamentación, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.*"

4 Los requisitos indicados, causa y motivación, se hallan regulados en los incisos, respectivamente, b) y e) del artículo 7° de la Ley 19.549 que dicen: "*deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable*" y "*deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo*".

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 106

Sentado ello, cabe adelantar como conclusión que de la lectura de los considerandos del acto de que se trata y del derecho en él invocado no se aprecia con nitidez en qué medida los fundamentos allí desarrollados sientan basamento suficiente para justificar su dictado.

En efecto, comencemos por mencionar que el visto del acto en cuestión cita a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal como si este instrumento constituyera uno de los soportes jurídicos que habilitan a la emisión del decreto que nos ocupa.

El cuarto considerando del referido decreto destaca que la Argentina adhirió a esa Convención en noviembre de 2011 y que su entrada en vigor se produjo el 01/01/2013, hecho que, según allí se afirma, nos permitirá intercambiar información tributaria con una buena cantidad de países.[5]

Con similar tesitura, el noveno considerando informa que dado que la AFIP es la autoridad de aplicación para implementar la Convención referida *"... corresponde establecer una lista dinámica de jurisdicciones (países, dominios, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales), cuya administración estará a cargo de la citada Administración, en la cual se incluirá a aquellas que suscriban convenios con la REPÚBLICA ARGENTINA, siempre que se haga efectivo el intercambio de información y se excluirá a las que no satisfagan tales requisitos*."

Por su parte, el tercer considerando, en consonancia con los conceptos que mencionan los dos considerandos que lo preceden –respectivamente, la ley de impuesto a las ganancias prevé un tratamiento particular cuando se realicen operaciones con sujetos residentes en jurisdicciones de nula o baja tributación y que el empleo de estas es una maniobra de planificación fiscal cuya desarticulación requiere un trabajo profesional y con alto rigor técnico– expresa que la AFIP ha desarrollado una estrategia *"...enmarcada en la necesidad de llevar a la práctica políticas estructurales contra los paraísos fiscales y promover la eficiencia en el intercambio de información, desarrollada sobre la base de CUATRO... pilares fundamentales: (i) la extensión de la red de acuerdos de intercambio de información; (ii) adhesión de nuestro país a la Convención... de la ...(OCDE) y el Consejo de Europa, convirtiéndose en el primer país de Sudamérica en adherir a dicha Convención; (iii) el fortalecimiento del efectivo intercambio de información, y; (iv) la activa y positiva participación de nuestro país en el Grupo de Revisión de Pares del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal en el ámbito de la OCDE*".

Más adelante, el sexto considerando, hace referencia a la reunión del Foro Global sobre Transparencia Fiscal celebrada en Ciudad del Cabo y al resultado positivo que obtuvo nuestro país en cuanto al cumplimiento con los estándares internacionales en lo que hace a transparencia fiscal lo cual, según el séptimo considerando, posiciona a la Argentina como líder en materia de la citada transparencia y, por todo ello, el siguiente considerando destaca que para acompañar estas políticas internacionales es necesario formular un nuevo esquema basado en las jurisdicciones cooperadoras a los fines de la mencionada transparencia.

En cuanto a las normas que autorizan a la emisión del acto, se citan los incisos 1 y 2 del artículo 99 de la Constitución Nacional.

Se ha entendido necesario recorrer prácticamente todos los considerandos del Decreto 589/13 a efectos de evidenciar, a partir de los argumentos y hechos que ellos mencionan, que aquel carece de los fundamentos jurídicos que permitan interpretar que sus normas se ajustan a los requerimientos del sistema legal que rige en nuestro país, en el cual rige el principio de reserva legal en materia tributaria.

Los comentarios vertidos en los considerandos no dejan de ser simplemente expresiones de hechos que si bien no son ajenos a los acontecimientos que se vinculan con las acciones que se toman para combatir a las jurisdicciones nocivas, no aportan, en nuestra opinión, soporte legal que justifique la emisión del decreto que nos ocupa.

III. LAS CONDICIONES PARA ACCEDER AL ESTATUS DE PAÍS COOPERADOR Y EL INTERCAMBIO AMPLIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA

El texto del artículo 1° del Decreto 589/13, el cual sustituye el artículo incorporado en séptimo lugar a continuación del N° 21 en la reglamentación del impuesto a las ganancias, dice: "*A todos los efectos previstos en la ley y en este reglamento, toda referencia efectuada a ' países de baja o nula tributación' deberá entenderse efectuada a países no considerados 'cooperadores a los fines de la transparencia fiscal'. Se consideran países, do-*

5 No estaría demás evaluar si dicha Convención requiere aprobación legislativa toda vez que ella autoriza a intercambiar información tributaria hallándose en juego un instituto delicadísimo del orden jurídico como es el secreto fiscal. No obstante, dicho análisis excede el objetivo de la presente colaboración.

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 107

minios, jurisdicciones, territorios asociados o regímenes tributarios especiales cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, aquellos que suscriban con el Gobierno de la REPÚBLICA ARGENTINA un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio, siempre que se cumplimente el efectivo intercambio de información."

El tercer párrafo del mismo artículo prevé que "*La consideración como país cooperador a los fines de la transparencia fiscal podrá ser reconocida también, en la medida en que el gobierno respectivo haya iniciado con el Gobierno de la REPÚBLICA ARGENTINA las negociaciones necesarias a los fines de suscribir un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria o un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio*".

Al respecto, se impone destacar que la medida de que se trata desconoce sin atenuantes la letra de la Ley de Impuesto a las Ganancias toda vez que esta establece que las normas antirrefugio fiscal precedentemente detalladas, se aplican a transacciones que se celebren con residentes de jurisdicciones de baja o nula tributación y con tal motivo, a partir del decreto en cuestión, las normas precitadas se tornarán operativas cuando la transacción se realice con un responsable domiciliado en una jurisdicción no cooperativa.

En ese sentido, debe recordarse que en el presente trabajo se ha incluido una breve reseña de las características que permiten identificar a las jurisdicciones de baja o nula tributación, lo cual nos exime de dar mayores explicaciones en cuanto a la imposibilidad de asimilarlas o considerarlas equivalentes a jurisdicciones no cooperativas.

Adviértase que las medidas antiabuso precedentemente circunstanciadas serán aplicables a las jurisdicciones que de conformidad al decreto bajo análisis califiquen como no cooperativas y que estas serán aquellas que no hayan celebrado con nuestro país un convenio o acuerdo del tipo indicado o no hayan iniciado negociaciones para suscribirlo.

De esta manera, podría suceder que las transacciones que se realicen con residentes de un país cuya legislación impositiva, bancaria, comercial y bursátil está en línea con los estándares internacionales, sufran la aplicación de las medidas citadas en párrafos anteriores, en tanto que las que se efectúen con una verdadera jurisdicción nociva podrían quedar al margen del tratamiento desfavorable por el mero hecho de haber iniciado con el Gobierno nacional negociaciones para suscribir un convenio o acuerdo con las características apuntadas.

III.1. Intercambio Amplio de Información Tributaria

Ahora bien, más allá de la situación entre confusa e incomprensible que genera la normativa del decreto que nos ocupa cuando dispone que también se podrá dispensar la calidad de país cooperador a aquel que haya iniciado negociaciones con el objeto de suscribir un convenio de los citados en la norma sancionada, corresponde tener en cuenta que de conformidad a dicho decreto, lo que autoriza a asignar la condición apuntada no es la mera firma de un convenio para evitar la doble imposición con cláusula de intercambio de información, sino que dicha cláusula debe poseer un alcance tal que permita realizar un intercambio amplio de información tributaria.

El carácter amplio de la cláusula en cuestión se asocia con los estándares que se reconocen a nivel internacional en materia de intercambio de información y en este alcance se considera comprendido el artículo 26 del modelo de convenio de OCDE.

Los estándares referidos pueden caracterizarse recurriendo a algunos de los requisitos cuya observancia permite suponer que mediante su concurrencia se logra transparencia fiscal, como son, p. ej., la inexistencia de limitantes para el intercambio basadas en el secreto bancario del país requerido; la información solicitada resulta relevante para la administración requirente; la confidencialidad de la información obtenida en el procedimiento y la preservación de los derechos de los contribuyentes.

"México ha incorporado un concepto denominado 'País con acuerdo amplio de intercambio de información' para agrupar a aquellas naciones con las cuales tiene celebrado un tratado para evitar la doble tributación que contenga el artículo 26 del Modelo Convenio de la OCDE (en materia de intercambio de información)[6], o

6 Art. 26, Modelo OCDE: 1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibi-

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 108

bien tratados específicos en esa materia, cuyas características permiten efectivamente el acceso a información amplia entre los países."[7]

No obstante, el cuarto párrafo del artículo que sustituye al anteriormente mencionado establece que: *"Los acuerdos y convenios aludidos en el presente artículo deberán cumplir en lo posible con los estándares internacionales de transparencia adoptados por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, de forma tal que por aplicación de las normas internas de los respectivos países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales con los cuales ellos se suscriban, no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante pedidos concretos de información que les realice la REPÚBLICA ARGENTINA*."

En el párrafo siguiente se establece que "*La ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS,..., establecerá los supuestos que considerarán para determinar si existe o no intercambio efectivo de información y las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones tendientes a la suscripción de los acuerdos y convenios aludidos*."

El análisis conjunto de estas dos normas lleva claramente a interpretar que mediante el decreto en cuestión se ha depositado en la órbita del organismo operativo encargado de ejecutar la política tributaria, la atribución de tomar decisiones de política tributaria y diplomática en materia de convenios tanto de intercambio de información como para evitar la doble imposición. Adviértase en tal sentido que el cuarto párrafo ya transcripto, respecto de los acuerdos y convenios a que se refiere la medida bajo análisis, no exige el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de transparencia, situación verdaderamente curiosa si se tiene en cuenta que quien va a decidir qué país reviste la cualidad de cooperador o no es la AFIP que además va a definir si están dadas las condiciones para iniciar negociaciones.

IV. ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DEL INTERCAMBIO DE LA INFORMACIÓN TRIBUTARIA

Tampoco aparece razonable lo establecido en el mencionado quinto párrafo en cuanto dice que la AFIP va a determinar los supuestos que autorizarán a determinar si existe o no intercambio efectivo de información, medida que por otra parte está en armonía con el segundo párrafo del mismo artículo que prevé como una de las causales de denuncia tanto del convenio como del acuerdo la falta de intercambio efectivo de información.

En el marco del modelo del convenio de OCDE, el intercambio efectivo de información está representado por las cláusulas de dicho instrumento que son las que permiten, a criterio de ese organismo internacional,

---

dos por los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en la misma no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2. 2.- La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1. será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se develará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación o recaudación de los impuestos los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán develar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales. 3.- En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a: a) adoptar medidas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante; b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante; c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público. 4.- Si un Estado contratante solicita información conforme al presente artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés nacional en la misma. 5.- en ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.

7 Extraído de la web www.ciat.org. 2011_Convenios_intercambio-información_mx_Grandwohl.pdf. En este documento se destaca que el país citado, en el Anexo 10 de la Resolución Miscelánea Fiscal (RM) para 2010 publicada en el DOF del 31 de diciembre del citado año, establece un listado de aquellos tratados que pueden considerarse como acuerdo amplio de intercambio de información.

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 109

acceder a la información fiscal necesaria para la correcta aplicación de la legislación y del funcionamiento de la administración; si la contraparte no proporciona la información que se le solicita y siempre que corresponda que la suministre, habrá incurrido en un incumplimiento de una cláusula convenida y esa será causa suficiente para denunciar el acuerdo.

Del texto del Decreto 589/13 se desprende que el organismo fiscal reglamentaría qué se entiende por intercambio efectivo de información medida que a nuestro juicio es totalmente impropia. No obstante, habrá que esperar cuál es el alcance de la norma que emita dicha dependencia administrativa.

V. JERARQUÍA NORMATIVA DEL DECRETO 589/2013. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS EN OPERACIONES CON PAÍSES NO COOPERADORES

Tal como se vio, en la dinámica del decreto citado todo país que no haya suscripto un convenio de intercambio de información o para evitar la doble imposición que contemple la respectiva cláusula o iniciado negociaciones para celebrarlos, se considerará no cooperativo y por ello las operaciones que residentes locales contraten con sujetos de aquellos países recibirán el tratamiento que la ley consagra para las jurisdicciones de baja o nula tributación, sin que interese que el país de que se trate posea o no las características que habilitan a clasificarlo dentro de esa categoría.

Teniendo en cuenta el detalle de normas antiabuso detalladas en el presente informe, consideremos algunas de ellas para ejemplificar respecto de las consecuencias que ocasiona la medida adoptada a través del decreto citado tanto para el contribuyente como la administración.

Supóngase, que un residente toma un préstamo de una entidad bancaria localizada en una jurisdicción que no ha celebrado con nuestro país convenio para evitar la doble imposición ni de intercambio de información, no obstante el sistema tributario allí vigente se corresponde con los estándares internacionales y su legislación comercial, bancaria y bursátil no ofrece para los no residentes atractivos aprovechables.

En esta hipótesis, por aplicación del decreto que estamos examinando, el deudor residente en nuestro país, en ocasión de abonar los intereses originados en dicho préstamo debe retener la alícuota pertinente sobre el 100% de la suma pagada, lo cual podría implicar un encarecimiento de la financiación tomada en el extranjero si el prestatario local convino hacerse cargo del gravamen. Ante un perjuicio financiero como el indicado, lo más probable es que el retentor acuda a la justicia, más aun cuando el decreto de marras, sin soporte jurídico alguno, crea la figura "país no cooperativo" siendo que ley prevé, sin margen de duda, que el tratamiento más gravoso procede siempre que la transacción tenga como contraparte a un sujeto residente en una jurisdicción nociva. En casos como el indicado, no se aprecia que el fisco tenga, siquiera, la más mínima chance de obtener un pronunciamiento a su favor.

En igual línea de razonamiento, preguntémonos ahora si tendría sentido aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional al accionista residente en nuestro país si la sociedad en la que participa está localizada en un país extranjero cuya legislación posee características similares a las del prestamista referenciado en el párrafo anterior. En este supuesto, si dicha legislación somete al ente a un gravamen análogo al impuesto a las ganancias y a una alícuota similar a la que rige en nuestro país, la respuesta a dicho interrogante es obvia.

Ahora bien, supongamos que el legislador evaluara que el criterio del Decreto 589/89 posee bondades que terminarán por favorecer el accionar del fisco al constituirse en una verdadera herramienta de presión hacia numerosos países extranjeros que se avendrían masivamente a suscribir acuerdos de intercambio de información, entendimiento este que lo llevaría a modificar la Ley de Impuesto a las Ganancias y reemplazar en su texto a las jurisdicciones de baja o nula tributación por la expresión "países no cooperativos".

Si existiera este sustento legal, nos interrogamos ahora si se adecuaría a nuestro sistema legal el dictado del decreto de que se trata por el cual se delega en el organismo fiscal confeccionar una lista que acarreará un trato impositivo agravado para determinado tipo de operatorias. Entendemos que aun cuando el acto no contuviera la delegación referida y fuera el PEN quien elaborara la lista indicada, la medida también sería cuestionable por las razones que se señalan a continuación.

Lo primero que corresponde poner de resalto es que las disposiciones antiabuso precedentemente detalladas están concebidas para enfrentar las consecuencias que ocasionan jurisdicciones nocivas. Por ello, estimamos que el decreto de marras ha adoptado un criterio que importa la aplicación de esas normas a transacciones que tengan por destino o se originen en países cuyas legislaciones podrían no dar mérito a dispensarles ese tratamiento.

103-T1-Muguerza_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:31 Página 110

Por ello, en nuestra opinión, el esquema instrumentado para responder al nuevo paradigma –tal como lo califica el octavo considerando– exhibe las características de una ficción pues a partir de un hecho concreto como es la inexistencia de un convenio que habilite a intercambiar información, la operación de que se trate será objeto de la normativa agravada a que se hizo referencia, consecuencia que no podría considerarse ni razonada ni lógica.

En consecuencia, además de los reparos que merecen las disposiciones sancionadas en atención a que la reglamentación que instituyen es totalmente ajena a la Ley de Impuesto a las Ganancias, crean mediante un decreto una ficción que a su vez subdelega en el organismo fiscal la elaboración de una lista de países cooperantes asignándole al organismo fiscal funciones que importan la adopción de decisiones políticas que deberían tomarse en la órbita del Ministerio de Economía.

VI. CONCLUSIONES

Habiendo transcurrido más de cuatro meses desde la publicación del Decreto 589/2013, BO. del 30/05/13, el organismo fiscal a quien aquel le ha acordado las facultades que emanan de su artículo 2[8], no ha emitido la normativa que permitiría la aplicación de sus disposiciones, ello sin perjuicio de albergar serias dudas en cuanto a la suerte que puedan correr ante el menor cuestionamiento toda vez que el referido decreto ha creado la figura "países cooperativos y no cooperativos" fundando la medida en los comentarios que formulan los once considerandos que lo acompañan los cuales no hacen más que convalidar que se trata de un acto sin sustento jurídico alguno.

Estas breves reflexiones sirven para alertar respecto de los cuestionamientos de que será objeto la nueva reglamentación con sobrados argumentos debido a que el exceso en que incurre el cual, ficción mediante, creada a través de un decreto, implicará aplicar a operaciones efectuadas con residentes de jurisdicciones cuya legislación se adecua a los estándares internacionales, el tratamiento tributario agravado previsto en las normas legales para las jurisdicciones perniciosas.

Por otro lado, con relación a la vigencia debe señalarse que la técnica legislativa utilizada a su respecto no es precisamente la más recomendable sino que, por cierto, debería evitarse toda vez que cuando se establece que la norma entra en vigencia a partir de la fecha de su publicación pero su aplicación queda supeditada al dictado de otra disposición, en la fecha indicada se produce una consecuencia que es ni más ni menos que todas las previsiones contenidas en el decreto están vigentes, aunque no se apliquen y habiendo dispuesto este una sustitución, no faltará quien interprete, con alguna razón, que el artículo sustituido perdió vigencia.

En atención a lo señalado, sería recomendable que la reforma efectuada por el decreto aquí analizado se llevara a cabo mediante las pertinentes modificaciones legales siempre que una vez reexaminada la medida que se adoptó a través de dicho acto, se llegara a la conclusión de la utilidad de reemplazar el actual esquema de jurisdicciones de baja o nula tributación por el "nuevo paradigma" en que se basa la normativa aprobada por el decreto en cuestión.

8 "Art. 2°.- Facúltase a la Administración Federal de Ingresos Públicos para: a) Efectuar el análisis y la evaluación del cumplimiento, en materia de efectivo intercambio de información fiscal, de los acuerdos de intercambio de información en materia tributaria y de los convenios para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplio, suscriptos por la REPÚBLICA ARGENTINA, y b) elaborar el listado de los países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, publicarlo en su sitio web... y mantener actualizada la publicación, en función de lo dispuesto en el presente decreto."

111 - Carátula II_001 - Carátula I.qxp 03/10/14 12:30 Página 1

PANEL II

Normas antielusivas domésticas en su aplicación a las transacciones internacionales

PRESIDENTE

Alberto Tarsitano

SECRETARIA

Alejandrina L. Torres

RELATOR

Alejandro Almarza

TRABAJOS PRESENTADOS POR PANELISTAS

Alejandro ALMARZA: *Informe de Relatoría*

N. Pablo CAMPAGNALE: *Las normas antielusivas en los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional*

Valeria ESTATHIO: *La aplicación del principio de la realidad económica. Algunas reflexiones a la luz de la doctrina norteamericana de la sustancia económica*

Leandro M. PASSARELLA: *Normas antielusión de la Legislación Impositiva Argentina aplicables a operaciones internacionales*

TRABAJOS PRESENTADOS POR NO PANELISTAS

Esteban L. AGUIRRE SARAVIA: *Criterios antielusión que surgen de métodos de interpretación*

Jesica Ariana FERRARO: *Algunas consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo en la Tributación Internacional*

Carlos A. C. FORCADA: *Cláusulas antiabuso en los CDI de Argentina, Brasil, Mexico y Panamá*

111 - Carátula II_001 - Carátula I.qxp 03/10/14 12:30 Página 2

Rodolfo SALASSA BOIX: *El beneficiario efectivo en la legislación argentina: regulación en la normativa interna y últimas tendencias en la normativa convencional*

María Inés VÁZQUEZ CAMBÓN: *Medidas antielusivas en operaciones con paraísos fiscales y el abuso de tratados*

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 113

INFORME DE RELATORÍA

ALEJANDRO ALMARZA

El análisis de las normas antielusivas domésticas en su aplicación a las transacciones internacionales conlleva un arduo trabajo que va más allá del análisis de las mismas.

La evasión fiscal es, en general, el término para definir el esfuerzo de los contribuyentes para mitigar los impuestos por medios ilegales. Qué es lo que puede definirse como legal o ilegal depende de la variación de las leyes nacionales de Estado a Estado. En otras palabras, lo que puede ir contra la ley en el Estado A puede ser perfectamente legal en el Estado B[1]. Este es un concepto que por simple no deja de ser fundamental en el desarrollo de la presente ponencia.

La elusión fiscal entonces sólo se convierte en evasión cuando aquella vulnera la voluntad de la ley, ¿pero, de que ley estamos hablando?, ¿hablamos de la ley local o de los CDI?, ¿y por qué la vulneramos? ¿Cuál es la interpretación de ambas normas que hace ubicarnos en un supuesto fuera de ley?

En el escenario de las transacciones internacionales se hace entonces más difícil identificar cuándo las transacciones puedan estar asociadas a maniobras evasivas o elusivas desde el punto de vista tributario, dada la dualidad de normas involucradas, lo que nos puede llevar desde la doble imposición o la doble no imposición. El rol principal de los CDI ha sido desde siempre el incrementar las posibilidades de comercio entre los países ya para ello que un significativo rol de los acuerdos de doble imposición entre dos o más países es remover la doble tributación[2]. Sin embargo, este postulado genera como contrapeso el aumento de las posibilidades de elusión y evasión, las que no resultan tan sencillas de remover.

Consecuencia de lo antedicho es entonces que, para el estudio de las normas antielusivas domésticas, pero en su relación con normas internacionales, debamos asociar a las mismas con el estudio de las normas generales y específicas en nuestro país y en el exterior –con ambas jurisprudencias–, con los convenios de doble imposición y con las normativas generales de interpretación de normas internacionales –tales como la Convención de Viena o el Modelo OCDE– que rigen en la materia.

Es objeto de este trabajo el análisis de toda esta normativa, doctrina y jurisprudencia no sólo a los efectos de su entendimiento sino también en pos del aporte de ideas a la construcción de soluciones que puedan ser aplicadas en el futuro a esta problemática.

Uno de los primeros problemas que encontramos en el cumplimiento de ese objetivo es que los operadores tributarios de cada país sienten una inclinación espontánea a refugiarse en las normas, criterios o prácticas adoptados en su derecho interno por lo que el resultado suele ser desalentador, pues los límites autoimpuestos en el reparto de la competencia tributaria y la existencia de factores de conexión extraterritorial revelan, en ciertos casos, la impotencia del derecho doméstico para contener una realidad que lo trasciende, y en otros, una práctica contraria a la experiencia internacional y a la seguridad jurídica[3].

Es plausible y justa la idea y el propósito de restringir y castigar la construcción artificial que pueda realizar el contribuyente en aras de reducir o bien eliminar su carga impositiva en materia internacional o a través de estructuras internacionales, y el evitar figuras y utilizaciones de normas y pactos internacionales con dicho objetivo, pero dicho propósito no puede ir en desmedro de la seguridad jurídica ni de la intención de fluidez del comercio internacional.

La planificación tributaria internacional se debe entender como producto de la reflexión y del cálculo previo, tendiente a optimizar la utilización normativa y reguladora de los impuestos con los cuales son gravadas las operaciones realizadas en el exterior de un país –todo ello dentro de la legalidad–, a fin de que la carga tributaria sea la menor posible. Por ende la planificación fiscal de carácter legal no tiene nada que ver con procesos ardidosos de fuga de jurisdicción tributaria, adoptados por determinados contribuyentes, hacia los territorios blandos o con inexistencia de imposición[4].

1 Finnerty, Merks, Petriccione, Russo "Fundamentals of International Tax Planning", p. 49, IBFD 2007.

2 Holmes Kevin, "International Tax Policy and Double Tax Treaties", p. 53, IBFD 2007.

3 Tarsitano Alberto, "Interpretación y Prohibición de Abuso de Convenio para Evitar la Doble Tributación Internacional", Tratado de Derecho Internacional Tributario, Editorial La Ley, 2013.

4 Díaz Vicente Oscar, Los paraísos fiscales y sus usos en la experiencia del derecho tributario internacional PET 14/05/2013, mencionado en la ponencia de Vázquez Cambón, María Inés.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 114

Si las reglas generales antielusivas son reglas domésticas que permiten que las autoridades fiscales recaractericen una transacción o serie de transacciones que han sido creadas –enteramente o en parte– con el propósito de obtener un exagerado beneficio impositivo[5], las mismas deben buscar un grado de transparencia y armonización internacional que hoy dista de estar cercana en su concreción[6].

No solo tenemos el Modelo OCDE que trata de parametrizar modelos para los tratados de doble imposición, existe el Modelo UN, el Pacto Andino, el modelo propio de EE.UU., la Convención Nórdica, el CARICOM, etc. Todos ellos en búsqueda de la armonización de normas locales de distintos países o regiones.

De un rápido relevamiento surge que el caso más desarrollado de búsqueda de normativas antielusivas comunes es el de la Unión Europea, en donde se ha podido ir elaborando pautas comunes a todos los países, preservando los derechos nacionales sin dejar de avanzar en las normas comunes a la región[7]. Esto también ha dado la posibilidad de una notable jurisprudencia que ha acompañado al entramado de una normativa común y armónica de dicha comunidad.

Con un estilo más directo, y digámoslo también menos consensuado, los Estados Unidos de Norteamérica han avanzado también en el establecimiento de normas que atienden a la globalización de las actividades comerciales, tales como su insistencia en firmar CDI junto a Convenios de Intercambio de información, las nuevas normas FATCA ("Foreing Account Tax Commpliance Act") y su "trabajo" sobre los expertos de Naciones Unidas que participan en el GAFI (grupo de trabajo anti lavado) y en la OCDE[8].

No ha sido este el caso de Latinoamérica donde se dan distintas urgencias comerciales e impositivas y por lo tanto la articulación de medidas en conjunto para la creación de las normas antielusivas se hace prácticamente imposible por lo menos en el corto plazo.

En el caso de la República Argentina a partir del año 1999 se adoptó el concepto de renta mundial. Como consecuencia de ello la adopción del concepto de ingresos globales fue acompañado por la incorporación de provisiones para el control de compañías extranjeras, así como las recomendaciones de la OECD sobre reglas antiparaísos fiscales. En función de ello el primer propósito de estas provisiones ha sido fortalecer la jurisdicción impositiva basada en la fuente del país, evitar la erosión de la base del impuesto argentino en transacciones internacionales y asegurar una apropiada caracterización de las transacciones *cross-border*[9].

Surge entonces la inevitable pregunta de cómo han evolucionado las normas antielusivas en nuestro país. ¿Cómo ha evolucionado en su conjunto la República Argentina luego de la incorporación de todas estas normas antielusivas en su normativa frente a los acuerdos firmados con otros países? En los dos casos citados –EE.UU. y la Unión Europea– la búsqueda de la disminución de los casos de evasión y elusión fiscal se ha dado en el marco de la jurisprudencia y el permanente aumento de la normativa y

---

5 Ob. cit. en 1, p. 207.

6 La historia de la existencia de los tratados de doble imposición se remonta a inicios del siglo 20 y no es de hoy su falta de armonización.

El primer tratado del que se tiene conocimiento es aquel de la hoy llamada Alemania como ciertos componentes del Estado de Prusia. A su vez el primer tratado bilateral es entre Prusia y Austria en 1800, a este lo siguió el de Austria con Hungría en 1909. Pero realmente los tratados comienzan a desarrollarse a partir de 1920 luego de la Primera Guerra Mundial. En 1923 un reporte de Doble Tributación fue preparado por un eminente grupo de fiscalistas (Bruins de Holanda, Einaudi de Italia, Seligman de EE.UU. y Stamp del Reino Unido). Este modelo se publicó en 1928. No obstante ello la Liga de las Naciones estableció un nuevo comité para desarrollar el modelo. El nuevo modelo fue finalizado en 1933, revisado en 1935 pero nunca aplicado. El comité siguió su trabajo en la siguiente década culminando en conferencias regionales en 1940 y 1943 en México con representantes de Norte y Sudamérica. (Fuente: Holmes Kevin, International Tax Policy and Double Tax Treaties.)

7 La Comunidad Europea constituye un nuevo orden legal de ley internacional para el beneficio de sus estados miembros que han limitado sus derechos soberanos dentro de ciertos campos… El tratado de la Comunidad Europea provee para el entendimiento legislativo los siguientes elementos: i) regulaciones, ii) Directivas, iii) Convenciones, iv) decisiones v) recomendaciones y opiniones. Ob. cit. en 1, p. 22.

8 La normativa FATCA debía ponerse en vigencia el 1/01/2013 no obstante ello sufrió varias postergaciones considerándose en este momento que entrará en vigencia el 01/07/2014. Estas postergaciones tienen origen no sólo en problemas internos del IRS sino también en la necesidad de consensuar su aplicación con la mayor cantidad de países posibles, a través de acuerdos bilaterales entre administraciones fiscales ya sea con reciprocidad o sin ella. Comentarios del autor en su actuación como moderador del XXXII Congreso Latinoamericano de Derecho Financiero. Buenos Aires, 2013.

9 Teijeiro Guillermo, Reglas generales antielusión, Seminario E Congreso IFA Sídney 2003.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 115

consenso de las naciones. He aquí una importante diferencia con las políticas adoptadas por nuestro país donde la forma de resolver dicha elusión y evasión ha sido la de romper tratados en forma unilateral ante la aparición de figuras que erosionan la base fiscal. No se trata de desconocer lo que como consecuencia de dichos acuerdos pudo haber sido una mala práctica, sino de consensuar las formas de evitar las mismas con el Estado contraparte. El permanente y detallado trabajo permite la construcción lenta pero segura de articulaciones tributarias equitativas para las distintas jurisdicciones, las decisiones destempladas sólo generan la pérdida de aquello que, bien o mal, pudo haberse ganado en los últimos 20 años. Esta actitud demuestra la impotencia en poder ponerse de acuerdo con el otro, principio básico de las relaciones comerciales internacionales.

En el caso argentino y los cuatro países con los que se denunció los CDI vigentes, más allá de las causas plausibles que lo pudieran determinar o no, sólo el caso de Austria justifica un rompimiento en forma unilateral como lo hiciera nuestro país, habiendo sido los otros tres casos de fácil resolución a través de una decisión consensuada[10].

En este sentido es invalorable la experiencia de los EE.UU. planteada por la Dra. Valeria Estathio en cuanto a la interpretación de realidad económica y sustancia dada por nuestros tribunales frente a los tribunales norteamericanos[11]. Las diferencias con nuestro país son marcadas al analizar dicho trabajo.

Por otra parte, no sólo se trata de la intención de los diferentes administradores de las finanzas de sus países en llevar harina para su costal o de la intención del contribuyente en minimizar la carga de sus impuestos, sino que estamos también ante la verdadera problemática que plantean los casos reales en función de la globalización.

Como bien explica Campagnale[12], hay fundadas razones teóricas y económicas para que los países que exportan capital, préstamos o tecnología, tengan un régimen tributario según el cual resulten gravadas las utilidades logradas por sus empresas o ciudadanos en cualquier lugar del mundo. Por otro lado, resulta innegable que el Estado en el cual se desarrollan las actividades y se obtiene la utilidad o el beneficio tiene legítimo derecho a gravar dicha utilidad o beneficio por un impuesto a la renta.

El crecimiento de las corporaciones multinacionales, en particular, ha jugado un papel de incremento de la presión en los aspectos internacionales de los sistemas de impuestos. Aún si hubiera un acuerdo universal en cómo las utilidades mundiales de una empresa deberían ser impuestas, para firmas con operaciones en más de un país nos encontraríamos con la pregunta de dónde aquellas utilidades deberían ser impuestas, o más precisamente, cómo dividir las utilidades globales entre los diferentes países[13].

Dado el marco previamente desarrollado, la intención de analizar la correlación de las normas internas en su aplicación a las transacciones internacionales luce, cuanto menos, como épica y casi utópica.

NORMAS GENERALES Y ESPECIALES ANTIELUSIÓN DEL DERECHO INTERNO CON PROYECCIÓN INTERNACIONAL

Si bien las autoridades fiscales consideran en un plano de igualdad a la evasión y la elusión –lo que conlleva a numerosas interpretaciones dificultosas–, es claro que nos encontramos ante dos figuras distintas de reducción de la carga impositiva.

La base de esta dificultad está en el carácter indeterminado e inherentemente maleable de la configuración jurídica de la elusión fiscal. Ello deviene de la siguiente circunstancia: cuando la elusión fiscal vulnera la voluntad de la ley se transforma en evasión fiscal. Por el contrario cuando la elusión fiscal cristaliza la voluntad de la ley es perfectamente legal[14].

Conforme a los principios de libertad de contratación, el punto de partida generalmente es que los contribuyentes son libres de arreglar sus asuntos como ellos deseen en función del ahorro de impues-

10 La lectura de la ponencia de María Inés Vázquez Cambón contiene un sucinto pero claro relato de los cuatro casos.

11 Estathio ,Valeria, "La aplicación del principio de la Realidad Económica. Algunas Reflexiones a la luz de la doctrina norteamericana de la Sustancia Económica", ponencia presentada en estas II Jornadas de Tributación Internacional.

12 Campagnale, Pablo, "Las normas antielusivas en los Convenios para evitar la doble imposición internacional", ponencia para estas II Jornadas Tributarias Internacionales.

13 Mirrlees, Review, "Tax by design", p. 430 Institute for Fiscal Studies. UK.

14 Rajmilovich, Darío, "Planificación Fiscal Internacional", p. 71, editorial La Ley, 2013.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 116

tos. A este respecto no necesariamente se aprueba o condena la elusión. En un número de ocasiones las cortes de varias jurisdicciones han fallado en favor de minimizar la carga del contribuyente[15]. Si bien el principio de libertad de contratación está específicamente establecido en nuestro país en el artículo 1197 del Código Civil[16], la administración fiscal suele abusar del principio de realidad económica y no respetar esta norma[17].

No sólo la OCDE en su reporte de elusión y evasión se ha referido a las características que tornan elusivas o planeadas las estructuras tributarias, la ley de la Comunidad Europea también prevé normas para regular las normativas internas de los países en cuanto a la elusión, evasión y planeamiento impositivo[18].

La relación entre las leyes nacionales y los CDI ha estado siempre sujeta a discusión. Sabemos que, y para esto seguimos el modelo OCDE, existen varios artículos que se relacionan con la lucha por aclarar y delinear situaciones que prevengan la elusión fiscal y obviamente la evasión fiscal. Así los artículos 7 y 9 del modelo OCDE requieren un acercamiento al principio de *arm´s length* para ser usado entre dos divisiones de una misma entidad de distintos países o bien dos empresas relacionadas pero legalmente separadas, el artículo 26 permite que las administraciones fiscales intercambien información y el 27 –incluido en 2003– requiere a cada Estado contratante asistir al otro en la recolección de los impuestos reclamados, por mencionar sólo algunos ejemplos.

Claramente las normas internacionales hacen referencia explicita a la problemática de la elusión fiscal y su intima relación con las normas legales internas de los países. Además de recalcar los efectos nocivos que genera en la economía y los presupuestos nacionales, hace un llamado para la creación y aplicación de normas internas que puedan ser conjugadas con dichas normas internacionales. No obstante ello siempre existen situaciones donde las normativas no alcanzan a llegar o bien llegan tardíamente, para las cuales tanto el modelo OCDE como el UN hacen aclaraciones al respecto[19].

No obstante todos estos elementos, es aquí donde entra a tallar la interpretación que de las normas desean hacer las administraciones fiscales.

Pero aun tomando en cuenta una utópica posición en donde las administraciones fiscales tomasen una postura objetiva y ecuánime de interpretación, se genera el cuestionamiento de qué significado debe prevalecer en dicha circunstancia. Una de las doctrinas más resonantes es el debate generado entre los profesores Klaus Vogel y John F. Avery Jones respecto de cuál es el significado al cual debe recurrirse y cuál debe prevalecer, si el del país de la residencia o el del país de la fuente. Esta es una discusión ya superada en la arena internacional y visto que la balanza está inclinada por el país de la fuente para evitar conflictos como el que padeció el director de orquesta Pierre Boulez , hay que tener presente que este no es el único tema que se genera en materia de interpretación de los CDI[20].

---

15 Ob. cit. en 1, p. 51.

16 "…Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma…"

17 El parágrafo 10 del reporte de la OCDE sobre "International Tax Avoidance and Evasion " menciona al respecto que "…la elusión fiscal es de competencia de los gobiernos debido a que tales prácticas son contrarias a la equidad fiscal, tienen serios efectos en los presupuestos y distorsionan al competencia internacional y el flujo de capitales… Es posible reducir las obligaciones fiscales por perfectos y aceptables planeamientos impositivos, o aun por reducción de consumo de un producto gravado, y en estos casos claramente no es la intención de los gobiernos combatir esta clase de actividades. Describir el *tax planning* o la abstención de consumo como elusión fiscal es sin embargo tensionar al entendimiento del lenguaje y los gobiernos tienden a tomar un *approach* hacia la elusión fiscal para tratar aquellas formas de minimización del impuesto lo cual es inaceptable…".

18 La resolución del consejo europeo de 1975 confirma a este respecto que las practicas de la evasión fiscal y la elusión fiscal realizadas más allá de las fronteras nacionales de los Estados Miembros llevan a pérdidas de presupuestos, violaciones de los principios de la justicia fiscal y a la distorsión del movimiento de capitales y de la competencia. Esto confirma que la naturaleza internacional del problema necesita de medidas nacionales que son insuficientes.

19 Apartado 2 del artículo 3 establece: "…Para la aplicación de un CDI en cualquier momento por un Estado, cualquier término no definido allí, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, tendrá el significado que en ese momento tenga la legislación de ese Estado a efectos de impuestos a los cuales se aplica el CDI, cualquier significado bajo ley fiscal prevalecerá sobre el significado dado al término bajo otras leyes…".

20 Messineo Alejandro E., Principios generales para la aplicación e interpretación de los tratados, XXXVIII Jornadas Tributarias de Mar del Plata.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 117

Para el desarrollo del punto se presenta también una disyuntiva que es de caso aclarar en este relato, al solo efecto de la clarificación, pero que no hace a la esencia del mismo y por lo tanto no será desarrollado. Este es de si los modelos aplicados en la actualidad (ONU, OCDE, CAN e ILDT) son realmente eficaces para los países en vías de desarrollo desde un punto de vista económico financiero.

En este entendimiento quisiéramos aclarar que no es objeto de este trabajo la discusión del diseño de un modelo en función de países en desarrollo o desarrollados, y de la posible redistribución de los ingresos, y por ende sus normas antielusivas. El fin de esta ponencia es el de analizar los modelos existentes y la aplicación de las normas antielusión o antievasión del país para con los mismos.

No queremos evitar el debate de dicho asunto, pero entendemos que dicho debate sería objeto de un TEMA en una Jornada Tributaria Internacional de por sí. Si creemos que el debate ya está planteado y que justamente se ha comenzado a mezclar el mismo con temas eminentemente técnicos[21], lo que, como hemos explicado, tratamos de evitar en esta exposición.

Pasando a las legislaciones domésticas sabemos que todas ellas incluyen reglas generales antielusión (GAAR). Las GAAR son reglas domésticas que permiten a las autoridades fiscales recaracterizar una transacción o serie de transacciones que han sido creadas con el solo propósito de obtener beneficios fiscales. Muchos de los sistemas nacionales contienen tales reglas en forma de una expresa provisión o como principio general de abuso de la ley[22y23].

Las reglas especificas antielusión o SAAR son precisas normas antielusión en la ley doméstica e incluyen en general referencias a la antielusión en un contexto internacional. Podemos citar como entre las más comunes las de definición de residencia, reglas de compañías controladas por extranjeros, capitalización exigua, precios de transferencia[24].

Incursionando en el marco que genera el análisis de las normas generales y especiales internas antielusión en referencia a los CDI, no por reiterativo podemos dejar de mencionar en primer término el marco en el cual se desenvuelven en nuestro país, esto es que los tratados internacionales que firme la Nación Argentina prevalecen sobre la ley local que establece los impuestos. Esto viene dado así por los artículos 31 y 75 de la Constitución Argentina.

No es menor el entendimiento y la aplicación de este principio en nuestro país y más aun en aquella parte de la normativa que se basa en presunciones, toda vez que la administración tributaria, en el necesario cumplimiento de sus obligaciones recaudatorias, suele excederse en la aplicación de dichas presunciones. Existe en el organismo fiscal la idea de que los CDI tuviesen como presupuesto el originar el ahorro de impuesto o bien su elusión o evasión. Pues bien, los convenios y tratados en general y los CDI en particular, no son realizados con el objeto de evitar la elusión o evasión de impuestos ni con el objeto de alentarla. Más allá de la reforma de 2007 en donde se incluye la poco feliz definición que los CDI están para evitar el abuso, los mismos fueron creados para dar fluidez y no generar doble imposición a las operaciones comerciales de los países. Este es un concepto que desarrollaremos más adelante en este trabajo.

Esto hace que, ante la discusión, las normativas establecidas en la propia LIG no sean aplicables para aquellos casos de empresas con residencia en países con los cuales la República Argentina ha firmado tratados de doble imposición. Para ejemplo valga el de pago a rentas por asesoramiento técnico a em-

21 Fue el caso de la posición de la representante australiana y británica en el seminario del 60° Congreso IFA en Roma, donde sólo hablaban de las bondades del modelo OCDE como "derrame posterior de riqueza". También fue la posición del representante británico en el Tema I en el Congreso de 62° Congreso en Boston, referido al tratamiento para no residentes de las rentas por servicios, en donde dicho representante no admitió la postura de la relatora oficial de tener en cuenta el punto de vista de los países en desarrollo para una mayor locación de presunción en dichos países.

22 Ob. cit. 1, p. 207.

23 Austria: la ley austríaca permite a los contribuyentes libre arreglo de sus asuntos económicos, sin embargo la ley prevé que la obligación tributaria no puede ser evitada por un abuso en la forma legal. Bélgica: posee una regla antielusión general que permite a las autoridades fiscales recaracterizar para fines impositivos cualquier transacción o serie de transacciones si puede establecer que la transacción fue realzada con el propósito de evadir impuestos. Francia: Hay dos reglas generales antielusión que son los actos anormales de gerenciamiento y el abuso de la ley. Alemania: bajo al ley alemana un abuso de la ley es inusual y fue elegido exclusivamente por razones impositivas. Gran Bretaña: la norma ha sido desarrollada por las cortes. USA: no hay en la ley reglas antielusión, sin embargo existen diferentes teorías que han sido usadas por la corte.

24 Ob. cit. 2, pp. 369 y siguientes.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 118

presas residentes en países con CDI con la RA, en donde las definiciones del articulo 93 de la LIG son remplazados por las normas del correspondiente CDI.

El rango superior dado a los acuerdos por sobre las leyes locales es un resguardo imprescindible para su aplicación de manera efectiva además de representar un dique de contención a las interpretaciones excesivas del organismo recaudador.

Las leyes en la República Argentina cuentan con una importante cantidad de normas generales y especiales con aplicación en las transacciones comerciales internacionales. Las principales normas antielusión en nuestro país vienen dadas, entre otras, por la Ley de Sociedades (LS), por la Ley de Procedimientos Tributarios (LPT) y por la Ley del Impuesto a las Ganancias (LIG), así como regímenes de información, establecidos por la AFIP, para los apoderados de residentes extranjeros en nuestro país. En ellas podemos encontrar normas generales y especiales que buscan evitar la elusión.

Esta normativa se ha ido incrementando con el paso del tiempo, en especial a partir de la adopción por parte de la República Argentina del principio de renta global en lugar del principio de fuente para la determinación de los ingresos sujetos a impuesto. Consecuentemente se produjeron inclusiones sustanciales en la normativa de la LIG.

La modificación por el concepto de renta global de la Ley del Impuesto a las Ganancias se vio acompañada muchos años después "por normativa complementaria a la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales (LS). La LS establece en su artículo 124 que *"…La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento…"*. Pero es sólo con la aplicación de la resolución 7/2005 de la Inspección General de Justicia (brazo operativo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) estableciendo los requisitos bajo los cuales se considerará que una empresa extranjera tiene substancia en su país de origen –o bien es vehículo de una empresa "madre" con real sustancia en el extranjero– que dicho artículo tuvo un efecto y aplicación en lo práctico. De no cumplirse con la normativa le será cancelada su registración como empresa extranjera inversionista y deberá inscribirse como empresa argentina. En otras palabras se busca la realidad económica de que sea un verdadero inversor extranjero y no una mera pantalla de bienes no declarados de un residente argentino.

Esta normativa es aplicable para las empresas que vienen a inscribirse como inversoras en la CABA, pero esto no se repite en todas las jurisdicciones del país, con lo que su aplicación todavía no es plena y permite de alguna manera el no cumplimiento de la misma. En este punto entendemos necesaria una homogeneización en los requerimientos y procedimientos de las inspecciones de justicia o bien registros de comercio que tienen a su cargo en cada jurisdicción la inscripción de sociedades extranjeras con el objeto de inversión en nuestro país.

En el caso de la LPT las normas que participan de las cláusulas antielusión en carácter general son el artículo 1° y el 2°, existente en la ley aunque con distinto número de orden desde el año 1946.

Si bien el concepto precedente es un tema que desarrollaremos más adelante en concordancia con la interpretación de las normas de la Convención de Viena, debemos anticiparnos a su desarrollo indicando que se trata de reglas antievasivas o bien antielusivas basadas en la aplicación del principio de "realidad económica" y de "substancia real de los negocios sobre las formas". Como mencionáramos previamente estas normas, que datan del año 1946 basadas en la legislación alemana de pre-guerra, son de una definición muy general y su aplicación durante los distintos períodos políticos desde su creación ha quedado sujeta a los vaivenes de los mismos.

Si bien encontramos GAAR en la Ley de Procedimiento y aún en la Ley de Sociedades, no es el caso de la LIG. En general, las legislaciones, y también la doctrina, se resisten a aplicar normas de tipo general en las leyes impositivas, entendiendo que las mismas, de por sí, generan una discusión en su aplicación complementaria con los tratados, son vagas y sólo enunciados de buenas intenciones.

En cuanto a las normas específicas antielusión (SAAR) en nuestro impuesto a las ganancias, la cantidad es bastante importante, aunque no por ello siempre clara y exenta de debate. Podemos enumerar rápidamente las siguientes normas:

- Artículo 7: definición de fuente en el caso de derivados y su definición como servicio financiero.
- Artículo 8: definición de precio de mercado en la importación y exportación de mercaderías.
- Artículos 9 al 12: presunción de renta argentina en determinadas actividades internacionales.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 119

- Artículo 14: definición de establecimiento permanente para inversionistas extranjeros a efectos de separar las rentas del país. Imposibilidad de deducción de los gastos de administración central en la sucursal argentina. Aplicación del principio de *arm´s length* entre la casa matriz y sucursales en nuestro país.
- Artículo 15: aplicación del *transfer pricing*.
- Artículo 7° sin número a continuación del articulo 21 del decreto reglamentario de la LIG: emisión de un listado de paraísos fiscales o países de baja o nula tributación a los que le son aplicables las normas de *transfer pricing*, no deducción de gastos financieros en la subsidiaria local por préstamos de la casa matriz de estos lugares, consideración de ganancia a los aportes realizados por estas empresas a sus subsidiarias argentinas. Decreto 589/13.
- Artículo 81: aplicación de las reglas de "*thin capitalization*".
- Artículo 88: limitación a los pagos al exterior de marcas, patentes y asesoramiento técnico.
- Artículo 93: definición de base imponible y tasa a pagos a beneficiarios del exterior.
- Artículo 155: definición del *cross-border leasing*.
- Artículos 119 y 125: definición de residencia y doble residencia.
- Artículo 129: presunciones de residencia en Argentina.
- Artículo 130: aplicación del principio de *arm´s length* a operaciones entre residentes y su casa matriz.
- Artículo 135: definición de cómputo de pérdidas en el exterior sólo contra ingresos del exterior, limitación de las mismas.

Asimismo el organismo recaudador y fiscalizador –denominado AFIP– ha emitido la resolución 1375/2002 por la que estableció un régimen de información de los apoderados en el país de personas físicas o jurídicas residentes en el extranjero por la que deberán informar las transacciones que tengan lugar en nuestro país.

Si bien de la lectura previa se encuentra una abundante cantidad de normas en la LIG que pueden ser categorizadas como SAAR, esto es normas antielusivas específicas, podemos agregar que sigue sin incluirse en nuestra ley un concepto importante, cual es el de beneficiario efectivo. Debe entonces proporcionarse una definición en la legislación doméstica del impuesto a las ganancias que establezca el alcance del término. Ello a fines de proveer un marco de mayor seguridad jurídica en las cada vez más complejas relaciones económicas transnacionales, como así también contribuir a combatir el fraude la elusión fiscal y el abuso de tratados.

Ahora bien, ¿califican las GAAR y las SAAR emanadas de la legislación interna en forma compatible con los CDI? O, en cambio, estas son de difícil o imposible aplicación en la proyección internacional.

Pareciera que las normas generales podrían ser compatibles con los CDI, toda vez que su generalidad hace posible su modificación en aras de una interpretación más homogénea con normas del mismo tenor en los CDI. Esto podría alcanzar a algunas SAAR también. Por el otro lado es parece ser que el resto de las normas específicas se vuelven incompatibles con la aplicación de los CDI[25].

NORMAS GENERALES Y ESPECIALES CONTENIDAS EN LOS CDI

Concordamos con Tarsitano en que rara vez los CDI incorporan cláusulas de tipo general. La calificación del abuso se construye desde las reglas de interpretación del tratado. En este sentido los comentarios de las normas de la OCDE al tratado de su creación generan un importante bagaje de conocimientos pero que no tienen la fuerza de una norma explícita en el mismo.

Existen en cambio cláusulas específicas cuyo alcance es también específico por circunscribirse a determinados aspectos del hecho o de la base imponible en los textos de los CDI, a partir de los MCOCDE Y MCNU[26].

25 Para un desarrollo más profundo de este tema sugerimos analizar el trabajo de Relatoría Nacional de Darío M. Rajmilovich para las XXVII Jornadas del ILADT (Lima, septiembre de 2010. El Dr. Rajmilovich ha cedido el trabajo gentilmente al autor para incluir algunos de sus conceptos aún antes de su publicación para dichas Jornadas.

26 Ob. cit. en 14, p. 93.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 120

A las circunstancias de inestabilidad o indefinición desde el diseño jurídico de las normas de los CDI ya explicitadas, se suman complicaciones económicas y políticas que enturbian el análisis y entendimiento de la problemática. Como ya comentáramos, los países que exportan capital, préstamos o tecnología, buscan un régimen tributario según el cual resulten gravadas las utilidades logradas por sus empresas o ciudadanos en cualquier lugar del mundo, a su vez el Estado en el cual se desarrollan las actividades y se obtiene la utilidad o el beneficio tiene legítimo derecho a gravar dicha utilidad o beneficio por un impuesto a la renta.

Estos intereses fiscales disímiles entre países desarrollados y en desarrollo dificulta en muchos casos la interpretación de todo el bagaje de cláusulas antielusión que se incluyen en los comentarios al modelo de la OCDE. En otras palabras, tenemos los intereses contrapuestos del contribuyente con el fisco (dicho esto en forma universal), pero a su vez tenemos los intereses contrapuestos entre los fiscos por obtener la recaudación tributaria.

Dejando por un momento de lado la norma antielusiva correspondiente a la cláusula de residencia, que será tratada por separado en este relato, podemos concluir que las principales medidas y/o reglas antiabuso contenidas en los CDI son las enumeradas a continuación:

Regla del beneficiario efectivo

Esta norma antiabuso se encuentra básicamente en los artículos 10, 11 y 12 de los CDI.

Bajo el modelo de la OCDE los beneficios del tratado para dividendos intereses y royalties son concedidos por el Estado fuente solo si el *beneficial owner* de los pagos es un residentes del otro Estado contratante[27]. Como es sabido el término fue incluido por primera vez en 1977 en el modelo OCDE, no obstante lo cual el término fue usado en la terminología impositiva desde antes de esa fecha.

Muchos tratadistas han escrito sobre este tema y sobre los orígenes del vocablo y por ende de su interpretación, la cual al día de hoy todavía es problemática en su aplicación objetiva.

Sabido es también que el origen de este vocablo tiene su origen en el derecho anglosajón en sus propósitos de definición en la "*trust law*". La tradición legal anglosajona genera una clara distinción entre el "beneficiario legal", el cual mantiene los atributos formales de la tenencia, y el "beneficiario efectivo o propietario", el cual hace valer sus derechos contra terceras partes.

El modelo OCDE de 1977 no hace una referencia directa al término pero sí lo hacen los comentarios a los artículos correspondientes. Por ejemplo, el párrafo 4 del comentario al artículo 12 nos habla de que "…la exención de impuestos en el estado fuente no es posible cuando un intermediario, tales como los agentes, se interponen entre el beneficiario y el pagado, a menos que el beneficiario *owner* sea residente del otro país contratante…".

Los párrafos 12 y 12.1 de los comentarios del artículo 10 y el párrafo 8 y el 8.1 del artículo 11 indican que "…el término beneficial owner no es usado en un sentido técnico estricto. Este debería ser entendido en su contexto y a la luz del objeto y propósito de la Convención, incluyendo evitar la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión fiscal…", "…Cuando un ítem es tomado por un residente de un estado contratante en su capacidad de agente o intermediario esto sería inconsistente con el objeto y propósito de la Convención para el estado fuente de garantizar las exenciones…".

Algunos tratadistas[28] consideran que la noción del *beneficial owner* debería ser calcada de las normas de los estados del "*common law*" y que así debería ser tratado para fines de los tratados, para otros en cambio sería ilógico que los países de tradición civilista acepten una provisión del "*common law*" en forma ciega, sin modificarla. Ellos consideran que los intermediarios deberían siempre ser excluidos.

Para Ceballos Morales[29] se han planteado en el marco del grupo de trabajo de la OCDE sobre CDI tres alternativas para su interpretación y definición:

a) Remisión al derecho interno, esto es recurrir a la normativa interna del país, cosa que en nuestro caso, como ya hemos explicado no existe en la legislación actual.

27 Ob. cit. en 1, pp. 228 y 229.

28 Leer en este punto la ponencia de Campagnale, Pablo, para estas Jornadas sobre el distinto tratamiento dado en los distintos países al concepto de beneficiario efectivo.

29 Ceballos Morales, Aída en la ponencia de Ferraro, Jesica Ariana, para estas Jornadas.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 121

b) Interpretación autónoma, o sea generar un concepto de beneficiario efectivo en función de los comentarios de la OCDE, el que sería menos estricto en sentido técnico pero contendría una interpretación a la luz del contexto los objetivos e intenciones del Convenio.
c) Postura intermedia: esto es una definición solo para determinados casos.

En conclusión, no existe una clara definición de lo que el término *beneficial owner* significa en la redacción de los comentarios al modelo OCDE, pero sí en cambio existe a través de la interpretación de los comentarios, una definición de algunas situaciones puntuales en las cuales no estaríamos frente al *beneficial ownery* por ende no deberían aplicarse los beneficios de los CDI.

Cláusula de limitación de beneficios

La cláusula de limitación de beneficios (también llamada por sus siglas en ingles LOB) es una técnica de los CDI para combatir el "*treaty shopping*" dentro de los denominados enfoques de canal. Este enfoque/método enfrenta directamente los acuerdos efectuados con sociedades conducto (*conduit companies*), sin atacar o descalificar la normativa de los Estados Contratantes. A través de este esquema de medidas los Estados de la fuente protegen las bases tributarias a través del desconocimiento de las estructuras utilizadas al amparo del CDI dirigidas a un uso abusivo. Este método implica el reconociendo del principio de realidad económica o de la sustancia sobre la forma en el contexto del CDI[30].

Esta norma antielusiva se encuentra en forma expresa en el Modelo de Convenio de USA pero también el Comité de Asuntos Fiscales de la OECD sugiere claramente la inserción de las normas LOB en los tratados de imposición en el párrafo 12 de sus comentarios al artículo 1.

Una norma antielusiva LOB puede tomar diferentes formas y cubrir diferentes rangos de situación. Realizando una breve descripción podemos hablar de[31]:

Look-trhough approach (cláusula de la transparencia): es la más simple. Permite beneficiarse con el tratado exclusivamente a compañías de propiedad o controladas por residentes de uno de los países contratantes. Obviamente la misma deberá verse relacionada con el concepto de residencia de dichos países contratantes.

Subject-to-tax approach (cláusula de la sujeción efectiva del impuesto): por esta norma los beneficios del tratado son otorgados por el país fuente sólo si el ingreso está sujeto a impuesto en el estado de residencia.

Channel approach (cláusula del tránsito): esta norma indica que si el ingreso es derivado por la compañía residente en otro estado contratante el cual es controlado por no residentes los beneficios del tratado no aplicará donde más del 50% de los ingresos suele satisfacer derechos de tales personas. La implementación de esta provisión es considerada como el único y efectivo camino para combatir las estructuras *stepping-stone*.

Tax exclusion approach (cláusula de exclusión): en esta norma antielusiva los beneficios del tratado son denegados a compañías que, por virtud de privilegios especiales de sus estados de residencia, pueden facilitar arreglos de derivación de las utilidades.

General bona fide provision (cláusula de la buena fe): esta regla, de tipo general parte de la provision que los beneficios del tratado no se aplicarán para las actividades de las compañías cuya principal intención sea obtener los beneficios impositivos del tratado. A su vez este enfoque tiene varias cláusulas de salvaguarda[32].

Abstinence provision (cláusula de abstinencia): esta regla consiste que los países se abstengan de concluir tratados de doble imposición o denuncien los existentes con países de baja tributación.

Cláusula de Establecimiento Permanente

La determinación de un establecimiento permanente va en la misma línea que el de residencia, de la cual desarrollaremos los conceptos más adelante. La interpretación que se dé al vocablo es importante y tiene particular interés pues dispara la posibilidad del estado fuente de la atribución de base imponible.

30 Ob. cit. en 14, p. 100.
31 Ob. cit. en 1, p. 235.
32 Para el desarrollo más amplio de este punto y del resto de las cláusulas antiabuso que pueden ser introducidas en los CDI ver la ponencia del Dr. Pablo Campagnale para este mismo congreso.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 122

Esta cláusula está expresamente tratada en el artículo 7 del modelo OCDE y establece que "…los beneficios de una empresa de un Estado Contratante solamente pueden someterse a imposición en este Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado Contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado pero solo en la medida en que puedan atribuirse a ese establecimiento permanente…".

La regla de fuerza de atracción representa una medida contra el "*treaty shopping*" y que consiste en atribuir al establecimiento permanente los beneficios obtenidos por la casa matriz que puedan vincularse (en razón al tipo de mercadería o la actividad con la operatoria de dicho establecimiento permanente)[33].

En conclusión podemos decir que existen reglas y/o cláusulas suficientemente desarrolladas tanto por la doctrina como por los comentarios del modelo OCDE como para suponer que la mayor parte de las situaciones antiabuso no puede ser evitada. Lo que se propone es un abierto y desinteresado proceder de los fiscos a efectos de considerar con rango de artículo de convenio todo ese bagaje de normas.

CRITERIOS ANTIELUSIÓN QUE SURGEN DE MÉTODOS INTERPRETATIVOS. CONVENCIÓN DE VIENA. ARTÍCULO 1, LEY 11.683

Siguiendo a Holmes[34], entendemos que todo CDI debe emerger y transformarse en una parte integral de un marco legal total. En líneas generales este marco es lo que comúnmente llamamos ley internacional. Los CDI no son más que contratos entre dos o más estados hechos dentro de parámetros internacionales de la ley. Esta interpretación de los CDI debería ser gobernada por los principios y reglas de la ley internacional o de las convenciones internacionales apropiadas.

En primer lugar tenemos que los organismos que han planteado los modelos más comúnmente utilizados, esto es OCDE y UN, han publicado comentarios para asistir a los usuarios a interpretar los CDI, los cuales son utilizados en los respectivos modelos.

Una vez que el gobierno de un país firma el CDI con otro país, cada uno de estos gobiernos debe instituir sus propios procedimientos internos para incorporar las normas de CDI dentro de su ley doméstica.

Va de suyo que cuando estamos tratando de entender el significado de una norma legal impositiva de la legislación nacional, aplicarían los mismos principios que debieran aplicar cuando lo hacemos con un CDI y viceversa, a la luz de los principios tributarios generales, sin embargo, este sencillo principio no es de posible cumplimiento ya que existen varios factores que complican su utilización:

- La terminología utilizada en la ley local no es la misma que en los CDI.
- Aun aquellos términos que tienen una definición específica la suelen tener de manera diferente o por lo menos no exactamente igual en las leyes locales y los CDI.
- Los CDI tienen como base de interpretación los comentarios a los mismos (especies de decretos reglamentarios) los cuales no son reconocidos por las legislaciones locales.
- Las intenciones de los estados a la hora de la firma del tratado no suelen ser las mismas, muchos de ellos –para los países en desarrollo– suelen ser conminados a firmar un mínimo de tratados –para no caer en listas negras–, y aquellos estados con los que firman tienen una óptica y objetivos para con el tratado totalmente diferente.
- Las bases de las legislaciones locales suelen ser de distinto tipo, mientras hay países –como Argentina- que son de neto corte civilista, todas las anglosajonas tiene características opuestas y se rigen por el llamado *common law*.

La interpretación de los tratados es gobernada también por leyes internacionales y específicamente por la Convención de Viena o Ley de Tratados del 23 de mayo de 1968. Siendo esta una codificación internacional de leyes, es utilizada para interpretar los tratados también respecto de los estados que no han ratificado dicha convención[35].

En toda problemática de aplicación e interpretación de convenios resulta vital resaltar la jerarquía de los principios que resultan de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Entre ellos

33 Ob. cit. en 14, pp. 105 y siguientes.

34 Ob. cit. en 2, pp. 69 y siguientes.

35 Ob. cit. en 1, p. 17.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 123

corresponde partir del mencionado principio "Pacta sunt Servanda" previsto en el artículo 26 que establece que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe"[36].

También es dable acudir a lo dispuesto por el artículo 27 que contiene un principio básico sobre la relación entre el incumplimiento de un tratado por la invocación de una normativa de derecho interno. Este reza "…una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado[37]…".

Enfocándonos ya en los artículos de la Convención de Viena específicos aplicables a nuestra problemática, son ellos los números 31 y 32 de dicha convención.

El artículo 31 es una especie de "regla general" sobre la forma de interpretar un tratado y nos indica que:

"…Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de esto y teniendo en cuenta su objeto y fin… Para los efectos de la interpretación del tratado comprenderá además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

…Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acuerda de la interpretación del tratado,
c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes…"

O sea que no debemos tomar la palabra "contexto" en el sentido amplio de la misma sino a su vez teniendo en cuenta los tratados ulteriores y todo "uso y costumbre" en el posterior uso del tratado. O sea que la interpretación del tratado se nutrirá también del propio tratado y de tratados ulteriores.

A su vez el artículo 32 indica que:

"…Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable…"

Entendemos que el inciso b) de este artículo 32 es sumamente ambiguo y lleva toda intención de interpretación razonable a fojas cero, ya que cualquiera de los estados podría aducir esta última cláusula llevándonos a una discusión sin fin. Toda la construcción interpretativa dada por el artículo 31 se derrumba ante la posibilidad de interpretación absurda o irrazonable.

A su vez ya en el año 1986 se reúnen en Maastricht, Países Bajos, un grupo de juristas internacionales para considerar el alcance de las obligaciones de los Estados parte del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos Sociales y Culturales, emitiendo los Principios de Limburg, los que en algunos casos son aplicables a las normas GAAR y SAAR[38].

También el propio modelo OCDE tiene sus normas de interpretación a través de su artículo 3.1 que nos indica que la aplicación de la Convención en cualquier momento por un estado Contratante para un término no definido prevalecen en el significado que para las leyes de dicho país tiene bajo la aplicación de las leyes del Estado y el punto 3.2 establece que por la aplicación de las leyes de dicho Estado si las mismas son diferentes para ambos estados contratantes, la posible doble imposición o doble no imposición serán salvadas a través de un procedimiento de acuerdo mutuo.

36 Ponencia para estas jornadas del Dr. Esteban L. Aguirre Saravia.

37 Ob. cit. en 35.

38 Ob. cit. en 35.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 124

Es aquí donde la comparación de las normas aplicables en los países de neto corte civilista difieren de las normas de los países del *common law*.

En cambio existen también otra serie de términos que son definidos específicamente por los CDI y que hacen a la aplicación de las normas antielusivas. Así se define en el artículo 3.1 los términos persona, compañía tráfico internacional, autoridad competente y nacional, entre otras.

La interrelación de las normas generales antielusivas o GAAR y de interpretación hasta aquí vistas se completan en nuestro estudio con los artículos 1 y 2 de nuestra Ley de Procedimientos Tributarios. He aquí donde nuestra normativa, de por sí vaga y generalista ha avanzado en la última década en forma abusiva a favor de la administración fiscal.

Dice el artículo 1° de la LPT que "…En la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado…". El complemento a este primer artículo viene dado por el siguiente, o sea el segundo que establece 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. 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…"

Más allá de la clara finalidad de este principio, su aplicación en las situaciones concretas presenta importantes problemas al momento de determinar si la estructura empleada por el contribuyente debe ser dejada de lado y recalificadas. Es aquí donde en la experiencia argentina se observa que el principio de la realidad económica es aplicado de manera indiscriminada e imprecisa por la administración fiscal y por los tribunales. En consecuencia, el alcance y los contornos del principio resultan borrosos[39].

La interpretación del artículo 2° der la LPT se refiere al derecho por parte de la administración fiscal de recaracterizar la operación del contribuyente en la medida que este haya utilizado formas jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado autoriza, pero no a recalificar cualquier operación que no utilice las formas tradicionales que el fisco entiende debiera utilizarse.

A esta altura del desarrollo del punto se nota la dificultad para definir qué es abuso o bien elusión (tomada esta última como una categoría no aceptada por las administraciones fiscales). Existe una delgada línea entre la utilización indebida de una estructura fiscal y la elección de la mejor forma jurídica para reducir la carga impositiva.

¿Qué significa para la ley el vocablo "no autorizar"?

El artículo 2° de la Ley 11.683 sólo habilita la recaracterización de la operación cuando el contribuyente haya recurrido a formas jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice. Lo contrario es una aplicación abusiva del principio de realidad económica por parte del fisco[40].

Esto último permite inferir que nada encubre el negocio indirecto, sino que es sólo una forma de adaptar los deseos y fines de los particulares a las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico en la medida en que no contraviene el artículo 19 de la Constitución Nacional, precepto bajo el cual todo está permitido dentro de la ley. Se trata pues de acuerdo a la postura que aquí se ensaya de supuestos que no deberían ser recalificados por el fisco a menos que pueda probarse que la operación carece de razón de negocio o sustancia económica[41]. En definitiva el negocio indirecto debiera ser lícito en la medida que no se trate de un ocultamiento de la verdadera operación, o sea que no se trate de una simulación.

---

39 Tarsitano, Alberto, "Presupuestos. Límites y Consecuencias de la re caracterización tributaria de actos jurídicos", p. 86 en "Interpretación económica de las normas tributarias" mencionado por la Dra. Estathio en su ponencia para estas Jornadas.

40 Estathio, Valeria, ponencia para estas Jornadas.

41 Ob. cit. en 41.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 125

Tal vez el mejor ejemplo de esta situación es el reciente fallo del TFN de la República Argentina en el caso "Molinos Río de la Plata S.A."[42] , en donde el fisco ha obtenido un fallo favorable a su intención de recalificar la estructura económica internacional del contribuyente[43].

Entendemos que es en las normas GAAR del tipo de nuestros artículos 1 y 2 donde se hace dificultoso por no decir imposible la amalgama de las normas de la Convención de Viena, los CDI con sus comentarios anexos y nuestra legislación interna. Esto dicho está, en la medida que existiese un verdadero interés por interpretar las normas de manera homogénea con el ámbito internacional.

DERECHO SUPRANACIONAL VS. LEGISLACIÓN INTERNA. EL CASO DE LA RESIDENCIA

El movimiento migratorio se ha multiplicado y expandido a la sombre de la globalización y las comunicaciones. Es por ello que el concepto de residencia cobra especial énfasis como cláusula definitoria de la territorialidad del individuo y por ende de la locación de su capacidad contributiva.

No obstante ello y al igual que en el resto de este trabajo, entendemos que la dificultad en definir como alocar a una persona física –o llegado el caso una persona jurídica– al ámbito espacial correcto como consecuencia del avance de los tiempos no debería permitir el deslizamiento de la situación a una doble no tributación.

La rapidez de las telecomunicaciones y la eficiencia de las tecnologías unidas a la reducción en el costo del transporte hacen que no es necesariamente importante para una persona estar físicamente en un lugar y llevar sus negocios en otro. Así se incrementa la movilidad y la descentralización de las empresas e individuos. Entonces cobra especial relevancia no ya su ubicación física sino dónde se encuentra el centro de sus negocios para la generación de esa riqueza. Volvemos a una discusión que si bien es técnica también lo es política, en general la riqueza se genera –geográficamente– en los países en vías de desarrollo, pero el manejo de la generación de dicha riqueza está en los países desarrollados.

La definición de residencia de un individuo en la ley doméstica de la mayor parte de los países está basada por el requerimiento de un link entre el individuo y el estado. Muchos países usan una combinación de test objetivos y subjetivos de residencia de la persona en sus leyes domésticas. El test objetivo es típicamente basado en un mínimo de períodos fijos de tiempo en el cual una persona está físicamente en un país… Este es un objetivo y eficiente test de residencia, provisto que sea que el país posee un eficiente control de sus fronteras y una estadística fácilmente y rápidamente accesible por la administración fiscal para la determinación de la cantidad de días que la persona pasó en el país[44].

En cuanto a los CDI, los mismos no incluyen una definición de residencia sino que remiten a las legislaciones de cada uno de los países para la definición de esta crucial cuestión.

En general se considera que se es residente en un país a los fines impositivos cuando se pasan 183 días en el año calendario o dentro de los últimos 12 meses[45]. Otros elementos objetivos a tomar son la ciudadanía, la nacionalidad el estatus en la visa de inmigración si la hay.

El test subjetivo de residencia es una circunstancia más difícil de ponderar. Si bien se trata del grado de en la vida económica y social de un país, se complica pues su determinación se basará en hechos y circunstancias del individuo. La mayor parte de los países tienen este test también agregado a la legislación[46]. En este sentido el test de hechos y circunstancias apunta a:

- Si una persona tiene un hogar permanente o lugar habitual en el país.
- Si el lugar de interés social y económico de la persona está en el país.

He aquí donde la definición se torna difusa. En general medimos la capacidad contributiva en personas físicas para el caso de altísimos ejecutivos o bien dueños de fortunas. En dichos casos, ¿podemos

42 TFN, Sala D del 14/08/2013.

43 A efectos de no extendernos en este relato recomendamos la lectura de la ponencia de la doctora Valeria Esthatio para estas Jornadas en especial pp. 15 a 21 y de sus conclusiones, las cuales compartimos en su totalidad.

44 Ob. cit. en 2, pp. 125 y 126.

45 Si bien esta es la regla general no es la única, los Estados Unidos consideran a los "aliens" como residentes a los fines impositivos partiendo de un cálculo más complejo y tomando la ½ de los días que se estuvo en dicho país en el último año más 1/3 de los días que se estuvo en el año anterior a dicho año, más 1/6 del año previo al anterior. La sumatoria de dicho cálculo debe dar 183 o más días para que se lo considere sujeto a tributación en los EE.UU.

46 En la LIG este detalle de hechos y circunstancias se encuentran incluidos en el decreto reglamentario.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 126

en todas las situaciones saber en qué país se encuentran dichas personas radicadas a los fines impositivos o cuál es el país de sus intereses sociales o económicos? Entendemos en este punto que su definición se hace complicada.

El test para las entidades también es objetivo o subjetivo. El objetivo viene dado lógicamente por el domicilio legal de la empresa que es el que figura en el registro de sociedades del país correspondiente. Este test objetivo es más difícil de valorar que el de las personas físicas, toda vez que una empresa puede estar fácilmente registrada en un país A y tener el gerenciamiento en un país B.

Los test subjetivos en el caso de la residencia de una persona jurídica pueden ser de diversa índole. Así se puede definir como a) el lugar donde la compañía tiene su gerenciamiento, b) el lugar donde se lleva el día a día, c) donde se encuentre la central o *head office* de la empresa, d) donde está la principal actividad, e) donde está el principal negocio de la empresa, f) donde los accionistas se reúnen para las asambleas y votan, etc.

El link con la legislación supranacional viene dado por el artículo 4 del modelo OCDE cuando establece que: "… A los efectos de este Convenio, la expresión residente de un Estado contratante significa toda persona que en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo…".

Como se desprende del artículo transcripto, para que una persona o entidad sea considerada "residente" a los efectos del Convenio debe mantener una sujeción al impuesto por la renta mundial obtenida, sin que ello implique que efectivamente se produzca el gravamen. En ciertos Convenios se incluye la cláusula de sujeción efectiva al impuesto (*subject to tax clause*), la cual consiste en otorgar los beneficios del convenio solo a las sociedades cuya renta derivada de un Estado está realmente sujeta a impuesto en el otro Estado, o bien, que el estado de residencia sálo aplique el método de exención si se produce efectivamente tributación en el Estado de la fuente. Con ello se pretende que la renta de una sociedad no quede excluida de imposición en ambos estados contratantes[47].

A su vez, los comentarios del modelo OCDE recomiendan, para el caso de las personas jurídicas, limitar la aplicación para el caso de sociedades interpuestas, combinando cláusulas de exclusión y transparencia.

Algunos estados han ido más lejos y han legislado que a menos que exista prueba en contrario, el lugar efectivo de gerenciamiento de las compañías extranjeras está alocado dentro de su jurisdicción cuando ciertas condiciones son determinadas. Es el caso de Italia, donde la compañía será considerada italiana a los fines fiscales si cuando sea indirecta o directamente controlada por un residente italiano o la mayoría de su *board* de directores esté compuesto por residentes italianos.

Ya hemos visto precedentemente al tratar los establecimientos permanentes que existen distintos entendimientos de cuál debería ser la sede de los negocios. Vemos también que el concepto de dirección efectiva está prevaleciendo sobre el resto. Nuevamente y sin entrar en condicionamientos políticos estamos ante una definición que se aparta de la definición de generación de la riqueza empujada tal vez por los países centrales, para los cuales considerar la sede de la dirección efectiva como residencia implica atraer los ingresos globales a su esfera de acción.

CONCLUSIONES

El desarrollo general en lo tecnológico, lo comunicacional, el transporte y el comercio hacen cada vez más frecuentes la interrelación industrial, comercial y de servicios, de los distintos centros de negocios distribuidos alrededor del mundo.

Esto potencia día a día el trabajo permanente de las empresas por buscar, a través de la interrelación la reducción de su carga impositiva. En consecuencia se agudizan las situaciones y estructuras posibles de utilizar.

47 Comentario del Dr. Campagnale en la ponencia preparada para estas Jornadas.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 127

Esto último trae como consecuencia la necesidad imperiosa de una mayor armonización interpretativa entre las leyes locales, los CDI y las leyes de carácter internacional creadas para regular las relaciones entre los países.

En este sentido y dentro del análisis de esta temática se han distinguido algunos comentarios o sugerencias entendiendo que el tema no se agota en ellos sino que son sólo un primer acercamiento a esta problemática.

- Es plausible y justa la idea y el propósito de restringir y castigar la construcción artificial que pueda realizar el contribuyente en aras de reducir o bien eliminar su carga impositiva en materia internacional o a través de estructuras internacionales, y el evitar figuras y utilizaciones de normas y pactos internacionales con dicho objetivo, pero dicho propósito no puede ir en desmedro de la seguridad jurídica ni de la intención de fluidez del comercio internacional. En el cumplimiento de ese objetivo los operadores tributarios de cada país sienten una inclinación espontánea a refugiarse en las normas, criterios o prácticas adoptados en su derecho interno con un resultado desalentador, pues los límites autoimpuestos en el reparto de la competencia tributaria y la existencia de factores de conexión extraterritorial revelan, en ciertos casos, la impotencia del derecho doméstico para contener una realidad que lo supera.
- Las normas antielusivas específicas –como la resolución 7 de IGJ–, no deben presentar grietas en función de provincias o regiones. En este punto entendemos necesaria una homogeneización en los requerimientos y procedimientos de las inspecciones de justicia o bien registros de comercio que tienen a su cargo en cada jurisdicción la inscripción de sociedades extranjeras con el objeto de inversión en nuestro país.
- Si bien de la lectura de la LIG se encuentra una abundante cantidad de normas que pueden ser categorizadas como SAAR, esto es normas antielusivas específicas, podemos agregar que sigue sin incluirse en nuestra ley un concepto importante, cual es el de beneficiario efectivo. Debe entonces proporcionarse una definición en la legislación doméstica del impuesto a las ganancias que establezca el alcance del término. Ello a fines de proveer un marco de mayor seguridad jurídica en las cada vez más complejas relaciones económicas transnacionales, como así también contribuir a combatir el fraude la elusión fiscal y el abuso de tratados.
- Tampoco existe una clara definición de lo que el termino *beneficial owner* significa en la redacción de los comentarios al modelo OCDE, pero sí en cambio existe a través de la interpretación de los comentarios, una definición de algunas situaciones puntuales en las cuales no estaríamos frente al *beneficial owner* y por ende no deberían aplicarse los beneficios de los CDI. Se hace también necesaria la definición dentro de las normas de OCDE y no de sus comentarios, del concepto beneficiario efectivo a nivel internacional.
- La búsqueda de la compatibilidad de las SAAR es de muy difícil obtención en la mayor parte de los casos. Las normas GAAR en cambio presentan una estructura más flexible en la compatibilización con las normas internacionales. Debiera trabajarse en este último punto.
- La estructuración jurídica de un negocio de manera indirecta no permite inferir la posibilidad de elusión o evasión, sino que es solo una forma de adaptar los deseos y fines de los particulares a las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico en la medida en que no contraviene el artículo 19 de la Constitución Nacional, precepto bajo el cual todo está permitido dentro de la ley. Se trata pues de supuestos que no deberían ser recalificados por el fisco a menos que pueda probarse que la operación carece de razón de negocio o sustancia económica. En definitiva el negocio indirecto debiera ser lícito en la medida que no se trate de un ocultamiento de la verdadera operación, o sea que no se trate de una simulación. En este sentido el fallo del TFN es un retroceso en este sentido que no compartimos.
- Existen reglas y/o cláusulas suficientemente desarrolladas tanto por la doctrina como por los comentarios del modelo OCDE y otros Convenios como para suponer que la mayor parte de las situaciones antiabuso no puede ser evitada. Lo que se propone es un abierto y desinteresado proceder de los fiscos a efectos de tomar en cuenta dichas consideraciones.
- Entendemos necesario todo un estudio y redefinición del concepto de residencia enfocado en el verdadero lugar de generación de la riqueza y no en el manejo central del management.

113-T2-Relatoria_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:42 Página 128

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 129

LAS NORMAS ANTIELUSIVAS EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

N. PABLO CAMPAGNALE

I. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años se ha observado una fuerte integración de las economías mundiales. Este proceso de "globalización" ha provocado numerosos beneficios, entre los cuales se ha citado: i) la mejor asignación de los recursos mundiales y, en consecuencia, el incremento del producto y de los niveles de vida; ii) el acceso por parte del consumidor de una mayor gama de opciones en materia de bienes y servicios derivado de la mayor facilidad de acceso a los bienes extranjeros,; iii) el incremento del volumen y la diversidad de la información de que se dispone, al tiempo que el costo de obtenerla se ha reducido en forma espectacular.

La globalización de la economía ha traído aparejada una gran movilidad de los factores de producción (fundamentalmente el capital) entre las distintas regiones del mundo. Sin embargo, se ha visto obstaculizado, en cierta medida, por la aparición del fenómeno de la doble imposición internacional, originado por la superposición de distintas soberanías tributarias sobre el mismo contribuyente y tipo de renta.

Dicha yuxtaposición se produce como consecuencia de la utilización, por parte de las diferentes administraciones tributarias, de distintos criterios de vinculación del hecho imponible con el sujeto activo de la obligación tributaria.

En este contexto, cabe remarcar la enorme influencia que puede tener este tema en el desarrollo económico de los países, más aún si se tiene en cuenta que la variable fiscal tiene una gran importancia para el inversionista internacional. Esto es así porque la falta de equidad en la imposición, generada por la carga excesiva que debe soportar el inversor extranjero, implica no poder competir con otros en igualdad de condiciones, soportando la misma carga tributaria.

También puede observarse que el sistema tributario internacional deja de ser neutral, porque influye en las decisiones de localización de los factores productivos, con la pérdida de eficiencia económica que debe regir en la tributación.

En virtud de lo expuesto, el fenómeno de la doble imposición se ha transformado en una de las principales preocupaciones para los países en vías de desarrollo, pues se considera que su existencia desalienta el flujo de inversiones procedentes de los países desarrollados. Por este motivo, distintos organismos internacionales han intentado diseñar medios adecuados para paliar los efectos perjudiciales de la doble imposición sobre las relaciones económicas internacionales con la creación de marcos legales adecuados a las empresas involucradas en el comercio internacional.

Sin embargo, no sólo es un problema de los contribuyentes sino también de los Estados. En efecto, uno de ellos tiene sociedades o personas que exportan capital o tecnología y el otro la necesidad de recibirlos, pero los requerimientos fiscales de ambos pueden dificultar que ello se produzca.

Al respecto, hay fundadas razones teóricas y económicas para que los países que exportan capital, préstamos o tecnología, tengan un régimen tributario según el cual resulten gravadas las utilidades logradas por sus empresas o ciudadanos en cualquier lugar del mundo. Por otro lado, resulta innegable que el Estado en el cual se desarrollan las actividades y se obtiene la utilidad o el beneficio tiene legítimo derecho a gravar dicha utilidad o beneficio por un impuesto a la renta.

Como puede apreciarse, los intereses contrapuestos de índole fiscal demuestran la necesidad de incorporar medidas unilaterales o concluir acuerdos internacionales para definir quién cobra el impuesto y hasta cuánto puede cobrarse.

Cuando dos Estados celebran un convenio para evitar la doble imposición internacional (CDI), hacen concesiones recíprocas con el objeto de beneficiar a los residentes de ambos Estados, no previéndose su extensión a residentes en terceros Estados.

Las ventajas previstas en los convenios son a menudo indebidamente aprovechadas por sujetos no residentes en los Estados contratantes, con el sólo objetivo de facilitar la obtención de los beneficios derivados del convenio.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 130

Rodríguez Ondarza[1] señala que se denomina "*treaty shopping*" a la utilización incorrecta o abusiva de los tratados mediante la utilización de sus beneficios por parte de personas que, según los propios términos del convenio, no tienen derecho a los mismos.

Asimismo, agrega que existen varias razones para considerar a estas prácticas como mecanismos elusivos:

Los convenios se negocian entre dos Estados contratantes con la finalidad de acoger exclusivamente a personas residentes en ambos Estados.

Si una persona residente en un tercer Estado obtiene ventajas del convenio al interponer una sociedad en uno de los Estados contratantes, este tercer Estado se beneficiará del convenio, aunque no ha participado del proceso de negociación y no ha efectuado concesiones respecto de los Estados primarios.

Este procedimiento ocasiona el fracaso del principio de reciprocidad y quiebra el equilibrio de los sacrificios de recaudación consentidos en el convenio.

Si uno de los Estados contratantes concede beneficios fiscales a los residentes del otro para eliminar o atenuar la doble imposición, esto supone que la base imponible –cuya carga fiscal se reduce– queda en tal Estado y no se transfiere a un tercero después de resultar sometido a una imposición más reducida.

Existe un mínimo incentivo para que un tercer Estado inicie una negociación de un tratado si sus contribuyentes tienen la posibilidad de utilizar los convenios fiscales vigentes concluidos por otros Estados.

Debido a la creciente utilización de los mecanismos antes descriptos, las autoridades fiscales de los distintos países han adoptado medidas tendientes a contrarrestar la elusión tributaria derivada del disfrute indebido de los convenios para evitar la doble imposición internacional.

En el presente trabajo se examinarán las medidas incluidas en los diferentes modelos de convenios existentes para contrarrestar el abuso de tratados.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Tal como se ha expuesto en el apartado precedente, la globalización de la economía conlleva el desafío de competir en un mercado global, lo cual implica que las empresas se ven obligadas a mantener presencia en más de un Estado, a través de la planificación de las estructuras más convenientes para su cadena de valor.

A través de la planificación fiscal internacional las compañías pueden disminuir o eliminar la doble imposición internacional y, de este manera, ofrecer sus productos o servicios a precios competitivos. Es sabido que para una empresa, una carga fiscal innecesariamente elevada representa una pérdida económica que no sólo disminuye sus beneficios distribuibles, sino que puede llegar a hacerla poco competitiva.

No obstante, la estructura fiscal que se diseñe para el grupo debe subordinarse y ser congruente con su estructura empresarial, de forma que pueda justificarse por sus beneficios económicos y organizativos, con independencia de su efecto sobre el gravamen soportado por el grupo[2].

Atento a ello, se desprende que el aspecto fiscal tomaría relevancia únicamente una vez que se ha determinado la estructura adecuada del grupo para competir en un mercado globalizado. Las estructuras artificiales, con una finalidad exclusivamente fiscal, serán cuestionadas por las autoridades fiscales de los países involucrados y, en el mediano plazo, se tornarán ineficientes. Como se verá más adelante, los convenios para evitar la doble imposición internacional establecen disposiciones tendientes a impedir que estructuras artificiales puedan gozar de los beneficios que se derivan de ellos. En consecuencia, la estructura que se adopte a través de una planificación fiscal internacional debe evitar ser meramente artificial, porque es ahí donde reside su debilidad.

Los tratados internacionales y específicamente aquellos acordados para evitar la doble imposición internacional contribuyen de manera esencial a toda planificación fiscal internacional ya que otorgan seguridad jurídica. En este sentido, los convenios, además de facilitar la coordinación entre poderes tributarios de diferentes Estados, proporcionan un marco jurídico más estable que la legislación interna de ellos, habida cuenta que su modificación está sujeta a un procedimiento específico de mayor complejidad que la modificación de la normativa interna.

1 Rodríguez Ondarza, J. A., "Los efectos de la fiscalidad en el marco de los convenios de doble imposición internacional. Análisis del caso Español", Instituto de Estudios Fiscales, PT N° 3/97, p. 14.

2 Briones Fernández, L., "Consecuencias fiscales en España de la planificación fiscal de inversores españoles en el extranjero", PSF, número 41, 1993.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 131

III. MEDIDAS PARA CONTRARRESTAR EL ABUSO DE TRATADOS

Los países signatarios de acuerdos internacionales se encuentran abocados a evitar que los residentes de terceros países utilicen abusivamente los beneficios derivados de los convenios suscriptos. A tal fin, se han incorporado en los distintos modelos de convenios ciertas disposiciones que tienen como propósito restringir el uso indebido de los beneficios establecidos en los convenios.

A continuación se analizarán las distintas disposiciones, comparando con los diferentes modelos de convenios existentes.

III.1. Definición de Residencia

El artículo 4° del MCOCDE establece que: *"A los efectos de este Convenio, la expresión 'residente de un Estado contratante' significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo."* Similar definición se encuentra en el Modelo de Convenio de las Naciones Unidas (MCNU).

Como se desprende del artículo transcripto, para que una persona o entidad sea considerada "residente" a los efectos del Convenio, debe mantener una sujeción al impuesto por la renta mundial obtenida, sin que ello implique que efectivamente se produzca el gravamen .

En ciertos Convenios se incluye la cláusula de sujeción efectiva al impuesto (*subject to tax clause*), la cual consiste en otorgar los beneficios del convenio sólo a las sociedades cuya renta derivada de un Estado está realmente sujeta a impuesto en el otro Estado, o bien, que el Estado de residencia sólo aplique el método de exención si se produce efectivamente tributación en el Estado de la fuente. Con ello se pretende que la renta de una sociedad no quede excluida de imposición en ambos Estados contratantes.

En los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE se recomienda limitar la aplicación de esta cláusula a los supuestos definidos por la existencia de sociedades interpuestas, proponiendo a esos efectos, la utilización de una cláusula en la que se opta por combinar las cláusulas de exclusión y de transparencia. Específicamente se establece que:

"Cuando la renta procedente de un Estado contratante sea recibida por una sociedad que sea residente del otro Estado contratante y una o más personas que no sean residentes de ese otro Estado:

a) posean directa o indirectamente, a través de una o varias sociedades, cualquiera que sea su Estado de residencia un interés sustancial en esa sociedad, bien sea por participación en su capital o por otros medios, y
b) ejerzan directa o indirectamente, aislada o conjuntamente, la dirección o control a esa sociedad, cualquier disposición de ese convenio que conceda una exención o reducción de impuestos se aplicará exclusivamente a la renta que esté sometida a tributación en el otro Estado de acuerdo con su legislación fiscal interna".

El fundamento de esta cláusula radica en que la distribución de la potestad tributaria entre ambos Estados requiere que el Estado de la fuente otorgue un beneficio fiscal sobre determinadas rentas, condicionada a su tributación efectiva en el Estado de residencia del beneficiario.

Como expresa Rodríguez Ondarza[3], una cuestión fundamental que se plantea con relación a esta cláusula es, sin duda, delimitar en forma precisa cuándo debe entenderse que una renta está sometida a tributación en el otro Estado de acuerdo con su normativa interna. En cualquier caso, resulta evidente que:

1. el concepto de "interés sustancial" es excesivamente ambiguo y requiere una mayor concreción. De todas maneras puede recomendarse su definición en términos de la posesión de un determinado porcentaje de capital o de los derechos de voto de la sociedad;
2. la cláusula requiere algún tipo de complemento (cláusula de buena fe) que salvaguarde esquemas societarios legítimos. De esta forma se evita la exclusión de los beneficios del convenio de aquellas sociedades que disfrutan de un trato fiscal privilegiado en su Estado de residencia y no han sido configuradas, como mecanismos de utilización abusiva de los convenios; y

3 Rodríguez Ondarza, J. A., "Los efectos de la fiscalidad en el marco de los convenios de doble imposición internacional. Análisis del caso Español", Instituto de Estudios Fiscales, PT N° 3/97.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 132

3. que dicha cláusula no resulta efectiva frente a las denominadas estructuras "*stepping stone*", es decir, aquellos esquemas en los que la tributación efectiva de la sociedad interpuesta es evitada "vaciándola" de resultados mediante cargos (por cánones, intereses o asistencia técnica) procedentes de sociedades vinculadas, que actúan generalmente como sociedades base.

Por otra parte, el artículo 4° del MCOCDE establece que para ser "residente" debe cumplirse un vínculo fáctico en el Estado de que se trate, y no sólo un vínculo jurídico como puede ser el lugar de constitución de una compañía. Por ello se expresa que "…*residente de un Estado contratante significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga*".

Atento a ello, en el caso de una persona jurídica, no basta con que esté constituida en uno de los Estados, sino que, además, debe existir un elemento fáctico que vincule al sujeto con el territorio. Dicho elemento fáctico estará evidenciado, por ejemplo, con el lugar de dirección de la entidad.

Con respecto a las Convenios suscriptos por Argentina, vigentes a la fecha, se pueden observar diferentes tipos de definiciones relativas a residencia:

a) Aquellos Convenios que siguen el art. 4° MCOCDE: Alemania, Bélgica, Brasil, Francia, Italia.
b) Aquellos que, además de seguir el artículo 4° MCOCDE incluyen dentro del concepto el lugar de constitución: Canadá, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido e Irlanda del Norte, Noruega, Países Bajos y Rusia.
c) Aquellos que sólo tienen en consideración el lugar de constitución: Australia y Bolivia.

Por su parte, el Modelo de Convenio de USA (MC USA) define la "residencia" tomando el criterio del lugar de constitución. Atento a ello, y con la finalidad de reforzar el concepto de residencia, USA ha introducido normas específicas en su Modelo de Convenio relativas a cláusulas de limitación de beneficios, para restringir su utilización a sujetos que gocen de un vínculo suficiente con el territorio del Estado de residencia.

III.2. Beneficiario Efectivo

Con la finalidad de evitar el abuso de tratados, la Organización para la Cooperación y desarrollo Económico incorporó -en el año 1977- a su Modelo de Convenio (MCOCDE) el término de "**beneficiario efectivo**", a fin de evitar que los beneficios derivados de él sean gozados por sujetos receptores de dividendos, intereses y regalías que no sean los reales "propietarios". Años más tarde, en 1986, se consideró necesario incluir comentarios al MCOCDE a fin que el término "beneficiario efectivo" tenga un alcance mayor al que involucra el significado legal del derecho común. Atento a ello, se resolvió que el término debe ser usado en su contexto y a la luz del objeto y propósitos del MCOCDE.

Posteriormente, siguiendo al Reporte sobre Compañías Conduit del año 1988, el Comentario se extendió para incluir a cualquier otro conducto que, aunque aparente ser el propietario del ingreso, tiene poderes muy limitados sobre el mismo, lo que lo convierte en un mero administrador o fiduciario por cuenta de su beneficiario efectivo.

En abril de 2011, la OCDE difundió un borrador para discusión sobre posibles cambios en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo en lo que respecta al concepto de beneficiario efectivo.

Los cambios que se introducen en los Comentarios enfatizan la necesidad de una interpretación del concepto en el contexto de los CDI, excluyendo a los agentes, mandatarios y a quienes reciban rentas por cuenta de otro actuando como un mero conducto. Agrega que en esos casos el receptor no es el beneficiario efectivo de las rentas (dividendos, intereses y regalías) pues no tiene el "derecho pleno a usar y gozar" de la renta. Entiende que, por lo tanto, esa renta no es de quien la recibió, al estar obligado a transferir el pago a otra persona. Según lo expresado en el borrador, esta obligación normalmente resultará de documentos legales, pero también podrá ser constatada en base a factores y circunstancias del caso de los que resulte que, en sustancia, el receptor no tiene el derecho pleno a usar y gozar de las rentas recibidas, aun siendo legalmente su titular.

El nuevo comentario ha sido objeto de diversas críticas, en particular en lo que respecta a los términos "derecho pleno a usar y gozar", al entender que lejos de aclarar el concepto generan el riesgo de excluir de los beneficios del CDI a situaciones en las que por cualquier motivo y actuando de buena fe el receptor de las rentas deba pagar una parte de las mismas a un tercero, solución que parece a todas luces incompatible con los objetivos de este tipo de acuerdo.

También se ha objetado que los cambios propuestos podrían generar serios problemas prácticos de aplicación. En tal caso, una entidad que pague intereses, dividendos o regalías a otra entidad residente en el otro

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 133

Estado contratante, se ve obligado a averiguar si el receptor de los mismos tiene el "pleno derecho a usar y gozar" las rentas para saber si es el beneficiario efectivo de las mismas.

No parece lógico suponer que ante la ausencia de elementos que justifiquen la no existencia de tales limitaciones esto pueda implicar que no se apliquen los beneficios del CDI para las rentas de las que se trate, máxime si se cumplen los requisitos que la legislación interna exigen, como por ejemplo, que se registre un contrato de tecnología ante el INPI y/o que se solicite la constancia de residencia fiscal de la entidad del exterior.

La aplicación práctica de esta cláusula ha planteado inconvenientes, por cuanto cada país mantiene criterios particulares sobre el alcance a otorgar al término "beneficiario efectivo".

En nuestro país, las normas impositivas no contienen una definición análoga de "Beneficiario Efectivo" y nuestra jurisprudencia recientemente en la causa "Molinos Río de la Plata S.A.", Sala "D", sentencia de fecha 14/08/2013 del Tribunal Fiscal de la Nación, expuso su postura en cuanto el alcance del vocablo "Beneficiario Efectivo". Ello, en el marco del CDI firmado por Argentina y Chile –actualmente sin vigencia debido a la denuncia de Argentina– el cual se basaba en el Modelo de Convenio del Pacto Andino y en el cual no se hace expresa mención de dicho término dado que el criterio de división de potestades tributarias elegida entre ambos países ha sido el de separación de fuentes (MC PA).

Respecto de la jurisprudencia internacional[4], se observa que a efectos de delimitar el alcance de Beneficiario Efectivo, se debe tener en consideración que:

a) No se trate de meras sociedades instrumentales;
b) El perceptor de la renta tenga el dominio y control de los fondos percibidos;
c) El beneficiario posea la disponibilidad sobre el activo productor de la renta;
d) El perceptor ostente el uso y goce de la propiedad del activo que genera la renta, debe asumir el riesgo y el control sobre la renta que percibe.

III.2.1. Beneficiario Efectivo y los distintos Modelos de Convenios

Como se ha expuesto precedentemente, el MCOCDE fue el que ha incorporado el término de "beneficiario efectivo", específicamente en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías). Posteriormente, el término también ha sido recogido por el MC ONU (que lo denomina "propietario beneficiario" en su acepción al español) y el MC USA.

Respecto del Modelo de Convenio del Pacto Andino (MC PA), aprobado por Decisión 40 con la modificación de la Decisión 578, no se establece referencia alguna respecto del término "Beneficiario Efectivo", y ello es razonable dado que el MC PA está basado en el criterio de la fuente, por lo cual la potestad de gravar las rentas o beneficios derivados de dividendos, intereses y regalías están reservados exclusivamente al país de la fuente.

III.2.2. Beneficiario Efectivo. Definiciones dadas por Chile

A través de la Circular N° 57, de fecha 16/10/2009, el Servicios de Impuestos Internos (SII) de Chile, emitió su opinión respecto del sentido y alcance de la expresión "Beneficiario Efectivo" y la aplicación de normas antiabuso que se incorporan en los CDTI vigentes en Chile.

El SII expresa que el término beneficiario efectivo es de importancia para la correcta aplicación de los CDI, ya que el objetivo que persigue es evitar que se haga uso indebido de sus beneficios, principalmente de la rebaja de las tasas de impuestos de retención sobre rentas cubiertas en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) y en el CDI con Malasia también en relación a las rentas por servicios técnicos cubiertas en su artículo 14.

De esta forma, el solo hecho que un residente de un Estado Contratante reciba rentas cubiertas por un CDI en los artículos mencionados, provenientes del otro Estado Contratante, no le da derecho a obtener los beneficios del mismo, ya que el contribuyente debe cumplir con el requisito de ser el beneficiario efectivo de la renta en cuestión.

A continuación se exponen las situaciones contempladas por el SII en la Circular antes citada:

4 Aiken Industries, Inc. v. Commissioner Of Internal Revenue, 56 T.C. 925; Northern Indiana Public Service Company v. Commissioner Of Internal Revenue, 105 T.C. 341; SDI Netherlands B.V. v. Commissioner, 107 T.C. 161; Del Commercial Properties Inc v. Commissioner Of Internal Revenue, TC Memo 411; Azadi Bachao Andolan v. India (2003-TII-02-SC-INTL); Her Majestic the Queen v. Prevost Car Inc., 2009 FCA 57, Tax Treaty Case Law IBFD; etc.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 134

a) Caso especial para el pago de dividendos de fuente chilena

Cabe mencionar que en el caso del artículo 10, dividendos, Chile ha reservado en todos sus CDI el derecho para seguir aplicando su legislación doméstica en cuanto a la tributación regular de dividendos, no siendo aplicable en consecuencia, para el caso de Chile la rebaja de tasas contemplada en el artículo 10.

Tal reserva varía en su ubicación dentro de los CDI (a veces se incluye en el texto del artículo 10, otras en el protocolo respectivo) y escasamente en su redacción, sin afectar, el propósito de la cláusula, cual es, el conservar el tipo de tributación integrada que la Ley sobre Impuesto a la Renta establece sobre la distribución de utilidades de fuente chilena.

A modo de ejemplo, se reproduce la cláusula de reserva incorporada en el CDI de Chile con España y que se aplica para el párrafo de reducción de la tasa aplicable a dividendos. La norma señala:

"Las disposiciones de este párrafo no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida que el impuesto de primera categoría sea deducible contra el impuesto adicional."

Teniendo en cuenta que Chile no aplica la rebaja de la tasa contemplada para el pago de dividendos de fuente chilena, el concepto de beneficiario efectivo para tales pagos carece de importancia desde el punto de vista de la aplicación de nuestra Ley sobre Impuesto a la Renta.

b) Explicación del término beneficiario efectivo

El término beneficiario efectivo no se encuentra definido en los CDI. El artículo 3, párrafo 2 de los CDI señala, en relación con términos no definidos en ellos, lo siguiente:

"…cualquier expresión no definida en el mismo CDI, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente tendrá el significado que, en ese momento, le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación impositiva sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado."

La legislación tributaria no cuenta con una definición del término beneficiario efectivo. Sin embargo, existen menciones en la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos, por ejemplo a través de la Circular N° 16 de 26 de febrero del 2009. Tales pronunciamientos se mantienen aplicables en relación con los casos particulares de que tratan.

Dado que los CDI son tratados internacionales, las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados son plenamente aplicables. En tal sentido y como resultado de la aplicación del artículo 31, párrafo 1 de la Convención de Viena, los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo al objeto y propósito que ellos persiguen (interpretación finalista), los cuales en el caso de los CDI son el evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal de los impuestos sobre la renta y el patrimonio.

Asimismo, en relación con el término beneficiario efectivo los CDI vigentes en Chile han seguido al modelo de Convenios para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (Modelo OCDE), por lo que los comentarios emitidos por OCDE y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena.

De esta forma, y a fin de dar mayor claridad respecto al alcance y aplicación del término beneficiario efectivo, los criterios entregados por OCDE en los comentarios a su modelo y en sus reportes sobre la materia son de relevancia para clarificar el entendimiento sobre el término beneficiario efectivo.

Cabe señalar que los comentarios y reportes de OCDE, que tratan sobre beneficiario efectivo, no entregan una definición específica sobre este término, sino que se han remitido a entregar directrices que sirven para ilustrar situaciones donde se reunirían o no los elementos necesarios para que una persona sea calificada como tal. Estas directrices se pasan a detallar a continuación.

Los comentarios OCDE señalan que el término beneficiario efectivo no debe ser utilizado en un estricto sentido técnico, sino que debe, más bien, interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del CDI, incluyendo la voluntad de evitar la doble tributación y de prevenir la evasión y la elusión fiscal.

En tal sentido, se excluyen del concepto de beneficiario efectivo a aquella persona residente en un Estado contratante que percibe una renta pero que actúa en su calidad de agente o de mandatario. Esto dado que sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera los beneficios de un CDI basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante del receptor inmediato de la renta.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 135

Asimismo, los comentarios señalan que sería contradictorio con los objetivos y propósitos del CDI que el Estado fuente concediera una *r*ebaja o exención del impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la respectiva renta. Asimismo se excluye del concepto a aquellas personas que tienen poderes limitados sobre la renta en cuestión.

En las situaciones antes descritas se excluyen de la calidad de beneficiario efectivo a las personas mencionadas ya que aun cuando tienen la calidad de residente del otro Estado contratante, al no ser considerados como los beneficiarios de la renta para fines tributarios en el Estado donde son residentes, no existiría riesgo de doble tributación.

Del mismo modo, OCDE ha excluido del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales (*"conduit companies")*. En tal sentido, el informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE titulado"*Double taxation conventions and the use of conduit companies",* en adelante Informe sobre sociedades instrumentales", llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo cuando, pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierten, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.

En su "Informe sobre sociedades instrumentales", OCDE explica que para estos efectos una sociedad instrumental es aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDI.

Con el fin de determinar si una sociedad es instrumental, un factor a considerar es si aquella sociedad ha realizado "acuerdos instrumentales" (*"conduit arrangements"*). Tales acuerdos son aquellos, por medio de los cuales un residente de un Estado con derecho a los beneficios del CDI, recibe una renta originada en el otro Estado contratante, pero se obliga legalmente o de hecho a traspasar directa o indirectamente, todo o parte importante de tal renta, en cualquier tiempo, de cualquier forma y a cualquier título que implique perder la facultad de disponer de dicha renta por parte del perceptor original, a otra persona que no es residente de los Estados contratantes.

Considerando las definiciones anteriores y a fin de determinar si nos encontramos frente a sociedades instrumentales, es necesario realizar tanto un análisis de las circunstancias de las sociedades que solicitan los beneficios del CDI, como de las transacciones o series de transacciones de que se trate.

En relación a las características de las sociedades instrumentales, algunos elementos y circunstancias a considerar para determinar si, respecto a una determinada renta, una sociedad puede o no ser considerada como instrumental, son, por ejemplo: la disponibilidad de un lugar físico donde la sociedad pueda desarrollar las actividades que dan origen a tales rentas; la existencia de activos en el Estado donde esta se encuentra constituida; la existencia de activos para llevar a cabo tales actividades; los riesgos asumidos en relación con la renta percibida; o la capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades. Por lo tanto, si la sociedad reúne los elementos antes mencionados, no debería ser considerada como instrumental.

En cuanto a las circunstancias económicas de la transacción o serie de transacciones, los factores a considerar con el fin de determinar si nos encontramos en presencia de un acuerdo instrumental serán, por ejemplo: la existencia de alguna obligación, ya sea legal o de hecho, de traspasar las rentas recibidas a terceras personas; si es que la entidad intermediaria percibe alguna comisión o *"spread"* por la transacción; o si se han constituidos garantías por otras partes en relación con las obligaciones de la sociedad que solicita los beneficios del CDI.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, se puede mencionar que para que un residente de un Estado contratante sea calificado como beneficiario efectivo de una renta, se requiere que la persona que invoca los beneficios del convenio, ya sea natural o jurídica, no cumpla con los criterios antes enunciados para ser calificado como instrumental, concepto que se determinará no tan sólo analizando si la persona actúa como agente o mandatario, sino también pudiendo considerar el simple hecho que tal persona realiza un acuerdo instrumental.

Cabe señalar que, cuando el receptor de la renta es residente de un Estado con el cual Chile tiene un CDI vigente o de un tercer Estado sin CDI y tal persona se encuentra actuando sólo como un mero agente o intermediario del beneficiario efectivo de la renta, el cual tiene residencia en un Estado con el cual Chile tiene un CDI, el CDI aplicable será aquel vigente entre Chile y el Estado de residencia del beneficiario efectivo de la renta.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 136

A continuación, se describen dos ejemplos de casos en que pueden servir para ilustrar el concepto de beneficiario efectivo:

Caso 1: Una compañía matriz residente en un país "X" ("X Co") que no tiene CDI con Chile quiere otorgar un préstamo a su subsidiaria en Chile ("CH Co"), cuyos intereses estarán sujetos a una imposición de 35%, según el N° 1, del inciso cuarto del Artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. La matriz concluye que puede reducir el impuesto de retención de Chile si en lugar de prestar directamente el dinero a la subsidiaria chilena, efectúa el préstamo indirectamente a través de una sociedad residente en un país "Y" ("Y Co") con el cual Chile tiene un CDI, en el cual se contempla una tasa de 15% de impuesto de retención sobre los intereses. Para tal efecto, X Co otorga un crédito a tres años por US$1.000.000 a Y Co a una tasa de interés anual de 6%. En dicho acuerdo Y Co se compromete a otorgar un crédito de US$1.000.000 a CH Co a una tasa anual de 6%. En caso que CH Co no pague los intereses en las fechas correspondientes Y Co no se encontrará obligado a pagar los intereses debidos a X Co. Por su parte, Y Co recibe una comisión de administración igual al 0,2% del pago de intereses por sus servicios. Y Co no tiene locales disponibles, ni empleados y su capital es mínimo.

En el ejemplo, el préstamo fue otorgado por una "sociedad instrumental". En efecto, la sociedad residente en Y recibe el interés desde Chile para transferirlo a X Co, de manera que Y Co no es la parte que realmente goza de los intereses y por consiguiente no es el beneficiario efectivo de los mismos. En consecuencia, los intereses que se pagarán desde Chile deben estar sujetos a una tasa impositiva de 35%.

Caso 2: Una compañía matriz residente en un país "X" ("X Co") que no tiene CDI con Chile quiere ceder el uso de una marca comercial a su subsidiaria en Chile ("CH Co"), debiendo pagar esta última por el uso de dicha marca, regalías afectas a una imposición de 30% en Chile, según el N° 1, del inciso primero del Artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. La matriz considera que puede reducir el impuesto de retención de Chile si en lugar de ceder el uso de las regalías a la subsidiaria en Chile, lo hace a su subsidiaria residente en un tercer país "Y" ("Y Co"), país con el cual Chile tiene un CDI que contempla una tasa menor de 15%. La cesión del uso de la marca se hace de la siguiente forma: X Co le cede a su subsidiaria Y Co el derecho de ceder la marca a CH Co, y por su parte CH Co le paga las regalías a Y Co.

En el ejemplo, el uso de la marca fue cedido a una "sociedad instrumental", pues en esencia Y Co recibe las regalías desde Chile para transferirlas a su compañía matriz. En efecto, Y Co sólo tendrá un derecho formal sobre las rentas, por lo que no puede ser considerada beneficiario efectivo de las mismas. En consecuencia, las regalías que CH Co le paga a Y Co deben estar sujetas a una tasa impositiva de 30%.

c) Otras disposiciones

Tal como lo señala la resolución N° 16 del 30 de enero del 2008, los contribuyentes obligados a efectuar la retención establecida en el artículo 74 N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta deben presentar una declaración jurada anual conforme al formulario N° 1850 denominado "Declaración Jurada Anual sobre Impuesto Adicional de la Ley sobre Impuesto a la Renta que grava a las rentas de fuente nacional percibidas o devengadas por personas sin domicilio ni residencia en Chile". Dentro de la información que en tal declaración debe ser aportada, el contribuyente deberá declarar que el receptor de la renta beneficiada por el CDI y quien es residente en un Estado con el cual Chile tiene un CDI en vigencia, es el beneficiario efectivo de las rentas de que se trata, en conformidad a los criterios emitidos por esta Circular.

Asimismo, los contribuyentes a que se refiere el número anterior, deberán tener a disposición del Servicio de Impuestos Internos, para cuando este lo requiera, toda la documentación que acredite la veracidad de la mencionada declaración jurada en lo relativo a la calidad de beneficiario efectivo del receptor de la renta.

El Servicio de Impuestos Internos procederá al intercambio de información con las autoridades competentes de los Estados con los cuales Chile tiene CDI en vigencia, con el fin de confirmar que las personas que invocan los beneficios del CDI sean los beneficiarios efectivos de las respectivas rentas.

Norma de exclusión de Beneficios para rentas pasivas

En los comentarios al Modelo OCDE se describe una norma de exclusión cuyo propósito es evitar que los beneficios previstos en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses), 12 (regalías) y 21 (otras rentas) del Modelo OCDE puedan aplicarse a operaciones en las que se participa con el objetivo principal de verse favorecido con dichos beneficios.

Tal norma viene a confirmar uno de los principios rectores en la aplicación de los CDTI, esto es, que sus beneficios no deben ser otorgados cuando uno de los propósitos principales para realizar determinadas ope-

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 137

raciones ha sido asegurar una tratamiento tributario más favorable, ya que la entrega de los beneficios en tal caso estaría en contradicción con los objetivos y propósitos de las cláusulas pertinentes del CDTI.

En todos los CDTI suscritos por Chile, se ha incorporado la norma de exclusión antes descrita para limitar la imposición en la fuente de intereses y regalías. También se ha incluido respecto a dividendos en gran parte de ellos. En algunos CDTI se ha incorporado como parte de sus Disposiciones Misceláneas, del Procedimiento de Acuerdo Mutuo, de la Cláusula de Limitación de Beneficios o de su Protocolo, remitiéndose, según sea el caso, a la imposición de intereses, regalías, dividendos, u otras rentas. En el anexo de esta Circular se podrá apreciar la ubicación de esta norma y su alcance en los diferentes CDTI chilenos.

Cabe señalar que esta norma, que se aplica con independencia del concepto de beneficiario efectivo antes descrito, exige que la transacción o serie de transacciones de que se trata, tengan como propósito principal, o sea uno de sus propósitos principales, obtener beneficios que sin la existencia de la transacción no se hubiesen otorgado. Para determinar que un contribuyente se encuentra en tal situación, el Servicio de Impuestos Internos tendrá que analizar la transacción o serie de transacciones en su debido contexto y caso a caso, pues cada situación debe considerarse de acuerdo a sus particulares hechos y circunstancias.

A continuación, se citan, a modo de ejemplo, artículos de los CDTI en los cuales se recoge la señalada norma:

i) Artículo 10(6), Dividendos, CDTI entre Chile y Dinamarca: *"Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución de las acciones u otros derechos en relación con los cuales los dividendos se pagan, fuera el sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución."*

ii) Artículo 11(8), Intereses, CDTI entre Chile y Brasil: "*Las disposiciones del presente Artículo no se aplicarán si el principal propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o la atribución del crédito en relación al cual los intereses son pagados, fuera el de sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución.*

iii) Artículo 12(7), Regalías, CDTI y Noruega: *"Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona relacionada con la creación o atribución de derechos en relación a los cuales las regalías se paguen fuera el de sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución.*

iv) Artículo 27(6), Disposiciones Misceláneas, CDTI entre Chile y Francia: *Las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 20 (otras rentas) no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del derecho o crédito en relación con el cual los dividendos, los intereses, regalías u otras rentas se paguen, sea el de obtener los beneficios de esos artículos mediante tal creación o atribución.*

A continuación se cita un ejemplo en el cual la norma de exclusión sería aplicable:

Una compañía matriz residente en un país "X" ("X Co") que no tiene CDI con Chile otorga un préstamo a su subsidiaria en Chile ("CH Co") por US$1.000.000, a cambio de un pagaré emitido por CH Co. X Co advierte que puede rebajar el impuesto de retención de 35% en Chile del N° 1 del inciso cuarto del Artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, cediendo el pagaré a su subsidiaria residente en "Y" ("Y Co"), país con el cual Chile tiene un CDI vigente, a cambio de un nuevo pagaré emitido por Y Co a su favor. El pagaré emitido por CH Co devenga un 7% de interés y a su vez el pagaré emitido por Y Co devenga un 6,75%.

En el presente ejemplo es claro que el objetivo perseguido por las partes, mediante los acuerdos descritos, es el obtener la rebaja de tasas prevista en el convenio respectivo. Por lo tanto, en tal situación, los beneficios del convenio deben ser denegados como aplicación de la norma de exclusión, quedando así los intereses que se pagan desde Chile sujetos a una tasa impositiva de 35%.

Conclusión

La cláusula de beneficiario efectivo y la exclusión de beneficios para rentas pasivas son dos reglas que fijan criterios para determinar la procedencia del otorgamiento de los beneficios previstos en los CDI, constituyendo asimismo una fuerte protección contra su abuso o uso indebido. En efecto, tales normas, desarrolladas en este circular, tienen como propósito asegurar que los beneficios del convenio sean obtenidos por residentes de los Estados contratantes y no por residentes de terceros Estados que no tendrían derecho a tales beneficios.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 138

Las dos normas y sus metodologías son independientes una de la otra, debiendo aplicarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso que se analice, así como también de acuerdo al objeto y propósito de los CDI, cuales son el evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal de los impuestos sobre la renta y el patrimonio.

ANEXO

Convenios para evitar la doble tributación vigentes en Chile

Convenio Tributario	Ubicación de la Norma de Exclusión
Brasil	Art. 11 (8) Intereses y Art. 12 (7) Regalías.
Canadá	Art. 11 (7) Intereses y Art. 12 (7) Regalías.
Corea del Sur	Art. 11 (7) Intereses y Art. 12 (7) Regalías.
Croacia	Art. 24 (5) Procedimiento de Acuerdo Mutuo que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Dinamarca	Art. 10 (6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Ecuador	Art. 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
España	Protocolo IX que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Francia	Art. 27 (6) Disposiciones Misceláneas que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 12 (Regalías) y 20 (Otras Rentas).
Irlanda	Art. 10 (6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Malasia	Art. 10 (6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
México	Art. 11 (7) Intereses y Art. 12 (7) Regalías.
Noruega	Art. 11 (7) Intereses y Art. 12 (7) Regalías.
Nueva Zelanda	Artículo 22 (2) Limitación de Beneficios que se aplica a los Artículos (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Paraguay	Art. 10(6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Perú	Art. 11(7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Polonia	Art. 11(7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Portugal	Protocolo 6 que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Reino Unido	Art. 10(6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.
Suecia	Art. 10(6) Dividendos, 11 (7) Intereses y 12 (7) Regalías.

III.3. Cláusulas de Limitación de Beneficios

Ante la ineficacia de la cláusula de "**Beneficiario Efectivo**", varios países han incorporado medidas concretas a fin de evitar este abuso de tratados, pudiéndose diferenciar:

III.3.1. Cláusula de la Abstinencia

Consiste en que un país se abstenga de concluir tratados de doble imposición o denuncie los existentes con países de tributación fiscal favorecida, denominados "paraísos fiscales"[5], esto es, jurisdicciones que:

- no impongan impuestos sobre los rendimientos obtenidos fuera de su territorio por una sociedad o que, si los imponen, sean ínfimos;
- no graven los pagos efectuados al extranjero;
- no establezcan requisitos formales o registrales complejos; y
- no impongan limitaciones a la distribución, directa o indirecta, de los beneficios.

Esto explica que muchos de los Estados considerados como paraísos fiscales no tengan concertados convenios de doble imposición.

5 Para un mayyor análisis acerca de los paraísos fiscales, se recomienda la lectura del Título III, Capítulo 1, p. 257 del libro "El impacto de la Tributación sobre las operaciones internacionales"

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 139

Sin embargo, esta medida no resulta suficiente para solucionar la totalidad de las estructuras utilizadas en el *treaty shopping*, como es el caso de las empresas trampolines.

III.3.2. Cláusula de la Transparencia

Su finalidad primordial es excluir del ámbito de aplicación del convenio a aquellas sociedades o entidades que no sean residentes en los Estados contratantes mediante la adopción de medidas destinadas a gravar los beneficios acumulados en las entidades no residentes. Ello implica que los beneficios del convenio sólo serán aplicables a una sociedad siempre que su capital pertenezca a residentes del país donde está domiciliada. Debido a esto, los rendimientos serán percibidos por residentes de dicho país.

Como se puede apreciar, la aplicación del convenio a una sociedad no sólo depende del Estado donde esta resida, sino también de la residencia de sus socios o partícipes. Una versión sofisticada de este enfoque es la que hace abstracción del accionista nominal para referirse al efectivo, esto es, la persona que en última instancia reciba los beneficios distribuidos.

Entre los convenios que incorporan cláusulas de esta naturaleza cabe destacar los de EE.UU., que en su art. 17.1.d) supedita la aplicación de los beneficios del Convenio en el Estado fuente de la renta, a las organizaciones exentas de un Estado, a la condición de que la mitad de los beneficiarios, miembros o partícipes de dicha organización tengan derecho a los beneficios del convenio.

A su vez, en el artículo 17.1.g) del convenio mencionado se recoge la aplicación de esta cláusula ligada con la destinada expresamente a la utilización de las sociedades de tránsito.

La aplicación de esta cláusula puede traer aparejada ciertos inconvenientes. En primer lugar, su aplicación sin límites puede desconocer la existencia de determinados casos en los que la interposición de sociedades responde al ejercicio legítimo de una actividad empresarial, sin tener como objetivo la utilización abusiva de un convenio. Asimismo, constituye una cláusula de difícil aplicación en el caso de países que permitan en su legislación las acciones al portador, por ejemplo. Por último, deja sin resolver la problemática planteada por las denominadas "*stepping stone companies*".

III.3.3. Cláusula de la Exclusión

Se busca concluir convenios fiscales con otros países, con la consecuencia de dejar fuera de los beneficios del convenio (como exenciones o reducciones impositivas), a aquellas empresas residentes en uno de los Estados contratantes que gocen de un régimen fiscal privilegiado o estén radicadas en un área fiscal de privilegio.

No obstante y con el fin de restringir el ámbito de este enfoque, cabe la posibilidad de que la exclusión de beneficios del convenio se declare limitada a determinadas rentas (dividendos, intereses, ganancias de capital, etc.), resultando el convenio de aplicación a los restantes aspectos (procedimiento amistoso, intercambio de información, no discriminación, etc.).

La exclusión puede ser relativa a:

- Determinados tipos de sociedades: En este ámbito se sitúa el convenio suscripto por España con Luxemburgo, en cuyo Protocolo se establece la no aplicación de las normas del convenio a las sociedades holding definidas en la legislación especial luxemburguesa de 1929, otro ejemplo es el caso de las sociedades en transparencia fiscal internacional, o a determinados rendimientos como el caso de intereses, dividendos o cánones.
- Sociedades domiciliadas en determinados territorios: referidas a zonas especiales o centros *off-shore* en un Estado que no posee la totalidad de las características necesarias para ser considerado como un paraíso fiscal, como es el caso de Madeira en Portugal, Islas Canarias en España y Dublín en Irlanda.

III.3.4. Cláusula del Tránsito o Evitación de Sociedades Canales

Se pretende lograr la tributación efectiva de sociedades interpuestas, evitando el vaciamiento de sus resultados mediante cargos procedentes de sociedades vinculadas situadas en jurisdicciones de baja imposición fiscal. Este sistema se utiliza en el caso de una estructura empresarial tipo "*stepping stone*" o de varios escalones.

Su objeto es obstaculizar que la renta de la sociedad aparente sea absorbida por los pagos a los accionistas o personas vinculadas en forma de gastos deducibles de la actividad empresarial.

Se puede observar a través del siguiente ejemplo cómo funciona esta cláusula:

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 140

Una sociedad "canal" "X" recibe de una sociedad '"Z", generalmente constituida en un paraíso fiscal, el derecho a utilizar por sí misma o de ceder a un tercero un intangible (patente, *know-how*, etc.), a cambio del pago de un canon alto. Ese derecho se cede a la sociedad "Y", constituida en un país con elevado nivel de imposición. Esta última cesión tendería a efectuarse por un precio idéntico al pagado por la sociedad "X". Así se lograrían reducir los beneficios de la sociedad "Y" sin aumentar los de la sociedad "X", la que compensará el canon recibido con el canon pagado. Para que el esquema tenga efectividad máxima, el país en el que se constituye la sociedad "X" debe tener firmado un convenio de doble imposición con el país en el que está constituida la sociedad "Y", de forma que la retención sobre el canon pagado sea nula o baja.

Ante este tipo de situaciones, profundizan las cláusulas destinadas a excluir de los beneficios de los convenios a aquellas sociedades residentes en un Estado que destinen una parte sustancial de la renta obtenida en el otro Estado a satisfacer obligaciones con personas no residentes, que detenten una participación sustancial o que ejerzan la dirección o control de la sociedad.

Con el objeto de solucionar el problema planteado en el ejemplo anterior y con la aplicación de la cláusula bajo análisis, se debe negar a la sociedad "X" un tratamiento fiscal ventajoso en cuanto a los dividendos, los intereses y los cánones protegidos por un convenio si un determinado porcentaje de los rendimientos íntegros de "X" se utiliza para hacer frente a pagos de esa naturaleza a personas o sociedades no residentes en el Estado "X". Mediante esta medida se pretende evitar que la sociedad "X" actúe de "canal" elusor.

En los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE se incluye como propuesta:

"Cuando la renta procedente de un Estado contratante sea recibida por una sociedad que sea residente del otro Estado contratante y una o más personas que no siendo residentes de ese otro Estado:

a) tengan directa o indirectamente, a través de una o varias sociedades cualquiera que sea su estado de residencia, un interés sustancial en esta sociedad, ya sea por participación en su capital o por otros medios, y
b) ejerzan directa o indirectamente, aislada o conjuntamente, la dirección o control de dicha a sociedad, cualquier disposición de este convenio que conceda una exención o reducción de impuestos, no se aplicará si más de un 50% de dichas rentas se utilizan para satisfacer compromisos con tales personas (incluyendo intereses, cánones, gastos de investigación y desarrollo, amortización de todo tipo de bienes incluidos los bienes inmateriales, etc.)".

Como se puede apreciar, se establece la exclusión de los beneficios del convenio a aquellas sociedades residentes en un Estado que, encontrándose participadas sustancialmente, de forma directa o indirecta, por personas o entidades no residentes en ese Estado, destinen más del 50% de la renta obtenida en el otro Estado a satisfacer obligaciones con tales personas, y ello con total independencia de la naturaleza de la actividad de la que se deriva la renta de la sociedad.

Una cuestión fundamental en la aplicación de esta cláusula es, por lo tanto, determinar la correlación existente entre la renta recibida por la sociedad procedente del Estado fuente y la renta destinada a satisfacer las obligaciones contraídas con los partícipes no residentes, cuestión que en ocasiones introduce una fuerte complejidad en su aplicación.

Rosembuj[6] considera que en ningún caso resulta aceptable la aproximación matemática contenida en el Modelo de EE.UU. puesto que habrá períodos en los que más del 50 por ciento de la renta se deba aplicar a obligaciones con los accionistas principales, y otros en los que no se producirá, con lo cual la actuación del convenio queda al albur de las vicisitudes de la actividad de la empresa, lo que introduce un factor de incertidumbre evidente.

III.3.5. Cláusula de la Buena fe

Evidentemente, una adecuada definición del ámbito personal de aplicación de los convenios de doble imposición precisa no sólo de cláusulas modelo sino también de una colaboración más estrecha entre los Estados contratantes mediante procedimientos amistosos y el desarrollo de los mecanismos de intercambio de información que permitan resolver con mayor flexibilidad los problemas concretos que se puedan plantear en la práctica.

6 Rosembuj, T., "Fiscalidad Internacional", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1998, p. 138.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 141

Los diferentes países han reconocido que la aplicación estricta de las medidas analizadas anteriormente puede llegar a impedir el establecimiento de estructuras de planificación fiscal internacional plenamente legales, y así determinar la exclusión de la aplicación de los convenios a sociedades que no persiguen una utilización abusiva de los mismos.

Ello conlleva la necesidad de complementarlas con criterios adicionales de salvaguarda que posibiliten el establecimiento de estas estructuras de planificación internacional con fines elusivos.

A tal efecto se ha desarrollado el enfoque conocido como de la "buena fe".

A través de este método se dictan disposiciones específicas con el objeto de garantizar que las transacciones realizadas de "buena fe" se beneficien de las ventajas del convenio. Para ello es necesario que se cumplan ciertas condiciones, que suelen referirse a los siguientes aspectos:

- Existencia de motivos razonables para la interposición de sociedades,
- actividad empresarial de la sociedad en el Estado de residencia,
- cuantía de impuestos pagados en su Estado de residencia, y
- registro de sus acciones en una bolsa de valores reconocida oficialmente.

Este enfoque se concreta con la introducción de diversas cláusulas de salvaguarda en los convenios para evitar la doble imposición internacional, como ser:

III.3.5.1. Cláusula general de Buena fe (*motive test*)

Busca admitir la aplicación de las disposiciones del convenio a aquellas sociedades que demuestren que su operatoria está motivada por razones extrafiscales, sin tener como objetivo principal el disfrute de los beneficios del convenio. Por lo tanto, se considera lícita la interposición de sociedades para llevar a cabo una actividad empresarial o incluso para adquirir o mantener la titularidad de participaciones u otras propiedades, siempre que se haga por legítimos motivos comerciales o empresariales y no con el objetivo principal de obtener la aplicación de un convenio.

La redacción propuesta en los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE es:

"Las disposiciones anteriores no se aplicarán cuando la sociedad establezca que su objetivo principal, sus actividades y la adquisición o mantenimiento de la participación o de cualquier otro bien generador de la renta en cuestión, esté motivado por verdaderas razones comerciales y, por tanto, no tiene como principal objetivo el disfrute de los beneficios del convenio."

En cuanto a los convenios españoles que incorporan cláusulas de este tipo, el de Estados Unidos (art. 17.2) reconoce el derecho a los beneficios del convenio para aquellas personas que demuestren al Estado origen de la renta que su constitución y la realización de sus actividades no ha tenido como objetivo principal el disfrute de los beneficios del tratado.

III.3.5.2. Cláusula de la Actividad (*activity test*)

Las medidas antiabuso de los convenios no resultan aplicables en aquellos casos en que las sociedades residentes de un Estado sean capaces de demostrar que las rentas obtenidas en el Estado de la fuente estén estrechamente vinculadas a la actividad empresarial desarrollada por la sociedad en su Estado de residencia.

Por ello, la sociedad debe demostrar que ejerce una verdadera actividad comercial o industrial en su Estado de residencia y que la reducción impositiva solicitada en el Estado fuente se relaciona con rentas obtenidas en el mismo y que están vinculadas con tal actividad.

La OCDE aconseja, en sus Comentarios del Modelo de Convenio, la redacción de esta cláusula limitadora de la aplicación de las disposiciones antiabuso de los convenios como:

"Las disposiciones anteriores no se aplicarán cuando la sociedad ejerza importantes actividades industriales o comerciales en el Estado contratante del que sea residente y la reducción de impuestos solicitada en el otro Estado contratante afecte a rentas que estén vinculadas a tales actividades."

El artículo 17.1.e) del convenio firmado entre EE.UU. y España contiene una cláusula de este tipo, declarándose aplicables los beneficios del convenio, entre otros supuestos, a las rentas remitidas por un residente de un Estado contratante al otro Estado contratante en la medida en que sean obtenidas en relación con, o sean accesorias a la realización activa por dicho residente de una actividad empresarial en su Estado de resi-

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 142

dencia (distinta de la realización o gestión de inversiones, salvo en el caso de que estas actividades sean realizadas por entidades bancarias o compañías de seguros).

III.3.5.3. Cláusula de la Cuantía del impuesto (*amount-of-tax test*)

De acuerdo con esta cláusula, no son aplicables las medidas antiabuso de los convenios cuando la reducción de impuestos en el Estado de la fuente no supere el impuesto efectivamente pagado en el Estado de residencia.

En los Comentarios del Modelo de Convenio de la OCDE, la redacción de esta cláusula es la siguiente:

"Las disposiciones anteriores no se aplicarán cuando la reducción de impuestos solicitada no exceda del importe del impuesto efectivamente percibido por el Estado de residencia de la sociedad."

III.3.5.4. Cláusula de la Cotización en Bolsa (*stock exchange test*)

Una sociedad se verá favorecida por las disposiciones del convenio si las acciones de una sociedad residente en alguno de los Estados contratantes se encuentran registradas y cotizan en un mercado de valores reconocido.

La OCDE ha redactado esta cláusula en los Comentarios del Modelo de Convenio de la siguiente forma:

"Las disposiciones anteriores no se aplicarán a una sociedad residente de un Estado contratante si las acciones de la principal categoría de acciones de esta sociedad cotizan en una Bolsa de valores reconocida en un Estado contratante o si son poseídas en su totalidad, directamente o a través de la intermediación de una o varias sociedades residentes del primer Estado, o por una sociedad que es residente del primer Estado y cuyas acciones de la categoría principal cotizan de la misma manera."

El artículo 17.1.f) del convenio entre EE.UU. y España contiene una cláusula similar, declarándose aplicables los beneficios del convenio a una persona residente en un Estado contratante que obtiene rentas en el otro Estado contratante cuando la persona es una sociedad cuya clase mayoritaria de acciones se negocia sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido, o cuyas acciones de cada clase se detentan en más de un 50% por residentes de ese Estado contratante cuya clase mayoritaria de acciones se negocia sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido.

III.3.5.5. Cláusula de la Reducción alternativa (*alternative relief provision*)

Tiene por objeto permitir que una sociedad residente en un Estado que obtiene rentas en el otro Estado pueda disfrutar de los beneficios del convenio firmado por ambos en el caso concreto de que la sociedad esté participada por residentes de un tercer Estado que, a su vez, tenga firmado un convenio con el Estado fuente de la renta en el que se reconozca una reducción de impuestos no inferior a la establecida en el convenio concluido entre los Estados de residencia de la sociedad y el de la fuente.

En los Comentarios del Modelo de Convenio, la OCDE propone:

"En los casos en que una cláusula destinada a evitar el uso abusivo de los convenios se refiera a los no residentes de un Estado contratante, se podrá prever que esta expresión sea interpretada de forma que no incluya a los residentes de terceros Estados que hayan concluido convenios relativos al impuesto sobre la renta con el Estado contratante en el que se solicita la reducción impositiva, siempre que esos convenios prevean una reducción de impuestos que no sea inferior a la solicitada en virtud del presente convenio."

Un ejemplo de este tipo de cláusula lo proporciona el convenio de EE.UU. con España -art. 2.1.b)- al declarar aplicable el convenio a los impuestos especiales sobre las primas de seguros pagadas a aseguradores extranjeros sólo en la medida en que los riesgos cubiertos por tales primas no hayan sido reasegurados con personas que no tengan derecho a la exención de dichos impuestos, con arreglo a este o a cualquier otro convenio aplicable a los mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARESPACOCHAGA, J. De, "Planificación Fiscal Internacional", Marcial Pons, Madrid 1998, 2° edición.
- ALI, The American Law Institute, 1991, "Federal Income Tax Project – Tentative Draft N°16", United States Income Tax Treaties, Philadelphia, 1991.
- BECKER, H. y WURM, F., "Treaty Shopping – and Emerging Tax Issue and its Present Status in Various Countries", Deventer (Holanda), Kluwer, 1988.
- BENNETT, M., "The U.S. – Netherlands Tax Treaty Negotations: A.U.S. Perspective", in IBFD, 1991.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 143

- CAMPAGNALE, N. P., CATINOT, S. G. y PARRONDO, A. J., "El Impacto de la Tributación sobre las Operaciones Internacionales", Ed. La Ley, Marzo de 2000.
- HINNEKENS, L., "The Application of Anti-Treaty Shopping Provisions to Belgian Co-ordination Centers", in INTERTAX, 1989.
- HORAK, J., "The Use an Abuse of Double Taxation Agreements", tesis presentada a la Universidad de Stellenboch, África del Sur, 1987.
- ISENBERGH, J., International Taxations, III, 61.12.3., Aspen, 1997.
- LAUTERPACHT, E., "International Law", vol. 1, Cambridge, University Press, 1970.
- LANG, Michel, PISTONE, Pascuale y O., "Beneficial Ownership: Recent Trends", IBFD, 2013.
- OCDE, "Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies", International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies (Issues in International Taxation, n. 1), París, OCDE, 1987.
- RODRÍGUEZ ONDARZA, J. A., "Los efectos de la fiscalidad en el marco de los convenios de doble imposición internacional. Análisis del caso Español", Instituto de Estudios Fiscales, PT N° 3/97.
- ROSEMBLOOM, H., Review: OCDE Report Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, INTERTAX, 1988.
- ROSEMBUJ, T., "Fiscalidad Internacional", Marcial Pons, Madrid, 1998.
- ROSEMBUJ, T., "El Fraude de ley y el abuso de las formas en el Derecho Tributario", Madrid, 1994.
- SAURABH, Jain, "Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases", IBFD, 2013.
- SILVERSTEIN, L., "The Tax Reform of 1986", vol. I, Legislative History, Tax management Portfolios, Washington, DC, TAX Management Inc., 1986.

129-T2-Campagnale_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:28 Página 144

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 145

LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA. ALGUNAS REFLEXIONES A LA LUZ DE LA DOCTRINA NORTEAMERICANA DE LA *SUSTANCIA ECONÓMICA*

VALERIA ESTATHIO*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL TEMA

El principio de la realidad económica tiene en la Argentina un expreso fundamento normativo. El artículo 2° de la Ley 11.683 dispone: *"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"*.

El principio de la realidad económica fue introducido en nuestro país por el Decreto 14.341/46[1], y su redacción se ha mantenido inalterada hasta ahora.

Este precepto reconoce origen en la tradición germano-italiana imperante en los años treinta, siendo el maestro Dino Jarach su gran difusor en nuestro país.

Para Jarach, en la aplicación de la ley tributaria, debía prevalecer la voluntad empírica (*intentio facti*) sobre la intención revelada por las partes a través del negocio jurídico celebrado (*intentio juris*).

La tesis subyacente es que la voluntad de la ley ha sido la de abarcar con el impuesto a toda estructura jurídica que tenga el mismo contenido económico, con excepción de los tributos definidos específicamente en función de la forma jurídica adoptada.

El principio así entendido denota la intención de resguardar el erario público, habilitando que se desconozcan o recaractericen operaciones cuya sustancia, según se interpreta, el legislador quiso alcanzar con el tributo, al que el contribuyente intentó escapar de modo ilegítimo, mediante la adopción de una forma jurídica impropia.

Más allá de la clara finalidad de este principio, su aplicación en las situaciones concretas presenta importantes problemas al momento de determinar si la estructura empleada por el contribuyente debe ser dejada de lado y recalificada.

En general, en la experiencia argentina se observa que el principio de la realidad económica es aplicado de manera indiscriminada e imprecisa por la administración fiscal y por los tribunales[2]. En consecuencia, el alcance y los contornos del principio resultan borrosos.

Como bien se ha graficado, el principio de la realidad económica se agita como una suerte de fantasma, al que se le teme por su falta de corporeidad. Conceptos como abuso de derecho, fraude de ley, elusión, evasión, simulación o negocio indirecto quedan alcanzados, sin distinción, bajo el ámbito de actuación del principio de la "realidad económica", cuya aplicación amplia e indiscriminada afecta valores tradicionales del Estado de Derecho como son la autonomía de la voluntad, la libertad negocial, la interdicción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica[3].

---

* Abogada, graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, con orientación en Derecho Tributario. También ha obtenido un Máster en Derecho y Economía con orientación en Derecho Tributario de la Universidad Torcuato Di Tella y un LL.M. en International Taxation de New York University Law School. Ha publicado diversos trabajos en su área de especialización. Se desempeña profesionalmente como asociada en el Estudio O´Farrell.

1 Ratificado por Ley 12.922.

2 TARSITANO, Alberto, "Presupuestos, Limites y Consecuencias de la recaracterización tributaria de actos jurídicos", p. 86 en "Interpretación económica de las normas tributarias" coordinada por CASÁS, Osvaldo José, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.

3 TARSITANO, Alberto, "El principio de realidad económica y el exceso de la potestad calificadora del Fisco", trabajo preparado para el Curso de Postgrado organizado por la Universidad Católica Argentina, bajo la Dirección Académica de Rubén Asorey, en el año 1998, p. 267.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 146

Esta preocupación surge en cada oportunidad en que debe decidirse el modo de concretar un determinado negocio, y definir el tipo de operación o la estructura concreta a aplicar, cuando en función de ello puede resultar una menor carga tributaria u obtenerse algún ahorro impositivo en comparación con otra posible modalidad de realización del negocio de que se trate.

En virtud del riesgo que conlleva la aplicación amplia e imprecisa del principio de la realidad económica, alternativas que encuadrarían como supuestos de economía de opción –entendida como la obtención de un ahorro fiscal evitando la realización del hecho imponible a través de la utilización de alternativas normales brindadas por el ordenamiento jurídico– muchas veces se terminan dejando de lado para no asumir una contingencia ante el Fisco.

En el marco del cuestionamiento a la aplicación abusiva del principio de la realidad económica, se critica la exigencia por parte del Fisco de que la forma jurídica adoptada por el contribuyente responda a un propósito de negocio o sustancia económica, como pauta para determinar si corresponde recaracterizar la operación de que se trate.

Al respecto, se remarca que ese requisito no surge de la letra del artículo 2° de la Ley 11.683 (que sólo habilita la recaracterización de la operación cuando el contribuyente haya recurrido a formas jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice)[4].

Desde esta perspectiva, expresada prácticamente en forma unánime por la doctrina, la exigencia al contribuyente de demostrar un propósito de negocio o sustancia económica para evitar que sus operaciones sean recalificadas implica un claro apartamiento del texto legal.

Ahora bien, cabe que nos preguntemos si esta posición, no implica en cierto modo renunciar a la aplicación de un parámetro que podría resultar útil y necesario para circunscribir el universo de casos que deberían ser recalificados a la luz del principio de la realidad económica.

Lo que aquí se plantea, es que incluso en los supuestos en que las operaciones realizadas por el contribuyente presenten una estructura o una forma jurídica "que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice" la recalificación de tales operaciones sólo debería proceder cuando no exista un propósito de negocio o sustancia económica (distinto del mero intento de eludir el pago del tributo o una mayor tributación) que justifique la adopción de esa forma o estructura por el contribuyente.

Ello permitiría que, por un lado, no se recalifiquen operaciones llevadas a cabo mediante formas jurídicas "inusuales" pero en la que subyace un propósito de negocio o sustancia económica. Al mismo tiempo, se evitaría que el Fisco (y los tribunales) puedan recaracterizar operaciones por el mero hecho de que el contribuyente obtuvo algún tipo de ventaja fiscal en comparación con la figura jurídica que conlleva una carga tributaria más gravosa, sin permitir al contribuyente demostrar que efectivamente el contribuyente recurrió a la estructura en cuestión con el sólo fin de obtener dicha ventaja fiscal, lo cual debiera actuar como una eximente para la recalificación.

Se propone, entonces, analizar si la pauta sobre la existencia o no de propósito de negocio o de sustancia económica no es en rigor la que permite una interpretación armónica entre el artículo 2° de la Ley 11.683 y lo establecido en otros principios fundamentales del Estado de Derecho, en particular la autonomía contractual y la libertad negocial, consagrados por la legislación general y de derecho privado, y que reconocen sustento último en el principio de libertad alojado en el artículo 19 y concordantes de la Constitución Nacional.

Desde esta óptica, resulta oportuno profundizar en el análisis de los conceptos de propósito de negocio y sustancia económica, que reconocen origen en principios y doctrinas del derecho estadounidense, y han tenido en forma reciente expresa recepción legislativa.

Con este objetivo, en los capítulos siguientes se analizarán los alcances y la utilización de dichos conceptos en el derecho de ese país, con el fin de identificar parámetros que puedan resultar útiles en el derecho argentino, en el marco de la interpretación y aplicación del principio de la realidad económica.

Sobre la base de ese análisis, también se examinará un reciente pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación en el que se hizo aplicación de dicho principio de la realidad económica en el contexto de una operación internacional.

4 Ver por ejemplo GOTLIB, Gabriel, "El examen del propósito negocial ('Business Purpose Test'), en obra "Interpretación Económica de las normas tributarias", coordinada por por CASÁS, Osvaldo José, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, Capítulo XV, p. 612.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 147

Por último, se expondrán algunas conclusiones, a modo de puntos de partida para el debate que aquí se propone, y asimismo ciertas consideraciones finales que ponen en contexto las cuestiones y consideraciones expuestas en este trabajo.

II. LA DOCTRINA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA (*ECONOMIC SUBSTANCE*) EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE

II.1. La creación pretoriana de la doctrina – Los principios sentados por la Corte Suprema

La *doctrina de la sustancia económica* emana del principio del *substance over form* o principio de *sustancia sobre la forma* conforme el cual corresponde dar preeminencia a la transacción u operación subyacente por sobre la forma utilizada.

El origen de este principio se remonta al año 1913 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos falló en el precedente "S. Pac. Co v. Lowe" (247 U.S. 330, 337).

En el caso, estaba en discusión la verdadera fecha de concertación de una operación que habría sido manipulada por el contribuyente a los fines de sortear la entrada en vigencia del Impuesto a la Renta. La Corte sostuvo que la fecha invocada por el contribuyente carecía de sustancia y que la fecha real era anterior a la entrada en vigencia de la ley. Por tanto, consideró que la operación en cuestión se encontraba alcanzada por el impuesto[5].

De este principio de *sustancia sobre la forma* emanan distintas doctrinas, entre las cuales se encuentra la *doctrina de la sustancia económica* (*economic substance doctrine*) a la que nos referiremos en particular[6].

La *doctrina de la sustancia económica* fue consagrada en el famoso precedente "Gregory v. Helvering"[7] dictado por la Corte Suprema en el año 1935, en el que se examinó si correspondía mantener los efectos de la reorganización libre de impuestos llevada a cabo por la contribuyente Evelyn Gregory.

Gregory era la única accionista de UMC, que a su vez era el único accionista de Monitor Corp., y diseñó una estructura a los fines de poder enajenar las acciones que poseía en Monitor Corp. directamente en su carácter de persona física.

Si UMC hubiera vendido las acciones, se habrían generado ganancias de capital en cabeza de UMC. Para evitar el pago de ese impuesto, Gregory intentó llevar a cabo una reorganización libre de impuestos.

A tal fin, creó una entidad transitoria denominada Averill a la que UMC aportó todas las acciones en Monitor Corp. Simultáneamente, Averill emitió todas sus acciones a favor de Gregory. Luego, Gregory liquidó Averill y pretendió asignarles a las acciones adquiridas –mediante la liquidación de Averill– un costo de adquisición igual al valor de mercado. Seguidamente vendió las acciones a un tercero a valor de mercado, no generando ganancia gravada por el Impuesto a la Renta[8].

El Fisco consideró que la transferencia a favor de Averill debía ser desconocida y que Gregory era responsable por el pago del impuesto, como si UMC le hubiera pagado un dividendo equivalente a las ganancias realizadas con la venta a un tercero de las acciones de Monitor Corp.

La Corte Suprema consideró que la intención de ahorrar impuestos por parte de Gregory era irrelevante. Sostuvo en cambio que lo debía determinarse era si la operación llevada a cabo por Gregory estaba en línea con la finalidad de la norma sobre reorganizaciones libres de impuestos.

En ese sentido, en el fallo se sostuvo que las transferencias realizadas en el marco de una reorganización deben perseguir un plan de negocio (*business plan*) y que las transferencias realizadas con la única finalidad de extraer un activo de la empresa, no califican como plan de negocio. Se remarcó que este análisis es independiente de la verdadera motivación del contribuyente.

---

5 Ocho años después, en 1921, la Corte falló en el caso "United States v. Phellis" (257, U.S., 156, 168), reconociendo expresamente la importancia de mirar la sustancia y la necesidad de desconocer las formas al aplicar el Impuesto a la Renta derivado de la Decimosexta Enmienda, reafirmando el principio expuesto por primera vez en 1913.

6 Otra de las doctrinas emanadas de este principio y que también ha sido utilizada para recaracterizar transacciones a efectos tributarios es la denominada *step transaction doctrine* que permite mirar a la transacción como un todo, a efectos impositivos, en lugar de separar cada uno de los eslabones constituidos por las operaciones que podrían denominarse intermedias.

7 293, U.S. 465.

8 Cabe aclarar que de acuerdo al artículo 112 del Revenue Act, las acciones recibidas en el marco de una reorganización libre de impuestos no generan resultado para el accionista.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 148

La Corte hizo hincapié en que la operación llevada a cabo por el contribuyente no tenía ningún propósito de negocio y que ocultaba el verdadero plan subyacente consistente en transferir las acciones de Monitor Corp. a Gregory libre de impuestos.

El origen de la *doctrina de la sustancia económica* se completa con los precedentes "Higgins v. Smith" (308 U.S. 473, 477 (1940) y "Commissioner v. Court Holding Co." (324 U.S. 331,334, 1945).

En el primero de estos precedentes la Corte sostuvo que corresponde mirar la realidad de los hechos, y que si las formas empleadas para llevar a cabo el negocio encubren una ficción o maniobra, deben desconocerse los efectos de la transacción ficticia a efectos impositivos.

En el segundo de estos precedentes, la Corte sostuvo que no cabe permitir que la verdadera naturaleza de la transacción sea disfrazada con meros formalismos utilizados con el único fin de alterar las obligaciones tributarias. Ello, en el entendimiento de que la incidencia del impuesto depende de la sustancia de la transacción. A partir de estos precedentes, los tribunales inferiores han ido delineando una *doctrina de la sustancia económica* que se fue moldeando a los distintos casos concretos que se fueron presentando.

II.2. La aplicación de la doctrina por parte de los tribunales inferiores

La *doctrina de la sustancia económica* fue aplicada de modo divergente por el Fisco, las cortes inferiores y la Corte Suprema, lo cual generó una importante confusión e incertidumbre respecto a la forma y al alcance con el que debería ser aplicada la doctrina bajo análisis.

A continuación nos referiremos al precedente "Coltec Industries, Inc. v. United States"[9] dictado por la Cámara Federal del Tercer Circuito, para ilustrar el modo en que los tribunales inferiores han aplicado la doctrina.

Se trata de un fallo dictado en el año 2006 que ha despertado fuertes críticas y generado un debate que considero útil trasladar a nuestra discusión sobre el alcance del principio de la realidad económica.

En este precedente, la Cámara de Apelaciones invocó la *doctrina de la sustancia económica* para desconocer una estructura mediante la cual el contribuyente (Coltec) transformó una subsidiaria sin actividad (Garrison) en un vehículo con un propósito único (Garrison) al que transfirió un pagaré por 375 millones de dólares a cambio de acciones. Ello, a los fines de que este vehículo asumiera una contingencia vinculada a la utilización de asbestos por 374,5 millones de dólares. Seguidamente, Coltec vendió su participación en Garrison por 500.000 dólares, alegando una pérdida millonaria.

Los artículos 351 y 358 del Código Fiscal (*Internal Revenue Code*, en adelante "IRC") resultaban aplicables a la transacción. El artículo 351, inc. a) del IRC prevé que cuando se transfiere un activo a una sociedad controlada, a cambio de acciones, no debe reconocerse ningún resultado inmediato por esa operación. Por su parte el artículo 358, inc. a) del IRC fija las reglas para establecer el costo de adquisición de las acciones que el accionista recibe a cambio de la propiedad transferida. Conforme esta disposición el costo computable en una transacción comprendida en el artículo 351 del IRC equivale al valor de la propiedad transferida deducido cualquier importe en dinero que reciba a cambio el accionista por parte de la sociedad.

Si bien en general la asunción de contingencias por parte de la sociedad es considerada como dinero recibido por el transmitente de la propiedad, el artículo 358, inc. d) ap. 2) del IRC establece que las contingencias que den lugar a una deducción no será considerado como dinero a los efectos antes mencionados.

La Cámara analizó el caso y concluyó en primer lugar que el valor del pagaré transferido por Coltec a Garrison era igual a su valor nominal (375 millones de dólares).

En segundo lugar, la Cámara analizó si las contingencias asumidas por Garrison resultaban deducibles, a los fines de determinar si Coltec podía detraerlas del costo computable de las acciones recibidas. El Fisco había alegado que las contingencias no resultaban deducibles, pero la Cámara luego de un exhaustivo análisis de las normas involucradas, concluyó a favor de Coltec en este punto.

Toda vez que no correspondía restar el valor de la contingencia del costo computable de las acciones de Coltec en Garrison, dicho costo era de 375 millones. Sin embargo, precisamente debido a la asunción de la contingencia por asbestos asumida por Garrison, el valor de mercado de Garrison era sustancialmente menor.

Sin perjuicio de ello, por aplicación de las normas aplicables, el costo computable era de 375 millones y, aun cuando el valor de mercado era muy inferior a ello, la Cámara admitió que Coltec podía reclamar una pérdida por la diferencia.

9 454, F.3d, 1340, Doc 2006-13276, 2006 TNT (Fed. Cir. 2006).

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 149

Ahora bien, pese a que la Cámara no pudo encontrar nada en la letra de las disposiciones aplicables que desautorizara el cómputo de la pérdida registrada por Coltec, continuó con el análisis recurriendo a la *doctrina de la sustancia económica*.

A criterio de la Cámara, esta doctrina permite ignorar, a efectos impositivos, las transacciones que, si bien cumplen con las normas legales aplicables, carecen de sustancia económica. La razón subyacente es que los jueces deben aplicar esta doctrina para garantizar la finalidad con la que fueron dictadas las disposiciones del IRC.

En esta línea, la Cámara agregó que la *doctrina de la sustancia económica* es un requisito *previo* para la aplicación de toda disposición legal (del IRC) que autorice cualquier tipo de deducción y que corresponde su aplicación siempre que se detecte que la única motivación del contribuyente fue la de evadir el pago de un impuesto o cuando la transacción carezca de sustancia económica.

Siguiendo este razonamiento, la Cámara aplicó la doctrina en cuestión únicamente a la transferencia del pagaré por US$ 375 millones toda vez, según los lineamientos antes señalados, sólo corresponde aplicar la doctrina a la operación que da lugar a algún tipo de beneficio fiscal.

La Cámara concluyó que dicha transacción careció de sustancia económica porque no modificó manifiestamente los intereses de Coltec ni significó para dicha sociedad una real oportunidad de generar un beneficio (empresarial).

A partir del desconocimiento de la transferencia del pagaré, el costo computable de las acciones de Garrison no podía ser incrementado en el valor de dicho pagaré y, en consecuencia, Coltec no estaba autorizado a reclamar la pérdida entre el costo computable y el precio de venta a valor de mercado.

Puede observarse que para arribar a su decisión, la Cámara: (i) no basó su conclusión en que las disposiciones legales aplicables implícita o explícitamente requirieran la aplicación de la *doctrina de la sustancia económica*; (ii) no sostuvo que la transacción llevada a cabo por el contribuyente no fuera exactamente la alegada por el contribuyente (es decir, descartó cualquier tipo de operación encubierta o simulada) y (iii) consideró que los tribunales pueden ir más allá de una interpretación literal de las normas que gobiernan la transacción, mediante el empleo de la *doctrina de la sustancia económica*.

El fallo "Coltec" despertó numerosas críticas, fundamentalmente por quienes consideran que la Cámara se apartó notoriamente de los lineamientos fijados por la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir del precedente "Gregory v. Helvering" y su progenie.

La primera gran crítica está vinculada a la preeminencia que dio la Cámara a la *doctrina de la sustancia económica* por sobre el cumplimiento de las disposiciones legales aplicables por parte del contribuyente.

En este sentido, señalan los autores que la Corte Suprema no ha autorizado dicha preeminencia sino que ha considerado que la *doctrina de la sustancia económica* "prevalece" sobre el análisis del cumplimiento del texto legal únicamente cuando son las normas legales aplicables las que implícita o explícitamente requieren algún tipo de propósito de negocio para su aplicación, como sucedía en el caso de las reorganizaciones libres de impuestos analizadas en "Gregory v. Helvering".

Otro aspecto que se señala críticamente, es el hecho de que la Cámara ha reparado especialmente en las motivaciones subjetivas de los contribuyentes aun cuando la Corte Suprema, en "Gregory v. Helvering" y su progenie, ha expresado en forma explícita que dichas motivaciones no deben ser ponderadas al aplicar la *doctrina de la sustancia económica*[10].

Adicionalmente, se ha cuestionado la aplicación de la doctrina por parte de la Cámara exclusivamente al eslabón de la transacción que genera la ventaja impositiva, perdiendo de vista la transacción global llevada a cabo por el contribuyente. Ello en el entendimiento de que tampoco este aspecto se desprende de los lineamientos fijados por la Corte Suprema.

Los autores señalan que detrás de los precedentes dictados por los tribunales inferiores subyace el pensamiento de que el legislador no puede anticiparse a toda posible consecuencia emanada de la legislación que dicta y que, en consecuencia, es necesario el accionar del poder judicial para evitar que los contribuyentes puedan usufructuar de ventajas impositivas no previstas o no queridas por el legislador.

10 Las motivaciones del contribuyente fueron particularmente ponderadas en el precedente "Compaq Computer Corp. and Subsidiaries v. Commissioner" (113 T.C. 214, 215, Doc 1999-30659, 1999 TNT 183-7 (1999), rev'd, 277 F.3d 778, Doc 2002-184, 2002 TNT 1-5 (5th Cir. 2001).

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 150

Sin embargo, la respuesta a ello también se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Suprema. La Corte ha dicho que el hecho de que el Congreso pudo no haber previsto todas las consecuencias emanadas de la legislación dictada, no es suficiente para no dar pleno efecto al significado liso y llano de la legislación aplicable y que las normas pueden ser aplicadas a situaciones no expresamente contempladas.

En definitiva, quienes han estudiado la aplicación de la doctrina norteamericana bajo análisis señalan que en los precedentes donde se ha aplicado la *doctrina de la sustancia económica*, la Corte Suprema ha analizado el cumplimiento de los recaudos impuestos por la legislación aplicable y ha aplicado la doctrina bajo análisis de modo consistente con lo que establecen las normas que regulan la transacción cuestionada. Los tribunales inferiores, en cambio, han convalidado la postura del Fisco, aplicando la *doctrina de la sustancia económica* incluso en contravención a lo que prevén las disposiciones aplicables a la transacción de que se trate.

III. REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SUSTANCIA ECONÓMICA Y NUESTRO PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

El fallo "Coltec" antes referido, al igual que otros dictados en sentido similar[11], han dado lugar a un fuerte debate en los Estados Unidos sobre el modo en que los tribunales inferiores aplican la doctrina norteamericana de la *sustancia económica*.

Los autores estadounidenses han manifestado su preocupación respecto del alcance con el que debería ser aplicada esta doctrina (quizás, con un tenor e intensidad similar al que se aprecia en nuestro país en cuanto a la aplicación del principio de la realidad económica[12,13]).

Como aquí se intentará demostrar, las reflexiones de los autores norteamericanos y los conceptos utilizados en ese país pueden constituir elementos importantes para reexaminar la aplicación del principio de la realidad económica en la Argentina.

De allí el interés en identificar las posturas y señalamientos expuestos por los autores norteamericanos en torno de las cuestiones antes mencionadas.

En tal sentido, una primera crítica formulada contra el fallo "Coltec" consiste en que la Cámara habría prescindido del análisis de las normas aplicables, por cuanto, pese a reconocerse que el contribuyente había cumplido acabadamente con lo previsto por todas las disposiciones que regulaban su transacción, se entendió que, por aplicación de la *doctrina de la sustancia económica*, la transacción debía ser desconocida.

Esta es quizás la crítica que resulta más compleja de analizar. Si bien resulta válido y razonable sostener que no debería desconocerse o recaracterizarse una transacción respecto de la cual el contribuyente ha cumplido con las disposiciones aplicables, lo que parece más cuestionable –en relación con la aplicación de nuestro principio de la realidad económica– es que el Fisco pretenda recaracterizar operaciones sin reparar en si la estructura que permitió la obtención de la ventaja fiscal carece de una razón de negocio que la justifique.

Más aún, muchas veces el mero hecho de la existencia de un ahorro fiscal resulta suficiente para la Administración Fiscal para desconocer una operación o estructura aun cuando ni siquiera existe una discordancia entre la voluntad de las partes y las formas jurídicas del derecho privado utilizadas. Ello implica lisa y llanamente censurar cualquier tipo de planificación fiscal legítima, entendida como decíamos antes, como la posibilidad de obtener un ahorro fiscal, evitando la realización del hecho imponible, a través de la utilización de alternativas previstas en el ordenamiento jurídico[14].

Ese criterio debe ser desechado, en tanto implica limitar la posibilidad de estructurar de modo eficiente las operaciones a través de la concreción de negocios indirectos lícitos.

---

11 Por ejemplo los precedentes "CM Holdings" y "Compaq v Commisioner" referidos previamente.

12 GREWAL, Amandeep S., "Economic Substance and the Supreme Court", Tax Notes, September 10, 2007, Ta Analysts, Special Report.

13 HARITON, David P, "When and how should the economic substance doctrine be applied?", 60 Tax L. Rev. 29.

14 Precisamente esta forma de aplicar el principio de la realidad económica ha derivado en que incluso desde el lugar de asesores, el tamiz a través del cual se dictamina si una determinada estructura u operación pasará o no el filtro de la realidad económica se reduce simplemente a contestar la pregunta sobre si dicha operación generará un ahorro fiscal en comparación con una estructura alternativa, desaconsejando la instrumentación de negocios absolutamente lícitos por temor al fantasma recalificador.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 151

Cabe recordar que el negocio indirecto se caracteriza por ser un negocio jurídico base o medio –que debe ser lícito– que las partes celebran formal y expresamente, pero que tiene una finalidad que no se condice con la prevista por el legislador al momento de crear dicho negocio jurídico. Las partes lo utilizan para alcanzar un fin concreto distinto del predeterminado por la ley.

En la simulación, en cambio, las partes utilizan un negocio jurídico que eligen porque les brinda ciertas ventajas, pero encubren la celebración de otro distinto. En este caso, las partes no desean la concreción de negocio base.

Ello permite inferir que nada encubre el negocio indirecto, sino que es sólo una forma de adaptar los deseos y fines de los particulares a las herramientas que ofrece el ordenamiento jurídico en la medida en que no contraviene el artículo 19 de la Constitución Nacional, precepto bajo el cual todo está permitido dentro de la ley. Se trata, pues, de acuerdo a la postura que aquí se ensaya, de supuestos que no deberían ser recalificados por el Fisco a menos que pueda probarse que la operación carece de razón de negocio o sustancia económica.

Ahora bien, la aplicación de principio de la realidad económica con el alcance antes sugerido requiere sortear dos obstáculos importantes.

Por un lado debe determinarse en qué casos puede sostenerse que las formas empleadas por el contribuyente son las manifiestamente adecuadas conforme el derecho privado, teniendo en cuenta que en la actualidad, el desarrollo de negocios complejos permite la utilización de contratos innominados o una combinación de estructuras o figuras jurídicas que permiten adaptar con mayor versatilidad las operaciones económicas subyacentes.

El segundo aspecto de importancia superlativa es establecer sobre quién recae la carga de la prueba sobre la existencia del propósito de negocio o de la sustancia económica.

A este respecto, toda vez que según aquí se propone, la existencia de propósito de negocio o de sustancia económica debiera actuar como un elemento que impida la recalificación de la operación, sería razonable colocar la carga de la prueba de la existencia de dicho propósito de negocio o de sustancia económica en cabeza del contribuyente. Esta solución armoniza el mencionado artículo 2° con el principio de la autonomía de la voluntad contractual y la libertad negocial y, al mismo tiempo, actúa como un reaseguro para que la recalificación sólo pueda ser dispuesta respecto de las estructuras que hayan sido llevadas a cabo con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal.

De tal modo, es claro que, como se ha sostenido[15], es el Fisco el que tiene la carga de probar que la figura empleada por el contribuyente es manifiestamente inadecuada de acuerdo al derecho privado; pero, una vez acreditado dicho extremo, debería reconocerse al contribuyente la posibilidad de acreditar que la elección de la estructura en cuestión obedece a un propósito de negocio y/o posee sustancia económica. Cumplida esta carga, la operación no podría ser desconocida o recaracterizada.

Con este alcance, la pauta sobre la existencia de propósito de negocio o sustancia económica no aparece como una exigencia impuesta por el Fisco que necesariamente redunda en perjuicio del contribuyente, sino que, por el contrario, permitiría al contribuyente evitar que la operación sea recalificada cuando efectivamente la elección de la estructura adoptada no tuvo como única finalidad conseguir un ahorro fiscal[16].

En relación con esto último, cabe tener presente la postura de algunos autores que han estudiado la doctrina norteamericana, en el sentido de que el universo de casos sobre los cuales debería aplicarse dicha doctrina debería circunscribirse a los denominados *tax shelters*, definidos como aquellas transacciones de ti-

15 Tarsitano sostiene que *"En el terreno procesal la desestimación de la figura considerada inadecuada por no servir a los fines propios atribuidos por el Derecho debería ser acabadamente probada por la Administración fiscal. No puede admitirse la tendencia a invertir el orden de la prueba, y partir del presupuesto impugnativo dejando a cargo de contribuyente la prueba de la licitud de su comportamiento, entendida como el móvil que justificó adoptar la forma puesta en crisis por el Fisco"* ("El principio de la realidad económica y el exceso de la potestad calificadora del Fisco", TARSITANO, Alberto, "El principio de realidad económica y el exceso de la potestad calificadora del Fisco", trabajo preparado para el Curso de Postgrado organizado por la Universidad Católica Argentina, bajo la Dirección Académica de Rubén Asorey, en el año 1998.

16 Si bien se ha planteado que admitir la invocación del propósito negocial a favor del contribuyente resulta inconveniente y difícil de implementar (GOTLIB, Gabriel, op cit, pp. 622, 623), entendemos que la doctrina norteamericana resulta compatible con nuestro ordenamiento y resulta útil para determinar el alcance de los casos que debieran ser recalificados a la luz del artículo 2° de la Ley 11.683.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 152

po financiero que generan una deducción o una pérdida, pero sin que se produzca al mismo tiempo una pérdida económica[17]. Esta pérdida impositiva "no económica" es luego utilizada para compensar ganancias generadas por otras actividades, evitando que el contribuyente pague el impuesto correspondiente a tales actividades[18].

Esta línea de razonamiento implica plantear si a la luz de nuestro principio de la realidad económica podría llegar a sostenerse que únicamente las operaciones sin sustancia económica o propósito negocial, entendidos en el sentido expuesto, pueden ser recalificadas, a diferencia de la interpretación tradicional de dicho principio conforme la cual se entiende que dicha norma *"no castiga el ahorro tributario sino la adopción de formas jurídicas inapropiadas o, en los términos de la ley, que no son las que el derecho privado ofrece o autoriza para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes"*[19].

Por otra parte, los autores que han estudiado la doctrina norteamericana de la *sustancia económica* proponen explorar cuál ha sido la voluntad del legislador detrás de las disposiciones legales que gobiernan las distintas operaciones que pueden llevar a cabo los contribuyentes y permiten la obtención de alguna ventaja fiscal.

Partiendo de la base de que en el ordenamiento jurídico existen múltiples disposiciones que permiten o incluso incentivan transacciones que generan algún tipo de ahorro fiscal para el contribuyente, se sostiene que resultaría útil analizar si la ventaja impositiva que procura obtener el contribuyente, aun mediante una transacción que no encuadre perfectamente en la situación prevista por el legislador, debe ser cuestionada o ignorada a fines impositivos, a la luz de la doctrina de la *sustancia económica*. Ello, en el entendimiento de que no sería razonable desconocer o recaracterizar una transacción que, en esencia, genera el mismo resultado deseado por el legislador a través de mecanismos alternativos.

A este respecto, también se ha señalado que correspondería analizar, por ejemplo, si resulta razonable atacar con la misma intensidad una operación que implica un ahorro definitivo de impuestos y una que solamente permite su diferimiento. Pareciera razonable que si una determinada transacción cumple con los extremos de la normativa aplicable y únicamente genera un beneficio de diferimiento, la recaracterización que habilitaría la *doctrina de la sustancia económica* o nuestro principio de la realidad económica ceda frente a la autonomía de la voluntad.

De este modo, los autores proponen asignar un rol importante a la intención del legislador al momento de recaracterizar una conducta u operación a través de la doctrina en cuestión, para evitar cercenar el uso de estructuras que permiten la obtención de ventajas fiscales alentadas por el legislador.

Considero que se trata de un enfoque interesante que puede ser extrapolado a la aplicación de nuestro principio de la realidad económica y que coadyuvaría a delimitar el universo de operaciones recaracterizables a través de dicho principio.

También con motivo del precedente "Coltec" referido precedentemente, se ha planteado, a los fines de una correcta y razonable aplicación de la *sustancia económica*, la necesidad de "contextualizar" la transacción cuestionada, en lugar de analizar y atacar en forma individualizada únicamente el eslabón de la transacción que genera el ahorro fiscal.

Ello se relaciona con la pregunta sobre a qué transacciones debe aplicarse la *doctrina de la sustancia económica*.

Es probable que una transacción globalmente considerada persiga un propósito de negocio, pero que si se analizan los eslabones en forma aislada, se llegue a la conclusión de que el eslabón que genera la ventaja fiscal no procura en sí mismo la consecución de un fin de negocio significativo en relación con el ahorro impositivo que genera.

---

17 HARITON, David P., "When and how should the economic substance doctrine be applied?", 60 Tax L. Rev. 29.

18 Según esta visión, lo relevante no es el ahorro fiscal conseguido a través de la transacción, sino el hecho de que ello es producto de una transacción financiera que no resulta en una pérdida económica. En otras palabras, se trata de las transacciones, operaciones o estructuras que carecen precisamente de sustancia económica. Se ha dicho con acierto, además, que si no se atacaran este tipo de transacciones, el impuesto podría ser evitado por los contribuyentes más sofisticados, capaces de estructurar operaciones con el sólo propósito de generar ventajas impositivas, pero que no tienen un correlato en su actividad económica, y que la razón para combatir este tipo de transacciones, ya sea a través de la doctrina de la sustancia económica sería ni más ni menos que resguardar el erario público.

19 Ver por ejemplo, ALTAMIRANO, Alejandro C., "La regla del 'Substance over form' y la influencia del derecho anglosajón sobre el derecho argentino", en obra "Interpretación Económica de las normas tributarias", coordinada por por CASÁS, Osvaldo José, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004, capítulo XIII, p. 469.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 153

A este respecto, los autores señalan que ni los tribunales ni los contribuyentes han reparado en esta cuestión adecuadamente, perdiendo de vista que de ella puede depender el éxito o fracaso de la defensa.

Se trata de una reflexión plenamente aplicable a nuestro principio de la realidad económica aunque este aspecto merece algunos comentarios al margen.

De un análisis de casos concretos recaracterizados por el Fisco a la luz del principio de la realidad económica surge que si bien se ha analizado la operación en su conjunto, únicamente se ha reparado en si el contribuyente ha obtenido o no una ventaja fiscal, pero sin verificar si la operación ha perseguido una razón de negocio.

Es decir que pese a que la Administración Fiscal analiza la operación en forma global, en lugar de indagar si el negocio en su conjunto responde a una razón de negocio, la atención se centra en determinar si genera un ahorro impositivo que se considere no deseable desde el punto de vista del Estado recaudador.

A mi juicio ello implica un avasallamiento de la autonomía de la voluntad, impidiendo que los contribuyentes puedan llevar a cabo una planificación fiscal legítima, lo cual redunda en última instancia en el entorpecimiento de los negocios y en un menoscabo de la seguridad jurídica.

Finalmente, los autores que han estudiado la doctrina norteamericana han criticado la utilización del concepto de *propósito de negocio* (*business purpose*) y de *test de beneficio* (*profit test*) como indicativo de *sustancia económica*.

Destacan fundamentalmente que es muy difícil trazar la línea de operaciones recalificables o no por aplicación de la doctrina del *economic substance* atendiendo a si la transacción ha sido realizada con un propósito de negocio o ha generado alguna utilidad para la empresa en términos económicos.

Ello así, por cuanto dichos conceptos requieren a su vez algún grado de cuantificación de dichos beneficios, ya que es muy poco probable que incluso una transacción llevada a cabo con la finalidad exclusiva de obtener un ahorro fiscal no persiga ni genere algún beneficio económico. Aun en el caso de transacciones financieras, siempre existe un propósito de obtener utilidad, máxime si el contribuyente en cuestión es una empresa comercial.

Para sortear este escollo, se sugiere analizar si la transacción requiere que el contribuyente asuma un *riesgo económico único* (*unique economic risk*) que pueda considerarse *sustancial* en relación con los beneficios impositivos que le permite obtener la operación. Ello en el entendimiento de que nadie estará dispuesto a realizar una operación que pueda generar potencialmente una pérdida económica importante por el mero hecho de obtener una ventaja fiscal.

Razonamientos como este han llevado a la incorporación de la *doctrina de la sustancia económica* al IRC.

En el año 2010 el Congreso de los Estados Unidos finalmente decidió incluir la doctrina en el IRC a través del *Health Care and Education Reconciliation Act*, luego de varios intentos que no se habían concretado debido a la oposición del Poder Ejecutivo y el Departamento del Tesoro. Sin embargo, en el contexto del año 2010, la posibilidad de obtener una mayor recaudación a través de esta medida, fue clave para su incorporación al IRC.

Básicamente, la reforma incorpora una definición de lo que debe entenderse como *sustancia económica* estipulando los requisitos que debe reunir una transacción a tal efecto y agravando las sanciones previstas para el supuesto de omisión de impuestos originada en transacciones que carezcan de *economic substance* conforme la nueva definición adoptada.

El nuevo inciso (o) del artículo 7701 del IRC dispone que en caso de transacciones respecto de las cuales la *doctrina de la sustancia económica* resulte "relevante", se considerará que dichas transacciones poseen sustancia económica si:

a) la transacción cambia de forma sustancial la situación económica del contribuyente (sin considerar los efectos del Impuesto a la Renta) y
b) el contribuyente posee un propósito sustancial (*substancial purpose*) para realizar la transacción (sin considerar los efectos del Impuesto a la Renta).

Asimismo, se incorpora una regla especial para los casos en los cuales el contribuyente invoque la obtención de un beneficio "potencial" a través de la transacción que realiza y genera la ventaja fiscal.

Para este supuesto, se considerarán cumplidos los requisitos (A) y (B) mencionados precedentemente si el valor presente del beneficio razonablemente esperado (antes de impuestos) es sustancial en relación con

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 154

el valor presente de los beneficios impositivos que se generarían de respetarse la transacción realizada por el contribuyente.

Se agrega que a los efectos de determinar si se cumple con el requisito (B) no será suficiente la obtención de un beneficio financiero si el origen de dicho beneficio es la reducción obtenida en el Impuesto a la Renta.

Se aclara asimismo que en el caso de individuos, los requisitos (A) y (B) sólo serán aplicables si la transacción esta relacionada con el desempeño de una actividad productora de ganancias.

Sin perjuicio de las modificaciones introducidas, se aclara especialmente que la decisión sobre si una determinada transacción debe ser analizada a la luz de la *doctrina de la sustancia económica* deberá ser efectuada *"como si este nuevo inciso no hubiera sido nunca incorporado"* y se define a la *doctrina de la sustancia económica*, a los efectos de este nuevo inciso (o), como la "doctrina del *common law* bajo la cual los beneficios previstos en el Subtítulo A[20] del IRC no serán reconocidos si la transacción carece de sustancia económica o propósito de negocio".

En definitiva, la reforma introducida al IRC mediante el *Health Care and Education Reconciliation Act* recoge la *doctrina de la sustancia económica* de creación jurisprudencial con las siguientes diferencias:

i) consagra un doble test *concomitante* ya que exige la existencia de sustancia económica y propósito de negocio en forma simultánea. Si bien existen precedentes jurisprudenciales donde se exigió el cumplimiento de ambos tests, existen fallos donde bastó que el cumplimiento de uno solo de ellos para evitar la recalificación de la transacción.

ii) fija un parámetro para evaluar la configuración de sustancia económica en los casos en los cuales el contribuyente invoque un beneficio potencial, estableciendo una comparación entre el valor presente del beneficio potencial y el valor presente de la ventaja fiscal.

Asimismo, la reforma incrementó considerablemente las sanciones en caso de operaciones que resulten recalificables a través de la *doctrina de la sustancia económica* y para operaciones en las que no se hayan revelado hechos que tengan impacto en el tratamiento impositivo de la transacción en cuestión[21].

Como podrá advertirse, y así lo ha señalado la doctrina especializada, la *codificación* de la doctrina no elimina muchas de las dificultades y confusiones existentes.

Un aspecto fundamental que queda "irresuelto" es la definición sobre el universo de transacciones que deben ser analizadas a la luz de la doctrina del *economic substance*. El nuevo inciso (o) incorporado al artículo 7701 establece literalmente que dicho análisis debe efectuarse como si este inciso no se hubiera creado, librando de este modo la tarea a los jueces, tal como venía sucediendo hasta antes de la reforma.

Creo que lo más relevante de la reforma a los efectos del análisis que se propone en el presente trabajo es que implica un reconocimiento expreso de las dificultades que conlleva la aplicación de la doctrina en cuestión y representa un intento por redefinirla y precisar sus alcances. Lamentablemente, pareciera que este fin no ha sido logrado.

Respecto de la incorporación del doble *test* de cumplimiento simultáneo, considero que importa una solución excesivamente exigente que puede terminar por coartar operaciones que impliquen una planificación legítima que en definitiva agreguen valor a la economía.

Puede observarse que la cristalización del concepto de *sustancia económica* en el apartado (A) transcripto precedentemente se aparta claramente del concepto utilizado más comúnmente en oposición a una estructura sin contenido ni funciones asignadas, usualmente referidas como "mera cáscara".

Recogiendo lo resuelto por la jurisprudencia a lo largo de los años de vida de la doctrina bajo análisis, requiere que la situación económica del contribuyente cambie en forma sustancial luego realizada la operación que conlleva la ventaja fiscal.

Más allá de que podría resultar útil analizar y reflexionar sobre la real utilidad de este parámetro a los fines recaracterizar una conducta, pareciera que la aplicación de este requisito no resulta compatible con nuestro principio de la realidad económica.

Por el contrario, considero que el segundo *test* vinculado a la razón de negocio no sólo es compatible con nuestro principio sino que, aplicado del modo que se propone en el presente trabajo, permitiría acotar el

20 El subtítulo A del IRC comprende el Impuesto a la Renta.

21 Incorporándose un nuevo parágrafo quinto en el artículo 6662 del IRC.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 155

alcance del principio permitiendo recalificar operaciones que sólo se orientan a la obtención de una ventaja fiscal.

De todos, modos, en lo que respecta a la codificación de la *doctrina de la sustancia económica*, habrá que esperar para ver cómo los jueces –fundamentalmente la Corte Suprema– aplicará esta nueva disposición para poder evaluar si la reforma habrá contribuido brindar mayor certidumbre para los contribuyentes y una mayor coherencia entre los precedentes que emita la Corte Suprema y los tribunales inferiores.

IV. UN EJEMPLO RECIENTE DE UNA ESTRUCTURA INTERNACIONAL RECALIFICADA MEDIANTE EL PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA: EL FALLO "MOLINOS"

Sobre la base del análisis desarrollado hasta aquí, a continuación examinaremos el precedente "Molinos Río de la Plata S.A." (Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 14/8/2013) en el que se hizo aplicación del principio de la realidad económica para recalificar una estructura internacional enmarcada en el Convenio de Doble Imposición suscripto entre Argentina y Chile ("CDI").

En el caso se debate si los dividendos distribuidos por una sociedad plataforma de inversión chilena a una sociedad argentina gozan del tratamiento impositivo previsto en CDI, que se encontraba vigente durante los períodos fiscales en discusión (2004 a 2009)[22].

Podría decirse que el *thema decidendum* del fallo se circunscribe a establecer si, como sostiene el ente fiscal, las sumas distribuidas en concepto de dividendos por el Holding chileno a Molinos Río de la Plata S.A. se encuentran gravados por la Ley del Impuesto a las Ganancias atento que el Fisco considera que por aplicación del principio de realidad económica existió por parte de la recurrente un abuso de CDI firmado entre Argentina y Chile, o bien si tales ingresos se encuentran alcanzados por la regla del artículo 11 del citado Convenido y por lo tanto no procede que tribute suma alguna respecto de los montos girados por la sociedad chilena en concepto de dividendos a la firma domiciliada en nuestro país[23].

Tanto la Vocal preopinante, Dra. Gómez, como el Dr. Magallón, resolvieron confirmar la determinación de oficio practicada al contribuyente.

En la sentencia se observa que Molinos no sólo obtuvo una reducción de los tributos a su cargo sino que su accionar dio como resultado la nula tributación en ambos países por aplicación del CDI. Se indica que la sociedad plataforma no adquiere para sí las rentas generadas en Perú y Uruguay –países que no forman parte del convenio– sino que por el contrario actúa como un mero intermediario o "sociedad conducto" de estos rendimientos hacia la empresa recurrente en Argentina, por lo que el esquema de planificación fiscal llevado a cabo por Molinos Río de la Plata S.A. encuadra dentro del supuesto denominado como "Treaty Shopping" o abuso de tratado[24].

Se señala, además, que el término "beneficiario efectivo" comprende a aquellas personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o acuerdo legal con referencia al Glosario del GAFI[25] y que el citado concepto adquiere relevancia a fin de establecer la correcta aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición, ya que el objetivo que persigue es evitar que se haga uso indebido de los beneficios que otorgan estos. Se sostiene así que el solo hecho que un residente de un Estado contratante reciba rentas cubiertas por un Estado para evitar la doble imposición, provenientes de otro Estado contratante, no le da derecho a obtener los beneficios del mismo, ya que el contribuyente debe cumplir con el requisito de ser el beneficiario efectivo del concepto en cuestión"[26].

Asimismo, se apunta que el CDI no prevé entre sus cláusulas normas antiabusivas, y que frente a la situación descripta, corresponde aplicar la normativa interna para evitar el aprovechamiento impropio de las ventajas del Convenio en trato, resultando razonable acudir al principio de la realidad económica plasmado en el artículo 2° de la ley de procedimiento tributario con el fin de impedir que se siga perjudicando el erario fiscal"[27].

---

22 El Convenio de Doble Imposición Argentina-Chile fue denunciado por nuestro país con fecha 29/6/2012.

23 Del Considerando V del voto de la Dra. Gómez.

24 Del Considerando XIII del voto de la Dra. Gómez.

25 Grupo de Acción Financiera Internacional –GAFI, "Las 40 Recomendaciones" Glosario – junio/2003.

26 Del Considerando VII del voto de la Dra. Gómez.

27 Del Considerando XIII del voto de la Dra. Gómez.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 156

Por su parte, el Dr. Magallón –quien comparte el relato de los hechos efectuado por la Vocal preopinante, así como los fundamentos de que se vale para arribar a su conclusión– agrega una comparación con la figura del *trust* anglosajón a los fines de analizar la figura de "beneficiario efectivo". Señala, en esencia, que Molinos S.A. constituye el "beneficiario efectivo" de la distribución "indirecta" de dividendos, que se traslada innecesariamente a la sociedad holding intermediaria con la exclusiva finalidad de servirse del criterio de sujeción pactado entre la Argentina y Chile en el CDI, que confiere la potestad tributaria a favor del Estado Contratante bajo cuya legislación la empresa que distribuye los dividendos se hubiera constituido o haya obtenido el reconocimiento de su personalidad, según el caso. A partir de ello, sostiene que la sociedad plataforma funciona como "conducto", para sustraerse completamente del gravamen a las ganancias en cualquiera de los países contratantes, merced al abuso del Convenio firmado"[28].

Asimismo, el Dr. Magallón arriba a la conclusión de que la sociedad plataforma carecía de *sustancia* sobre la base de que Molinos S.A., como sociedad controlante, no agrega elemento probatorio alguno en pos de demostrar que la sociedad plataforma no resulta un *mero esqueleto* que tiene controlada directamente su capacidad de decisión por la accionista mayoritaria (ya que posee el 99,99% de la participación accionaria del Holding). A este respecto, sostiene que la carga de la prueba reposaba sobre la recurrente Molinos atento que se trata de la parte en mejores condiciones de hacerlo, lo cual, agrega, no ha acaecido en la especie"[29].

Si bien de un análisis del fallo se desprende que los Vocales del Tribunal Fiscal han analizado la situación con detenimiento y se han esmerado por justificar *in extenso* la decisión alcanzada, en mi opinión no se encuentran adecuadamente tratados ciertos aspectos que resultaban determinantes para la resolución de la causa:

– No se ha analizado en profundidad si la interposición de la sociedad holding chilena podía justificarse por una razón de negocio sin que fuera la única razón para su existencia lograr una ventaja impositiva. La aseveración de que se trata de un "mero esqueleto" o una "sociedad conducto" aparece en la sentencia como una afirmación dogmática. En este sentido, todo el desarrollo efectuado respecto de las "sociedades conducto" importa un análisis teórico sin que se funde adecuadamente la aplicación de dicha figura al caso concreto de la recurrente. La misma consideración vale respecto de la afirmación de que corresponde denegar los beneficios del tratado por el hecho de que la sociedad plataforma no sería el "beneficiario efectivo" de los dividendos[30], lo cual se observa nítidamente en los Considerandos VII y XIII del voto de la Dra. Gómez y en el Considerando IV del Voto del Dr. Magallón. Ello, amén de que resulte llamativo que el Tribunal haya recurrido a términos y conceptos desarrollados por la OECD cuando en el caso estaba en juego un CDI que sigue el modelo del Pacto Andino. Asimismo, no surge que se haya efectuado un análisis riguroso sobre la prueba respecto del propósito de negocio o de sustancia económica de la sociedad plataforma.
– Se presenta como un elemento central el hecho de que la estructura empleada redunde en un supuesto de "doble no imposición" y, a partir de ello, se concluye que se trata de un caso de abuso de tratado. A mi juicio, se trata de un elemento insuficiente para desconocer la aplicación del Convenio y apartarse de la solución brindada por su artículo 11. En la medida en que resulta aceptable una estructura de planifica-

28 Del Considerano V del voto del Dr. Magallón.

29 Del Considerando IV del voto del Dr. Magallón.

30 Es más, las definiciones de "beneficiario efectivo" a la que recurren los vocales no resultan aplicables en materia de interpretación de los convenios de doble imposición conforme la opinión de la OECD. Si bien el Convenio Argentina-Chile no responde al Modelo OECD, es dable esperar que la utilización conceptos tales como "beneficiario efectivo" en Convenios suscriptos por países miembros de la OECD sea realizada con el alcance que este Organismo ha dado a dicho concepto. En este sentido, en el *Discussion Draft* del documento *"Clarification of the meaning of ´Beneficial Owner´in the OECD Model Tax Convention"* se recomienda expresamente no asignar al término el significado técnico con el que es utilizado por el *trust law* de los países del *common law* (conf. Parágrafo 12.1. propuesto al Comentario al artículo 10 del Modelo de Convenio). Asimismo, se aclara que el término *beneficial owner* incluido en el artículo de dividendos debe distinguirse del término incluido en el glosario del GAFI (conf. Parágrafo 12.6. propuesto al Comentario al artículo 10 del Modelo de Convenio). Por otra parte, el voto del Dr. Magallón hace referencia al caso "Indofood" (Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank N.A., London Branch; Court of Appeal, London, 2/3/2006) que aplica un criterio esencialmente económico del concepto beneficiario efectivo, soslayando el caso "Prevost" (Prevost Car Inc. v. The Queen, 2008 TCC 231, 22/4/2008) en el que se sostiene un criterio eminentemente jurídico del término vinculado a la posibilidad de uso y goce de los dividendos que tiene el receptor; concepto que, aunque con una extensión un poco mayor, ha sido acogido en el *Discussion Draft* de la OECD antes mencionado.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 157

ción fiscal legítima que reduzca la carga impositiva, no debería atacarse una estructura por el mero hecho de que resulte en un supuesto de doble no imposición. Máxime teniendo en cuenta que esa situación se genera, en el caso concreto, por la voluntad soberana de uno de los Estados de resignar la potestad tributaria que le asignaba el Convenio. Asimismo, el argumento de la falta de reciprocidad tampoco resulta suficiente para aplicar una solución tan gravosa que implique desconocer las operaciones llevadas a cabo por el contribuyente, a la luz del Convenio y de las legislaciones internas de cada Estado, gravándolas sobre la base de su recaracterización; solución que debería ser aplicada en casos extremos de planificación ilegítima que impliquen una simulación o defraudación al Fisco.

- Se desconoce la opinión de Chile (emitida a través de su Servicio de Impuestos Internos) que en este caso debería tener la autoridad para determinar a qué sujetos se aplica el Convenio. Compartimos la opinión de quienes sostienen que las facultades para aplicar una norma antiabuso interna no tendrían la misma extensión cuando el Estado (Argentina) actúa como país de residencia o de la fuente[31]. Cuando actúa en su carácter de jurisdicción de residencia, podría aplicar las normas antielusivas internas para recaracterizar la ganancia o redeterminar el contribuyente si se tratara de un residente que habría abusado de un CDI. Si, en cambio, actúa en carácter de jurisdicción de la fuente, como sucede en el caso bajo análisis, no podría denegar los beneficios del CDI a un residente del otro Estado a menos que ese otro Estado le deniegue dicho *status*[32].
- Se pasa por alto que el CDI carece de una norma antiabuso específica que impidiera la utilización de este tipo de sociedades al amparo del Convenio. Si bien en el fallo se trae a colación la opinión de la Dirección Nacional de Impuestos en el Memorándum N° 799/2010 –en el cual se reconoce expresamente que la utilización de este tipo de sociedades no queda *prima facie* fuera del ámbito de alcance del Convenio, realizándose un análisis detenido sobre la conveniencia o posibilidad de aplicar una norma antiabuso general para denegar los beneficios del Convenio– el Tribunal Fiscal no tiene en consideración esa circunstancia. El Tribunal recurre directamente al principio de la realidad económica para privar al contribuyente de los beneficios previstos en el referido Convenio de Doble Imposición. Únicamente repara en que fue imposible prever una norma específica antiabuso teniendo en cuenta que las sociedades plataforma fueron creadas mucho después de la firma del Convenio, motivo por el cual no pudo tratarse la cuestión en las negociaciones previas. Pero el gran tema a dilucidar, y respecto del cual tanto la Dirección Nacional de Impuestos como el Tribunal Fiscal no se pronuncian, es si es posible negar los beneficios de un tratado a una estructura compatible con el Convenio y con la legislación doméstica de los países, sobre todo teniendo en consideración que el contribuyente actuó de modo absolutamente transparente. La denuncia posterior del Convenio en junio de 2012, a mi juicio, podría ser interpretado como un reconocimiento implícito de que mientras el Convenio estuvo vigente, sus efectos debieron ser aplicados a toda situación que no implicara una simulación o defraudación fiscal. Según fuentes oficiales citadas por la prensa[33], una de las razones principales que motivaron la denuncia del CDI por parte del gobierno argentino fue precisamente la utilización de las sociedades plataforma. La denuncia del Convenio, si bien es una medida extrema, es un remedio adecuado para prevenir la utilización de dicho vehículo. Lo que no parece razonable es pretender anular los efectos del tratado mediante el empleo de una norma antiabuso general interna del Estado fuente, categoría dentro de la cual corresponde encuadrar al principio de la realidad económica, a una estructura implementada en cumplimiento tanto de las legislaciones internas de ambos Estados Contratantes como de las disposiciones del CDI[34].

---

31 TEIJEIRO, Guillermo O., "Las normas anti-elusión en el derecho tributario argentino: Su aplicación y alcances en el contexto internacional en Interpretación económica de las normas tributarias, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

32 Esto último se encuentra en línea con la regulación vigente en la Argentina que admite la condición de residente de un sujeto del otro Estado contratante, sobre la base de la documentación emitida por ese otro Estado.

33 Ver por ejemplo el artículo periodístico firmado por Martín Kanenguiser, publicado en La Nación On-Line con fecha 4/7/2012.

34 Pasa inadvertido además que la Ley 19.840 que estableció la creación de las sociedades de plataforma de inversión fue sancionada el 23/11/2002 y que posteriormente, con fecha 23/4/2003, ambos Estados contratantes celebraron el Protocolo mediante el que se modificó el alcance del artículo 19 del tratado. Dicha oportunidad habría resultado propicia para excluir a las sociedades plataforma. Sin embargo, ni la Dirección Nacional de Impuestos en el Memorando 799/2010 ni el Tribunal Fiscal en su sentencia, reparan en ello.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 158

Lo expuesto en forma precedente lleva a concluir que en la causa bajo estudio el principio de la realidad económica ha sido aplicado en forma abusiva tanto por el Fisco, como por la Dirección Nacional de Impuestos como por la Sala D del Tribunal Fiscal.

Puntualmente en el fallo del Tribunal Fiscal se observan algunas inconsistencias que merecen ser puestas de resalto.

El análisis sobre la existencia de *sustancia* de la sociedad holding resulta más bien teórico. Se limita fundamentalmente a echar mano al concepto de "compañía conducto" definido como aquella creada con el propósito de evadir/reducir impuestos o derivar/acumular utilidades, habiendo sido constituida en un país con la mera intención de tener la estructura legal necesaria sin desarrollar actividades sustanciales[35], sin que, como ya se dijo, se indague sobre si en los hechos la sociedad plataforma cumplía o no funciones de sociedad holding.

Y particular atención merece la siguiente reflexión extraída del voto de la Dra. Gómez[36]:

"Si bien la actora alega que la constitución de la sociedad holding ha sido una estrategia de negocios orientada a potenciar la participación de Molinos en el Mercado internacional, resulta razonable –como se dijera– que realice una planificación fiscal orientada a minimizar la carga fiscal, pero lo cierto es que mediante la utilización de la sociedad plataforma chilena como proveedora de bienes y servicios de compañías argentinas, anuló la carga fiscal ello por cuanto tales sociedades no tributan por rentas extranjeras, apartándose del objeto y fin que se buscó con el Convenio en examen".

Este párrafo es representativo del razonamiento que subyace tanto el voto de la Dra. Gómez como el Voto del Dr. Magallón y resume el motivo central que ha llevado al Tribunal a fallar en contra del contribuyente.

El razonamiento que surge del párrafo se estructura en el siguiente orden:

- Se presenta como un hecho "aceptable" que un contribuyente implemente una estrategia que le permita mejorar su participación en el mercado internacional.
- También se reconoce que resulta razonable que se realice una planificación fiscal orientada a minimizar la carga fiscal.
- Sin un análisis detenido sobre si la estructura implementada podía realmente generar las ventajas de negocio invocadas por la contribuyente, se decide denegar los efectos del artículo 11 del Convenio por el hecho de que:
  - la elección de la estructura utilizada redunda en una situación de doble no imposición para el contribuyente, y que
  - esto último se aparta del objeto y fin del tratado.

El razonamiento seguido por el Tribunal presenta algunas falencias.

El Tribunal estima razonable que un contribuyente implemente una estructura para alivianar su carga fiscal, pero al mismo tiempo considera altamente cuestionable –a punto tal de denegar los beneficios previstos en un Convenio vigente– el hecho de que la estructura utilizada redunde en un supuesto de doble no imposición generado a partir de la decisión soberana de uno de los Estados Contratantes (Chile) de eximir del Impuesto a la Renta una porción de renta sobre la cual contaba con potestad tributaria exclusiva.

Del párrafo transcripto surge que el Tribunal concluye que la estructura implementada carecía de sustancia (económica) a partir de que, por el juego de las disposiciones de las legislaciones internas de cada Estado y las del Convenio, se generaba una situación de doble no imposición.

Ahora bien, si el razonamiento seguido por el Tribunal fuera correcto, ello importaría tanto como sostener que cualquier tipo de planificación fiscal que permita un ahorro impositivo muy importante –el extremo sería un supuesto de doble no imposición como el generado en este caso– estaría vedado aun cuando la transacción o estructura utilizada tuviera sustancia económica y/o un propósito de negocio.

El Tribunal arriba a dicha conclusión mediante la aplicación simultánea del principio de la realidad económica consagrado en el artículo 2° de la Ley 11.683 y de conceptos desarrollados por el derecho tributario internacional como el de "sociedad conducto" y "beneficiario efectivo", sin que pueda observarse con claridad la forma concreta en que fueron articulados los distintos "remedios" antiabuso empleados, lo cual genera ma-

35 Con cita a Andrés Edelstein en "Consideraciones sobre el Concepto de Beneficiario Efectivo", Consultor Tributario, p. 25, marzo 2010, Errepar.

36 Del Considerando VII de la Dra. Gómez.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 159

yor desconcierto respecto del verdadero alcance con el que debe ser aplicado el principio de la realidad económica en un contexto de estructuras celebradas en el marco de convenios de doble imposición.

El razonamiento seguido por el Tribunal Fiscal importa, a mi juicio, una aplicación abusiva del principio de la realidad económica respecto de una operación internacional realizada al amparo de un CDI vigente al momento de su implementación.

Como se expuso al comienzo, la pauta sobre la existencia o no de propósito de negocio o de sustancia económica en casos como este permitiría que la aplicación del artículo 2° de la Ley 11.683 se realice en forma armónica con otros principios fundamentales del Estado de Derecho, en particular con el principio de autonomía contractual y libertad negocial, consagrados por la legislación general y amparados por la Constitución Nacional.

V. CONCLUSIONES

A partir de las consideraciones expuestas, aquí se plantea que la circunstancia de que un contribuyente haya recurrido a una forma o a una figura que no es manifiestamente adecuada según el derecho privado, y de esa manera haya obtenido un importante ahorro fiscal, no constituye fundamento suficiente para la recalificación de las operaciones o estructuras respectivas con base en el principio de la realidad económica, si la elección de tales formas o estructuras no obedece únicamente a la intención de eludir el impuesto, sino que persigue un negocio indirecto y tiene, en definitiva, finalidad de negocio.

En los casos en que se presenta el supuesto del negocio indirecto lícito, se estaría en el ámbito de la planificación fiscal no reprochable, es decir, fuera del alcance de la aplicación del 2° de la Ley 11.683.

El negocio indirecto es lícito en la medida en que no implique un ocultamiento de la verdadera operación perseguida –lo cual calificaría como simulación– y en tanto no haya sido celebrado con la única finalidad de obtener una ventaja fiscal[37].

Esta idea encuentra apoyo en los artículos 1137 y 1197 del Código Civil, que regulan la autonomía de la voluntad. Conforme este principio, las partes pueden elegir obligarse de la manera que crean conveniente a sus intereses para lo cual pueden escoger o combinar los contratos previstos en la legislación, e incluso combinar sus cláusulas.

Esa pauta es consistente con la existencia de los contratos innominados o *sui generis* que, lejos de encontrarse prohibidos por el ordenamiento, son los que permiten la adecuación del sistema jurídico a la realidad de los nuevos negocios que no han podido ser previstos por el legislador y, en definitiva, son aptos para cumplir objetivos económicos de desarrollo e incremento de la riqueza.

En tales condiciones, no existiría razón válida para que la ley tributaria desconozca o recalifique a efectos impositivos las operaciones celebradas a través de negocios indirectos lícitos, en los que la transacción tiene sustancia económica y/o fue realizada con un propósito de negocio, y no con una pura finalidad de ahorro fiscal.

El empleo del principio de la realidad económica para desconocer o recalificar este tipo de transacciones importaría, a mi juicio, una aplicación abusiva de dicho principio, que no resulta compatible con la autonomía de la voluntad y la libertad negocial consagrada en nuestro ordenamiento.

De allí que resulte oportuno avanzar en el objetivo de determinar y circunscribir el universo de casos que deberían ser recalificados a la luz del principio de la realidad económica.

A la luz de esa realidad, según la interpretación que aquí se postula, sólo correspondería recalificar las operaciones respecto de las cuales claramente se demuestre que el único propósito del contribuyente fue el de lograr una ventaja fiscal, sin que exista sustancia económica y/o propósito de negocio.

Esta es la interpretación del artículo 2° de la Ley 11.683 y del principio de la realidad económica que mejor armoniza con los preceptos constitucionales que garantizan la autonomía de la voluntad y la libertad de contratación.

Con este alcance, la interpretación y aplicación del principio de la realidad económica puede verse enriquecida mediante la introducción a este análisis de conceptos presentes en la doctrina norteamericana de la *sustancia económica*.

37 VERNENGO, Milagros, "Anatomía del negocio indirecto", Alfarrabista Editorial, ISSN 2256-2230, Febrero-Abril 2012.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 160

En definitiva, ese análisis comparativo resulta útil y valioso para analizar e intentar precisar el alcance con el que debería ser aplicado el principio contenido en el artículo 2° de la Ley 11.683.

Pese al distinto origen y la distinta formulación que, como vimos, tienen la doctrina de la *sustancia económica* y nuestro principio de la realidad económica, varias de las críticas que hacen los autores a la aplicación de la doctrina de la *sustancia económica* por parte de los tribunales inferiores norteamericanos son similares a las que pueden señalarse respecto de aplicación de nuestro principio de la realidad económica.

No sólo eso. Del análisis que realizan los tribunales y los autores en relación con la doctrina norteamericana de la *sustancia económica* pueden extraerse planteos y conclusiones que permiten analizar desde una perspectiva novedosa nuestro principio de la realidad económica, tales como los que se enuncian a continuación:

- La recalificación que habilita el artículo 2° de la Ley 11.683 sólo debería aplicarse a las transacciones en las cuales se observe una utilización de estructuras manifiestamente inadecuadas según el derecho privado y en las que, además, esta utilización carezca de propósito de negocio o sustancia económica. Mientras que el Fisco tiene la carga de probar que la figura empleada por el contribuyente es manifiestamente inadecuada de acuerdo al derecho privado, una vez acreditado dicho extremo, el contribuyente podrá probar que la operación obedece a un propósito de negocio y/o posee sustancia económica y evitar así la recalificación.
- No deberían recalificarse las transacciones o estructuras que puedan encuadrar como negocios indirectos lícitos. Recaracterizar este tipo de conductas implicaría un avasallamiento de la autonomía de la voluntad y la libertad negocial consagradas tanto en el Código Civil como, en última instancia, en el artículo 19 y concordantes de la Constitución Nacional.
- A los fines de la aplicación del principio de la realidad económica, resulta útil asignar un rol importante a la intención del legislador, para evitar cercenar el uso de estructuras que permiten la obtención de ventajas fiscales que pueden haber sido expresa o implícitamente alentadas por la propia legislación.
- Las operaciones deben ser globalmente consideradas, no debiendo repararse –a los fines de verificar la existencia de sustancia económica o propósito de negocio– únicamente en el eslabón que generó la ventaja fiscal.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La experiencia argentina demuestra que la aplicación del principio de la realidad económica en forma indiscriminada conlleva el cercenamiento de negocios instrumentados a través de una planificación fiscal legítima.

Esta realidad, de todos modos, no parece ser patrimonio exclusivo de nuestra Administración Fiscal ni de ciertos tribunales argentinos, sino que se inserta en un contexto global que, en cierta forma, parece ir en una dirección similar.

En efecto, en los últimos años se aprecia una clara tendencia a atacar y desincentivar operaciones llevadas a cabo mediante una planificación fiscal más o menos agresiva con el propósito fundamental de aumentar la recaudación fiscal.

Esta postura de los Estados se ve materializada tanto a nivel de organismos multilaterales, como es el caso de la OECD, como a través de medidas unilaterales adoptadas por los distintos países[38] o nivel regional[39].

En el ámbito de la OECD vale mencionar, especialmente, el reciente plan denominado *Base Erosion and Profit Shifting* lanzado el pasado 19 de julio de 2013, cuyo principal objetivo es hacer frente a prácticas impositivas que se consideran nocivas por tender a disminuir la base imponible en una jurisdicción, reasignando la renta a jurisdicciones de baja tributación.

A tal fin, en el referido plan, se proponen distintas líneas de acción dirigidas a controlar, por ejemplo, los negocios digitales, los instrumentos híbridos, las deducciones, los precios de transferencia, los regímenes promocionales internos, las exenciones, las reglas CFC, la definición de establecimiento permanente y los acuerdos de contribución de costos.

38 Por ejemplo las medidas de *disclosure* obligatorio implementadas por Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Nueva Zelanda, entro otros.

39 Por ejemplo la Recomendación de la Comisión Europea emitida en diciembre de 2012 [Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning, Brussels, 6.12.2012 – C (2012) 8806 final].

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 161

El plan se asienta en el entendimiento de que las soberanías son locales y que la falta de coordinación internacional genera situaciones de doble imposición, pero también de doble no imposición que es necesario evitar.

En mi opinión, este tipo de iniciativas no parecen contribuir a una aplicación razonable de las normas antielusivas. Por el contrario, se encuentran orientadas a ampliar el universo de casos sobre los cuales se aplica esta clase de normas, entre las que se inscribe, en nuestro país, el principio de la realidad económica.

Según surge de la experiencia argentina, la pauta rectora para la aplicación de este principio parece ser la de cuestionar y recalificar toda operación que permita la obtención de una ventaja fiscal, independientemente de si se comprueba la existencia o ausencia de sustancia económica o propósito de negocio.

Lo cierto es que, aplicados con ese alcance, estas normas y medidas terminan por censurar prácticamente todo intento de planificación fiscal o economía de opción.

Llevado al extremo, pareciera que un contribuyente estará "a salvo" del principio recalificador de la realidad económica únicamente si estructura su negocio del modo más gravoso posible en términos impositivos, ya que cualquier intento por reducir su carga fiscal será descalificado (o, dicho en términos técnicos "recalificado").

La consolidación de ese criterio implicaría consagrar una pauta exactamente opuesta al principio señalado con particular énfasis por el célebre juez Learned Hand, según el cual no tiene nada de malo organizar los negocios para pagar el menor impuesto posible, toda vez que nadie está obligado a pagar más que lo que exige la ley, pues no existe un deber patriótico de someterse a una mayor carga tributaria[40]. Así lo ha reconocido también nuestra Corte Suprema de Justicia ya en el año 1958, al subrayar que "no es reprensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal"[41].

En definitiva, el gran riesgo que traen aparejados los criterios que aquí hemos cuestionado es que se inviertan los términos de la ecuación y que la recaracterización indiscriminada de operaciones que importan una planificación fiscal legítima termine por generar más perjuicios que beneficios a nivel de la economía global.

40 Gregory v. Helvering, 69 F.2d 809, 810 (2d Cir. 1934).

41 Fallos 241:210.

145-T2-Esathio_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:27 Página 162

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 163

NORMAS ANTIELUSIÓN DE LA LEGISLACIÓN IMPOSITIVA ARGENTINA APLICABLES A OPERACIONES INTERNACIONALES

LEANDRO M. PASSARELLA*

I. INTRODUCCIÓN

Los impuestos son un costo más de toda actividad económica, ya sea productiva o especulativa. Si se parte de la base de que la conducta racional de un buen hombre de negocios debería ser la de tratar de minimizar los costos de su actividad para maximizar su beneficio (o el de la persona para la que trabaja, como puede ser el caso del directorio de una sociedad), el análisis de las posibilidades de reducción de la carga tributaria al mínimo legalmente posible debería formar parte de su trabajo. Esta tarea de análisis que realiza el buen hombre de negocios, ya sea directamente o a través de sus asesores, es lo que se conoce como "planificación fiscal". El resultado de esta labor de análisis generalmente resulta en el diseño de estructuras que pueden resultar adecuadas para lograr evitar el impacto de tributos. En función de esta situación, mientras no exista un límite legal a la implementación de las estrategias que resulten de ese análisis, es decir, a la planificación fiscal, y ellas resulten en un legítimo ahorro impositivo, el buen hombre de negocios que desarrolla su actividad en Argentina –en su carácter de contribuyente– debería considerarse amparado por el principio establecido en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional que dispone que nadie "*será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe*".

Anticipando o reaccionando a esta conducta racional de los contribuyentes, al igual que en otras partes del mundo se han incorporado a la legislación impositiva argentina reglas para evitar la elusión de impuestos, a las que en este trabajo se denominan "normas antielusión". En función de lo que el legislador considera tolerable, las normas antielusión tienen por objetivo poner un límite a, o directamente desincentivar, conductas de los particulares tendientes a minimizar su carga impositiva. Por ello, las normas antielusión pueden ser de carácter general (*i.e.*, que se aplican a la generalidad de tributos) o de carácter especial (*i.e.*, que se refieren sólo a un tributo y/o para una situación particular).

Nuestro país cuenta con una sola norma antielusión de carácter general, el principio de la "realidad económica" establecido en el artículo 2° de la Ley 11683 (t.o. 1998 y sus modificaciones). En cambio, el sistema impositivo argentino contiene varias normas antielusión de carácter especial. A modo de ejemplificativo y no exhaustivo, se pueden citar las siguientes normas:

- En materia del impuesto a las ganancias, las normas sobre países de baja o nula tributación (que influyen en más de una materia de ese tributo), las normas sobre atribución de rentas en una sociedad conyugal, las normas sobre operaciones de pases de títulos, y las normas sobre capitalización exigua, entre otras.
- En materia de IVA, las normas sobre cesiones de documentos con descuento.
- En materia de imposición patrimonial, la norma sobre atribución de propiedad de bienes donados con reserva de usufructo.

En este trabajo se analiza la aplicación de las normas antielusión, general y especiales, en el ámbito de operaciones internacionales, las que por lo general resultan aplicables en materia de impuesto a las ganancias, al gravar este tributo resultados de actividades que se realizan tanto dentro como fuera del país. Si bien correspondería dedicar la primera parte de este trabajo al principio de la "realidad económica", la norma antielusión general se analizará en segundo término, ya que este principio podría considerarse como una norma de aplicación más amplia para los casos que no tienen una norma específica. Además, previo al análisis de las normas antielusión, entendemos relevante detenernos brevemente en el artículo 19 de la Constitución Nacional que mencionáramos anteriormente, ya que de una u otra forma debería considerarse como el fundamento para la incorporación de esas normas al sistema tributario argentino.

* Abogado (UBA), LL.M./I.T.P. (Harvard Law School). Profesor de Impuesto a las Ganancias de Personas Físicas, Maestrías en Derecho y Economía, en Derecho y en Derecho Tributario, Universidad Torcuato Di Tella. El autor agradece la colaboración de Maia Levy Daniel en la investigación para este trabajo.

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 164

II. CUESTIÓN PREVIA: EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Como se mencionara en la introducción de este trabajo, la Constitución Nacional establece en su artículo 19 que nadie puede ser privado de hacer aquello que la ley no prohíbe, ni puede ser obligado a hacer lo que ella no manda. No obstante, previamente, el mismo artículo constitucional establece que "*[l]as acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*." Corresponde analizar, en consecuencia, si este precepto constitucional habilita al Fisco argentino a limitar la planificación fiscal de manera general, sin necesidad de contar con una norma que previamente establezca el límite para esta actividad. Del mismo modo, si el artículo 19 de la Constitución Nacional permite aplicar la norma antielusión general de manera extensiva para desautorizar estrategias de planificación fiscal que, de acuerdo a la legislación impositiva vigente al momento de su implementación, deberían considerarse lícitas y legítimas.

Así, la planificación fiscal no puede considerarse que ofenda el orden y la moral pública, sino todo lo contrario porque se implementa en función de lo que establecen las leyes de la República. Si se la considerara reprochable, aquellos individuos que en la actualidad planifican la inversión de sus ahorros en depósitos bancarios en el país (para obtener intereses) o en inmuebles (para beneficiarse de una eventual apreciación futura) –actividades que generan ingresos exentos o no gravados– deberían ser reprendidos por no contribuir al erario público de la misma manera que un individuo que da préstamos a particulares o alquila inmuebles para obtener rentas gravadas.

Resta determinar entonces si el Estado puede considerarse un *tercero* que puede resultar *perjudicado* por la planificación fiscal de los contribuyentes que se realiza aplicando la ley que emana del mismo Estado, por lo que la conducta de los contribuyentes pueda ser pasible de análisis de los magistrados. En este sentido, la planificación fiscal sería una acción privada del contribuyente, aunque el Estado no es un tercero en esa acción, sino que es un sujeto participante de esa acción. Ello, porque el contribuyente decide realizar dicha acción en función de lo que el Estado le permite o no le permite hacer. El Estado es el que establece las reglas de juego a las que debe atenerse el contribuyente.

Es decir, el Estado no es –o no debería considerarse– ajeno a la planificación fiscal que realicen los contribuyentes, sino que es el que la permite o deja de permitir. Ello, porque es el sujeto activo de la obligación tributaria que se intenta minimizar con la planificación fiscal. Por ello, el Estado no es un *tercero*. Además, no puede considerarse *perjudicado* cuando un contribuyente realiza una conducta que el mismo Estado no limita, ya sea de manera deliberada o a través de su silencio o inactividad en modificar la normativa vigente. Es más, si –como consecuencia de inspecciones a contribuyentes– descubre que la legislación que ha dictado es incompleta o favorece conductas que debieron ser desalentadas o evitadas, la Constitución Nacional le da las herramientas necesarias para solucionar esas situaciones, sin necesidad de recurrir a los magistrados, ya que puede dictar las leyes modificatorias correspondientes.

Es cierto que esa solución es para el futuro, ya que la limitación de la planificación fiscal sólo puede darse por ley del Congreso, la que –por regla general– no puede aplicarse con retroactividad. No obstante, algunos contribuyentes han impugnado recientemente –sin éxito– algunos ajustes realizados por el fisco argentino a la determinación de su obligación de impuesto a las ganancias argumentando que dichos ajustes implicaban la aplicación retroactiva de una reforma a las normas antielusión en materia de precios de transferencia aplicables a operaciones con *commodities*[1]. Cabe preguntarse en esos casos, para qué fue necesaria la reforma si el criterio del organismo recaudador resultó aplicable a períodos anteriores a la sanción de la Ley 25.784. Más cerca en el tiempo, el 14 de agosto de 2013, el Tribunal Fiscal de la Nación dictó una sentencia en la que avala la posición del Fisco Nacional de desautorizar una estrategia de planificación fiscal que implicaba el uso de una sociedad *holding* chilena sobre la base de la aplicación del principio de la realidad económica[2]. En este caso, la pregunta que surge es la siguiente: Es claro que no existe un derecho adquirido al mantenimiento de una normativa determinada. Sin embargo, así como las normas se modifican para el futuro, el cambio en la interpretación de las normas que se encuentran vigentes tampoco debería ser retroactivo. Ello, porque dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, la reinterpretación retroactiva de normas vigentes puede considerarse lesiva de la garantía constitucional de reserva de ley establecida en el artículo 19 de la Constitución Nacional, ya que

1 "Alfred C. Toepfer Internacional SA (TF 27014-I) c/ DGI", CNAPel.Cont-Adm., Sala II, 13/12/2012; "Oleaginosa Moreno SACIFIA s/ apelación impuesto a las ganancias", Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, 6/3/2012; entre otros.

2 "Molinos Río de la Plata S.A.", Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, 14/8/2013.

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 165

de esa manera el Estado pretende limitar –por aplicación de la norma antielusión general– la planificación fiscal de sus contribuyentes estructurada sobre la base de normas vigentes y aprobadas por el mismo Estado. Además, cabe hacerse la siguiente pregunta: Si es posible determinar un tratamiento impositivo retroactivamente mediante la interpretación de la legislación vigente, ¿para qué es necesario reformar dicha legislación incorporando normas que explícitamente establecen dicho tratamiento impositivo?

III. NORMAS ANTIELUSIÓN ESPECÍFICAS

En materia del impuesto a las ganancias, la Ley 20.628 (t.o. 1997 y sus modificaciones; en adelante, la "LIG")y su decreto reglamentario, Decreto 1344/98 (en adelante, el "DR") contienen normas antielusión específicas que limitan la aplicación de reglas generales que se encuentran plasmadas en su plexo. Como se verá al analizar cada tipo de norma antielusión específica, su inclusión en el plexo normativo se debe a que sino estuvieran presentes, las normas generales que limitan verían menguado su objetivo, al resultar desvirtuadas por su uso excesivo, erosionándose la base para el cálculo del tributo. En función de esta descripción, se consideran normas antielusión específicas aplicables a operaciones internacionales a las normas sobre (a) fuente de rentas de operaciones con instrumentos financieros derivados, (b) limitación de deducibilidad de gastos incurridos con partes vinculadas del exterior, (c) capitalización exigua, (d) precios de transferencia, (e) operaciones con países de baja o nula tributación, y (f) residencia fiscal.

a) Fuente de rentas de operaciones con instrumentos financieros derivados: Limitación a la reubicación artificial de la fuente de la renta[3]

Mediante el Decreto 1130/97, se incluyó en el inciso b) del artículo 9° del DR una norma general de fuente aplicable a las ganancias resultantes de operaciones con instrumentos financieros derivados.[4] De acuerdo a esa norma, la fuente de la renta de esas operaciones se encuentra en el lugar de residencia del sujeto que obtiene el resultado, ya que allí se presume ubicado el riesgo que se pretende cubrir. De esa manera, los resultados que obtiene el residente argentino, sean positivos o negativos, siempre se consideran obtenidos en el país. En cambio, los que obtiene un sujeto del exterior tienen su fuente ubicada en el exterior. Por lo tanto, en el caso de ser positivos, no se encuentran sujetos a retención en el país por tratarse de resultados de fuente extranjera de un beneficiario del exterior.

Sin embargo, una operación con instrumentos derivados puede replicar artificialmente a otra. Por lo tanto, de esa manera puede reubicarse la fuente del resultado de la operación que se quiere replicar. Por ejemplo, un contribuyente local puede haber tomado un préstamo del exterior a tasa variable, y celebrar un *swap* de tasas de interés para fijar su riesgo a una determinada tasa fija, asumiendo la obligación de pagar a su contraparte en el *swap* la diferencia entre la tasa variable que acordó pagar a su acreedor y la tasa fija establecida en ese instrumento financiero derivado. Si se aplicara la norma general de fuente para rendimientos de instrumentos derivados, en cualquiera de los escenarios el beneficiario del exterior no estaría sujeto a imposición en el país al momento de percibir del contribuyente local el precio de compra del bien.

Por ese motivo, la reforma del Decreto 1130/97 incluyó una norma antielusión específica para evitar la relocalización artificial de la fuente del rendimiento de una operación en la que se utilizan instrumentos financieros derivados.[5] Según esa norma, "*cuando un conjunto de transacciones con instrumentos y/o contratos derivados, sea equivalente a otra transacción u operación financiera con un tratamiento establecido en la ley del tributo, a tal conjunto se le aplicarán las normas de las transacciones u operaciones de las que resulte equivalente.*"[6] De la lectura de dicha norma se desprende que resulta aplicable cuando el instrumento financiero derivado se encuentra vincu-

3 Para un análisis más detallado sobre esta cuestión, ver Leandro M. Passarella, *Taxation of Derivatives in Argentina: The Risk as the Criterion to Determine the Source of Income from Derivatives*, Derivatives & Financial Instruments No. 1, International Bureau of Fiscal Documentation, Ámsterdam (The Netherlands), 1999.

4 La reforma del Decreto 1130/97 luego se incorporó al texto de la LIG mediante la Ley 25.063 en varios de sus artículos para ampliar su ámbito de aplicación. No obstante, en esta sección se refiere a la reforma del Decreto 1130/97 por tratarse de una norma de aplicación exclusiva en el ámbito internacional.

5 También se incluyó una norma que refiere a la aplicación del principio de la realidad económica. No obstante, tal referencia debe considerarse redundante, ya que dicha norma antielusión general resulta de aplicación aun cuando no hubiera habido tal referencia, siempre que la real intención de las partes que celebran una operación en la que hay un instrumento financiero derivado haya sido celebrar otra operación.

6 DR, art. 9°, inc. b), 4° párr. Ver LIG, art. 45, inc. g), 2° párr.

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 166

lado de alguna manera con otra u otras operaciones económicas. Es decir, la celebración de un instrumento financiero derivado aislado con un sujeto del exterior no está sujeta a la norma antielusión específica. Sin embargo, como consecuencia de esta norma, la fuente de los resultados emergentes de derivados debe determinarse, en estos casos, de acuerdo a las normas aplicables a la operación financiera equivalente y no en función de la regla general aplicable a las ganancias de derivados. Por lo tanto, los beneficiarios del exterior que participen en ese tipo de operaciones podrían llegar a estar sujetos a retención de impuesto a las ganancias al momento de recibir pagos de contribuyentes argentinos, dependiendo del tipo de operación financiera equivalente de que se trate.

En el ejemplo del *swap* mencionado anteriormente, ambas operaciones en su conjunto podrían considerarse equivalentes a un préstamo a tasa de interés fija (*i.e.*, un "préstamo sintético"), por lo menos desde la óptica del deudor argentino. Entonces, corresponde determinar si la regla de equivalencia haría que los pagos que el deudor argentino a la contraparte en el *swap* de tasas de interés deban estar sujetos a retención de impuesto a las ganancias, cuando la regla general es que esos pagos no deben estar gravados en el país por tratarse de rentas de un instrumento financiero derivado celebrado para limitar los riesgos del fluctuación de la tasa de interés para el deudor argentino.

En ese caso, pueden darse dos alternativas, que el acreedor del préstamo no sea contraparte en el instrumento financiero derivado, o que lo sea. Si no lo fuera, podrían darse dos tratamientos distintos: (a) el préstamo a tasa variable y el *swap* de tasas de interés se integran en el préstamo sintético y el deudor argentino calcula la retención sobre la tasa de interés fija (*i.e.*, suma de tasa de interés variable del préstamo –operación "tradicional"– más la suma positiva o negativa que resulte de lo que el deudor local deba pagar o cobrar, respectivamente, de su contraparte en el *swap* –instrumento financiero derivado), o (b) ambas operaciones no se integran por tener contrapartes distintas y el deudor local sólo considera la tasa de interés variable como renta de fuente argentina. En el primer caso, la norma antielusión específica sería de aplicación, mientras que en la segunda no lo sería. Lamentablemente, no se cuenta con una interpretación oficial respecto del alcance de esta norma antielusión específica. No obstante, debe tenerse en cuenta que si se aplicara el primer tratamiento descripto en este párrafo, la regla general de fuente para rentas de instrumentos financieros derivados resultaría totalmente desvirtuada y no resultaría aplicable, ya que el sujeto local siempre debería aplicar la retención sobre pagos por instrumentos financieros derivados que se celebren como "cobertura" de operaciones que generan renta de fuente argentina para beneficiarios del exterior.

Por ese motivo, podría considerarse que la norma en cuestión sólo resultaría aplicable cuando las contrapartes de ambas operaciones son las mismas. Lo mismo ocurriría si el rendimiento de un préstamo se replicara a través de una operación en la que el sujeto local transfiere la propiedad de un bien al beneficiario del exterior, con el compromiso de recomprarlo (*i.e.*, un contrato de *forward*), o dicho sujeto no residente le compra ese mismo bien al contribuyente local junto con la opción de vendérselo en el futuro (*i.e.*, un contrato de *put option*), a fin de que el rendimiento de la operación que se quiere replicar (*i.e.*, el interés) se considere resultado de un instrumento financiero derivado y por ende no sujeto a retención en el país por aplicación de la regla general de fuente de las rentas de esas operaciones.

Sin embargo, para esos casos resultaría suficiente aplicar la norma antielusión general, esto es, el principio de la realidad económica, que también fuera incorporado al tercer párrafo del inciso b) del artículo 9° del DR por el Decreto 1130/97 (de manera redundante, podría sostenerse, al ya estar contenido en el artículo 2° de la Ley 11.683). Si fuera ese el caso, entonces, la norma antielusión específica no tendría aplicación posible, o sería equivalente al principio de realidad económica. Atento la falta de antecedentes sobre el ámbito de aplicación de esta norma, sería conveniente obtener un pronunciamiento oficial respecto a la cuestión, a fin de determinar si corresponde mantener esta norma o si no puede tener aplicación por lo que sería recomendable eliminarla del texto de la LIG y del DR.

b) Gastos con partes vinculadas del exterior sujetos a retención: Limitación temporal hasta el pago

La regla general sobre deducibilidad de gastos aplicable a los sujetos del artículo 69 de la LIG es que corresponde deducirlos al momento de devengarse. Esa norma plantea una posible erosión de la base imponible del tributo cuando el gasto debe pagarse a un sujeto vinculado del exterior es renta de fuente argentina para dicho sujeto. En efecto, la demora en realizar el pago desde Argentina generaría una pérdida en recaudación para el Fisco Nacional, ya que por un lado debería aceptar la deducción del gasto del contribuyente

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 167

local, mientras el ingreso del impuesto (vía retención) sobre la renta de fuente argentina del beneficiario del exterior estaría diferido hasta el momento en que se paga dicha renta. En consecuencia, el grupo económico al que pertenecen ambos sujetos obtendría un ahorro fiscal.

Por ese motivo, el último párrafo del artículo 18 de la LIG establece que los gastos incurridos por contribuyentes locales con sujetos del exterior con los que están vinculados económicamente sólo son deducibles luego de su devengamiento y pago, siempre que el pago ocurra durante el año fiscal del devengamiento del gasto o, a más tardar, antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada de dicho ejercicio. De esa manera, se elimina la oportunidad de ahorro fiscal.

Debe tenerse en cuenta que la pérdida de recaudación del Fisco Nacional que se pretende evitar mediante esta norma antielusión específica no se traduce necesariamente en una ganancia para el grupo económico al que pertenecen el contribuyente local y el sujeto del exterior. Ello, porque si el beneficiario del exterior debe reconocer la renta de la operación al momento de su devengamiento de acuerdo a las normas tributarias de su país de residencia, puede encontrarse en la situación de tener que pagar el impuesto en su país sobre una renta que todavía no percibió. En ese caso, el grupo económico se vería perjudicado, ya que debido a la demora en el pago del gasto desde Argentina, el crédito por impuesto análogo que pudiera corresponderle al acreedor vinculado del exterior no estaría apareado con el impuesto que grava la misma renta. Sin embargo, aunque puede ser el más común, ese es uno de los posibles escenarios que pueden darse en la realidad.

c) Capitalización exigua: Limitación a la deducción de intereses

La regla general del inciso a) del artículo 81 de la LIG establece que los contribuyentes pueden deducir los intereses de sus deudas. Como durante muchos años la tasa de retención sobre intereses pagados al exterior era menor a la tasa del impuesto establecida en el artículo 69 de la LIG, los sujetos del exterior tenían un incentivo a financiar las actividades de sus filiales locales mediante deuda (denominada en moneda extranjera) en vez de hacerlo con capital (necesariamente denominado en moneda local).

Por ese motivo, mediante la reforma de la Ley 25.063, la LIG estableció en 35% como tasa general efectiva de retención sobre intereses a pagarse a beneficiarios del exterior, e incorporó la regla de capitalización exigua aplicable a los intereses que estuvieran sujetos a la tasa preferencial efectiva del 15,05%. De esa manera, se estableció una norma antielusión específica aplicable a la deducibilidad de intereses.

De acuerdo a esas reglas, el 60% del monto de intereses devengados de deudas sujetas a las reglas de capitalización exigua no eran deducibles, siempre que se cumplieran estas dos relaciones simultáneamente:

La relación de deuda financiera a patrimonio neto debía ser superior a 2,5 veces a 1. A efectos de calcular esta relación, los rubros referidos anteriormente deben ser considerados al cierre del ejercicio comercial

163-T2-Pasarella_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 168

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 169

CRITERIOS ANTIELUSIÓN QUE SURGEN DE MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

ESTEBAN L. AGUIRRE SARAVIA

I. INTRODUCCIÓN

Todos los países desean proteger su base tributaria y asegurar que los contribuyentes no abusen de las disposiciones fiscales. En el mercado actual, los contribuyentes y las administraciones tributarias permanentemente buscan cómo resolver los desafíos causados por la evolución de las transacciones internacionales, producto del desarrollo tecnológico entre otros factores. Ello acarrea la necesitada que los tratados internacionales (no solo los Convenios para evitar la Doble Imposición, sino todos los instrumentos que contienen previsiones fiscales, por ejemplo, convenciones de intercambio de información, tratados respecto a la herencia, donaciones o legados, WTO u otras convenciones sobre comercio, tratados sobre seguridad social, entre otros) se actualicen permanentemente. Como ello, a mi criterio es impracticable en la actualidad, se requiere de otros instrumentos que permitan la plena aplicación de los dispositivos internacionales y que garanticen la seguridad jurídica a los contribuyentes.

A efectos de vislumbrar esta problemática señalo, por ejemplo, que el concepto de Establecimiento Permanente fue desarrollado hace aproximadamente cien años en un período en que la economía y las actividades económicas eran fijas e inmóviles, a fin de eliminar la doble tributación internacional y promover una repartición equilibrada de los ingresos fiscales. Hoy, la definición de este instituto no es una medida eficaz para la actividad económica de la era digital donde las personas y negocios tienden a ser cada vez más móviles y no es posible utilizarlo para determinar el gravamen del país de la fuente. Hoy en día, una empresa puede realizar un negocio millonario en un país fuente sin presencia física. Por ejemplo, actualmente un negocio se puede manejar desde un sitio web (ventas online) con el servidor situado en paraísos fiscales, sin dar ningún derecho tributario a los países que están contribuyendo al negocio de las ventas online. La misma lógica se podría ampliar a cualquier actividad de e-comercio con el equipo principal situado en un paraíso fiscal o en un lugar fuera de los límites geográficos de cualquier país, para negar los impuestos basados en la fuente. Estos cambios amenazan el uso del concepto de Establecimiento Permanente, que se sustenta en la prueba de presencia física, y que en la mayoría de tratados no ha cambiado, creando nuevos desafíos de erosión en la base tributaria y de mala distribución de los ingresos hacia los países consumidores.

Para prevenir tal abuso de los tratados, y aun cuando en algunos casos resultará necesaria la actualización de los instrumentos internacionales –que no son objeto de este trabajo–, existen criterios interpretativos al alcance de las autoridades fiscales que pueden ser utilizados dentro de determinados parámetros y que sirven como límite a su actuación.

Vuelvo con la idea que los contribuyentes tratan de encontrar maneras para aumentar los beneficios de accionistas y al mismo tiempo las administraciones tributarias buscan con más empeño cómo abordar la erosión de la base tributaria y las transferencias de beneficios. Las administraciones tributarias en todo el mundo opinan que existen contribuyentes cuyas prácticas para aumentar los beneficios de sus accionistas son abusivas. En este contexto el comentario de los artículos de la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo ("Convención de la ONU"), en el párrafo 8 del comentario del artículo 1 reza lo siguiente: *"Las disposiciones de los tratados tributarios son redactadas de modo general y los contribuyentes podrían estar tentados a aplicar estas disposiciones de una manera muy técnica para obtener ventajas en circunstancias donde los estados partes no tengan la intención de proporcionar las mismas. Estos usos incorrectos de los tratados tributarios, son una fuente de preocupación para todos los países, especialmente aquellos que no tienen experiencia para hacerle frente a estrategias sofisticadas de elusión fiscal."*

Posteriormente, el comentario de la ONU destaca varios enfoques utilizados por los países para prevenir y tratar el uso incorrecto de los tratados tributarios. Estos enfoques incluyen: (i) normativas específicas antiabuso en las leyes nacionales; (ii) normativas generales anti-abuso en las leyes nacionales; (iii) reglas específicas anti-abuso en tratados tributarios; (iv) reglas generales anti-abuso en tratados tributarios; (v) doctrinas judiciales que son parte de las legislaciones nacionales; y (vi) la interpretación de las disposiciones de los tratados tributarios. Este trabajo investiga los dos últimos enfoques. Buscaré analizar las diferentes orientaciones

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 170

respecto a las disposiciones antiabuso y las implicancias de las convenciones internacionales interpretativas (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Principios de Limburg).

Finalmente, abordaré la situación actual de la Argentina, con la defectuosa actuación de la Dirección Nacional de Impuestos; que no es otra cosa que una manifestación de la crisis del principio de seguridad jurídica. En este análisis relevaré –no porque se desconozca, sino para enfatizar su aplicación– las implicancias de esta problemática.

Repasaré la noción de este principio liminar del derecho tributario e intentaré realzar la vigencia de esta garantía, como principio fundacional –de aplicación operativa– de nuestro sistema jurídico en las transacciones internacionales.

En esta búsqueda, centraré mi atención en que el principio analizado, no debe ser vapuleado, olvidado, soslayado, ni minimizado, porque si así sucediera, el Estado de Derecho se encontraría en franca involución. La seguridad jurídica debe erigirse como un instrumento concreto de estabilidad normativa, e impregnar todas y cada una de las decisiones político-tributarias. En esta tesitura, haré una proposición concreta para la Argentina con objeto de obtener una aplicación efectiva de los Convenios para Evitar la Doble Imposición.

II. INTERPRETACIÓN DEL DERECHO TRIBUTARIO Y DE LAS NORMAS ANTIABUSO

Es importante destacar las diferencias interpretativas de los países en lo que respecta a las normas tributarias. Las mayores controversias en la interpretación de las leyes impositivas, surgen en el contexto de las transacciones elusivas. Seguidamente hare hincapié en la doctrina judicial antielusión y en el estrecho análisis que corresponde realizar de las normas antielusivas generales (*GAAR, General Anti-Avoidance Rules*).

Un rol destacado de los analistas de la materia tributaria es advertir a sus clientes respecto al potencial encuadre impositivo o tesitura de las autoridades fiscales y jueces frente a una determinada transacción. Un asesor fiscal que brinda una opinión de una determinada transacción internacional que acarreará consecuencias en otra jurisdicción, debe necesariamente comprender cómo los tribunales en dicho país interpretarán la operación. Atento que los jueces son independientes no es posible predecir con certeza la forma en la cual los tribunales podrían resolver un caso determinado, pero el asesor debe (debería, en el caso argentino) poder estimar las probabilidades e implicancias pertinentes. Estas pueden (o deberían) ser analizadas conforme a la práctica y precedentes jurisprudenciales de esa jurisdicción. La práctica judicial varía entre los diferentes países en todas las ramas del derecho y, en especial, en la materia impositiva[1]. De hecho, la jurisprudencia puede variar en un mismo país: distintos tribunales y jueces pueden tener consolidadamente criterios disímiles, e incluso existen países que poseen diferentes tipos de fuero que entienden en las apelaciones fiscales[2] (si incluyéramos las apelaciones administrativas y los recursos de revisión por ante la justicia, prácticamente en todos los países se advertirá la posibilidad de litigar en diferentes fueros).

De acuerdo a destacada doctrina[3], generalizando, los jueces de los diferentes países resuelven las causas fiscales, de acuerdo con los siguientes reparos: (i) las cosas pueden cambiar, toda vez que la ley evoluciona en cada país; (ii) en la consideración de tópicos específicos, resulta vital considerar los precedentes particulares que se avocaron a esos supuestos, que pueden resultar una variación del tema general (por ejemplo, una jurisdicción puede tener una ley antielusión o una doctrina juridicial antielusiva que puede aplicarse solo en determinados supuestos específicos. Si una operación involucra alguno de estos supuestos, resulta esencial conocer cómo un precedente anterior trató el caso); (iii) en virtud del principio de reserva de ley en materia tributaria, es dable discurrir con énfasis tanto a las normas generales antielusivas (*GAAR*, antes definidas), las normas antielusivas especiales (*SAAR, Special Anti-Avoidance Rules*) y otras normas –si existen– que incidan en la interpretación de transacciones; que interactuarán con el "particular estilo judicial de cada país", (iv) cada caso tienen sus propios hechos, que pueden influir la decisión en un sentido particular; y (v) en virtud del hecho que existen principios o máximas generales interpretativas contradictorias en cada jurisdicción –que seguidamente se analizarán– y que innumerables casos requieren de su juzgamiento; es imposible predecir con certeza cómo un caso particular va ser decidido.

1 Ver G.S.A, Wheatcroft, "*The Interpretation of taxation laws with special preference to form and substance: General Report*", 50a Cahiers 7, 1965.

2 Este es el caso de los EE.UU. (donde los asuntos impositivos pueden ser entendidos por la *Tax Court*, una *U.S District Court* o una *Claims Court*), de Reino Unido (*General* y *Special Comissionaires*), y Francia (*Conseil d´Etat* y los Tribunales de Apelación Ordinarios).

3 Victor Thuronyi, "*Compartive Tax Law*", Kluwer Law International, 2003, p. 133.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 171

Teniendo en consideración estas premisas, pueden esbozarse algunas diferencias y generalizaciones entre los diferentes grupos de países con tradición civilista con las del *common law*. Sin perjuicio de ello, adelanto que últimamente a los fines de comprender las diferencias entre los diferentes "estilos judiciales" se deberían analizar detalladamente casos concretos. Ese último examen permitirá vislumbrar las limitaciones de la generalización. Además, la exploración de los "estilos judiciales" no puede realizarse independientemente de los sistemas jurídicos propios de cada país. En parte, la interpretación de los jueces varía por cuanto las normas domésticas son redactadas de modo diferente en cada jurisdicción y estos tienen diferentes mandatos. Asimismo existirán diferencias si las resoluciones son dictadas por tribunales independientes en oposición a los jueces administrativos. El "estilo judicial" interactuará con el "estilo administrativo": si una determinada autoridad fiscal tiene una actitud pasiva en lo que respecta a la fiscalización de los contribuyentes o estos son conservadores (en contraposición a agresivos) en la estructuración de sus transacciones, y en consecuencia en la declaración de sus impuestos; no debería haber demasiados litigios impositivos (este es el caso de Japón). Lo opuesto se daría si tanto la autoridad fiscal como los contribuyentes interpretaran sistemáticamente las leyes en su favor[4].

Nótese que un caso promedio en general no involucra una controversia sobre la interpretación de una determinada norma[5]. Incluso, en los casos de "puro derecho", los hechos también resultan relevantes. Los jueces en los diferentes sistemas pueden, en mayor o menor medida, ser creativos en la identificación de los hechos relevantes, en la aplicación del derecho privado, en la individualización de los aspectos relevantes para el derecho tributario y en el análisis de los precedentes judiciales. Esto significa, por ejemplo, que aparte de la aplicación de normas antielusivas existen diversas maneras por medio de las cuales los tribunales pueden recaracterizar (o "derribar") operaciones que entienden van demasiados lejos con su resultado elusivo[6]. El rol de las consecuencias de las transacciones bajo el derecho privado también va a presentar diferencias. En los sistemas o situaciones en las cuales la sustancia económica es relevante a los efectos fiscales, los jueces en su abordaje seguramente analizarán la compleja interacción de los hechos en la búsqueda de las normas y hechos que resultan relevantes para la decisión del caso.

Estas observaciones asumen un alto grado de competencia e integridad por parte de los jueces impositivos. La falta de estas cualidades, en especial donde la corrupción es la regla del sistema judicial, la doctrina judicial sobre cómo los jueces deben decidir o interpretar los casos tendrá poca relevancia práctica. La falta de competencia para decidir cuestiones fiscales es un problema en muchos países. Incluso en países con un avanzado y desarrollado sistema legal, los jueces no siempre comprenden cómo funciona el sistema tributario ni la influencia que poseen sus propios precedentes. El remedio del gobierno debería involucrar una cuidadosa y reflexiva política de litigios con su correspondiente asignación presupuestaria. En los países en los cuales la corrupción judicial es un problema, la solución es ardua y en general exige prolongadas políticas públicas anticorrupción que exceden el presente trabajo[7].

III. MÁXIMAS INTERPRETATIVAS DEL DERECHO DOMÉSTICO

Una característica sobresaliente de la interpretación judicial es la coexistencia de distintas máximas que se contraponen. Esto significa que los jueces a menudo poseen la libertad de decidir un determinado caso dependiendo en la máxima o principio al cual han decidido otorgarle prioridad. En esta tesitura, como en general los principios o máximas interpretativas son convalidados en diferentes precedentes por los tribunales superiores, no resulta posible predecir la decisión de un juez de inferior instancia. Por ello, es que para obtener el resultado certero de la máxima aplicable, se debe litigar. Sin perjuicio de ello, es dable ilustrar algunas tendencias para identificar los criterios posibles. Luego, cada país con su "estilo judicial" le otorga preeminencia a determinada/s máximas o principios.

Así, estos son los siguientes principios o máximas que resultan relevantes para el derecho fiscal:

(i) Interpretación literal: es significado preciso de la letra de la ley es siempre una valida técnica de interpretación. Los sistemas difieren en la preeminencia que le otorgan a esta máxima, en el balance con otras

4 Por ejemplo Australia. Ver Richard Van, "Australia*, tax case law*", Ault et al., 2007, p. 14.

5 Ver Johne Tiley, "*Judicial Anti-Avoidance Doctrines*", B.T.R. 180, 1987, 190-95.

6 Ver Brian Arnold, "*Reflections on the Relationship between Statutory Interpretation an Tax Avoidance*", 49 Can. Tax J. 1, 2001, pp. 15-16.

7 V. Thuronyi, op. cit., p. 135.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 172

técnicas (por ejemplo, la historia legislativa) cuando el significado o redacción de la norma es ambiguo. La tendencia más moderna rechaza la máxima "*inteptatio cessat in claris*" (la interpretación cesa cuando las cosas son claras).

(ii) *In dubio contra fiscum*: este solía ser un criterio que sobresalía. Siendo inconsistente con el criterio que atiende al significado de la norma, ha sido paulatinamente dejado de lado. Sin perjuicio de ello, cada tanto reaparece y sigue siendo importante en Bélgica.

(iii) Antecedentes parlamentarios: los tribunales tiende a interpretar las normas de forma tal se preservar el designio expresado por el legislador, incluso apartándose de la interpretación literal. En algunos países los tribunales como práctica habitual ameritan los antecedentes legislativos. Por otra parte, en países como el Reino Unido, la consideración de la historia legislativa de una norma fue receptada recién a partir de 1993 y no en todos los casos.

(iv) Interpretación teleológica: aquí los tribunales no solo reparan en los antecedentes parlamentarios sino que buscan determinar el propósito tenido en miras por el legislador. Este criterio ha sido aceptado desde larga data en Alemania. En los Estados Unidos de Norteamérica se denominaría "*policy approach*".

(v) Decisión basada en los hechos: disponible en todos los sistemas jurídicos. Esta técnica aborda segmentadamente las normas a los fines de advertir que los hechos de un determinado caso no encuadran en el texto legal.

(vi) Verdadera naturaleza legal (o *true legal nature*): los tribunales reparan en las consecuencias de las transacciones en el derecho privado, basados en un cuidado análisis de los hechos y de la aplicación del derecho privado (en contraposición al derecho tributario). Esta técnica está disponible en prácticamente todos los sistemas, pero en general prevalece en los países que rechazan el criterio de realidad económica. Es habitual en el Reino Unido.

(vii) Realidad económica (o *economic substance*): los tribunales examinan los efectos de una transacción, ignorando las formas elegidas (o "ropaje") adoptado si estas no poseen sustancia económica. Existen importantes diferencias entre los sistemas en la aceptación de esta técnica.

(viii) Aplicación de los criterios de la autoridad fiscal: los tribunales pueden otorgar preeminencia a la interpretación de la ley realizada por la autoridad fiscal, en especial cuando se han dictado reglamentaciones. El caso típico es los Estados Unidos de Norteamérica.

(ix) Interpretación constitucional: la ley puede ser interpretado de forma tal de preservar el texto constitucional, usualmente el principio de igualdad en la materia tributaria. El empleo de esta técnica depende de la doctrina judicial constitucional de cada país.

(x) Consagración legislativa: se presume que el parlamento adopta una determinada doctrina administrativa o judicial si las consagra legislativamente. Esta técnica es utilizada tanto en Reino Unido como en los Estados Unidos de Norteamérica.

(xi) Posibilidad de contribuyente de basarse en la interpretación de la autoridad fiscal: una exteriorización previa y válida de la administración resulta vinculante para la autoridad fiscal. Este criterio se encuentra codificado en Francia.

(xii) Errores de procedimiento por parte de la administración: en algunos sistemas los errores formales en un determinando proceso acarrean su anulación por los tribunales. Los ejemplos son Francia y Alemania.

IV. DISTINCIÓN ENTRE LA INTERPRETACIÓN DE NORMAS LOCALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES - DOCTRINAS JUDICIALES

Al igual que las normas domésticas, los tratados requieren de su interpretación. La necesidad de la interpretación de un tratado puede nacer debido a las diferentes opiniones de los Estados Contratantes respecto a un caso determinando. En consecuencia, los Estados deberán interpretar el convenio[8]. En la mayoría de los países los tribunales se encuentran autorizados para interpretar los tratados. Hasta hace poco, la excepción principal era Francia con su *Conseil d' Etat*[9]. En los Estados Unidos de Norteamérica los tribunales se pueden negar a interpretar un tratado que involucre una cuestión política ("*Political Question Doctrine*") aun cuando no tiene aplicación en la práctica.

8 O someterse a la Corte Internacional de Justicia en el supuesto que hayan fijado la jurisdicción de dicho tribunal.

9 Conseil d' Etat, req. N 78.519, RJF N 1096, 1990.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 173

Ahora bien, la exégesis de los tratados no puede realizarse en base a las máximas o doctrinas judiciales domésticas de interpretación que fueran reseñados en el acápite precedente. Los Estados no pueden encontrarse obligados por los principios constitucionales de los otros Estados contratantes, pero los tribunales intervinientes deben conciliar su interpretación con los principios constitucionales propios. Es decir, para una efectiva interpretación de los convenios resulta necesario reconciliar los distintos métodos o técnicas domésticas de interpretación.

Para advertir sobre la complejidad del tema, véase que en algunos países los tratados internacionales poseen una jerarquía superior a las leyes (Albania, Argentina, Austria, Azerbaiján, Croacia, Chipre, Francia, Georgia, Grecia, Japón, México, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia, Eslovenia, entre otros).

Por otra parte, existen países en los cuales los convenios internacionales para evitar la doble imposición poseen el mismo rango que las leyes domésticas, y los parlamentos respectivos tienen la potestad de sobre-escribir los tratados con el dictado de leyes posteriores ("*treaty override*")[10]. Es decir, consiste en la facultad de generación de legislación interna para tener efectos en franca contradicción con las obligaciones de los tratados internacionales[11]. Esta potestad no es clara para todos los países porque importaría la violación al "*pacta sunt servanda*". En algunas jurisdicciones existe doctrina judicial que: (a) niega esta posibilidad[12]; (b) limita la posibilidad de sobre-escritura a los casos en los cuales el propósito específico del legislador fue la modificación de un convenio internacional[13]; o (c) que sostiene que una ley general posterior no deroga una ley especial anterior ("*lex posterior generalis non dergat legi prior speaciali*")[14].

Las tendencias de los tribunales en el derecho comparado, en lo que respecta a la interpretación de los tratados discurre entre varias cuestiones: (i) la posibilidad de la consideración de la historia legislativa y a las costumbres internacionales (Convenios de la OCDE); (ii) el alcance que se otorga a la búsqueda del fin teleológico de los convenios (en contraposición con una interpretación literal); (iii) el alcance que se otorga a las decisiones político-tributarias de los Estados; y a (iv) la tradición de interpretar los convenios en armonía con sus respectivas textos fundamentales. En algunos países (incluyendo a los Estados Unidos de Norteamérica), se interpreta de manera similar al derecho doméstico y a los tratados internacionales (que a todo evento son legislación doméstica y se adoptan por un procedimiento de ratificación similar al del dictado de la legislación local)[15]. En varios países del Commonwealth los tribunales adoptan una tesitura más amplia en la interpretación de convenios que aquella empleada en la legislación doméstica[16]. Esto ocurre tanto en el reconocimiento que la redacción de los convenios difiere de las normas locales y en el hecho que los principios del derecho internacional aplican. Sin perjuicio de ello, en la mayoría de los países del Commonwealth poseen normas generales antiabuso (GAARS)[17].

En Francia, los tribunales realizan una interpretación literal de los tratados que a veces termina favoreciendo a los contribuyentes, y otras veces a los gobiernos. En general, este país representa la tradición civilista[18]. Contrariamente a ello, en Alemania los tribunales no se ciñen a una interpretación literal de los convenios, y buscan implementar el sentido del tratado y los principios de igualdad en materia tributaria[19].

Un tópico relevante para el presente trabajo constituye el interrogante de si la doctrina judicial o las normas domésticas antiabuso son aplicables en el contexto de los tratados internacionales[20]. A modo de ejemplo,

---

10 Ver Treaty Making- Expression of Consent by Senates to be bound by a Treaty 87 (Council of Europe and British Institute of International Comparative Law eds. 2001.

11 Éste es el claro caso de los Estados Unidos de Norteamérica, que no reconoce una supremacía constitucional de los tratados por sobre la legislación interna y, por ende, es muy fácil violar el principio "Pacta sunt Servanda" pero también es aplicable a otros en cierta medida como Reino Unido y Australia. Ver Baker Philip, "*Double Taxation Conventions and International Tax Law*", Sweet & Maxwell 1994, p. 270. Nótese que Estados Unidos de Norteamérica no adhirió a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

12 Por ejemplo, Bélgica. Ver Phil Baker, "*Double Taxation Conventions*", en B-10/11, Looseleaf, 2001.

13 Ver Benedetto Conforti, "*International Law and the Role of Domestic Legal Systems*", 41-447, René Preovost trans. 1193.

14 Ver Gianluigi Bizioli, "*Tax Treaty Interpretation in Italy*", Tax Notes International 669, 1998.

15 Ver Phil Baker, op. cit., nota 210, at. E-16.

16 Ver David H. Bloom, Australia, 78ª Cahiers 179, 180-82, 1993 y Sol Picciotto, "International Business Taxation", 377-23, 1992.

17 Excepto el Reino Unido, la mayoría de los estados del Commonwealth poseen normas general antielusivas (GAARS): Australia, Canadá, Hong Kong, Israel, Irlanda, Malasia, Nueva Zelanda, Singapur y Sudáfrica.

18 Daniel Gutmann, "*Tax Treaty Interpretation in France*", en "*Tax Treaty Interpretation 95*", Michael Lang ed., 2001, 100-02.

19 Ver Ekkehart Reimer, "Tax Intepretation in Germany", en "Interpretation", Intertax 96, p. 119.

20 S. van Weeghel, "*Improper Use of Tax Treaties*", 163-90; David Ward, "*Abuse of tax treaties*", Alpert " van Raad eds, 1993, p. 397.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 174

destaco que el principio *fraus legis* fue adoptado pretorianamente con suma cautela en los Países Bajos en el contexto de los convenios para evitar la doble imposición internacional, expresando que este no aplicaría si no fue una intención clara de las partes al concertar el respectivo convenio. Los tribunales de Estados Unidos de Norteamérica aplican en determinados casos, una doctrina judicial antielusión en la interpretación de los convenios, que seguidamente se describe. La experiencia en otros países es sumamente limitada[21].

Es decir, el texto de un convenio debe ser dilucidado con un ámbito de aplicación mayor al reconocido por la tradición civilista para las normas domésticas –que se ciñen al texto de la ley–[22] y por otra parte de forma más liberal que las leyes de los países del Commonwealth, tal como ha sido confirmado por la jurisprudencia[23]. Los principios fundamentales interpretativos de los convenios en general no difieren demasiado de los principios de interpretación bajo la ley doméstica[24].

a) El caso especial de los Estados Unidos de Norteamérica

Los tribunales estadounidenses han sido activos en la creación pretoriana de una serie de doctrinas antielusivas con el objeto de reflejar la intención del legislador. Estas doctrinas son conocidas bajo los nombres "*economic substance doctrine*", "*business purpose doctrine*" y "*step transaction doctrine and substance form*". Estas doctrinas no se encuentran codificadas, sino que han sido gradualmente desarrolladas por los tribunales. Si bien es difícil su descripción precisa por cuanto la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica entiende en limitados precedentes y, por el hecho que diferentes fueros interpretan el derecho fiscal con diferentes tesituras. Sin perjuicio de ello, en virtud de las detalladas regulaciones, *Revenue Rulings, Letter Rulings,* y otras noticias publicadas, es posible determinar si una operación será desechada por la autoridad fiscal o caerá dentro de un "*safe harbour".* En primer lugar, la "*economic substance doctrine",* sostiene que una operación sin sustento económico no es reconocida a los fines fiscales. La génesis de esta doctrina o "*sham transaction*", se ubica en el caso "Knetsch v. US.", de la Corte Suprema[25]. Esta doctrina es controvertida porque no siempre resulta clara su aplicación. La prueba objetiva, que requiere la determinación de las expectativas de ganancias antes de impuestos de los contribuyentes puede dar lugar a dificultades[26].

Por otra parte, el "*business purpose*" es un elemento importante de la "*economic substance doctrine" (o "sham transaction")*. En rigor, esta doctrina sostiene que una reorganización libre de impuestos ("*qualifying reorganization*") debe tener un objetivo económico. El origen de este método se ubica en el caso *"Gregory v. Helvering"*[27], en el cual en una reorganización societaria los activos se transfirieron a una sociedad especialmente creada para la operación y que fue liquidada inmediatamente después. El juez preopinante consideró que si bien la reorganización cumplía con los requisitos fijados en la norma, no seguía el propósito del legislador que no era otro que eximir de impuestos a las reorganizaciones empresarias que perseguían un objetivo corporativo para el beneficio del negocio.

Finalmente, la "*step transaction doctrine and substance-over-form",* importa la unificación a los fines fiscales de las transacciones que involucran diferentes etapas. Es decir, consolida en una sola operación etapas que a primera vista parecen o simulan ser independientes y, como consecuencia de su aplicación, considera a las etapas intermedias como no ocurridas. Aun cuando fue una derivación del caso *"Gregory"* su vigencia fue consagrada en el McDonald's Restaurant[28], por el propio planteo del contribuyente que buscaba el reconocimiento de una pérdida (y la no aplicación de la extensión para las reorganizaciones societarias). A la fecha, esta consolidación de fases es una práctica habitual en la exégesis de las reorganizaciones libres de impuestos[29].

---

21 S. van Weeghel, op. cit., 163-90.

22 Ver R. Bernhardt, "*Die Auslegung volkerrechtlicher Vertage*", 1963, p. 58.

23 Ver "*Bunchanan v Babco Shipping LTD.*", 3 W.L.R. 907, 911, 920, 1973.

24 Ver K. Voguel & R. Prokisch, "*General Reporters, Interpretation of double taxation conventions*", LXXVIIIa CDFI 55 ff.

25 364u.s.361, 1960. El caso trató sobre la deducibilidad de un interés por un préstamo del contribuyente con una compañía aseguradora de vida. La corte consideró que en la transacción el único interés era reducir la obligación fiscal del contribuyente con el objetivo de obtener una deducción. Aun cuando aceptó la existencia técnica de la deuda a los efectos legales, desconoció su aplicación a los fines fiscales por falta de sustancia económica. Ver también "*Goldstein v. Commissionaire*" y el caso ACM.

26 Ver "*Compaq Computer Corp v. Commissionaire*", 277f.3d 778 5to circuito, 2001 y "*Boca Investerings Partnership v. United States*", 167 f sup b. 2d 298, DDC, 2001.

27 293 u.s.465, 1935.

28 "Mc Donald's Restaurants of Illinois, inc. v. Commissionaire", 688f.2d 520 7mo. circuito, 1982.

29 Esta doctrina fue replicada por el Reino Unido que es conocida como la "*Ramsay doctrine*". *"W. T. Ramsay Ltd. V. Commissionaires of Internal Revenue".*

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 175

La *"substance-over-form doctrine"* es más bien un principio general del derecho fiscal del cual la *"step transaction"* es parte. Los tribunales utilizan esta doctrina a los fines de descartar el ropaje jurídico de una determinada transacción, en búsqueda del objetivo económico subyacente. Un *leading case* de esta doctrina pretoriana es "Court holding"[30], en el cual una sociedad tenía un edificio y a los fines de venderlo y evitar el reconocimiento de una enorme ganancia, la sociedad distribuyó la propiedad a sus accionistas en una liquidación y luego estos vendieron el inmueble a los compradores. Si bien estas distribuciones a los accionistas estarían grabadas, el principio que atiende a la sustancia de la transacción continua vigente. Esta doctrina resulta relevante para la distinción entre deuda y aporte de capital[31].

V. IMPLICANCIAS DE LA CONVENCIÓN DE VIENA Y DE LOS PRINCIPIOS DE LIMBURG

La interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición es compleja porque obliga a examinar tradiciones legales inmersas dentro y fuera del derecho tributario.

En primer lugar, tal como reseñara, existe una traducción general de cada país en la interpretación de sus leyes. En segundo lugar, existen diferencias en cuanto al alcance que otorgan los países a sus propias tradiciones para la interpretación de las disposiciones internacionales (si utilizan las mismas técnicas o difieren de las empleadas para la exégesis del derecho doméstico –porque los tratados son redactados de modo diferente o por cuanto aplican el derecho consuetudinario internacional a las transacciones internacionales–). En tercer lugar está el rol específico que cumple la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la posibilidad que este brinda de consultar material extraño (los comentarios de la OCDE o la historia legislativa).

Seguidamente analizaré las implicancias de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y los principios de Limburg en la interpretación de supuestos de abuso de los Convenios para Evitar la Doble Imposición internacional.

a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

En toda problemática de aplicación e interpretación de convenios resulta vitar resaltar la jerarquía de los principios que resultan de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[32]. Entre ellos, corresponde partir del antes mencionado principio "*Pacta sunt servanda*" previsto en el artículo 26 que establece: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*"

Asimismo es dable acudir a lo dispuesto por el artículo 27 que contiene un principio básico sobre la relación entre el incumplimiento de un tratado por la invocación de una normativa de derecho interno. Este reza: "*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*"

Este último artículo prevé: "*Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados (…) 1.El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.*"

Tal como he mencionado, el principio general en aquellos países en los cuales rige la supremacía de los tratados consiste en que una norma de derecho interno no puede esgrimirse aplicable para denegar los beneficios de un convenio. Sin embargo, la cuestión que se plantea y que debería ser el eje del debate es hasta dónde y con qué limites este principio general puede tener excepciones a su aplicación; en particular, respecto de normativa antiabuso o antielusión. A su vez, si de alguna forma esta normativa pudiera ser aplicable, cuáles serían las condiciones que regirían.

Dejamos desde ya planteada también la cuestión –que no es menor– respecto de cuál es la normativa que eventualmente podría entrar en colisión con los convenios. Esta en general es aquella que apela a la sustancia por oposición a la forma y que en nuestro país está representada por el principio de la realidad económica. Sin embargo, uno de los aspectos fundamentales que se presenta es el uso (y eventual abuso) que se

30 "Commissionaire v. Court Holding co.", 324u.s.331, 1945. Ver tambien "Bush Brothers & Co. v. Commissionare", 73 T.C., 424, 1979.

31 Steiberg, "Form, Substance and Directionality in Subchapter C, 52, Tax Law, 457, 1999.

32 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, que entró en vigencia el 27/01/1980.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 176

hace de este principio dado que son muchas las veces que por ampararse en este principio se violan otros fundamentales como el de reserva de ley[33].

Para responder a este interrogante, a mi criterio debemos recurrir al artículo 31 del Convenio, que fija las reglas generales de interpretación, *"1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por el cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes."*

Estas son normas medulares que se tienen que tener muy presente al momento de dilucidar un problema de interpretación y aplicación de un convenio para evitar la doble imposición y, en particular, si lo vamos a confrontar con normativa de derecho interno antiabuso o antielusión que puede llegar a limitar su accionar.

En otras palabras, el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que exista la obligación de interpretar los tratados de buena fe. Incluso en ausencia de cualquier norma general o específica antiabuso en un tratado, las disposiciones de los tratados tributarios deben interpretarse considerando el contexto, el objetivo y el propósito del tratado. Tanto el comentario de la OCDE y el de la ONU demuestran que si los dos siguientes elementos están presentes en una transacción o un acuerdo, eso constituiría un abuso a las disposiciones de un tratado tributario: (i) el propósito principal para realizar la transacción era asegurar una posición impositiva más favorable; y (ii) obtener este tratamiento más favorable sería contrario al objeto y al propósito de las disposiciones relevantes.

En mi opinión, se debe realizar un análisis objetivo, basado en todos los hechos y circunstancias relevantes para determinar si el propósito principal de las transacciones o acuerdos es obtener ventajas impositivas, o si el contribuyente ha entrado en las mismas transacciones o acuerdos también (y no únicamente) por otros motivos. Considero que aun cuando no haya una "actualización" del tratado, ni normas generales antielusivas (*GAAR*) o normas antielusivas especiales (*SAAR*) que resulten aplicables, la comparación entre el propósito principal de la transacción, por una parte, y el propósito de las normas que otorgan un tratamiento más favorable, por otra, permitirán determinar si existe en una determinada operación un abuso de un determinado convenio.

La limitación que presenta la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es que no todos los países la ratificaron (p. e., Estados Unidos de Norteamérica)[34]. Ello, sin perjuicio de la posibilidad de los estados no miembros, de aplicar el tratado con el rango de una costumbre internacional[35].

Otra restricción a su aplicación, tal como reseñáramos en los acápites precedentes, es que en algunos países los tratados internacionales no tienen una jerárquica superior a las leyes, aún cuando la jurisprudencia comparada, en general, fue moderando este principio o no observa profundamente los principios interpretativos anteriormente ilustrados.

En lo que respecta a los convenios para evitar la doble imposición internacional basados en el Modelo de Convenio de la OCDE, una cuestión práctica relevante es precisar hasta qué punto los Comentarios pueden ser utilizados en la exégesis de los convenios respectivos. Atento que los Comentarios son aceptados por los países miembros, sus conclusiones deberían aplicarse por las autoridades fiscales. Esta aplicación bajo el Convenio de Viena se justifica con el "sentido especial" u objetivo tenido en miras por las partes, como parte del "trabajo preparatorio" o como "el contexto" del acuerdo[36]. Pero, no sería razonable un uso "móvil o ambu-

33 Reuven S. Avi-Yonah, "*Tax treaty overrides: a qualified defence of U.S. practice*" en "*Tax treaties and domestic law*", IBFD series, Ámsterdam, 2006.

34 En otros países, 8 miembros de la OCDE no son parte: Francia, Islandia, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Turquía y EE.UU.

35 P.e. *High Court of Australia*, "Thiel v. FTC", 21 art 531, 451 ff, 1990.

36 Hugh Ault, "*The Role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties*", en "*Essays on International Taxations 61*", 64-66, Alpert and van Raad Eds., 1993.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 177

latorio" –como un tratado independiente– de los Comentarios[37]. Finalmente, el uso de los Comentarios en la interpretación de los convenios podría pactarse expresamente en los respectivos protocolos[38].

b) Principios de Limburg

En este punto, es dable repasar que el origen de los Principios de Limburg se ubica en una reunión en Maastricht, Países Bajos, en 1986 de un grupo de distinguidos expertos en Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinati (Ohio). El propósito de la reunión era el considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del Pacto.

En esta inteligencia emitieron un documento con principios que si bien no son de aplicación estricta a la materia tributaria, permitirían su aplicación en determinados supuestos. Recalco que a diferencia de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prácticamente todos los países ratificaron el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el seno de las Naciones Unidas.

En los principios que destacan, y que entiendo podrían ser aplicados en operaciones donde se discute el eventual abuso de un tratado o la violación a normas generales antielusivas (*GAAR*) o normas antielusivas especiales (*SAAR*), son los siguientes:

i) Los derechos económicos, sociales y culturales son parte, integrante de legislación, internacional sobre derechos humanos.

ii) Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales.

iii) Los principios aplican a todos los escenarios políticos (asumo la inclusión en supuestos de emergencia económica).

iv) Se obliga a los países a actuar de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones que ellos han aceptado en el Pacto.

v) Los Estados deberán hacer uso, a nivel nacional, de todos los medios apropiados, tales como medidas legislativas, judiciales, administrativas, económicas, sociales y educativas consistentes en la naturaleza de los derechos, con el fin de cumplir con las obligaciones por ellos aceptadas bajo el Pacto.

vi) Destaca la asistencia y cooperación internacional.

vii) Consagra la no discriminación (incluso prohibiendo la discriminación de facto).

viii) Garantiza la plena aplicación de los derechos y garantías a los no nacionales en los países en desarrollo.

ix) Dispone que las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales no deberán ser arbitrarias, ni insensatas, ni discriminatorias.

x) Insiste en el hecho que los países no disponen de un derecho general, o implícito o marginal, para imponer limitaciones que vayan más allá de las previstas por la ley. Asimismo, ninguna de las disposiciones legislativas se interpretará en tal forma que permita la destrucción de ninguno de los derechos ni libertades reconocidas.

xi) El Pacto no limita un tratamiento más favorable que haya sido reconocido por otros instrumentos.

xii) Al evaluar la necesidad de una limitación, se deberán utilizar criterios objetivos.

Es decir, si bien estos principios no serían exclusivamente (ni singularmente) aplicables a las operaciones internacionales para determinar la existencia de una maniobra elusiva, a mi criterio una interpretación teleológica de los propósitos de los convenios debe realizarse de buena fe, sin discriminar a los no nacionales, y a mi criterio impone un coto a las *GAAR* o *SAAR*. Si bien existe escasa jurisprudencia en el derecho comparado[39], es-

37 Ines Hofbauer, "*Tax Interpretation in Austria*", en "*Tax Treaty Interpretation 219*", pp. 13-28.

38 John Avery Jones, "Are Tax Treaties Necessary?" 53 Int. Tax L Rev. 1, 19-21, 1999. *"Memorandum of Understanding re interpretation of the Convention*," Mayo, 1996, EE.UU.-Austria, 1 Tax Treaties CCH 703A.

39 "*Case No. 2000-08-0109, Constitutional Court of Latvia. On Compliance of Item 1 of the Transitional Provisions of the Law "On Social Insurance with Articles 1 and 109 of the Satversme (Constitution) of the Republic of Latvia"*. Este caso demuestra el potencial de las Cortes Constitucionales para aplicar los estándares internacionales y nacionales sobre

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 178

tos principios deberían ser especialmente analizados cuando los países no sean signatarios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

VI. EL CASO ARGENTINO: UNA PROBLEMÁTICA DIFERENTE

En el marco de este trabajo quisiera aportar mi opinión personal para el caso de la Argentina. Considero que el país, de tradición civilista, y con una GAAR de aplicación limitada por los tribunales[40], tiene un problema grave en lo que respecta al análisis de las operaciones internaciones y que es la falta de seguridad jurídica.

Con esta afirmación no pretendo desconocer que todavía la Argentina debe realizar enormes avances en la aplicación judicial (y administrativa) coherente, teleológica y también limitada (con el principio de legalidad en materia tributaria) del principio de la realidad económica. Pero creo que en el marco del estudio de las normas y doctrinas antielusivas se impone analizar la imperfecta actuación de la Dirección Nacional de Impuestos; que insisto, no es otra cosa que una manifestación de la crisis del principio de seguridad jurídica.

En efecto, la competencia de la Dirección para entender en las consultas para la interpretación de los convenios suscriptos por las Argentina surge de las disposiciones de los propios tratados y de las normas que establecen las facultades de ese Organismo dentro de la estructura del Ministerio de Economía de la Nación. En general, en los artículos 3 de los convenios vigentes en Argentina se establece que la "autoridad competente" del país es la Secretaría de Estado de Hacienda. La autoridad competente tiene, entre otras facultades, la potestad para interpretar las normas de los acuerdos y, en particular, la de analizar alternativas para eliminar la doble imposición "en los casos no previstos" en los convenios (en general, artículo 25).

La Secretaría de Hacienda, asume en el respectivo convenio la calidad de "autoridad competente", sin embargo por vía delegada esa facultad le ha sido concedida a Dirección Nacional de Impuestos. En efecto, la planilla anexa al artículo 1 del decreto 67/2003 enumera dentro de las facultades de la Dirección la de "*participar en las negociaciones de acuerdos impositivos y aduaneros internacionales y asesorar en la interpretación de los mismos*".

Por su parte, el ordenamiento interno convierte a la Dirección en el organismo competente para evacuar consultas que puedan vincularse con aspectos de la tributación internacional. Así la planilla anexa citada en el párrafo anterior dispone que la Dirección es competente para "*asesorar en las presentaciones de carácter general o particular relacionadas con las normas legales vigentes en materia impositiva, aduanera, de los recursos de la seguridad social, de estímulos, de regímenes especiales y de acuerdos tributarios internacionales, como asimismo asesorar en el dictado de actos administrativos particulares relacionados con dichas materias*".

En el mismo sentido se establece en el anexo al decreto 67/2003 como facultad de la Dirección la de analizar "*el funcionamiento de los convenios amplios suscriptos con otros países*".

Cabe destacar que en general los convenios reconocen en forma expresa (al indicar que el mecanismo establecido en el artículo 25 procede "independientemente de los recursos previstos por la legislación nacional" de cualquiera de los Estados firmantes) la posibilidad de incoar cualquier procedimiento (como, por ejemplo, el de consulta directa) previsto por la ley interna Argentina aun cuando no se halle expresamente contemplado por esa convención internacional.

De modo que tanto las normas de los convenios (que permiten a la autoridad competente analizar el acuerdo y buscar mecanismos para evitar la doble imposición en los casos no previstos expresamente) como las internas (que convierten a la Dirección en órgano de interpretación de los acuerdos internacionales en materia fiscal) habilitan la competencia exclusiva de este Organismo como única instancia.

Es decir, no existe una instancia de apelación o una instancia independiente en la interpretación de las transacciones internacionales. El resultado de ello es un organismo que demora excesivamente sus respuestas,

---

derechos económicos, sociales y culturales, y para monitorear la implementación de programas diseñados para hacer efectivos los derechos a la seguridad social, en particular la regulación de los actores del sector privado.

40 Cabe destacar aquí al precedente Autolatina del 27 de diciembre de 1996, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostuvo claramente: *"Sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la realidad económica, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o legalidad, supondría paralelamente un serio menoscabo de la seguridad jurídica, valor al que este tribunal ha reconocido jerarquía constitucional … e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria".*

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 179

que en la mayoría son favorables a la autoridad fiscal. Insisto, considero que no se brinda seguridad jurídica a los inversores en nuestro país.

Siguiendo al Dr. José Osvaldo Casas, quien cita las conclusiones a las que se arribara en las XVI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Lima, Perú, en el año 1993[41], haré un reformulación de los postulados esenciales que, a mi juicio, deben revalorizarse a fin de reimplantar el principio de seguridad jurídica. En términos generales, la garantía de seguridad jurídica en un Estado de Derecho, debe implicar la presencia de las siguientes premisas esenciales: (i) la supremacía de la Constitución Nacional en la pirámide jurídica, estableciendo la separación de poderes y fundamentalmente la independencia del Poder Judicial; (ii) el funcionamiento del Estado de Derecho, acatado tanto por los gobernantes como por los gobernados, libre de corrupción, influencias, ventajas personales, conflictos de intereses y prejuicios; (iii) la protección de los derechos adquiridos, de propiedad y de las libertades de los habitantes, contra el abuso del poder constituido; (iv) la inexistencia de leyes retroactivas o en colisión con las sancionadas y tenidas presentes al materializarse los hechos y actos jurídicos, libre de inesperados cambios por parte de los gobiernos, de manera de mantener la estabilidad, certeza y previsibilidad del derecho; y (v) la igualdad ante la ley y acceso a la justicia.

En esta inteligencia, tal como fuera mencionado por el Dr. Horacio García Belsunce, al analizar la crisis institucional en la cual se encuentra sumergido nuestro país, la seguridad jurídica es: "*La previsibilidad en la certeza, permanencia y aplicación de las normas que regulan nuestras conductas y los hechos y actos que resultan de nuestras relaciones*."[42]

Por su parte, el Dr. Rubén Asorey tiene dicho que el principio de seguridad jurídica, vigente en todo estado de derecho, permite que los ciudadanos tengan certeza en relación al régimen jurídico aplicable y la modalidad mediante la cual se regulan y resguardan los intereses tutelados. En el ámbito del Derecho Tributario este principio se constituye en el contenido del principio de legalidad, que debe permitir al ciudadano prever en grado razonable de certeza las consecuencias que pueden derivarse de sus actos a la luz de la regulación vigente en el momento en el cual se toman.[43]

En este sentido, la seguridad jurídica se cimienta en dos ideas básicas: a) certidumbre del derecho –principio positivo de seguridad jurídica– que se traduce en la importancia de la ley como un vehículo generador de certeza; b) eliminación de la arbitrariedad –principio negativo de seguridad jurídica–, que debe entenderse como el papel que tiene la ley como mecanismo de defensa frente a las posibles arbitrariedades de los órganos del Estado.[44]

El principio de certeza garantiza la seguridad jurídica y la necesaria claridad y precisión en la aplicación de las normas tributarias. Este principio impone un orden racional, a fin que las normas sean precisas, claras y completas, y a efectos de permitir a los ciudadanos prever en grado razonable las consecuencias que pueden derivarse de sus actos a la luz del orden jurídico.[45]

A mi criterio, y con el objeto de promover la seguridad jurídica para las transacciones internaciones en el país, se debería: (i) poder apelar las respuestas de las consultas –fijando un plazo para que la Dirección se expida– ante un tribunal independiente (p. e., Tribunal Fiscal de la Nación o integrado por una sala especial o por delegados de los colegios de profesionales de Ciencias Económicas, por el Consejo de Ciencias Económicas, por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales y por la Administración Federal de Ingresos Público); o (ii) integrar la Dirección con delegados independientes (p. e., de los colegios de profesionales de Ciencias Económicas, por el Consejo de Ciencias Económicas, por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales).

De esta forma, la Dirección o el nuevo tribunal independiente a constituirse podrá evaluar los siguientes elementos en una transacción para determinar la existencia de un abuso a las disposiciones de un convenio: (i) el propósito principal de la operación; y (ii) analizar si el tratamiento más favorable que pretende el contribuyente sería contrario al objeto y al propósito de las disposiciones del tratado. Ello, de forma ágil y rápida.

41 Cfr. Casas, José Osvaldo, "Los principios en el derecho tributario", Revista Argentina de Derecho Tributario, 2002 (Enero/ Marzo), 39.

42 García Belsunce, Horacio A., "La crisis institucional", PET 2005, 570.

43 Cfr. Asorey, Rubén O., "Legalidad, certeza e irretroactividad fiscal", L.L., 1988-D, 902.

44 Cfr. Ailán, op. cit., p. 29.

45 Cfr. Spisso, op. cit., p. 190 y ss.

169-T2-Aguirre Saravia_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:26 Página 180

VII. CONCLUSIONES

He querido señalar la importancia de recuperar la vigencia plena y efectiva del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Principios de Limburg en la interpretación de las normas que plantean aristas sobre la existencia de maniobras elusivas.

Considero que la tradición civilista del país y su evolución jurisprudencial respecto a los alcances de la GAAR permiten válidamente concluir que los tribunales del país están en condiciones de realizar un análisis objetivo, basado en todos los hechos y circunstancias relevantes para determinar si el propósito principal de las transacciones o acuerdos es obtener ventajas impositivas, o si el contribuyente ha entrado en las mismas transacciones o acuerdos también (y no únicamente) por otros motivos. Creo que si bien hay varios aspectos para mejorar, en este tópico el país no se encuentra atrasado si uno realiza un estudio comparativo del mismo.

Aun cuando resulte loable actualizar los convenios existentes, pretender que estos se ajusten sistemáticamente a los cambios de los negocios internacionales es impracticable. En esta posición se deben desarrollar y estudiar la doctrina judicial nacional y comprada, y se impone revalorizar las convenciones internacionales interpretativas (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y los Principios de Limburg).

Por otra parte, he propuesto –sin pretender agotar el debate– la importancia de modificar la actuación de la Dirección Nacional de Impuestos a los fines de garantizar la seguridad jurídica de los inversores extranjeros. Considero que la existencia de un tribunal independiente o especializado destinado a analizar las consultas debería constituir un freno a las arbitrariedades o demoras de la Dirección.

Ello, por cuanto es menester cimentar en la base de nuestra políticas de Estado la necesitad de cultivar el principio de seguridad jurídica en el ámbito del Derecho Tributario Internacional. Ello, en beneficio de "todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino".

Asimismo, este principio debería funcionar como garantía ante los abusos del poder del Estado. De la noción de seguridad jurídica se desprende, invariablemente, que la eliminación de la arbitrariedad es uno de los objetivos que debe perseguirse, tanto en la creación como en la aplicación de las normas que regulan la materia tributaria.

Considero que hay, en la actualidad, una corriente de pensamiento, que acepta la importancia "teórica" del principio de seguridad jurídica, pero desconoce su trascendencia práctica como principio basal del sistema jurídico tributario. Por ello, es importante remarcar, desde el ámbito académico, la importancia y operatividad del principio en análisis. De esta manera, se podrá vislumbrar, con una nueva óptica, las causas de la crisis del sistema normativo tributario. Es primordial remontarnos a la raíz de los conflictos actuales del derecho contemporáneo.

Resulta imperativo brindar respuestas a interrogantes y soluciones a los problemas prácticos que se presentan día a día, apegándonos a la lectura de nuestra Carta Magna, desde la óptica de los principios constitucionales.

El Dr. Arístides Corti, citando al catedrático español, Eusebio González García, nos señala que: "*Los principios constitucionales no son floreros bonitos para adornar la mesa*".[46] Surge entonces que no basta con que la relación jurídico-tributaria se rija por lo que defina la ley aplicable sino que es preciso delimitarlo en virtud de los principios liminares, como lo es el de seguridad jurídica.

A modo de cierre, cabe traer a colación la severa expresión de Luis Recasens Siches: "*Sin seguridad jurídica, no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase*".[47]

46 Corti, Arístides Horacio, "Los principios constitucionales y el sistema fiscal argentino", IMP 1992-B, 1689.

47 XIX Jornadas de Derecho Civil. Situación de nuestro país ante las eventuales circunstancias de emergencia económica, Rosario (2003), en www.garridocordobera.com.ar/derecho_en_las_xix_jornadas_naci.htm (acceso el 20-IX-2013).

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 181

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

JESICA ARIANA FERRARO

"Caminando en línea recta no puede uno llegar muy lejos"
Antoine de Saint-Exupéry

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula del Beneficiario Efectivo (en inglés, "*Beneficial Owner*") fue introducida por primera vez en el modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional diseñado por la OCDE (en adelante, MC OCDE) del año 1977. El anterior MC OCDE de 1963, no hacía referencia alguna a este concepto.

Al respecto, cabe señalar que el concepto de Beneficiario Efectivo proviene del derecho anglosajón donde, a diferencia de lo que acontece en el derecho civil, resulta posible distinguir entre el propietario formal ("*legal owner*") y el propietario económico o material *("beneficial owner")*.

El MC OCDE de 1977 receptó el concepto de Beneficiario Efectivo en los artículos 10, 11 y 12 relativos a los pagos de dividendos, intereses y regalías, respectivamente, el que permaneció sin modificaciones en las posteriores versiones del modelo de convenio y que, asimismo, fue receptado por el modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional diseñado por la ONU (en adelante, MC ONU). Por esta razón, es que podemos encontrar esta expresión en diversos convenios celebrados por nuestro país.

Conforme explica **Edelstein**[1], la introducción de esta cláusula ha tenido como propósito establecer un requisito adicional para que se apliquen las limitaciones a la tributación sobre dividendos, intereses y regalías, y por ende, el Estado de la fuente deba resignar su potestad tributaria, parcial o totalmente. Para que esto ocurra, el residente del otro Estado que percibe el rendimiento en cuestión tiene que ser el Beneficiario Efectivo del mismo, ya que de lo contrario no resultarán aplicables las disposiciones del Convenio.

En efecto, los artículos 10 (dividendos) y 11 (intereses) del MC OCDE distribuyen el gravamen soportado por el no residente entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia. En consecuencia, tal como señala el catedrático español **Cordón Ezquerro**[2], cada uno de los Estados podrá someter a tributación esos rendimientos: en el Estado de residencia, de una manera ilimitada, debiendo además eliminar la doble imposición; en el Estado de la fuente, en cambio, el poder de imposición es limitado. No obstante, esta limitación al poder de imposición del Estado de la fuente sólo se aplicará cuando el perceptor sea el Beneficiario Efectivo de los rendimientos generados en dicho Estado y tenga la condición de residente en el otro Estado que forma parte del convenio. Dicho en otras palabras, si el no residente no es el Beneficiario Efectivo esta limitación no es aplicable, por lo que el Estado de la fuente no verá reducido su poder impositivo por aplicación del convenio.

En el supuesto de los cánones o regalías, regulados en el artículo 12 del MC OCDE, sólo el Estado de residencia puede someterlos a tributación pero, al igual que sucede en el caso de los dividendos e intereses, la exención sólo se aplica cuando el perceptor sea el Beneficiario Efectivo, de los rendimientos generados en el Estado de la fuente y tenga la condición de residente en el otro Estado parte del CDI. Caso contrario, el Estado de la fuente tendrá derecho a gravar ilimitadamente las regalías generadas en su territorio conforme a la legislación local.

Por su parte, resulta menester puntualizar que la cláusula del Beneficiario Efectivo es uno de los mecanismos existentes que tienden a evitar el denominado "*Treaty shopping*" o abuso de los tratados internacionales para eludir o reducir el pago de los tributos. En tal sentido, **Edelstein**[3] opina que la inclusión del término sea tal vez una medida mínima de protección, ya que los países más avanzados en la materia incluyen una serie de disposiciones que restringen fuertemente la posibilidad de aplicar los beneficios establecidos por estos convenios.

---

1 Edelstein, Andrés. *"Recientes pronunciamientos sobre el concepto de Beneficiario Efectivo"*, Consultor Tributario ERREPAR, Julio/2008, p. 27 y ss.

2 Cordón Ezquerro, Teodoro. *"El Beneficiario Efectivo como medida antiabuso en los CDI",* Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19, p. 47 y ss.

3 Edelstein, Andrés. Op. Cit.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 182

En este orden de ideas, **Cordón Ezquerro**[4] sostiene que este régimen solamente es de aplicación cuando se trata de rendimientos pagados por una persona o entidad residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante. Es decir, la figura del Beneficiario Efectivo no se aplica a todo tipo de rentas calificadas por el CDI, sino solamente a las calificadas como dividendos (cfr. Art. 10 MC OCDE), intereses (cfr. Art. 11 MC OCDE) y regalías (cfr. Art. 12 MC OCDE), siendo en consecuencia una medida antiabuso por *"Treaty shopping"* limitada en cuanto a las rentas afectadas, frente a otras medidas más generales como las cláusulas de transparencia, tránsito o limitación de beneficios. Concluye el autor que, es por este motivo, que los efectos de la cláusula antiabuso de Beneficiario Efectivo son de menor alcance cuando se refiere al problema de mercadeo de tratados.

A esta altura del introito, no puede dejar de mencionarse la reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Fiscal de la Nación in re "Molinos Río de la Plata S.A." (Sala "B", sentencia del 14/08/2013) donde, por primera vez en el ámbito doméstico, se conceptualiza al término Beneficiario Efectivo en el marco del CDI suscripto entre Argentina y Chile con fecha 13/11/1976 (L. 23.228) y cuya entrada en vigor se produjo con fecha 19/12/1985; en la actualidad, denunciado. Sobre este valioso antecedente jurisprudencial se pondrá especial énfasis.

Finalmente, y no por ello menos importante, resta señalar que el aspecto que más controversia suscita consiste en el alcance que debe dársele al término. Esta cuestión ha dado lugar a diferentes interpretaciones del concepto de Beneficiario Efectivo, las que se exponen en el acápite siguiente.

II. POSIBLES INTERPRETACIONES DEL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO

Explica **Ceballos Morales**[5] que el concepto de Beneficiario Efectivo es objeto de discusión en el grupo de trabajo N° 1 de la OCDE sobre convenios de Doble Imposición y cuestiones relacionadas. En la interpretación de este concepto, la autora señala que se han planteado tres alternativas, a saber:

II.1. Remisión al derecho interno: para definir al concepto de Beneficiario Efectivo hay que recurrir a la normativa interna

Esta postura se sustenta en que el concepto no se encuentra definido en el MC OCDE y, por tanto, podríamos recurrir a su significado en la normativa interna de cada país en virtud su artículo 3.2, el que reza: *"…para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio."*

De esta postura se derivaría, en principio, una preferencia a favor de la legislación interna para dotar de significado a los términos que el convenio no define expresamente. No obstante, la remisión al Derecho interno depende del peso que se le dé a la otra parte del precepto, esto es "*…a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente*."

Sin embargo, con acierto, **Cordón Ezquerro**[6] puntualiza que una gran parte de los países no tienen un concepto de Beneficiario Efectivo, excepto en el caso especial de los integrantes de la Unión Europea en cuanto a las Directivas del Ahorro (2003/48/CE, del 3 de Junio de 2003, artículo 2) y de intereses y cánones (2003/49/CE, del 3 de Junio de 2003, artículo 1.4).

II.2. Interpretación autónoma: para definir al concepto de Beneficiario Efectivo debe interpretarse el contexto

Una segunda postura promueve, en base a los comentarios del MC OCDE, que el concepto de Beneficiario Efectivo no se utilice en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscal.

4 Cordón Ezquerro, Teodoro. Op. Cit.

5 Ceballos Morales, Aída. *"El concepto de Beneficiario Efectivo y su jurisprudencia"*, Trabajo presentado al XL Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2009, publicado en Cuadernos de Formación de la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, Colaboración 10/10, Volumen 10, Año 2010.

6 Cordón Ezquerro, Teodoro. Op. Cit.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 183

En efecto, tanto en el comentario 12 al artículo 10 (dividendos), como en el comentario 9 al artículo 11 (intereses) y comentario 4 al artículo 12 (regalías) del MC OCDE 2010, expresamente se clarifica: "El concepto de Beneficiario Efectivo no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y elusión fiscal".[7]

Al respecto, el autor español **Cordón Ezquerro**[8], explica que los comentarios de los tres artículos excluyen de su aplicación a los agentes o mandatarios, a los intermediarios de otra persona y a la sociedad instrumental que pese a ser propietaria de facto cuenta con poderes muy restringidos que la convierten de hecho en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas. Esta solución considera que no son Beneficiarios Efectivos y, por lo tanto, quedan excluidas del CDI por esas rentas, aquellas personas o entidades que actúan por cuenta de un tercero, pues el perceptor de las mismas tiene obligación de ponerlas a disposición de su verdadero titular que es quien en realidad va a tributar por ellas.

Según **Ceballos Morales**[9], la mayor parte de la doctrina aboga por la segunda postura que propugna una interpretación del término en base al contexto. Considera que el contexto de los CDI exige que el concepto de Beneficiario Efectivo deba interpretarse de forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo. Seguidamente, puntualiza que la remisión al Derecho Interno puede que no siempre constituya un recurso adecuado en esta materia, puesto que la mayoría de los ordenamientos no prevén un concepto similar.

II.3. Postura intermedia

Otro posible planteamiento se basa en una postura híbrida, que postula una interpretación limitada en base al contexto, es decir, sólo para determinados casos: cuando la normativa interna no defina al concepto de Beneficiario Efectivo, o cuando el significado existente en la normativa interna sea contrario al objeto y propósitos del Convenio.

III. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN OTROS MODELOS DE CONVENIO Y EN EL DERECHO COMPARADO

III.1. MC EE.UU.

Con meros fines comparativos, adviértase que para la Administración americana, ora en su MC EE.UU. de 1996 ora la versión del año 2006, el Beneficiario Efectivo es la persona residente en un Estado contratante a quien en ese Estado se atribuye la renta a efectos tributarios, pero teniendo en cuenta la legislación del Estado de la fuente.

III.2. República Popular de China

La Administración Tributaria del citado país ha establecido una definición de Beneficiario Efectivo, formulando una lista de situaciones en las que el sujeto no califica como tal. En efecto, mediante el párrafo 1 de la Circular N° 601 (27/10/2009) se define al Beneficiario Efectivo como una **persona o una entidad que tiene la propiedad y el derecho a controlar el ingreso o los bienes o derechos que generan ingresos**, haciendo hincapié en que **el Beneficiario deberá participar en actividades comerciales sustantivas**.

Asimismo, la Circular establece expresamente que los agentes o sociedades instrumentales no serán considerados como Beneficiarios, por lo que no tendrán derecho a beneficios en virtud de los tratados fiscales. Se aclara, además, que las **compañías conducto refieren a las sociedades constituidas con el fin de evitar o reducir los impuestos, transferencia o acumulación de beneficios**. Este tipo de empresas, de acuerdo con la Circular, no se involucran en actividades sustanciales como la fabricación, la venta o la gestión y son sólo para "satisfacer sus necesidades de incorporación".

7 "The term 'beneficial owner' is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance."

8 Cordón Esquerro, Teodoro. Op. Cit.

9 Ceballos Morales, Aída.Op. Cit.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 184

Para determinar si una entidad es un Beneficiario Efectivo, el apartado 2 de la aludida Circular establece siete supuestos o situaciones que podrían afectar tal calificación, a saber:

1. El solicitante tiene la obligación de distribuir o pagar la totalidad o la mayoría de sus ingresos (más del 60%) a un residente en un tercer país en un determinado período de tiempo (por ejemplo, 12 meses siguientes a la recepción);
2. Si el solicitante no tiene ninguna actividad, excepto la posesión de los derechos o bienes generadores de ingresos;
3. Para una persona jurídica, cuando la disposición de sus activos, el tamaño y el personal no resulta acorde con sus ingresos;
4. Cuando el solicitante no tiene control o éste es mínimo sobre sus ingresos , bienes o derechos y no tiene ningún riesgo de negocio;
5. Cuando el ingreso correspondiente al solicitante no está sujeto a impuesto o el nivel de imposición es bajo en el país contratante;
6. En el caso del pago de intereses derivados de un contrato de préstamo, la existencia de otro préstamo o contrato de depósito entre el prestamista y un tercero, y el monto, tasa de interés y la fecha de celebración del contrato de terceros son similares a las del primer contrato de préstamo, y
7. En el caso de los ingresos por regalías, la existencia de otro nuevo acuerdo sobre los derechos de autor, patentes y licencias de tecnología o la transferencia entre el solicitante y un tercero, además del acuerdo de pago de regalías.

No obstante, cabe señalar que la Circular no indica el peso de cada uno de estos factores en la determinación de la existencia del Beneficiario Efectivo.

IV. OPINIÓN DOCTRINARIA

Cordón Ezquerro[10], alineándose con la postura mayoritaria de interpretación autónoma, entiende que los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE excluyen de su aplicación a los agentes o mandatarios, a los intermediarios de otra persona y a la sociedad instrumental que pese a ser propietaria de facto cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, de hecho, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas. Esta solución considera que no son Beneficiarios Efectivos y, por lo tanto, quedan excluidas del CDI por esas rentas aquellas personas o entidades que actúan por cuenta de un tercero, pues el perceptor de las mismas tiene obligación de ponerlas a disposición de su verdadero titular que es quien en realidad va a tributar por ellas.

El referido autor sostiene que, para el Estado de la fuente, la aplicación de la cláusula de Beneficiario Efectivo será más sencilla si el intermediario actúa por cuenta ajena y queda explicitado, pues de lo contrario la Administración tendrá muy difícil probar que no está actuando por cuenta propia y no es el Beneficiario. Asimismo, considera que la delimitación del significado del término no puede circunscribirse a si el perceptor de la renta actúa por cuenta propia o ajena; ello así, en tanto que muchas entidades que actúan como "*direct conduit*" o *"stepping stone conduit",* formalmente, lo hacen por cuenta propia.

Argumenta que debería tenerse en cuenta quién es el titular formal de la renta (perceptor) y quién es el titular económico de las mismas por tener capacidad de disposición o uso (Beneficiario). Al respecto, puntualiza que la mayoría de la jurisprudencia internacional, incluida la española, se inclina por un concepto [de Beneficiario Efectivo] económico más que jurídico. Por dicha razón, concluye que de asignársele a la cláusula un significado amplio permitiría deslizarse hacia aquellos supuestos en los que se aplican las normas contra el fraude a la ley tributaria.

Así, dice que cuando el único motivo económico válido en la constitución de una entidad –vgr. una *"stepping stone conduit"*– fuera la ventaja fiscal derivada de la aplicación de un CDI, sin otro motivo económico que justifique su existencia (para lo que –entiende– habrá que analizar las fechas de los acuerdos entre las partes y el importe económico de cada una), se podrá considerar como artificiosa a la entidad y, por tanto, no será la Beneficiaria Efectiva. De tratarse de un supuesto de una entidad *"direct conduit"*, entiende que habría que valorar si la entidad adquiere para sí los rendimientos obtenidos en el Estado de la fuente o si es una mera intermediaria creada sólo para captarlos, para lo cual debería analizarse qué otras actividades realiza y de

10 Cordón Ezquerro, Teodoro. Op. Cit.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 185

qué medios humanos y materiales dispone. Por último, en el supuesto de operaciones vinculadas a nivel internacional, dado que la matriz siempre ejerce una posición de dominio o control que en algunos casos puede llevar a considerarla como Beneficiaria Efectiva, deberá analizarse caso por caso como si se estuvieran aplicando las normas contra el fraude a la ley tributaria.

Reflexiona que el significado de Beneficiario Efectivo se ha ido delimitando en las sucesivas modificaciones del MC OCDE a través de sus comentarios, aplicables incluso a los CDI firmados antes de incorporarse los mismos. Sin embargo, entiende que una definición más precisa sería necesaria, dado que –como señalan los comentarios al artículo 1° del MC OCDE– al existir la posibilidad de aplicar la normas internas del Estado de la fuente sobre el fraude o la evasión fiscal en el seno de los CDI, podría suceder que por ambas vías se llegara a resultados parecidos no exentos de problemas.

A modo de conclusión, se pregunta de qué se le exige que sea titular al Beneficiario Efectivo: si de los rendimientos protegidos, dividendos, intereses o regalías, o de los activos de los que proceden, participaciones, préstamos o derechos de propiedad intelectual o industrial, o de ambos a la vez. En este tema, indica que la respuesta mayoritaria de la doctrina es negativa en el sentido de que la cláusula de Beneficiario Efectivo se refiere sólo a los rendimientos y, por tanto, la aplicación del CDI dependerá exclusivamente de esa titularidad. Ni el MC OCDE ni los comentarios mencionan expresamente la necesidad de esa doble titularidad.

Finalmente, considera que en el contexto actual no se puede delimitar un concepto preciso de Beneficiario Efectivo, sino que habrá que analizar caso por caso como si se estuvieran aplicando las cláusulas generales de antielusión, pero sin el cumplimiento de sus requisitos especiales.

El autor mexicano **Edgar M. Anaya**[11] afirma que, ya desde su inclusión en el MC OCDE de 1977, el significado del término Beneficiario Efectivo no resultaba claro. Incluso ahora, más de 30 años después de la recepción del concepto como requisito de aplicación de los beneficios en el Modelo de Convenio, no queda claro el verdadero significado de este término. Cuenta que en un principio se consideró que quizás el Reino Unido o EE.UU. tendrían a través de su ley local una clara noción de lo que era el concepto y así se podría explicar su significado. Sin embargo, resultó que ningún país contaba dentro de su legislación con una definición del término.

Al respecto, admite que si bien la OCDE en los comentarios al MC de 1977 estableció que el Beneficiario Efectivo era una persona distinta de un agente o intermediario, con la intención de aclarar que aquellos no podían gozar de los beneficios de los tratados por no ser los propietarios del ingreso sino solamente quienes lo reciben en nombre y por cuenta de estos, esta aclaración no resultó ser de mucha utilidad. Ello así, en tanto que resulta evidente que si una compañía está actuando como un agente para otra entidad, es obvio que el agente únicamente está recibiendo el ingreso en representación de alguien más, por lo que no se cumple el requisito de ser Beneficiario Efectivo.

Siendo esto lo único que la OCDE estableció en sus primeros comentarios, por muchos años no se supo lo que realmente significaba el requisito del Beneficiario Efectivo. Esta situación recién varía en la década pasada cuando la OCDE amplía el comentario y dice que al hacer referencia al término, lo que se buscaba evitar eran situaciones de *"back to back"*.

El término *"back to back"* o Créditos Respaldados se refiere a aquellas relaciones en que hay una compañía que recibe ingresos en su nombre, pero que a la vez ha celebrado un contrato con otra compañía donde tal ingreso será pagado en forma íntegra a esa otra compañía. En este caso, se trata de contratos casi idénticos en donde la compañía intermedia siempre actúa como una ventana, el ingreso pasa a través de la compañía intermedia casi sin ser tocado y se paga la misma cantidad o casi la misma a la compañía del final de la cadena, por lo que queda nada o muy poco pagado a la compañía intermedia.

Así pues, considera que los comentarios del MC OCDE aclaran que lo que se consideró cuando se introdujo el requisito de Beneficiario Efectivo en 1977, fueron las relaciones derivadas de deuda donde se generan los intereses que pueden ser objeto de abuso.

En otro orden de ideas, el autor también remarca la importancia del caso en México. En efecto, la definición de Beneficiario Efectivo resulta relevante en tanto que su ley interna hace referencia a la misma en el caso de intereses (artículo 190), dividendos (artículo 193) y regalías (artículo 200).

11 Anaya, Edgar M. *"Treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo"*, Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19, p. 59 y ss.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 186

Los autores uruguayos **Fraschini** y **Baliño**[12] postulan que el requisito del Beneficiario Efectivo es una limitación adicional para que los residentes de un Estado Parte puedan obtener tasas reducidas de imposición en el Estado de la fuente cuando sean los receptores de rentas pasivas. Así, la reducción de alícuotas opera sólo en tanto los intereses, dividendos o regalías sean pagados a su Beneficiario Efectivo.

Recuerdan que el origen del término se encuentra en el derecho anglosajón de los *trust*, donde se reconocen diversos niveles de propiedad sobre un mismo bien: un *legal owner* y un *beneficial owner*; pero admiten que ante la ausencia de una definición convencional del término, surge la duda si el mismo debe ser interpretado de acuerdo a la legislación doméstica o si, por el contrario, es necesario buscar el significado internacional autónomo.

En materia de interpretación, citan a **Engelen**[13], quien entiende que la asunción básica bajo los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena –los cuales proclaman una interpretación gramatical, sistemática y teológica–, es que el texto se presume como una auténtica expresión de la intención de los Estados, por lo que el punto de partida es una elucidación del significado del texto, y no una investigación *ab initio* de las subjetivas intenciones de las partes.

Por su parte, los autores se preguntan si de la norma interpretativa prevista en el artículo 3.2 MC OCDE, que reenvía al derecho interno salvo que del "contexto se infiera una interpretación diferente", debe interpretarse que el "contexto" ordena la búsqueda de un significado internacional de Beneficiario Efectivo. Al respecto, invocan a **Baker**[14], el que sostiene que al ser un requisito introducido por la OCDE, insertado en el modelo ONU y empleado en una serie de tratados por Estados, algunos de los cuales conocen el concepto a nivel interno y otros no, el significado debería ser internacional. Así, el invocado autor aplaude al fallo "Indofood" –que posteriormente se procederá a comentar– por haber entendido la Corte que el término Beneficiario Efectivo debe tener un *"international fiscal meaning"*.

En favor de la interpretación autonómica del término, traen a consideración los argumentos expuestos por **Vogel**[15] y **Ellife**[16]. El primero, en tanto afirma que la principal razón por la que debe ser interpretado en el contexto del tratado, considerando el propósito de su inclusión, obedece a que los sistemas nacionales no ofrezcan una definición precisa del término; el restante, por cuanto argumenta que surge del propio párrafo 12 de los comentarios al artículo 10 del MC OCDE que el término no es utilizado en un "estricto sentido técnico", sino que, por el contrario, debe ser entendido en el contexto y a la luz del objeto y fines de un CDI. Además, afirma Ellife, si los comentarios intentan describir aquella persona o entidad que no es un Beneficiario Efectivo, es porque existiría un significado autónomo del término.

Finalmente, los autores propugnan que una efectiva aplicación de un CDI supone una interpretación armónica por parte de los Estados de los términos recogidos en el mismo. De lo contrario, afirman que podrían verificarse supuestos de doble imposición o doble no imposición por conflictos de calificación, que es precisamente lo que los CDI pretenden evitar. Asimismo, puntualizan que si bien, en teoría, un término debería ser interpretado igual tanto en Francia como en la India, en la práctica, los aplicadores del Derecho suelen recurrir a conceptos que les son conocidos y se encuentran influenciados por las características de sus respectivos Estados y por las políticas perseguidas al celebrar un CDI.

Ahora bien, para lograr un significado internacional los autores se preguntan qué es, pues, un Beneficiario Efectivo; para seguidamente admitir que ni la doctrina, ni la jurisprudencia internacional, han llegado a un concepto pacíficamente aceptado. En tal sentido, los autores exponen una serie de definiciones dadas por diversos doctrinarios, a saber:

- **Du Toit**[17]: El Beneficiario Efectivo es la persona cuya propiedad tiene más peso que cualquier otra persona.
- **Danon**[18]: El Beneficiario Efectivo es quien legalmente, económicamente o de hecho, tiene el poder de controlar la atribución del ingreso.

---

12 Fraschini, Juan Ignacio y Baliño, Claudia. *"La planificación fiscal vs. El abuso de tratados. El Treaty Shopping y el concepto de Beneficiario Efectivo"*. Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19, p. 79 y ss.

13 Engelen, F. *"Interpretation of Tax Treaties under International Law"*, IBFD, Amsterdam, 2004, p. 541 y ss.

14 Baker, P. *"Beneficial Ownership: After Indofood"*, GITC Review, Vol. VI, N° 1, Febrero 2007, p. 22 y ss.

15 Vogel, K. *"On double taxation conventions"*, Kluwer International, Third Edition, 1997, p. 50 y ss.

16 Ellife, C. *"The interpretation and meaning of Beneficial Ownership in New Zealand"*, 2009, British Tax Review pp. 276-305, p. 17 y ss.

17 Du Toit, Charles. *"Beneficial owner of royalties on bilateral tax treaties"*, IBFD, Amsterdam, p. 237 y ss.

18 Definiciones propuestas en el Congreso IFA Kyoto 2007, durante el Seminario del Tema I: "Conflictos en la atribución de ingresos a una persona".

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 187

- **Kaka**[19]: Beneficiario Efectivo se trata de quien, de hecho, con la exclusión de otros, tiene el poder de ejercitar el control sobre la disposición del ingreso, control que debe ser ejercido por sí mismo, y no por el mandato de otros.
- **Vogel**[20]: Beneficiario Efectivo es quien tiene derecho a disponer o utilizar el rendimiento, por lo que un pago realizado a quien recibe el ingreso es un pago realizado al Beneficiario Efectivo ya que, en última instancia, va a tener derecho a disponer de él.
- **Vega Borrego**[21]: Beneficiario Efectivo es la persona que, teniendo derecho a obtener el rendimiento, puede disponer libremente del mismo.

Fraschini y **Baliño** señalan que todas estas definiciones tienen como común denominador el poder de disposición sobre el ingreso que se recibe, el cual debe ser ejercido de forma libre y por cuenta propia. A efectos prácticos, los autores invocan la ***"Regla de Oro"*** propuesta por **Baker**[22]: Si la entidad receptora del ingreso entrara en proceso de liquidación y fuera una mera fiduciaria, los ingresos recibidos podrían ser reclamados por el verdadero Beneficiario Efectivo y no estarían disponibles para los acreedores. En cambio, si los ingresos realmente pertenecieran a la entidad en liquidación, sí estarían disponibles para los acreedores y ella habría sido su Beneficiario Efectivo.

Ahora bien, se discute en doctrina si para tener la condición de Beneficiario Efectivo es necesario también ser el titular de las participaciones que generan el derecho al rendimiento. En general –señalan los autores– se entiende que la cláusula se refiere sólo al rendimiento y no al activo que lo origina. En cambio, aun si el capital de una entidad perteneciera únicamente a una persona, este hecho no debería acarrear por sí solo la pérdida de la condición de Beneficiario Efectivo de los valores que se encuentran en su activo[23].

Por último, puntualizan que la jurisprudencia ha considerado el requisito de Beneficiario Efectivo en base a hechos de cada caso, en función de algunos factores como propiedad, riesgo, discrecionalidad, etc., pero de una forma no exhaustiva.

Seguidamente, se expondrá sumariamente los principales casos en los que los Tribunales Internacionales fueron llamados a resolver respecto a la materia que nos ocupa.

V. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

V.1. Aiken Industries Inc.[24] (EE.UU. - 1971)

En este caso la Corte Fiscal de Estados Unidos entendió que la reducción de la retención en la fuente prevista en el CDI con Honduras, no resultaba aplicable a préstamos *back to back* con idénticos pagos de intereses entre un deudor estadounidense, una compañía de Honduras vinculada y la sociedad madre de Bahamas. La Corte sostuvo que el Tratado requiere que el recipiente del pago tenga "**dominio y control**" sobre los fondos, requisito que no se verificaba en la compañía hondureña, mero *conduit* de la entidad de Bahamas.

Este es uno de los casos de *treaty shopping* más famosos en Estados Unidos. En el decisorio comentado se dejó claro que la Corte trataría de luchar contra el fraude a la Ley en forma de mercadeo de tratados.

V.2. Royal Dutch Oil (Países Bajos - 1994)

En este precedente, la *"Hoge Raad"* o Suprema Corte de los Países Bajos tuvo oportunidad de sentenciar definiendo el concepto de *"Beneficial Ownership"*.

Al respecto, el Tribunal entendió que el receptor de los dividendos será el Beneficiario Efectivo cuando **posea disponibilidad sobre el activo productor de renta** –en el caso se trataba de la adquisición de cupones de dividendos de una sociedad, es decir, del usufructo de acciones de la sociedad– **y posea la disponibilidad sobre la aplicación o distribución de los fondos percibidos** como consecuencia del pago del cupón.

19 Ídem Nota 17.

20 Vogel, K. Op. Cit.

21 Vega Borrego, F. A. *"Las medidas contra el treaty shopping",* Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003, p. 146 y ss.

22 Baker, P. *"Double taxation conventions"*, Sweet & Maxwell, London, 2007, 10B, 15.

23 Vogel, K. Op. Cit.

24 Aiken Industries, 56 TC 925, 1971.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 188

V.3. Northern Indiana (EE.UU. - 1995)

Los hechos de este caso son similares a los que posteriormente se verán en el fallo Indofood. En lo que aquí interesa, el Tribunal de Apelación concluyó que la noción de **Beneficiario Efectivo claramente se refiere a la persona que recibe en realidad el dividendo, más que al accionista directo y formal**.

La Comisión del Tribunal de Apelación dejó claro que este término se refiere a la **persona que se beneficia económicamente del beneficio** y no **se aplica a las sociedades instrumentales que se interponen** entre el deudor del ingreso y la persona que finalmente lo recibe. Además, también se refirió a la opinión suiza predominante, que considera al requerimiento de Beneficiario Efectivo como una condición implícita de los CDI, que no requiere ninguna estipulación expresa en el texto del Convenio. Por consiguiente, es el Beneficiario Efectivo únicamente quien tiene derecho a la devolución de la retención en la fuente.

V.4. Del Commercial Properties Inc. (EE.UU. - 1999)

Del – EE.UU. era una filial de un grupo canadiense que necesitaba financiación y la obtuvo de otra filial canadiense del mismo grupo pero con la interposición de Del – Holanda.

El Tribunal de Apelación consideró que Del – EE.UU. era responsable de haber dejado de retener en los pagos de intereses a Del – Holanda. En efecto, Del – EE.UU. había aplicado el CDI EE.UU.-Holanda, que preveía la completa exención de la retención sobre los intereses. Sin embargo, el Tribunal de Apelación estableció que el CDI con Holanda no era aplicable.

En efecto, **considerando la doctrina "*step transaction*", el Tribunal no tuvo en cuenta la participación en la operación de Del – Holanda y trató el interés como si se correspondiera a un préstamo** de la filial de Canadá, que en el fondo era de dónde provenía la financiación.

Al respecto, cabe señalar que bajo la doctrina *step transaction*, un particular paso de la operación no es considerado a efectos fiscales si el contribuyente podía haber alcanzado su objetivo de manera más directa, pero en vez de eso incluyó ese paso con el único motivo de evitar el pago de impuestos en Estados Unidos. En los casos de *step transaction*, la existencia de una formal actividad comercial se da por hecho, pero la investigación se centra en que deben existir motivos comerciales válidos y no sólo fiscales.

V.5. VPB 65.86 (Suiza - 2001)

El caso trata de una compañía holding constituida en Luxemburgo (en adelante, Luzco) por dos entidades residentes en el Reino Unido a principios de 1995. Posteriormente, Luzco adquirió todas las acciones de una compañía suiza pertenecientes a una persona física residente en Estados Unidos. El precio de las acciones fue financiado en su totalidad con un préstamo de uno de los accionistas de Luzco. Esta inversión en la compañía suiza representaba el único activo sustancial de Luzco. La compañía suiza distribuyó dividendos en 1996 y 1997 y retuvo el 35%. Luzco solicitó la devolución total de la retención a las autoridades fiscales suizas (en adelante, FTA) en base al Convenio de doble imposición Luxemburgo-Suiza.

Luego de sucesivos requerimientos parcialmente incumplidos, la FTA finalmente le denegó la devolución de la retención en su totalidad y Luzco apeló contra esta decisión.

El Tribunal de Apelación dio la razón a las autoridades fiscales y resumió las siguientes condiciones impuestas por el artículo 10(2)(b) del CDI Luxemburgo-Suiza para la aplicación de un tipo cero de retención sobre los dividendos:

- El beneficiario debe ser una entidad residente en Luxemburgo.
- El beneficiario debe mantener al menos un 25% de la compañía suiza durante un periodo ininterrumpido de dos años con anterioridad al reparto del dividendo.
- El dividendo pagado debe referirse a las acciones mantenidas por el beneficiario durante el periodo ininterrumpido de dos años.

Además, el Tribunal de Apelación analizó el concepto de beneficiario usado en el artículo 10(2)(b) y concluyó que tenía el mismo significado que el concepto de beneficiario efectivo usado en el artículo 10(2)(a) del CDI. El Tribunal de Apelación afirmó que **la noción de beneficiario efectivo claramente se refiere a la persona que recibe, en realidad, el dividendo, más que al formal y directo accionista**. Refiriéndose al Informe de la OCDE sobre entidades instrumentales, el Tribunal de Apelación dejó claro **que el término se refiere a la persona que se beneficia económicamente del ingreso y que no se aplica a las sociedades instrumentales** que se interponen entre el deudor del ingreso y la persona que lo recibe finalmente. Asimismo, se refirió a la opinión legal imperante en Suiza que considera que **la condición de beneficiario efectivo es una**

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 189

condición implícita de los convenios de doble imposición, que no requiere una constancia expresa en el texto. Por tanto, es el beneficiario efectivo quien tiene derecho a la devolución de la retención efectuada en la fuente.

El Tribunal de Apelación argumentó que Luzco se había negado a aportar información relevante y por ello las autoridades fiscales no podían determinar si Luzco percibía el dividendo para sí o para transferirlo a una tercera parte. De hecho, el Tribunal de Apelación concluyó que la identidad del Beneficiario Efectivo era desconocida pero que había claros indicios de que el Beneficiario Efectivo del ingreso no era un residente en Luxemburgo. Además, el Tribunal de Apelación se refirió a la Directiva Matriz-Filial y la normativa interna suiza, que excluye cualquier devolución de retenciones cuando dicha devolución permita efectivamente evasión fiscal. El Tribunal consideró que el presente caso era uno de evasión fiscal y por tanto las autoridades fiscales podían denegar los beneficios fiscales a Luzco. Esta decisión no fue apelada ante el Tribunal Supremo y por consiguiente, es firme.

V.6. Union of India v. Azadi Bachao Andolan (India - 2003)

En este caso, la Corte Suprema de la India analizó el esquema de determinados inversores que, aprovechando el CDI entre la India e Islas Mauricio, localizaron una sociedad *conduit* en Islas Mauricio y provocaron que las ganancias de capital no sólo no tributen en ninguno de los dos países, sino que el flujo tampoco tribute en Holanda.

Esta estructura fue cuestionada y la Suprema Corte falló a favor del contribuyente, entendiendo que bastaba con el Certificado de Residencia Fiscal expedido por las autoridades de Islas Mauricio para que los residentes en dicho Estado sean considerados Beneficiarios Efectivos a los efectos de la aplicación del CDI entre la India e Islas Mauricio.

En efecto, el Máximo Tribunal de ese país interpretó que **si la intención de los Estados Parte hubiera sido evitar estos arreglos y negar los beneficios del CDI a residentes de otros Estados, habrían incorporado una adecuada cláusula LOB (*limitation on benefits*)**, como la vigente en el CDI con Estados Unidos. Pero **si esta cláusula no existe y pudo haber existido**, puede inferirse que **la voluntad de los Estados consistió en no restringir la aplicación de los tratados a dichos supuestos**. De este modo, sostuvo que una cosa es lo que la ley es y otra cosa es lo que la misma –en función de determinados enfoques académicos y la práctica de otros Estados– debería ser, para finalmente sostener que "**la corte debe decidir cuál es la ley aplicable**".

V.7. Bank of Scotland[25] (Francia - 2006)

El *Conseil D'État* francés negó la aplicación del CDI entre Francia y el Reino Unido respecto a una estructura en la cual una compañía estadounidense denominada Merrell Dow Inc., cedió en usufructo al Bank of Scotland, residente del Reino Unido, los derechos sobre los dividendos que le corresponderían en una de sus subsidiarias en Francia. A cambio de ello, el Bank of Scotland pagaría intereses bajo un contrato de préstamo en cantidades equivalentes a dividendos recibidos. Este esquema fue diseñado para beneficiarse del reembolso del *avoir fiscal* sobre los dividendos distribuidos por compañías francesas, que el Art. 9 del CDI prevé para los residentes en el Reino Unido.

En este caso, la Corte **interpretó el significado del Beneficiario Efectivo en el marco del fraude a la ley**, entendido que **la operación** era contraria a la intención de los Estados Parte al firmar el tratado y que **su único motivo era de índole fiscal**.

V.8. Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank Na. (UK - 2006)

El fallo Indofood implicó un análisis fiscal en un litigio civil.

En efecto, Indofood, una compañía de Indonesia, emitió obligaciones negociables a través de una subsidiaria, residente en Islas Mauricio, para evitar la retención del 20% de los intereses en Indonesia, aprovechando el CDI de ésta con Islas Mauricio. Cuando Indonesia anunció que iba a denunciar dicho CDI, Indofood comunicó a la entidad fiduciaria, JP Morgan, su propósito de rescatar las obligaciones y efectuar una reemisión. El fiduciario propuso en cambio, el mismo esquema pero utilizando a Holanda, con quien Indonesia tiene un CDI en similares términos y la controversia fue llevada ante la jurisdicción competente según el Acuerdo de emisión de las obligaciones.

25 Bank of Scotland, CE 20/12/2006, N° 283314.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 190

Para analizar la validez de la propuesta de JP Morgan, la Corte inglesa estudió las condiciones del arreglo con la subsidiaria de Islas Mauricio, destacando que las sumas obtenidas por la subsidiaria luego de la emisión eran idénticas a las pagadas a Indofood, que las tasas de interés eran iguales y que, incluso, los intereses eran pagados directamente desde Indofood al banco fiduciario. La conclusión fue que la utilización de una sociedad holandesa obedecería sólo a razones fiscales y que ella no podría ser considerada el Beneficiario Efectivo de los intereses que Indofood pagara.

Dentro de los aspectos positivos del fallo, **Fraschini** y **Baliño**[26], señalan que la Corte se refirió a los **comentarios al MC OCDE** y que **en él puede encontrarse el "significado fiscal internacional" del término Beneficiario Efectivo**. Lo negativo es que, al buscar ese significado internacional, hubo una remisión a declaraciones del Director de Rentas de Indonesia según el cual el requisito implica el **privilegio total de beneficiarse directamente del ingreso**, lo que en definitiva –entienden los autores– significó un envío al Derecho Interno.

V.9. MIL Investments (CANADÁ - 2007)

En el caso canadiense, se pretendió negar la aplicación del tratado de Canadá-Luxemburgo a una sociedad *holding* en Luxemburgo, propiedad de un residente de Mónaco, que había realizado importantes ganancias de capital por la enajenación de acciones de una sociedad canadiense.

La Corte sostuvo que la compra o la selección de un tratado para minimizar la carga fiscal no es abusiva y que **lo que los Tribunales deben analizar es el uso del tratado y no su selección**. Asimismo, entendió que Canadá tenía conocimiento previo del tratamiento de las ganancias de capital en **Luxemburgo** y, de todos modos, **cedió su potestad tributaria en el CDI, por lo que no puede alegar una inesperada no imposición**.

V.10. Her Majesty The Queen v. Prévost Car Inc.[27](CANADÁ - 2008)

El caso Prévost ha motivado que la OCDE mirase con inquietante preocupación la tendencia jurisprudencial de los Tribunales canadienses.

En el caso, una sociedad *holding* en Holanda denominada Prévost Holding –PH– BV era utilizada por una compañía inglesa, Henlys Group PLC, y una sueca, Volvo Bussar AB, para canalizar su inversión en Canadá: Prévost Car Inc., aprovechando las tasas reducidas de retención sobre dividendos del CDI entre Canadá y Holanda. Existía además un acuerdo entre Henlys y Volvo que al menos el 95% de los dividendos recibidos serían distribuidos a Henlys y Volvo, respectivamente. De acuerdo a lo manifestado por los contribuyentes, la sociedad *holding* había sido acogida tanto por razones fiscales como comerciales, como ser que los inversores suecos e ingleses quisieron operar vía una entidad localizada en un país neutral.

En uno de los desarrollos más exhaustivos que un Tribunal hasta ese momento había hecho sobre el concepto de Beneficiario Efectivo, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá entendió que del análisis del caso resultaba que: i) la relación entre PH y sus accionistas no era de agencia, mandato u otra en la cual la propiedad se detenta a través de un *nominee;* ii) el velo corporativo no debía ser perforado, ya que PH no era un *conduit* de otra persona y no pudo comprobarse que no podía usar o aplicar discrecionalmente sus fondos; iii) no había un flujo predeterminado o automático de fondos a Volvo y Henlys; iv) PH era una entidad estatutaria que desarrollaba negocios y actividades corporativas de acuerdo a la ley holandesa; v) PH no era parte del Acuerdo de Accionistas sobre distribución de los dividendos, no pudiendo ora Henlys ora Volvo reclamar en caso de incumplimiento de lo acordado; vi) los estatutos de PH no la obligaban a pagar dividendos y debía hacerlo de acuerdo a la ley holandesa; vii) PH compró las acciones a Prévost Car Inc. y era su propietaria. Cuando se recibían dividendos, estos eran de su propiedad y, en tanto ganancias, estaban a disposición de sus acreedores.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal canadiense concluyó que Prévost Holding era el **Beneficiario Efectivo de los dividendos**, entendiendo por tal a **aquella persona "que recibe los dividendos para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y el control sobre el dividendo que recibe. El Beneficiario Efectivo es la persona que goza y asume todos los atributos de la propiedad… y esta persona no responde ante nadie por cómo dispone del ingreso"**.

26 Fraschini, Juan Ignacio y Baliño, Claudia. *Op. Cit*.

27 Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc., Federal Court of Appeal, Canadá, 2008, TCC 231.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 191

V.11. Velcro Canadá Inc. v. Her Majesty The Queen (Canadá -2012)

En el caso Velcro Canadá Inc. versus el Her Majesty the Queen, la situación fue la siguiente: Velcro Canadá Inc, empresa canadiense con actividades de manufactura y venta de productos para la industria automotriz, entró en un acuerdo con Velcro Industries BV, empresa ubicada en Holanda, para utilizar la licencia de tecnología de esta. Entre los años 1987 y 1995 la empresa pagó regalías a esta empresa holandesa, y retuvo impuestos a tasa reducida (10% en vez del 25%) en aplicación del Convenio vigente entre Canadá y Holanda. En el año 1995, luego de una reorganización, la empresa extranjera pasó a ser residente de las Antillas Holandesas, con quien Canadá no tiene convenio, y asignó el contrato del uso de licencia a una subsidiaria residente en Holanda: Velcro Holdings BV.

Entre los años 1996 y 2004, la empresa canadiense pagó las regalías a la subsidiaria holandesa, quien a su vez giraba el 90% de esas regalías a su matriz ubicada en las Antillas Holandesas, y aplicaba la tasa reducida de retención aplicable según Convenio Canadá–Holanda. El caso consistió en determinar si entre los años 1996 a 2004 el Beneficiario Efectivo de las regalías estaba ubicado en Holanda o no, y por lo tanto si la empresa canadiense debió o no aplicar tasas reducidas en ese periodo de tiempo.

El contribuyente alegó que Velcro Holding BV era el Beneficiario Efectivo en tanto:

- Superaba el *test* previsto en el precedente "Prévost Car Inc." a fines de determinar al Beneficiario Efectivo;
- De los hechos y pruebas aportadas quedaba demostrado que no había relación alguna de agencia o de *nominee,* asimismo quedando probado que no se trataba de una compañía conducto.

La Corona sostuvo que la empresa holandesa no era el Beneficiario Efectivo de las rentas por los siguientes motivos:

- La empresa holandesa no era la propietaria de las regalías;
- Actuaba solamente como agente o mandatario;
- No tenía el uso, control y riesgos de las mencionadas regalías.
- El verdadero Beneficiario Efectivo de las regalías era Velcro Industries BV (Antillas Holandesas).

La Tax Court de Canadá (TCC) falló a favor de la empresa canadiense, estableciendo que la empresa holandesa era la Beneficiaria Efectiva de las rentas. Para así concluir, remitió al precedente "Prévost Car Inc.", donde se dijo que el Beneficiario Efectivo es aquella persona que recibe el ingreso para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y disponiendo del ingreso recibido.

Basando su análisis en estos 4 elementos, comprobó que Velcro Holding BV tenía la:

1. Posesión;

2. Uso;

3. Control;

4. Riesgo;

sobre las regalías recibidas; conclusión a la que arribó luego de las instancias probatorias respectivas. Asimismo, reiteró lo dicho en "Prévost" en cuanto a que la Corte no debe penetrar el velo empresario, a no ser que la compañía no tenga absolutamente ningún poder discrecional en lo que respecta al uso y aplicación de sus fondos.

Los **principales elementos** que la TCC tuvo en cuenta para así fallar fue el hecho de que Velcro Holdings BV **tenía legalmente el derecho a recibir las regalías** de parte de Velcro Canadá; los fondos pagados como **regalías fueron depositados en una cuenta** a nombre de Velcro Holdings BV respecto de la cual esta **tenía el control y posesión exclusiva**; los **fondos fueron mezclados con otros ingresos** depositados en la misma cuenta; Velcro Holdings BV convirtió a dólares estadounidenses parte de esos fondos para pagarle a Velcro Industries, **exponiéndose a los riesgos de tipo de cambio**; el dinero generó **intereses a favor** de Velcro Holdings BV; Velcro Holdings BV **no tenía que pedir instrucciones para disponer** de los fondos y, finalmente, la cantidad de dinero pagado en concepto de regalía a Velcro Canadá **difería del monto pagado** por Velcro Holdings BV a Velcro Industries.

VI. EL REQUISITO DEL BENEFICIARIO EFECTIVO EN EL CDI FIRMADO CON EL REINO DE ESPAÑA

Con fecha 13/03/2013, las autoridades de la Argentina y el Reino de España firmaron en Buenos Aires un nuevo CDI, en reemplazo del celebrado en el año 1992 –ratificado por ley 24.258– y que rigiera desde el

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 192

01/01/1995 hasta el 31/12/2012. Asimismo, acordaron que una vez ratificado el acuerdo tenga efectos retroactivos al 01/01/2013, de modo que los residentes de ambos países cuenten con el marco de un CDI sin solución de continuidad.

En opinión de **Calzetta**[28], el nuevo Convenio soluciona los aspectos por los que se había agravado el Gobierno argentino y que lo había llevado, el 29/06/2012, a la denuncia del CDI de 1992, esto es: i) el tratamiento en los bienes personales de las acciones y/o participaciones de propiedad de residentes en España; ii) la situación de las sociedades españolas tenedoras de valores extranjeros que aplicaban el régimen llamado "ETVE" y iii) la cláusula de la nación más favorecida. Ello, sin perjuicio de que el principal interés de las actuales autoridades en materia tributaria no son los acuerdos para evitar la doble imposición, sino los de intercambio de información, bilaterales o multilaterales, como medio para asegurar la transparencia de las transacciones económicas y maximizar la recaudación.

El autor sintetiza los principales cambios que presenta el convenio recientemente firmado respecto del que rigiera casi veinte años, a saber:

1. La eliminación de la exención que gozaban los residentes españoles en el impuesto sobre los bienes personales con relación a acciones o participaciones en el capital de sociedades constituidas en la República Argentina.
2. La ampliación en cuanto a los impuestos comprendidos y el uso de la información del régimen de intercambio de información incluido en el convenio.
3. La eliminación de la figura de nación más favorecida.
4. El tratamiento de las rentas y ganancias de capital originadas en sociedades cuya actividad y activos fueran fundamentalmente bienes inmuebles.
5. La incorporación de un *memorándum* con criterios de aplicación del convenio tendientes a evitar la evasión y elusión fiscal nociva.

Respecto a este último punto, y en lo que aquí interesa, **Calzetta** considera que puede otorgársele importancia al referido *memorándum* en cuanto es una manifestación de la intención política de ambos Estados de utilizar dichas normas y herramientas interpretativas para luchar contra la evasión fiscal y lo que se ha dado en llamar la "planificación fiscal nociva".

Del análisis de cada uno de los incisos del memorándum, surge que el inciso b)[29] consagra la aplicación del *test* del Beneficiario Efectivo para la aplicación de las normas del convenio, tanto para las rentas como para los elementos del patrimonio.

Asimismo, el inciso d)[30] agrega para las rentas pasivas (arts. 10, 11, 12) y ganancias de capital (art. 13) un *test* adicional al del Beneficiario Efectivo, consistente en que la creación o cesión que genere el derecho a la renta no sea motivado en obtener los beneficios de dichos artículos.

Finalmente, no resulta ocioso destacar que los incisos a) y c)[31] establecen que el convenio "no se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal" y no impedirá a los Estados Contratantes aplicar sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional o normas de subcapitalización (o las que se establezcan), respectivamente.

---

28 Calzetta, Daniel A. "*El nuevo convenio con el Reino de España para evitar la doble imposición",* Doctrina Tributaria ERREPAR, N° XXXIV, Mayo 2013.

29 "*…b) Se entenderá que los beneficios del convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio allí situados.*"

30 "*…d) Las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 13 no se aplicarán cuando el fin primordial o uno de los fines primordiales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión de las acciones u otros derechos que generan los dividendos, la creación o cesión del crédito que genera los intereses, o la creación o cesión del derecho que genera los cánones o regalías, sea el de conseguir el beneficio de dichos artículos mediante dicha creación o cesión.*"

31 "*…c) El convenio no impedirá a los Estados contratantes la aplicación de sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional (Controlled Foreign Companies) o subcapitalización o las normas que se establezcan sobre las mismas.*"

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 193

VII. LA EXPERIENCIA EN EL ÁMBITO LOCAL A LA LUZ DEL RECIENTE FALLO DEL TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN "MOLINOS RÍO DE LA PLATA S.A."

Tal como puntualiza el autor argentino **Rajmilovich**[32], la definición de Beneficiario Efectivo prevista en los CDI es problemática en el ámbito de la tributación internacional. Esto es así, explica, dado que no queda claro el origen o motivación del término, de modo de poder ayudar a delinear su alcance. En efecto, sostiene que lo expuesto ha quedado de manifiesto en virtud de las siguientes circunstancias históricas, a saber:

i) La forma enunciativa de los comentarios al MC OCDE deja una incógnita sobre su alcance y extensión, en especial, el elemento o común denominador que define la exclusión de los beneficios del CDI por ausencia de *"Beneficial Ownership"*;

ii) No existen documentos ni otros materiales preparatorios disponibles que esclarezcan cuál fue la intención de la inserción del término, con excepción del informe titulado: "Convenios de Doble Imposición y el Uso de Sociedades Conducto"[33] que permite esclarecer que las ***sociedades conducto*** que se interponen entre el pagador de la renta y su Beneficiario Efectivo –por cumplir funciones similares a un agente o mandatario– quedan exceptuadas de los beneficios del CDI en el Estado de la fuente, en tanto no verificarse la condición de Beneficiario Efectivo;

iii) **El término *"Beneficial Owner"* tiene una connotación técnica legal específica en el sistema de la *"law of trust"***, designando la condición jurídica de beneficiario, o sea el derecho en equidad que dicha legislación atribuye a los beneficiarios. Seguidamente, el autor afirma haber consenso en la doctrina en cuanto a que el alcance de dicho término en el contexto de los CDI, y en particular el MC OCDE, **escapa a la noción técnica de la *"law of trust"***. En abono a ello, señala que cuando la OCDE incorporó la condición de Beneficiario Efectivo en el MC OCDE, 18 de los 24 Estados Miembro de la Organización **eran países con sistemas jurídicos de la Ley Civil**, por lo que razonablemente no pudieron subordinar su alcance a los desarrollos jurisprudenciales de sistemas jurídicos extraños, en particular los enrolados en el *"common law"*. No obstante compartir lo sostenido por el respetado autor, la reciente jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación *in re* **"Molinos Río de la Plata S.A."**, Sala "D", sentencia del fecha 14/08/2013, resolvió la cuestión traída a consideración de sus estrados **analizando el concepto de Beneficiario Efectivo a la luz de la figura del fideicomiso o *"trust"* del *"common law"***(vid. Voto del Dr. Magallón, Vocal Subrogante de la Vocalía de la 11º Nominación). Posteriormente, volveremos a esta cuestión al analizar este valioso precedente jurisprudencial;

iv) Finalmente, **Rajmilovich** relata que en la versión del MC OCDE 2003, se modificaron los comentarios expresándose que el término Beneficiario Efectivo no es utilizado en sentido técnico sino acotado, debiendo entendérselo en su contexto y a la luz del objetivo y propósito del Convenio, incluyendo evitar la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión fiscales.

En relación con este último punto, el autor menta que, dado que el "sentido técnico" del término es el que se deriva de la "law of trust", designando el estatus de beneficiario, resulta válido concluir que el contenido definicional del concepto de Beneficiario Efectivo puede responder a alguno de los siguientes supuestos: 1) a la definición que establezca el derecho interno del Estado de la fuente; o 2) a la terminología propia del Derecho Tributario Internacional, que evoluciona a través de la jurisprudencia y que se encuentra implícita en el MC OCDE, MC ONU, y en sus comentarios.

Por esta última solución se inclina **Rajmilovich**, por entender que no sólo respeta en mayor medida el espíritu de los CDI, sus objetivos y propósitos, sino por la razón práctica de que en la mayoría de los países no existe una definición de Beneficiario Efectivo en su legislación tributaria local que permita sugerir que los Estados Miembros de la OCDE hayan tenido la intención de someter la definición de este concepto al derecho interno del Estado de la fuente, como sí ocurre con otras nociones del MC OCDE (v.gr. Empresa, Residente, etc.).

Siguiendo la postura mayoritaria, según la cual el concepto de Beneficiario Efectivo se trata de una noción del Derecho Tributario Internacional, el mencionado autor reconoce que el término parece replicar el atributo inherente al concepto de *"trust"*, en cuanto a su resistencia intrínseca u ontológica a que haya una definición genérica que lo contenga y determine. No obstante, comparte la posición de **Klaus Vogel**[34] en el

32 Rajmilovich, Darío. *"Convenios para evitar la Doble Imposición"*, Ed. Errepar, Bs. As., 2011, p. 131 y ss.

33 *"Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies"*. J. David B. Oliver, Jerome Libin, Stef Van Weeghel y Charles Du Toit, *"Beneficial Ownership",* punto II, IBFD Bulletin, Julio 2000, p. 311.

34 Vogel, Klaus. *"On double taxation conventions". Op. Cit. en Nota 15.*

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 194

sentido de que la condición de Beneficiario Efectivo requiere de la libertad en la disponibilidad del ingreso en manos del receptor como condición a cumplir desde el punto de vista sustancial, **lo que implica indagar en el ejercicio efectivo del derecho de decidir la disposición del ingreso o del ejercicio efectivo del derecho a disponer del ingreso de una determinada forma**, descartando así la postura restringida legal, que implica analizar si el receptor del ingreso está legalmente obligado a destinar los fondos a un tercero. Finalmente, el doctrinario –citando a **Vega Borrego**[35]- aclara que el concepto de Beneficiario Efectivo en materia de Dividendos, Intereses y Regalías refiere exclusivamente al rendimiento, no siendo necesario ser titular del activo que lo origina.

A esta altura del análisis, cabe señalar –so riesgo de incurrir en redundancias– que en los CDI firmados por la Argentina conforme a los Modelos de Convenio de la OCDE y de la ONU, la condición de Beneficiario Efectivo se impone en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) sin definir al término. Asimismo, tampoco existe una definición que delimite al concepto en la legislación local, esto es, en la ley de impuesto a las ganancias 20.628 (t.o. en 1997 y sus modif.).

Sin embargo, un reciente pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación –organismo administrativo con funciones jurisdiccionales, independiente e imparcial y con especialidad técnica en materia tributaria– ha dictado un reciente pronunciamiento en los autos caratulados **"Molinos Río de la Plata S.A.", Sala "D", sentencia de fecha 14/08/2013**, donde el **Dr. Magallón**, por su Voto, analiza la figura del Beneficiario Efectivo a la luz del "*trust law*" en el marco del CDI firmado por Argentina y Chile –hoy denunciado– el cual se basaba en el Modelo de Convenio del Pacto Andino (en adelante, MC CAN).

En el sub-acápite siguiente, se analizará dicho valioso precedente jurisprudencial, el que, por lo demás, resulta ser el primer antecedente jurisprudencial referido a la materia objeto del presente trabajo.

VII.1. Molinos Río de la Plata S.A. (Argentina - 2013)

En primer término, resulta menester señalar que el fallo en comentario resulta atípico, por cuanto no se presenta como un clásico supuesto de abuso de tratado. En efecto, **la particularidad de la controversia se suscita en el hecho de generarse un supuesto de doble no imposición** como consecuencia de –a criterio de los suscriptos– una modificación unilateral en la legislación doméstica por parte de uno de los Estados Contratantes. Es por esta cuestión que el caso se presenta por demás interesante.

Sentado lo que antecede, cabe reseñar el contexto normativo en el que se producen los hechos:

- Con fecha **24/11/1985** se promulgó la ley 23.228 mediante la cual se aprobó el Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y patrimonio, suscripto en la Ciudad de Santiago de Chile el 13/11/1976, disponiendo en su art. 11 que "los dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye". Al respecto, debe puntualizarse que el CDI suscripto se basó –si bien con modificaciones– en el MC CAN.
- Con posterioridad, el **23/11/2002** la República de Chile mediante el dictado de la ley 19.840 –que incorporó al art. 41 D del Decreto Ley 824/74– estableció la creación de las denominadas sociedades plataforma de inversión o plataforma de negocios que permite a los inversionistas extranjeros establecer una sociedad para administrar inversiones en terceros países sin tener que soportar en Chile los impuestos a la renta que originen dichas inversiones y su conformación debe tener por objeto exclusivo la realización de inversiones en el país y en el exterior. En consecuencia, las sociedades plataforma quedan alcanzadas por el impuesto sobre la Renta respecto de sus ganancias de fuente local, mientras que las de fuente extranjera no están gravadas, es decir que sólo quedan gravados los dividendos percibidos por inversiones realizadas en sociedades anónimas constituidas en Chile o la ganancia de capital representada por el mayor valor obtenido en la venta de acciones de tales sociedades.

Así lo expuesto, con fecha 30/12/2003 se constituyó en los términos del art. 41 D de la ley del impuesto a la renta de Chile, introducida por la ley 19.840, la sociedad plataforma denominada Molinos de Chile Holding. Por su parte, Molinos Río de La Plata S.A., sociedad radicada en Argentina, ejercía el control de la sociedad plataforma con el 99,99% de participación accionaria, perteneciendo el 0,01% restante a Bodegas Nieto Senetiner S.A.

35 Vega Borrego, Félix A. *"El concepto de Beneficiario Efectivo en los convenios para evitar la doble imposición"*, Instituto de Estudios Fiscales, Doc. Nº 8/05, p. 9.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 195

Posteriormente, en abril de 2004 la sociedad Holding recibió en calidad de aporte de capital efectuado por Molinos Río de La Plata S.A. la totalidad de las acciones de las sociedades Alimentos del Plata S.A. y Molinos Overseas S.A. –sociedades domiciliadas y constituidas bajo las leyes de la República Oriental del Uruguay–. En noviembre de 2004 Molinos Río de La Plata Holding S.A. resolvió aumentar su capital social el que fue integrado por Molinos Río de La Plata S.A. en efectivo y mediante transferencia de las acciones de Molinos de Perú S.A. –sociedad con domicilio en la República del Perú– y Molinos de Uruguay S.A. –con domicilio en Uruguay–.

Como consecuencia de los hechos reseñados, el esquema accionario de Molinos Río de La Plata S.A. se vio modificado con la conformación de una sociedad holding en Chile y la cesión a la misma de tales participaciones accionarias, lo que dio como resultado que Molinos Río de La Plata S.A. no tributase el impuesto a la renta por los montos percibidos en concepto de dividendos provenientes de las sociedades del exterior en Uruguay y Perú por conducto del art. 11 del CDI suscripto entre Argentina y Chile, en concomitancia con el régimen de la ley 19.840.

En este contexto, el Fisco Nacional entendió que el Holding chileno fue constituido por Molinos Río de La Plata S.A. sólo por el interés fiscal, revistiendo los caracteres de una sociedad conducto cuya finalidad era canalizar la renta proveniente de Uruguay y Perú, Estados fuente que no contaban con CDI suscriptos con la República Argentina.

En consecuencia, la litis quedó trabada de manera tal de dirimirse a favor de Molinos Río de La Plata S.A., por haber hecho ejercicio de economía de opción o confirmando la tesitura fiscal que sostenía haberse configurado un supuesto de abuso de tratado.

En este orden de ideas, corresponde adelantar que en el fallo en comentario se resuelve confirmar la postura del Fisco Nacional. No obstante ello, los dos firmantes llegan a dicha conclusión siguiendo un razonamiento propio, el que cada uno expone en su Voto y que se comenta a continuación:

– **Voto de la Dra. Gómez**: Luego de analizar las disposiciones contenidas en la ley 23.228 y la reforma a ley del impuesto a la renta chileno introducida por ley 19.840 que crea el régimen de las sociedades plataforma en Chile, la Vocal entendió que si bien el principio general en materia de interpretación de los Tratados es que estos se reputan de Buena Fe, para que dicha cláusula aplique "deben existir motivos razonables para llevar a cabo el hecho económico para lo cual tal sociedad debiera tener actividad empresarial y, no que su único propósito sea el disfrute de los beneficios del Convenio que se trate".

  En tal sentido, consideró que con la incorporación en la ley del impuesto sobre la renta de Chile de las denominadas empresas plataforma de inversiones, dicho país modificó de forma unilateral las cláusulas contenidas en el CDI, y si bien Argentina había efectuado las consultas pertinentes para resolver la dificultad que se presentaba a partir de dicha modificación legal, se pronunció por la inadmisibilidad de que el ente fiscal deba permitir que los contribuyentes dejen de ingresar el impuesto a las ganancias argentino hasta tanto no se resolviera dicha cuestión; máxime cuando la propia ley de procedimiento tributario le otorga al organismo fiscal las herramientas necesarias para evitar que ello ocurra, a través de su artículo 2º.

  Seguidamente, procedió a realizar una serie de consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo al que hacen referencia los artículos 10, 11 y 12 del MC OCDE y sus Comentarios, asimismo citando a reconocida doctrina local en cuanto a que "**una sociedad conducto puede normalmente no ser considerada como la Beneficiaria Efectiva si, aunque sea el titular formal de ciertos activos, posee poderes muy limitados que lo convierten en un mero fiduciario o un administrador actuando por cuenta de las partes interesadas**", que "**no sólo se debe tener en cuenta cuál es el titular formal del rendimiento, sino también examinar cuál es la persona que desde el punto de vista económico dispone efectivamente de tal rendimiento**"y que "**resultaría inconsistente que el Estado fuente eximiera al residente del otro Estado que actúa como 'conducto' o 'vehículo' de un tercer Estado que es el que recibe efectivamente el beneficio del ingreso respectivo, por ello, se concluye que una compañía 'conducto' o 'vehículo' no puede considerarse como Beneficiario Efectivo**".

  Por las consideraciones expuestas, concluyó que mediante la utilización de la sociedad plataforma chilena como proveedora de bienes y servicios, la compañía argentina anuló la carga fiscal, por cuanto las sociedades peruana y uruguaya no tributaban por rentas extranjeras, apartándose así del objeto y el fin que se buscó con el Convenio en examen. Asimismo, la Vocal reparó en la **inexistencia de un vínculo económico** real entre el Holding Chileno y las sociedades radicadas en Perú y Uruguay, y que **la renta girada** por éstas últimas a la sociedad chilena **no permanece en ella sino que de manera inmediata es girada** a la firma Molinos Río de la Plata S.A, a lo que agregó la **inexistencia de actividades económicas y una estructura operacional** por parte de la sociedad Holding.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 196

Por todo lo reseñado, confirmó la postura fiscal en el entendimiento de que nos encontramos en un supuesto de "*Treaty shopping*" o abuso de tratado.

– **Voto del Dr. Magallón:** Por su parte, el Vocal optó por fundar silogísticamente su Voto, sin perjuicio de arribar a la misma conclusión que la Vocal preopinante.

En primera instancia, luego de reconocer que el caso no se trataba de un negocio fiduciario, advirtió que las partes que aparecían en él sí se comportaban de modo similar a los actores de dicho instituto, motivo por el cual entendió que la asistencia de la figura del fideicomiso podía llevar a aclarar ciertos detalles de las operaciones cuestionadas.

Seguidamente, el Vocal explicó quiénes eran las partes intervinientes en el fideicomiso o "*trust*" conforme al "*trust law*" del derecho anglosajón. Señaló que un "*trust*" es una relación fiduciaria en la cual una persona es la tenedora del título de propiedad sujeto a una obligación de equidad de preservar o usar la propiedad en beneficio de otro: **el *"equitable owner"* es en general el beneficiario de un *"trust"*, en cambio el *"beneficial owner"* sería un término más amplio que incluiría al anterior**. Puntualizó que, a partir del concepto de *"beneficial owner"* –quien disfruta de los beneficios de un bien del cual otro es quien posee el título legal–, se acuñó el concepto de Beneficiario Efectivo en el lenguaje tributario internacional, empero indica que **tal concepto incluye la noción de "intermediario", como ser un agente o fiduciario, a diferencia del beneficiario anglosajón**. Dicho intermediario **implica la representación indirecta, es decir, a quien actúa en nombre propio pero por cuenta y orden del Beneficiario Efectivo**. Finalizó su razonamiento, citando a calificada doctrina en el sentido de que si el intermediario, a pesar de poseer el título formal para recibir los dividendos, tiene en la práctica **muy limitados poderes que lo convierten en un mero fiduciario o administrador**, en principio ello funcionaría como **indicio de que actúa como una compañía "conducto**", debiéndose analizar las circunstancias de cada caso en particular.

Analizadas tales circunstancias, el Vocal consideró la actuación de la empresa Molinos Río de la Plata S.A. como la de un fiduciante respecto de sus clientes y respecto de las sociedades uruguayas y la sociedad peruana, dado que en definitiva la tenencia accionaria de estas sociedades estaba en cabeza de la sociedad argentina, quien –a su criterio– sin mayor justificación más que una supuesta estrategia de posicionamiento comercial, transfirió a la sociedad plataforma chilena los activos correspondientes a sus controladas. Asimismo, entendió que **Molinos Río de la Plata no sólo revestía la calidad de "fiduciante" sino también la de "beneficiario" del "fideicomiso ilustrativo**", ello por cuanto las sociedades uruguayas y peruana tenían la responsabilidad de repartir los dividendos a la sociedad argentina –indirectamente– a través de la sociedad plataforma chilena a quien aquella le había transferido sendos paquetes accionarios.

El Dr. Magallón continuó su razonamiento advirtiendo que el **Holding chileno generaba la contradicción de aunar en una misma persona las calidades de "fiduciario" y "beneficiario"**, dado que su forma de operar se asemejaba más a una "administración" de esos dividendos. En tal sentido, el suscripto puntualizó que una vez que el intermediario (Holding) recibía los dividendos, este se encargaba de transferir los mismos hacia la **controlante (Molinos Río de la Plata S.A.), a quien asimiló al "fiduciante beneficiario", y en consecuencia, la consideró "Beneficiario Efectivo" de tales dividendos**.

Luego de pautar lo que consideró ser el concepto de Beneficiario Efectivo, el Vocal admitió que nuestra legislación carece de una definición normativa del término, como tampoco lo hacía el CDI firmado entre Argentina y Chile. Sin embargo, compartió con la doctrina jurisprudencial internacional que, para evitar el abuso de los tratados, el requerimiento del Beneficiario Efectivo funciona como una condición implícita de los CDI que no requiere para su operatividad de estipulación expresa alguna. Lo expuesto, motivado en que debe darse preeminencia a la sustancia del negocio por sobre la forma.

Considerando que no existe una interpretación unívoca del significado del concepto de Beneficiario Efectivo en una perspectiva jurisprudencial, el Vocal –entre otros precedentes– trajo a colación la sentencia de la Audiencia Nacional de España del 18/07/2006, Recurso 1110/2003, en la cual se consideró un ejemplo de *"conduit companies"* que entendió semejante al presente caso, y **valiéndose de su legislación interna que le permitía la ilustración con un negocio fiduciario**, el Tribunal español indicó que **"la figura del Beneficiario Efectivo sólo se producirá cuando las rentas pagadas a un no residente lo sean a quien aparece como titular jurídico formal (fiduciario) pero no a quien es el titular real (fiduciante)"**.

En definitiva, el Dr. Magallón concluyó que toda vez que Molinos Río de la Plata S.A. constituía el Beneficiario Efectivo de la distribución "indirecta" de dividendos, que se trasladaba innecesariamente a la sociedad Holding intermediaria con la exclusiva finalidad de –a su entender– servirse del criterio de sujeción pacta-

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 197

do entre la Argentina y Chile en el Convenio (el cual confería la potestad tributaria a favor del Estado Contratante bajo cuya legislación la empresa que distribuye los dividendos se hubiese constituido o haya obtenido el reconocimiento de su personalidad, según el caso), funcionando esta última como "conducto", para así sustraerse completamente del gravamen a las ganancias en cualquiera de los países contratantes, debido al régimen interno de uno de ellos –modificado con posterioridad a la suscripción del CDI– y merced al abuso del Convenio firmado, correspondía confirmar el criterio sustentado por el Fisco Nacional en la resolución apelada.

VIII. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo, intenté –como cuestión previa– transmitir la preocupación unánime de la doctrina en cuanto a la necesidad de definir, delimitar o contener el concepto de Beneficiario Efectivo, cualquiera sea la posición en la que uno se enrole; ora postulando la remisión a la legislación doméstica de los Estados Contratantes, ora adhiriendo a la tesitura que propugna una interpretación en el contexto de los Tratados.

Seguidamente, expuse una serie de precedentes jurisprudenciales en el ámbito del Derecho Internacional, que han servido el propósito de delinear al concepto de Beneficiario Efectivo en un contexto de constante tensión entre el ejercicio de la economía de opción, el denominado *"Treaty shopping"* o abuso de tratados y la ausencia de una definición normativa del término en las legislaciones fiscales locales.

Luego de analizar la incorporación de un memorando al nuevo CDI firmado por nuestro país con el Reino de España, el cual exige la aplicación del *test* del Beneficiario Efectivo a efectos de aplicar los beneficios del Convenio, me detuve en el actual panorama local.

En este sentido, no pude dejar de mencionar la reciente jurisprudencia emanada del Tribunal Fiscal de la Nación en autos "Molinos Río de La Plata S.A." (Sala "B", sentencia del 14/08/2013) donde, por primera vez en el ámbito doméstico, se conceptualiza al término Beneficiario Efectivo en el marco del CDI suscripto entre Argentina y Chile (L. 23.228), hoy denunciado, basado en el Modelo de Convenio del Pacto Andino. En efecto, en este novedoso precedente, el **Dr. Magallón**, por su Voto, analizó la figura del Beneficiario Efectivo a la luz del "*trust law"* del derecho anglosajón.

En virtud de todo lo expuesto, teniendo en consideración la necesidad imperante de delimitar el alcance del concepto de Beneficiario Efectivo, medida antiabuso que –a la luz de la reciente jurisprudencia comentada– resulta asimismo aplicable a otros Modelos de Convenio distintos de los diseñados por la OCDE y la ONU, como lo es el MC CAN, debe concluirse en la bondad de proporcionar una definición en la legislación doméstica del impuesto a las ganancias que establezca el alcance del término. Ello, a fines de proveer un marco de mayor seguridad jurídica en las cada vez más complejas relaciones económicas transnacionales, como así también contribuir a combatir el fraude, la elusión fiscal y el abuso de tratados.

Es por estas razones que propugno la incorporación en la ley 20.628 del concepto de Beneficiario Efectivo en un sentido amplio, de manera tal que contenga una serie de indicios que de ningún modo resulten taxativos, a fin de aplicar una técnica legislativa adecuada, que provea de mayor flexibilidad al momento de analizar los hechos en cada caso en particular. Dichos indicios, necesariamente deberán incluir la concurrencia de los siguientes factores, a saber:

- Obtención de un beneficio económico real por sobre el formal.
- Uso y goce de los ingresos obtenidos.
- Control sobre los beneficios obtenidos.
- Asunción de los riesgos que implica la obtención del beneficio.
- Libre disponibilidad sobre los ingresos, sea legal, económica o de hecho.

A modo de corolario, resta agregar que resultaría prudente dejar sentado en el precepto la expresa exclusión del concepto de las denominadas sociedades conducto, en este sentido, alineándonos con el modelo chino.

181-T2-Ferraro_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:17 Página 198

IX. BIBLIOGRAFÍA

Anaya, Edgar M.

– "Treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo". Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19.

Baker, P.

– "Beneficial Ownership: After Indofood", GITC Review, Vol. VI, N° 1, Febrero 2007.
– "Double taxation conventions", Sweet & Maxwell, London, 2007, 10B, 15.

Calzetta, Daniel A.

– "El nuevo convenio con el Reino de España para evitar la doble imposición", Doctrina Tributaria ERREPAR, N° XXXIV, Mayo 2013.

Ceballos Morales, Aída

– "El concepto de Beneficiario Efectivo y su jurisprudencia", Trabajo presentado al XL Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2009, publicado en Cuadernos de Formación de la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales, Colaboración 10/10, Vol. 10, año 2010.

Cordón Ezquerro, Teodoro

– "El Beneficiario Efectivo como medida antiabuso en los CDI", Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19.

Du Toit, Charles

– "Beneficial owner of royalties on bilateral tax treaties", IBFD, Amsterdam.

Edelstein, Andrés

– "Recientes pronunciamientos sobre el concepto de Beneficiario Efectivo", Consultor Tributario ERREPAR, Julio 2008.

Ellife, C.

– "The interpretation and meaning of Beneficial Ownership in New Zealand", 2009, British Tax Review, pp. 276-305.

Engelen, F.

– "Interpretation of Tax Treaties under International Law", IBFD, Amsterdam, 2004.

Fraschini, Juan Ignacio y Baliño, Claudia

– "La planificación fiscal vs. El abuso de tratados. El Treaty Shopping y el concepto de Beneficiario Efectivo". Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 19.

"OECD – MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL", Paris. El modelo de CDI de OCDE fue publicado como *draft* en 1963 y su versión final fue en 1977. Ha sido actualizado en 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010.

Rajmilovich, Darío

– "Convenios para evitar la Doble Imposición", Ed. Errepar, Bs. As., 2011.

Vega Borrego, Félix A.

– "Las medidas contra el treaty shopping", Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2003.
– "El concepto de Beneficiario Efectivo en los convenios para evitar la doble imposición", Instituto de Estudios Fiscales, Doc. Nº 8/05.

Vogel, K.

– "On double taxation conventions", Kluwer International, Third Edition, 1997.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 199

CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LOS CDI DE ARGENTINA, BRASIL, MÉXICO Y PANAMÁ

CARLOS A. C. FORCADA

El propósito del presente trabajo consiste en verificar si las siguientes técnicas antiabuso se verifican en los Convenios para Evitar la Doble Imposición (CDI) de Argentina, Brasil, México y Panamá:

- explicitación en el preámbulo del propósito de prevenir la evasión y la elusión fiscal
- *look-trough approach*
- *subject-to tax approach*
- *channel approach*
- *exclusion approach*
- *main purpose test*
- empleo del término "beneficiario efectivo"
- mención a no contradicción del CDI con reglas domésticas de capitalización exigua y/o de sociedades extranjeras controladas (CFC)
- adopción de cláusulas *"bona fide"* para evitar dejar fuera del CDI a actividades comerciales legítimas
- prevención de la utilización abusiva de beneficios en casos triangulares con un Establecimiento Permanente (EP)
- prevención del abuso de la condición de residencia
- limitación de beneficios (LOB)
- Cláusula General Antiabuso (GAAR) y/o reserva de aplicar legislación interna antiabuso
- prevención del uso abusivo de acuerdos *"back to back"*
- prevención de la doble no imposición
- otras limitaciones de beneficios, tales como la prevención de la conversión de royalties contingente en ganancias de capital como política de México; prevención del desdoblamiento del tiempo para un EP de montaje o servicios en el caso de empresas asociadas como política de Panamá.

No es el objeto de este trabajo verificar todas las técnicas antiabuso que adoptan las redes de Convenios de estos países sino tan solo las que han sido descriptas[1]. Tampoco forma parte del análisis evaluar las razones que guían a un país adoptar una determinada práctica antiabuso[2].

---

1 A modo de ejemplo, se ha dejado fuera del análisis la técnica denominada "*remittance base taxation*" que busca limitar los beneficios en casos en que la imposición bajo la ley doméstica de uno de los Estados parte esté concebida con base única a los importes remesados al otro estado parte ("*remittance basis*"). El Parágrafo 26.1 de los Comentarios al MC. OCDE (2010), al respecto dice: *"Where under any provision of this convention income arising in a Contracting State is relieved in whole or in part from tax in that State and under the law in force in the other Contracting State a person, in respect of the said income, is subject to tax by reference to the amount thereof which is remitted to or received in that other State and not by reference to the full amount thereof, the any relief provided by the provisions of this Convention shall apply only to so mucho of the income as is taxed in the other Contracting State".* Ejemplos de la utilización de esta técnica son los CDI suscriptos por Holanda con Irlanda (1969), art. 2.3, Reino Unido (2008), art. 22. 1 e Israel (1973), art. 6. Otros países que incluyen esta cláusula en sus CDI suelen ser Irlanda, Chipre, Reino Unido, Malta y Singapur. Para mayor detalle de su aplicación por el Reino Unido ver el reporte nacional del Reino Unido, preparado por MORTON, Paul y SYKES, Paul, en el Congreso de la International Fiscal Asociation, celebrado en Roma (2010), *"Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions"*, p. 824, Vol. 95ª de Cahiers de droit fiscal international, Sdu Netherlands. Otra técnica no incluida en el análisis, es la denominada *"switch over"* seguida por Alemania desde 1991 como política en todos sus CDI para combatir casos de doble no imposición. En estos casos el método de exención se convierte en *tax credit* con la obligación de notificar al otro Estado Parte. Esta cláusula aplica ante diferencias de interpretación (*qualification mismatches*).

2 El análisis de esta cuestión conduce a variados y complejos factores, tales como la jerarquía normativa que ocupan los CDI en el sistema jurídico de un Estado, si el abuso es percibido como una violación directa al CDI o en cambio primeramente a la legislación fiscal doméstica, si la política del Estado descansa en consideraciones objetivas para combatir la elusión fiscal (ej: cláusulas LOB) o en consideraciones subjetivas de carácter general (ej.: *"abus de droit"* en Francia), entre muchos otros factores. La problemática fue abordada en el Congreso de la IFA 2010 mencionado en la nota anterior.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 200

Estas técnicas han sido seleccionadas de los siguientes documentos:

- Comentarios MC OCDE (2010)
- Comentarios MC UN (2011)
- MC USA (2006)
- Reporte del Comité de Expertos de las UN titulado *"Improper Use of Tax Conventions"* (2008)[3]
- Reportes del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, titulados *" Double taxation conventions and the use of base companies"* y *"Double taxation and the use of conduit companies"*[4] (1986)
- Relatoría general y reportes nacionales del Congreso de la IFA, *"Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions"* (2010)[5]

En la última parte del trabajo se proporcionan algunas conclusiones.

I. PRELIMINAR: LAS RAZONES DE LOS PAÍSES SELECCIONADOS PARA LA MUESTRA

Argentina y Brasil son dos países que siguen el MC OCDE (en su mayoría la versión 1977), con modificaciones que provienen del MC NU. México por su parte es un país que pertenece a la OCDE y cuenta con una importante red de CDI (cerca de sesenta convenios), mientras que Panamá es un país que sigue un principio estricto de imposición territorial (regla de la fuente), cuenta con regímenes de tributación favorecida para diversas actividades, entre ellas, *off-shore* y está inmerso en un proceso de cambio en su posicionamiento respecto a la cooperación fiscal internacional. Debido a este último factor en los últimos diez años ha suscripto la mayoría de sus CDI que, como tales son convenios jóvenes *que incorporan varias de las técnicas antiabuso desarrolladas en la última década*.

El análisis involucra cerca de 100 Convenios.

II. ANÁLISIS DE LAS TÉCNICAS ANTIABUSO SELECCIONADAS

Explicitación en el preámbulo del propósito del CDI de prevenir la evasión fiscal

Desde el año 2003, los Comentarios al MC OCDE mencionan como propósito adicional de los CDI el prevenir la evasión y la elusión fiscal[6] y dejan librado a los Estados Contratantes la posibilidad de incluir en el preámbulo de los CDI en forma explícita el citado propósito.

La mayoría de los Convenios examinados en este trabajo –incluso anteriores al año 2003– incorporan en el preámbulo el propósito de combatir la evasión fiscal.

Los siguientes CDI carecen de referencia alguna a este propósito:

- México: Emiratos Árabes (2013); Alemania (1993), Suiza (1993 s/enmienda 2009)
- Brasil: Japón (1967); Bélgica (1972); Alemania (1975); Austria (1975) y Luxemburgo (1978)
- Argentina: Alemania (1978); Bolivia (1978); Finlandia (1994); Rusia (2001) y Suiza (1997)

Debe señalarse que muy pocos convenios incorporan a la prevención de la *elusión fiscal* como propósito explícito del CDI.

Look through approach

Esta técnica está mencionada en el Parágrafo 13 de los Comentarios al Art. 1 del MC OCDE, 2010, en cuanto dispone:

3 Este reporte fue elaborado en la cuarta sesión celebrada los días 20-24 de octubre de 2008 en Genova. Está identificado como E/C.18/2008/CRP.2 y disponible en http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/EC18_2008_CRP2.pdf.

4 Reportes del 27/11/1986, disponibles en las secciones R5 y R 6 del Volumen II del MC OCDE, 2010 (versión completa), según publicación del Comité de Asuntos Fiscales.

5 Op. cit. en Nota1.

6 En este sentido, el Parágrafo 7 a los comentarios al art. 1 del MC OCDE, 2010, estipula: *"The principal purpose of doble taxation conventions is to promote, by eliminating international double taxation, exchanges of goods and services and the movement of capital and persons. It is also a purpose of tax conventions to prevent tax avoidance and evasion"*. Este párrafo fue un agregado como consecuencia del reporte titulado *"The 2002 Update to the Model Tax Convention"*. A partir de esa fecha el propósito de prevenir la elusión y la evasión fue explícito.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 201

"A company that is a resident of a Contracting State shall not be entitled to relief from taxation under this Convention with respect to any item of income, gains or profits if it is owned or controlled directly or through one or more companies, wherever resident, by persons who are not residents of a Contracting State".

La cláusula suele ser apropiada para países con ninguna o muy baja imposición en donde escasa actividad sustancial de negocios normalmente será llevada a cabo. Aun en estos casos podría ser necesario contemplar una salvaguardia para la actividad de negocio ejercida de buena fe que, de otro modo, podría quedar excluida de los beneficios del CDI.

Algunos ejemplos internacionales están dados por el CDI suscripto por el Reino Unido y Qatar (2009) que contiene una cláusula requiriendo una participación sustancial en el beneficiario efectivo qatarí del 75% en sociedades a los fines que sea operativa la dispensa de retenciones en la fuente en el Reino Unido[7].

Los siguientes CDI de Panamá emplean esta técnica exigiendo una *participación sustancial* de los residentes de ambos Estados contratantes en la sociedad receptora de los dividendos (usualmente una participación de al menos el 50%): España (2010); Francia (2011); Holanda (2010) y Reino Unido (2013). En el CDI de Panamá con Israel (2012), se dispone que para el caso que una persona no física que sea accionista no se identifique, no será considerada beneficiario efectivo.

México emplea la técnica descripta, por ejemplo, en el del CDI con Kuwait (2009), requiriendo probar que al menos el 51% de la participación en los beneficios de una sociedad constituida en México es propiedad, directa o indirecta del Estado de Kuwait y/o de una institución gubernamental, y/o una persona física residente del Estado de Kuwait y dicha sociedad esté contralada por los residentes señalados. Adicionalmente, el citado CDI exige que la sociedad residente en tal país pruebe que los beneficios no serán en favor de una persona que no sea residente de Kuwait[8].

Los CDI de Brasil con Sudáfrica (1972), Israel (2002), Perú (2006), Rusia (2004) y Venezuela (2005), contemplan una cláusula del siguiente tenor exigiendo una participación de más del 50%:

"Una entidad legal residente de un Estado Contratante y que obtenga rentas de fuentes en otro Estado Contratante no tendrá derecho en ese otro Estado Contratante a los beneficios del presente Convenio si más del cincuenta por ciento de la participación efectiva en esa entidad (o, en el caso de una sociedad, ***más del cincuenta por ciento del valor agregado de las acciones con derecho al voto y de las acciones en general de la sociedad****) sea de propiedad, directa o indirectamente, de cualquier combinación de una o más personas que no sean residentes del primer Estado Contratante mencionado. Sin embargo, esta disposición no se aplicará si esa entidad desenvuelve, en el Estado Contratante del cual sea residente, una actividad empresarial de substancia que no sea la mera detención de títulos o cualesquier otros activos, o la mera prestación de actividades auxiliares, preparatorias o cualesquier otras actividades similares con respecto a otras entidades asociadas".*

Es interesante el caso del CDI entre Panamá y Corea (2010), el cual estipula que el mismo no se aplicará respecto a determinados beneficios (dividendos, intereses, regalías, ganancias capital y cláusula de otras rentas) si el residente es controlado directa o indirectamente por una o más personas que no son residentes de ese Estado Contratante y el *"propósito principal o uno de los principales propósitos"* de una persona con la creación o cesión de una acción, crédito o un derecho respecto a los cuales se pagan las rentas es tomar ventaja de esos artículos a través de esa creación o cesión.

Subject to tax approach

Esta técnica aparece mencionada en el Parágrafo 15 de los Comentarios al Art. 1° del MC OCDE, 2010:

"Where income arising in a Contracting State is received by a company resident of the other Contracting State and one or more persons not resident in that other Contracting Sate:

a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise, or

7 Reporte nacional del Reino Unido, op. cit. nota 1, p. 823.

8 Art. 22.2: "Un requisito adicional para la reducción de impuestos mexicanos, de conformidad con el párrafo 1, es que la sociedad residente del Estado de Kuwait pruebe que el propósito principal de la misma, del desarrollo de sus actividades o de la adquisición o mantenimiento de la tenencia u otra propiedad de donde proviene el ingreso en cuestión, no es obtener ninguno de estos beneficios en favor de una persona que no sea residente del Estado de Kuwait. Adicionalmente, la sociedad debe probar que más del 50% de su ingreso bruto no se utiliza, directa o indirectamente, para cubrir obligaciones (incluyendo obligaciones de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio, de conformidad con los incisos a) al d)".

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 202

b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company, any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall apply only to income that is subject to tax in the last mentioned State under the ordinary rules o its tax law.

Esta cláusula exige:

- definir qué se entiende por "interés sustancial", que puede estar asociado a un porcentaje del capital o de los derechos de voto de la empresa e,
- incorporar cláusulas de buena fe.

No ofrece adecuada protección contra estrategias más avanzadas de elusión como las *"stepping-stone strategies"* y puede ser necesario complementarla con otra técnica antiabuso.

En varios de los CDI examinados esta aproximación antiabuso figura incorporada en una cláusula especial de limitación de beneficios que opera en sentido negativo, como una exclusión de beneficios si determinadas circunstancias están acreditadas, entre las cuales, se suele incluir *el pago de un impuesto sustancialmente inferior o la no imposición*. Este es el caso del CDI de Brasil con Trinidad Tobago (no vigente aún) el cual contempla que la Convención no se aplicará cuando una sociedad residente en uno de los Estados Contratantes cuyos beneficiarios efectivos o control directo y/o indirecto es ejercido por personas no residentes en dicho Estado, *en la medida que el impuesto pagado por los beneficios de la sociedad sea sustancialmente inferior que el impuesto que hubiera tenido que pagarse en dicho Estado si el capital de la sociedad fuera detentado por beneficiarios efectivos residentes en este Estado*[9].

Los CDI de México con Canadá (2004) y República Checa (2002) contienen disposiciones similares. El CDI de México con Rusia (2004), contiene una previsión por la cual ninguna disposición del Convenio, excepto por lo que respecta al artículo de "Intercambio de Información", será aplicable a: a) los ingresos que se encuentren exentos de impuestos en un Estado Contratante del cual el beneficiario efectivo del ingreso sea residente, o a los ingresos *que se encuentren sujetos a imposición en ese Estado Contratante obtenidos por ese residente a una tasa menor que la tasa aplicable al mismo ingreso obtenidos por otros residentes de ese Estado que no se beneficien de esa exención o tasa.*

El CDI de México con Latvia (2012) estipula que *sus beneficios no son aplicables a las sociedades u otras personas que estén total o parcialmente exentas de imposición por un régimen especial* conforme a la legislación o prácticas *administrativas* de cualquiera de los Estados. Un régimen especial solamente será considerado como tal después de que las autoridades competentes de los Estados lo hayan decidido mediante *mutuo acuerdo*.

Varios CDI de Panamá excluyen los beneficios en caso que las rentas resulten exentas o no sujetas a tributación en dicho país. Este es el caso de España (2010) respecto a los ingresos por dividendos, intereses, regalías y ganancias de capital. En forma interesante, este CDI excluye, adicionalmente, a los restantes beneficios respecto a las entidades residentes en un Estado Contratante cuando las rentas obtenidas estén exentas en ese Estado como consecuencia de que los servicios prestados *surten efectos en el exterior*, salvo que estén relacionados con actividades de almacenaje o manufactura cuando se desarrollen en ese Estado Contratante.

El CDI con Francia (2011), establece que los beneficios pueden denegarse sobre un ingreso cuando: el perceptor no es el beneficiario efectivo de dicho ingreso y la operación le permite al beneficiario soportar una carga impositiva más baja sobre dicho ingreso que la que él habría soportado si hubiera percibido directamente ese ingreso, mientras que el CDI con Israel (2012) en su protocolo estipula que una sociedad o fondo de inversión situado en un Estado Contratante que reciben dividendos o intereses proveniente del otro Estado Contratante, pueden solicitar las reducciones o exenciones fiscales previstas en el Convenio en la proporción del ingreso que corresponda a los derechos de la sociedad o fondo en poder de residentes del Estado mencionado en primer lugar *y que está sujeto a impuestos en cabeza de esos residentes*.

9 Art. 28: "LIMITATION ON BENEFITS. *This Convention shall not apply to any company, trust or partnership that is a resident of a Contracting State and is beneficially owned or controlled directly or indirectly by one or more persons who are not residents of that State, if the amount of the tax imposed on the income of the company, trust or partnership by that State is substantially lower than the amount that would be imposed by that State if all of the shares of the capital stock of the company or all of the interests in the trust or partnership, as the case may be, were beneficially owned by one or more individuals who were residents of that State".*

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 203

Channel Approach

Esta técnica aparece en el Parágrafo 17 de los Comentarios al art. 1 MC OCDE (2010):

"Where income arising in a Contracting State is received by a company that is a resident of the other Contracting State and one or more persons who are not residents of that other Contracting State:

a) have directly or indirectly or through one or more companies, wherever resident, a substantial interest in such company, in the form of a participation or otherwise, or

b) exercise directly or indirectly, alone or together, the management or control of such company any provision of this Convention conferring an exemption from, or a reduction of, tax shall not apply if more than 50 per cent of such income is used to satisfy claims by such persons (including interest, royalties, development, advertising, initial and travel expenses, and depreciation of any kind of business assets including those on immaterial goods and processes)".

Los CDI de Panamá con Israel (2012) e italia (2010), siguen la filosofía de esta técnica antiabuso al estipular que sus disposiciones *no afectarán la aplicación de las normas internas concernientes a la reducción de gastos y cualquier otra deducción*, si el propósito principal o uno de los propósitos principales de la constitución de una empresa o transacción es obtener los beneficios del Convenio que en caso contrario no estarían a su disposición.

Es frecuente encontrar esta Cláusula Antiabuso Específica (SAAR) en el marco de técnicas antiabuso más abarcadoras y complejas (limitación de beneficios). En este sentido, los CDI de Panamá con México (2010) y Ucrania (2012) establecen que las personas no tendrán derecho a los beneficios del Convenio *si más del 50% del ingreso bruto de las personas en el ejercicio fiscal es pagado directa o indirectamente a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados Contratantes mediante pagos que sean deducibles* para efectos de determinar el impuesto comprendido en el Convenio en el Estado de residencia de la persona. El CDI con Holanda (2010) contiene una previsión que cumple similar propósito.

El CDI de México con Hong Kong (2012), contiene una norma de características análogas pero con una redacción bastante más compleja, estableciendo que las disposiciones del Acuerdo no se aplicarán con respecto de cualquier dividendo, interés o regalía pagado en el curso de una transacción o serie de transacciones que sea estructurada de tal forma que un residente de una Parte Contratante con derecho a los beneficios del Acuerdo reciba un elemento de renta procedente de la otra Parte Contratante *pero el residente pague directa o indirectamente al menos 50 por ciento de ese ingreso (en cualquier momento o de cualquier forma) a otra persona que no sea un residente de cualquier Parte Contratante* y quien, si recibió ese elemento de ingreso directamente de la otra Parte Contratante, de conformidad con un acuerdo para evitar la doble tributación entre la Parte en la que la otra persona sea residente y la Parte Contratante de la que proceda el ingreso, o de otra forma, no tendría el derecho a los beneficios con respecto a ese elemento de renta que sean equivalentes a, o más favorables que aquellos disponibles de conformidad con el Acuerdo para un residente de una Parte Contratante y el propósito principal de dicha estructura sea obtener beneficios de conformidad con el Acuerdo.

Por su parte, el CDI de México con Kuwait (2009) invierte la carga de la prueba exigiendo que la sociedad que invoca los beneficios pruebe que no se utiliza más del 50% de su ingreso bruto directa o indirectamente para cubrir obligaciones (incluyendo obligaciones de intereses y regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del Convenio.

Exclusion approach

Esta técnica es mencionada en el Parágrafo 21 de los Comentarios al Art. 1° del MC OCDE (2010) y tiene dos variantes, a saber:

Variante 1:

"No provision of the Convention conferring an exemption from, or reduction of, tax shall apply to income received or paid by a company as defined under section…of the…Act, or under any similar provision enacted by…after the signature of the Convention" y,

Variante 2:

"1. The benefits of this Convention shall not apply to income which may in accordance with the other provisions of the Convention, be taxed in a Contracting State and which is derived from activities the performance

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 204

of which do not require substantial presence in that State, including: Such activities involving banking, shipping, financing, insurance or electronic commerce activities'; or

a) Activities involving headquarter or coordination centre or similar arrangements providing company or group administration, financing or other support; or

b) Activities which give rise to passive income, such as dividends, interest and royalties

Where, under the laws or administrative practices of that State, such income is preferentially taxed and, in relation thereto, information is accorded confidential treatment that prevents the effective exchange of information

2. for the purposes of paragraph 1, income is preferentially taxed in a Contracting state if, other than by reason of the preceding articles of this Agreement, an item of income:

a) is exempt from tax; or

b) is taxable in the hands of a taxpayer but is subject to a rate of tax that is lower than the rate applicable to an equivalent item that is taxable in the hands of similar taxpayers who are residents of that State; or

c) benefits from a credit, rebate or other concession or benefit that is provided directly or indirectly in relation to that item of income, other than a credit for foreign tax paid.

Respecto a la Variante 1:

El protocolo del CDI de Brasil con Portugal (s/enmienda 2001) aplica esta técnica antiabuso con referencia *a las Zonas Francas de la Isla de la Madera, de la Isla de Santa María y de Manaus, a SUDAM y a SEDENE*[10]. El CDI de México con Luxemburgo (s/enmienda 2009), también lo hace respecto a las sociedades incluidas en la ley del 31 de julio de 1929 y el decreto del 17 de diciembre de 1938[11]. Por su parte el CDI de México con Holanda (s/enmienda 2008) excluye en forma genérica a la renta exenta beneficiada por un régimen especial de cualesquiera de los Estados Partes[12].

Varios de los Convenios suscriptos por Panamá siguen la variante 2, entre los que puede citarse como ejemplo, el CDI con España (2010), que estipula que los artículos de dividendos, intereses, regalías y ganancias de capital no serán aplicables cuando una entidad residente en Panamá que pague dividendos, intereses, cánones o ganancias de capital a un residente en España y que ha obtenido su renta de España o de un territorio que no haya concluido un convenio para evitar la doble imposición con España y dicha renta ha resultado exenta o no sujeta a tributación en Panamá. Adicionalmente, este Acuerdo excluye los demás beneficios respecto a entidades residentes en un Estado Contratante cuando las rentas obtenidas estén exentas en ese Estado como consecuencia de que los servicios prestados surten sus efectos en el exterior.

Otro ejemplo es el CDI de Panamá con Holanda (2010) que contempla la posibilidad que las autoridades competentes decidan en acuerdo amistoso en qué medida un residente de uno de los Estados Contratantes que está sujeto a un régimen especial no tendrá derecho a los beneficios del Convenio.

---

10 Prot. Ítem 9: "*Queda entendido que no se atribuirán los beneficios de este Convenio a cualquier persona que tenga derecho a beneficios fiscales relativos al impuesto sobre el rendimiento de acuerdo con las disposiciones de la legislación y de otras medidas relacionadas con las Zonas Francas de la Isla de la Madera, de la Isla de Santa María, de Manaus, la SUDAM y la SUDENE o a beneficios análogos a aquellos concedidos, disponibles o convertidos en disponibles según cualquier legislación u otra medida adoptada por cualquier Estado Contratante. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se notificarán sobre cualquier legislación o medida similar y se consultarán sobre la similitud, o no, de dichos beneficios".*

11 Art. 29: "Exclusión de ciertas sociedades. El Convenio no se aplicará a las sociedades controladoras que se encuentren dentro del ámbito de las leyes especiales de Luxemburgo (la ley (loi) del 31 de Julio de 1929 y el Decreto (arrête grand-ducal) del 17 de Diciembre de 1938) o por cualquier otra disposición similar promulgada en Luxemburgo después de la firma del Convenio, o a otras compañías que gocen de un régimen fiscal especial similar en virtud de las leyes de Luxemburgo, tales como los fondos de inversión de acuerdo con la ley en vigor al momento de la firma del presente Convenio. Tampoco se aplicará al ingreso obtenido por un residente de México de dichas sociedades ni a las acciones u otros derechos en el capital de dichas sociedades detentados por esa persona".

12 Prot. I: "Los beneficios del Convenio no son aplicables a las sociedades o a otras personas que estén total o parcialmente exentas de impuestos por un régimen especial conforme a la legislación o prácticas administrativas de cualquiera de los Estados. Un régimen especial como se menciona en el primer enunciado de esta disposición, únicamente será considerado como tal, después de que las autoridades competentes de los Estados hayan decidido mediante el acuerdo mutuo, que este es el caso".

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 205

III. DENEGACIÓN DE BENEFICIOS RESPECTO A REGÍMENES PREFERENCIALES INTRODUCIDOS LUEGO DE LA FIRMA DE UN CDI

Esta técnica es mencionada en el Parágrafo 21.5 de los Comentarios al Art. 1° del MC OCDE (2010):

"The benefits of Article 6 to 22 of this Convention shall not be accrue to persons entitled to any special tax benefit under:

a) A law of either one of the States which has been identified in an exchange of notes between the States; or

b) Any substantially similar law subsequently enacted

Como ejemplo del uso de esta técnica puede mencionarse el CDI suscripto por Brasil con Venezuela (2005) que excluye beneficios de ingresos *off-shore* que se benefician de regímenes fiscales preferenciales introducidos después de la firma del CDI[13]. Los CDI suscriptos por tal país con Chile (2001), Perú (2006), Rusia (2004), Trinidad Tobago (2008) contienen similar cláusula.

Main purpose test

La mención a esta técnica antiabuso aparece en el Parágrafo 21.4 del los Comentarios al Art. 1° del MC OCDE, 2010, en los siguientes términos:

"The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the [Article 10:"shares or other rights"; Article 11: "debt-claim"; Articles 12 and 21: "rights"] in respect of which the [Article 10:"dividend"; Article 11: "interest"; Article 12 "royalties" and Article 21: "income"]is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment".

Esta cláusula tiene el efecto de denegar los beneficios del CDI respecto a determinadas categorías de rentas cuando las operaciones han sido efectuadas con el principal propósito de obtener tales beneficios.

En algunos CDI la cláusula puede aparecer focalizada en algún tipo especial de renta (ej: dividendos). En este sentido, el Parágrafo 17 de los Comentarios al Art. 10 del MC OCDE, 2010, para contrarrestar el abuso en la tenencia calificada del 25% del capital, utiliza esta técnica para denegar el beneficio *cuando el propósito primario de la tenencia es sacar ventaja de este beneficio*.

Un número significativo de los CDI de Panamá y México incorporan esta técnica antiabuso. En el caso de Brasil, los CDI con Sudáfrica (1972), Chile (2001), Perú (2006), Trinidad Tobago (2008) y Venezuela (2005), mientras que los CDI de Argentina con Reino Unido (1996) y Suecia (1997) la incorporan.

IV. EMPLEO DEL TÉRMINO "BENEFICIARIO EFECTIVO"

Excepto los siguientes los CDI de Argentina con Alemania (1978), Brasil (1980) y Bolivia (1978) y los CDI de Brasil con Argentina (1980), Austria (1975), Bélgica (1972), Japón (1967), España (1974) y Suecia (1975) incorporan el término "beneficiario efectivo" en materia de dividendos, intereses, regalías y/o respecto a la cláusula de otras rentas

V. EXPRESA MENCIÓN A LA NO CONTRADICCIÓN DEL CDI CON REGLAS DOMÉSTICAS DE CAPITALIZACIÓN EXIGUA Y/O CFC

Los CDI de Brasil con México (2003), Perú, Rusia y Venezuela contemplan en la cláusula de no discriminación que no existe conflicto con la aplicación de las reglas domésticas de capitalización exigua y CFC. Los CDI de Brasil con Chile (1998), Israel (2002) y Portugal (2001) contienen similar previsión pero solo para capitaliza-

13 Art. 28: "Disposiciones Generales. 1 Si, después de la firma del presente Convenio, un Estado Contratante adopta una legislación según la cual las rentas del exterior obtenidas por una sociedad: a) de la actividad de navegación; b) de la actividad bancaria, financiera, aseguradora, de inversión, o de actividades similares; o c) en razón de ser la sede, el centro de coordinación o una entidad similar que preste servicios administrativos u otro tipo de apoyo a un grupo de sociedades que ejerza actividad empresarial principalmente en otros Estados, no sean sometidos a imposición en ese Estado o sean sometidos a imposición a una alícuota significativamente inferior a la alícuota aplicada a las rentas obtenidas de actividades similares en el propio territorio, el otro Estado Contratante **no estará obligado a aplicar cualquier limitación impuesta por el presente Convenio sobre su derecho de someter a imposición las rentas obtenidas por la sociedad de esas actividades en el exterior o sobre su derecho de tributar los dividendos pagados por la sociedad".**

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 206

ción exigua. En el caso de México los CDI con Barbados (2010), Brasil (2003), China (2005), Canadá, (2006); España (1992) y Panamá (2010) contienen reserva para aplicar no sólo reglas domésticas de capitalización exigua y CFC sino de regímenes fiscales preferenciales.

En tanto que que los CDI de Argentina con Rusia (2001), Canadá (1993); Finlandia (1994), Dinamarca (1995), Noruega (1997), Holanda (1996) y Suecia (1997) contienen reserva para aplicar legislación doméstica referida a la capitalización exigua. El CDI con España (2013) contiene reserva no sólo de las reglas domésticas de capitalización exigua sino también de CFC.

VI. SAAR PARA PREVENIR CASOS TRIANGULARES EN LA UTILIZACIÓN DE BENEFICIOS DE UN CDI

Mediante esta técnica se previene la deslocalización de ingresos (bonos, intereses o patentes) a través de un EP perteneciente a un tercer Estado ajeno a los Estados contratantes. En general como consecuencia de este esquema fiscal se goza de una exención en los tres estados: fuente, residencia y lugar del EP[14].

El reporte general del Congreso IFA 2010, celebrado en Roma[15], menciona como ejemplo en la utilización de esta técnica, al CDI celebrado por el Reino Unido con Holanda (2008), cuyo Art. VII (iii) del Protocolo dispone*: It is understood that no relief under these Articles* (se refiere al art. 11 de intereses y al art.12 de regalías), *shall be available where (i) (…) (ii) the interest or those royalties are attributable to a permanent establishment of that company located in a third state with whom the Netherland has a double taxation convention*[16].

No es frecuente en los casos analizados. Se la encuentra en el CDI Brasil-Holanda (1990) cuyo art. 11 (6), estipula: *"La limitación de alícuota establecida del impuesto prevista en el párrafo 2 no se aplica a los intereses procedentes de un Estado Contratante, pagados a establecimiento permanente de empresas del otro Estado contratante situado en tercer Estado"*[17].

VII. SAAR PARA CATEGORIZAR RENTAS COMO DIVIDENDOS

Apuntan a prevenir la doble imposición o doble no imposición respecto a determinadas categorías de ingresos en función a su categorización distinta por los Estados partes (ej.: capital/préstamo).

A modo de ejemplo cabe citar, el art. 10. 8 del CDI suscripto por México con Holanda (2010) contiene la siguiente redacción:

> *"El término 'dividendos' empleado en el presente artículo significa los rendimientos de los títulos, el 'goce' de acciones o bonos de disfrute, partes de minas, partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que participan en los beneficios,* ***así como los ingresos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones*** *por la legislación del Estado Contratante del que la sociedad que realiza la distribución sea residente".*

En forma mayoritaria los CDI analizados incluyen esta cláusula. En algunos casos aislados, como el CDI de México con Reino Unido (2009) las autoridades fiscales pueden recaracterizar intereses como dividendos cuando los pagos son efectuados a sociedades del exterior en las cuales el 50% de las acciones con derecho a voto están controladas directa o indirectamente por personas residentes en otro país[18].

14 Este caso es mencionado en el parágrafo 53 de los Comentarios al art. 24 del MC OCDE, 2010.

15 Op. cit., nota 1, p. 52.

16 Texto disponible en http://www.legislation.gov.uk/uksi/2009/227/schedule/made.

17 Texto disponible en http://www.receita.fazenda.gov.br.

18 Art. 11. 9: "Cualquier disposición de la legislación de cualquiera de los Estados Contratantes relacionada sólo con los intereses pagados a una sociedad no residente, no operará en el sentido de considerar dichos intereses pagados a una sociedad residente del otro Estado Contratante como una distribución o dividendo por la sociedad que pague dichos intereses. La frase anterior no se aplicará a los intereses pagados a una sociedad residente de uno de los Estados Contratantes en la que más del 50 por ciento de las acciones con derecho a voto sea controlado, directa o indirectamente, por una persona o personas residentes del otro Estado Contratante".

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 207

VIII. SAAR PARA PREVENIR EL ABUSO DE RESIDENCIA

Existen varias técnicas para prevenir abusos de residencia algunas de las cuales son:

A. Aclarar en el CDI que el término "residente" no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en un Estado exclusivamente por la renta que obtengan procedentes de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio que posean en el mismo (MC OCDE, 2010 y UN, 2011, Art. 4.1).

La mayoría de los CDI relevados contiene esta aclaración. Algunos CDI que, por lo general son de antigua data, omiten su referencia, como es el caso de los CDI de Argentina con Alemania (1978); Bolivia (1978); Finlandia (1994), Rusia (2001) y Suiza (1997). También es el caso de los CDI de Brasil con Japón (1967); Bélgica (1972); Alemania (1975); Austria (1975) y Luxemburgo (1978).

B. Incorporar a los CDI una reserva general ("saving clause") para gravar según la legislación doméstica a aquellos que abandonen la residencia por un determinado lapso de tiempo luego de la pérdida del estatus. Es el caso del EE.UU., que incluye no sólo a quienes pierdan la residencia sino a quienes pierdan la ciudadanía americana hasta diez años luego de acontecido el cambio de estatus[19] (Art. 1.4, MC USA, 2006).

El CDI de EE.UU. con México (s/enmienda 2002) contiene esta reserva general.

C. Incorporar una cláusula que permita para determinadas categorías de rentas (ej.: ganancias de capital por la venta de acciones) conservar el poder de imposición respecto a quien ha dejado de ser residente por un período de tiempo[20].

Es el caso del CDI suscripto por Panamá con Holanda (2010), que contempla una reserva de gravar las apreciaciones de capital de acciones, opciones de compra, usufructos de acciones, certificados de participación, ganancias y derechos de crédito respecto a los pagos a personas físicas que dejaron de ser residentes hasta el término de *diez años* luego que la persona física emigró al otro Estado. También es el caso del CDI de Panamá con Irlanda (2011), que permite aplicar la legislación interna y así gravar las ganancias de capital originadas en la venta de cualquier propiedad efectuada por un individuo que es residente del otro Estado contratante y ha sido residente del primer Estado Contratante durante los *cinco años* inmediatos a la venta de la propiedad.

D. Incorporar una cláusula que permita para determinas categorías de renta (ej.: ganancias de capital por la venta de acciones) ***y respecto a una participación sustancial ("substantial interest reservation")****, conservar el poder de imposición respecto a quien ha dejado de ser residente por un período de tiempo[21].*

Adoptan esta técnica, entre otros, los CDI de México con Barbados (2008); Canadá (2006); Dinamarca (1997); Irlanda (1998) y CDI de México con Barbados (2010); Emiratos Árabes (2012); España (2010); Irlanda (2011); Italia (2010); Corea (2010); México (2010), Holanda (2010), variando el límite de tiempo y el porcentaje de participación a considerar.

---

19 *Except to the extent provided in paragraph 5, this Convention shall not affect the taxation by a Contracting State of its residents (as determined under Article 4 (Resident)) and its citizens. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a former citizen or former long-term resident of a Contracting State may, for the period of ten years following the loss of such status, be taxed in accordance with the laws of that Contracting State.*

20 Un ejemplo de esta técnica puede apreciarse en el CDI suscripto por Holanda con Polonia (2002) cuyo art. 13.5 dice: *The provisions of paragraph 4 shall not affect the right of each of the Contracting States to levy according to its own law a tax on gains from the alienation of shares or "jouissance" rights in a company, the capital of which is wholly or partly divided into shares and which under the laws of that State is a resident of that State, derived by an individual who is a resident of the other Contracting State and has been a resident of the first-mentioned State in the course of the last ten years preceding the alienation of the shares or "jouissance" rights.* En otros CDI el plazo es menor (ej: cinco años) como estipula el art. 13.8 del CDI Canadá-UK. Ver al respecto Congreso IFA 2010, relatoría general, op. cit. nota 1, pp. 17 a 53.

21 El art. 13 (ganancias de capital) de casi todos los CDI suscriptos por Holanda contienen una cláusula de reserva ("*substantial interest reservation*") respecto a una participación sustancial que se aplica a las ganancias originadas en la venta de acciones que forman parte de la participación sustancial de un individuo quien ha emigrado al otro Estado. Proporciona derechos a Holanda a gravar las ganancias del individuo hasta cinco años luego de la emigración. Sobre la observación práctica de esta cláusula el Comité de Expertos de las UN encargado de elaborar el informe titulado "*Improper use of tax convention*", mencionado en la nota 3 de este trabajo, propuso modificar el Paragrafo 5 del Art. 13 del MC UN por el siguiente: *"Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares of a company which is a resident of the other Contracting State may be taxed in that State if the alienator, at any time during the 12 month period preceding such alienation, held directly or indirectly at least _____ per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) of the capital of that company".* La recomendación terminó materializándose en la modificación a los comentarios del citado MC en el año 2011.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 208

E. Incorporar en los CDI los términos "centro de intereses vitales" ("centre of vital Interests) y "lugar de gerenciamiento efectivo" ("place of effective management") que requieren una fuerte relación entre un contribuyente y un Estado como método para facilitar la interpretación de la resolución de conflictos en casos de residencia dual.

Salvo contados casos la generalidad de los CDI relevados incorporan los términos "centro de intereses vitales" y "lugar de gerenciamiento efectivo" en la cláusula de residencia.

F. Incorporar una cláusula que permita que los casos de residencia dual sean resueltos por las autoridades en un procedimiento de mutuo acuerdo.

En reemplazo del término "lugar de gerenciamiento efectivo" y como modo alternativo de solución de conflicto en casos de residencia dual y algunos CDI contemplan la posibilidad de lograr una solución de mutuo acuerdo por los Estados Contratantes. Es el caso de los CDI de México con China (2005) y con Estonia (2012).

G. Incorporar una cláusula que disponga que ante la falta de acuerdo de las autoridades sobre el estatus de residencia el sujeto no podrá acceder a los beneficios del Convenio.

Esta cláusula es incorporada por una gran cantidad de CDI suscriptos por México: Austria (s/enmienda 2009); Brasil (2003); Canadá (2006); Chile (1998); Colombia (2009); Dinamarca (1997); Hong Kong (2012); Latvia (2012); Lituania (2012); Malta (2012); Perú (2011); Qatar (2012), entre otros.

En el caso de Panamá, se observa esta disposición, por ejemplo, en el reciente CDI suscripto con Gran Bretaña (2013).

IX. ADOPCIÓN DE UN PROCEDIMIENTO PARA LA DENEGATORIA DE BENEFICIOS

Algunos CDI establecen que le denegatoria de beneficios se efectuará en forma consensuada mediante consulta previa o, por medio del proceso de mutuo acuerdo que suelen contemplar los Convenios:

- Panamá: Francia (2011); México (2010); Holanda (2010); Portugal (2010); Qatar (2010); Reino Unido (2013).
- México: Panamá (2010); Austria (s/enmienda 2009); Kuwait (2009); Brasil (2003), entre otros.
- Brasil: México (2003).

El CDI de México con Chile (1998)[22] contempla la posibilidad de efectuarse "recomendaciones" entre las autoridades competentes en el marco del proceso de mutuo acuerdo con miras a modificar el Convenio si fuera necesario. Una cláusula de similar tenor contempla el CDI con Colombia (2009).

Es interesante el caso del CDI de México con Panamá (2010) ya que, adicionalmente, contempla la posibilidad que las autoridades lleguen a un acuerdo en forma previa a la denegatoria de los beneficios del Convenio.

X. LIMITACIÓN DE BENEFICIOS (LOB)

Esta técnica está incluida en el art. 22 del MC USA, 2006 y también en el Parágrafo 20 de los Comentarios al art. 1° del MC OCDE, 2010 según modificación introducida en el año 2003.

Pocos CDI contienen esta cláusula debido a su reciente difusión fuera del ámbito de EE.UU. (con la enmienda en 2003 a los Comentarios al MC OCDE) y a su compleja configuración. En el caso de los CDI analizados solo los suscriptos por México con EE.UU. (s/enmienda 2002); Barbados (2008); Panamá (2010) y Ucrania (2012) contienen esta cláusula.

En el Anexo I de este trabajo se incluye el texto de la cláusula LOB del CDI de México con EE.UU.

XI. EMPLEO DE UNA GAAR COMO CLÁUSULA ANTIABUSO GENERAL O REMISIÓN EN FORMA EXPLÍCITA A LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA ANTIABUSO

No son muy usuales, sin embargo, en los casos en que un país no se sienta confortable con su legislación doméstica y su aproximación en la interpretación de los CDI puede ser adecuado introducir una cláusula ge-

22 Art. 28. 4: "Considerando que el objetivo principal de este Convenio es evitar la doble imposición internacional, los Estados Contratantes acuerdan que, en el evento de que las disposiciones del Convenio sean usadas en forma tal que otorguen beneficios no contemplados ni pretendidos por él, las autoridades competentes de los Estados Contratantes deberán, en conformidad al procedimiento de acuerdo mutuo del Artículo 25, recomendar modificaciones específicas al Convenio. Los Estados Contratantes además acuerdan que cualquiera de dichas recomendaciones será considerada y discutida de manera expedita con miras a modificar el Convenio en la medida en que sea necesario".

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 209

neral antiabuso en sus tratados[23]. Un principio guía lo suministra el reporte sobre uso inapropiado de los tratados del comité de expertos de las NU (2008)[24]:

"Benefits provided for by this Convention shall not be available where it may reasonably be considered that a main purpose for entering into transactions or arrangements has been to obtain these benefits and obtaining the benefits in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions of this Convention."

Otro caso internacional de utilización de esta técnica antiabuso en forma más directa y explícita puede encontrarse en el art. 21 del CDI China - República Checa[25]:

1. *"Notwithstanding the provisions of any other article of this Agreement, benefits provided under this Agreement shall not be granted to companies of either Contracting State if the purpose of such companies is to obtain benefits under this Agreement that would not otherwise be available.*
2. *The provisions of this agreement shall not in no case prevent a Contracting State from the application of the provisions of its domestic laws aiming at the prevention of fiscal evasion and avoidance, provided that the taxation in that State on income concerned is not contrary to the Agreement.*
3. *The competent authority of a Contracting State may, after consultation with the competent authority of the other Contracting State, deny the benefits of this Agreement to any person, or with respect to any transaction, if in its opinion the granting of those benefits would constitute an abuse of the Agreement".*

Los CDI analizados contienen ambas variantes de GAAR. Es interesante el tratado suscripto entre Brasil e Israel (2002) que contiene una estipulación por la cual se podrá denegar los beneficios del CDI si en opinión de los Estados Contratantes su otorgamiento constituye un *abuso de acuerdo con el propósito del Convenio*[26]. El reciente CDI de Brasil con Turquía (2010) contempla similar previsión[27].

El CDI de México con Lituania (2012), estipula que un residente de un Estado Contratante no recibirá el beneficio de cualquier reducción o exención de impuestos establecida en el Convenio, por parte del otro Estado Contratante, si el propósito principal o uno de los propósitos principales de la creación o existencia de dicha residencia fue la obtención de beneficios de conformidad con el Convenio para el residente o cualquier otra persona relacionada con dicho residente, que de otra forma no estarían disponibles.

El CDI de México con Austria (s/enmienda 2009) dispone que en relación con el concepto antiabuso del Convenio las deposiciones especiales incluidas en el mismo, que han sido diseñadas para evitar el abuso de transacciones internacionales y excluirlas de los beneficios de tratado, no deben entenderse en el sentido de prevenir a un Estado Contratante de la aplicación de una sustancial evaluación sobre hechos o de una legislación interna diseñada para contravenir la evasión y elusión fiscal en casos distintos a los comprendidos en la cláusula antiabuso del Convenio.

En el caso de Argentina, el CDI suscripto con Rusia (2001) contempla la denegación de los beneficios en caso de abuso a sus disposiciones[28], mientras que el nuevo CDI con España (2013) considera que el mismo no se interpretará en el sentido de impedir a un Estado contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal. Este último Convenio contiene una mención adicional estipulando que las disposiciones referidas a dividendos, intereses, rentas de capital y otras rentas, no se aplicarán cuando el fin primordial o fines primordiales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión

23 Esta alternativa podría también ser apropiada en casos que la aproximación del Estado al combate del abuso de CDI esté condicionada por la jerarquía normativa de los Convenios sobre legislación interna.

24 Op. cit., nota 3.

25 Ver Reporte Comité Expertos NU mencionado en nota 3.

26 Art. 25.2: *"A competent authority of a Contracting State may deny the benefits of this Convention to any person, or with respect to any transaction, if in its opinion the granting of those benefits could constitute an abuse of the Convention according to its purpose. Notice of the application of this provision will be given by the competent authority of the Contracting State concerned to the competent authority of the other Contracting State"*.

27 Art. 28: *"LIMITATION OF BENEFITS. The competent authorities of the Contracting States may deny the benefits of this Agreement to any person, or with respect to any transaction, if in their opinion the receipt of those benefits, under the circumstances, would constitute an abuse of the Agreement according to its purposes"*.

28 Art. 5.6, Prot.: "La autoridad competente de un Estado Contratante puede, de común acuerdo con la autoridad competente del otro Estado Contratante, denegar los beneficios del presente Convenio a cualquier persona, o con respecto a cualquier transacción que ésta pudiera realizar, si el otorgamiento de dichos beneficios constituyera un abuso de las disposiciones del Convenio".

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 210

de las acciones que generan dividendos, o la creación o cesión del derecho que generan las regalías, sea el de conseguir el beneficio de dichos artículos mediante dicha creación o cesión. Este es un agregado que encuadra en la tipología de la técnica antiabuso "*main purpose"* más que una regla GAAR.

Como ejemplo de la segunda de las variantes de GAAR, encontramos el CDI de Panamá con España (2010) y Corea (2010), en cuanto estipulan que el Convenio no se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Contratante aplicar las disposiciones de la normativa interna relativas a la prevención de la evasión y elusión fiscal. De igual modo el CDI de España con Israel (2012) prevé que el Convenio no impedirá aplicar las disposiciones de las leyes domésticas en la prevención de la evasión el evitar impuestos donde estas disposiciones sean utilizadas para defender arreglos que constituyan un abuso del Convenio. El CDI de Panamá con Italia (2010) contempla disposiciones similares pero dentro de la cláusula de no discriminación, asimismo, contiene una cláusula llamada "limitación de beneficios" aclarando que nada de lo previsto en el convenio afectará la aplicación de las disposiciones internas para prevenir la evasión fiscal y la elusión fiscal sobre la limitación de gastos y deducciones derivadas de las transacciones entre empresas de un Estado Contratante y empresas situadas en el otro Estado Contratante, si el objetivo principal o uno de los objetivos de la creación de empresas o de las operación era la obtención de beneficios en virtud del Convenio que de otro modo no estarían disponibles. El CDI de Panamá con Holanda (2010) contempla similar previsión dentro de una cláusula que se denomina "Medidas para la lucha contra el uso indebido del Convenio".

Es interesante el caso del CDI de México con Brasil (2003) ya que a la par de establecer una GAAR que excluye objetivamente a un sujeto de los beneficios del Convenio contempla la posibilidad que aquel pueda demostrar ante las autoridades que el propósito no ha sido el abuso del Convenio (cláusula *bona fide*)[29].

XII. SAAR PARA PREVENIR USO ABUSIVO DE ACUERDOS *BACK TO BACK*

Algunos países han incluidos en sus CDI una regla antiabuso para prevenir los llamados *"back-to-back arrangements*" que consisten en pares de acuerdos o transacciones en las cuales todos los derechos, obligaciones y responsabilidades de un acuerdo o transacción están reflejados como un espejo en el segundo.

Como ejemplo de esta regla, puede encontrarse en el paragrafo b) del Art. 7 del protocol al CDI firmado en 2002 entre Australia y México, el que dice:

> *"The provisions of […] paragraph [2 of Article11] shall not apply to interest derived from back-to-back loans. In such case, the interest shall be taxable in accordance with the domestic law of the State in which it arises".*

México incorpora esta regla también en los CDI con Brasil (2003), EE.UU. (s/enmienda 2002), Austria (s/enmienda 2009), China (2005), Islandia (2008) y República de Eslovenia (2006) lo que le permite gravar por legislación doméstica los intereses de créditos *back to back*.

XIII. OTRAS TÉCNICAS ANTIABUSO

SAAR para prevenir la conversión de regalías en ganancias de capital

El reporte del Comité de Expertos de las NU en el uso impropio de Convenios[30] brinda un ejemplo de la situación que se busca prevenir mediante esta técnica antiabuso que es el caso de un no residente que tiene la titularidad del derecho de autor o *copyright* sobre un trabajo literario y desea conceder a un residente del Estado el derecho a traducir y reproducir el trabajo en dicho Estado en consideración por un pago *mediante regalía basado en las ventas del trabajo traducido*. En lugar de conceder una licencia al residente, el no residente entra en un acuerdo de venta en virtud del cual todos los derechos relacionados con la versión traducida

29 ARTÍCULO 28. DISPOSICIONES MISCELÁNEAS. "1. Las autoridades competentes de ambos Estados Contratantes podrán negar los beneficios de este Convenio, cuando así lo acuerden en los términos del Artículo 25 del mismo, a cualquier persona o en relación con cualquier operación, si en su opinión el otorgamiento de los beneficios del Convenio constituye un abuso de este Convenio considerando su objeto y fin (…) .5. Sin embargo, una persona que no tenga derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a las disposiciones de los párrafos 1 y 3 podrá demostrar a las autoridades competentes del Estado del que proceden las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. Para tal efecto, uno de los factores que las autoridades competentes tomarán en consideración será el hecho de que el establecimiento, constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus actividades no ha tenido como uno de sus principales propósitos el obtener algún beneficio conforme a este Convenio".

30 Op. cit., nota 1.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 211

del trabajo en el Estado A son dispuestos por el no residente y adquiridos por el residente. La consideración por dicha venta es un porcentaje del total de las ventas del trabajo traducido. En estos casos se estipula que el contrato contenga una opción para el no residente de readquirir esos derechos luego de un período de cinco años.

Algunos países han modificado la definición de regalía para contrarrestar estos casos. Por ejemplo, el Art. 12.3 a) del CDI suscripto por EE.UU. con India contempla que:

The term "royalties" as used in this Article means: a) payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright [...] including gains derived from the alienation of any such right or property which are contingent on the productivity, use, or disposition thereof...].

En los CDI relevados únicamente México adopta como política general la incorporación de una previsión como la descripta dentro de la cláusula de regalía en prácticamente todos sus Convenios, empero, esto estaría más vinculado al concepto de regalía que adopta la legislación doméstica mexicana que a una práctica pura antiabuso.

SAAR para prevenir el desdoblamiento del recaudo temporal en EP de construcción y/o servicios con empresas asociadas

Otra cuestión interesante es la incorporación por parte de Panamá en casi la totalidad de sus CDI de una SAAR para prevenir el desdoblamiento del tiempo exigido para configurar un EP en relación al montaje o construcción de obras y/o EP de servicios mediante empresas asociadas. Es una práctica frecuente de planificación fiscal desdoblar el tiempo de construcción o de prestación de los servicios en un Estado mediante la utilización de contratistas asociados.

Doble no imposición

Algunos CDI incorporan una SAAR para prevenir supuestos de doble no imposición. Es el caso de México con Chile (1998), el cual consigna que cada uno de los Estados Contratantes conservará el derecho de someter a imposición, de conformidad a su legislación, las rentas de sus residentes cuya imposición se atribuya al otro Estado por el convenio, *pero que no se encuentran efectivamente sometidas a imposición por la legislación de ese otro Estado*. También el caso de México con Ecuador (1992); Francia (1991) y Perú (2011).

Es interesante el CDI de México con Hong Kong (2012), el cual estipula que las partes contratantes reservarán el derecho de gravar de acuerdo a su legislación interna cualquier ingreso *donde la doble exención resulta de una clasificación divergente del ingreso en cuestión*.

Una cláusula similar encontramos en el CDI de Panamá con Holanda (2010), el cual, adicionalmente, contempla el proceso de solución amistoso para las diferencias de calificación (por ejemplo, de un elemento de la renta o de una persona) que podría ocasionar una doble exención. En este caso el Convenio estipula que esta solución después de su publicación por ambas autoridades competentes, también será *vinculante* para la aplicación de las disposiciones del Convenio en otros casos similares.

Incorporación de cláusula especial en CDI (puede adoptar forma de SAAR, GAAR o ambas) con el título de "limitación de beneficios"

Por último es interesante mencionar que un número significativo de CDI suscriptos por México y Panamá y algunos de Brasil (la mayoría suscripto a inicios de esta década), bajo la denominación "limitación de beneficios" incluyen una cláusula especial con técnicas para prevenir el abuso de convenio. Esta cláusula suele combinar alguna de las técnicas descriptas al inicio de este trabajo (*look through approach, subject to tax, exclusion approach, channel appoach,* supuestos "*bona fide")* y en algunos casos una GAAR o, bien la reserva de acudir al derecho interno para prevenir la evasión y la elusión fiscal.

Es dable remarcar que a pesar de su nombre la cláusula en cuestión difiere de la que con igual denominación proviene del MC USA, 2006, ya que tienen una formulación más simple, sin embargo, algunos CDI terminan por aproximarse a esta última configuración en virtud de los *recaudos objetivos* que son requeridos para no configurar la situación de abuso (ej.: CDI México con Colombia, 2009 y Kuwait 2009).

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 212

XIV. CONCLUSIONES

- Los CDI analizados permite observar el uso creciente de técnicas antiabuso, particularmente, en los Convenios más jóvenes.
- Una cantidad importante incorpora una cláusula especial antiabuso que se suele denominar "Limitación de Beneficios", de redacción más sencilla que su similar del MC USA (2006), en la cual no sólo se incluyen una o varias de las técnicas descriptas en este trabajo, sino también una cláusula general antiabuso o bien una reserva de aplicar la legislación doméstica antiabuso.
- Varios convenios han incluido dentro de las situaciones que generan la denegatoria a los beneficios del Convenio a la doble no imposición. Esto es así ya que, en ausencia de tal expresa previsión, muy difícilmente tal situación podría configurar un abuso de Convenio.
- Un número significativo de CDI adopta una posición agresiva para prevenir abusos respecto a la residencia, estipulando que, en caso de conflicto y no mediar acuerdo consensuado de las autoridades competentes respecto al estatus de residente, no podrán utilizarse los beneficios del Convenio.
- Algunos CDI contemplan un procedimiento para denegar los beneficios con carácter previo a su aplicación e incluso con la posibilidad que el afectado intervenga ofreciendo prueba.
- Es llamativa la ausencia por parte de Argentina de una política clara en la materia lo cual quizá se deba a que la mayoría de sus CDI tienen más de veinte años. La red actual de CDI del país no está actualizada y carece casi por completo de las técnicas que han sido mencionadas en este trabajo. El reciente CDI suscripto con España (2013) parecería preanunciar algunos cambios en esta política al incorporar algunas reglas antiabuso.

ANEXO I

CLÁUSULA LOB CDI MÉXICO-USA (s/enmienda 2002)

ARTÍCULO 17
LIMITACIÓN DE BENEFICIOS

1. Una persona que sea residente de un Estado Contratante y que obtenga rentas procedentes del otro Estado Contratante tiene derecho, conforme al presente Convenio, a los beneficios fiscales en este otro Estado Contratante sólo cuando dicha persona:

   (a) sea una persona física;

   (b) sea un Estado Contratante, una de sus subdivisiones políticas o una de sus entidades locales;

   (c) realice actividades empresariales en el primer Estado (distintas a la realización o manejo de inversiones, salvo que estas actividades sean de banca o de seguros realizadas por bancos o compañías de seguros) y las rentas obtenidas el otro Estado Contratante se obtengan en relación con dichas actividades empresariales o sean accesorias a estas actividades;

   (d) sea

      (i) una sociedad cuya clase principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido situado en cualquiera de los Estados;

      (ii) una sociedad que sea totalmente propiedad, directa o indirectamente, de un residente de este Estado Contratante cuya clase principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido situado en cualquiera de los Estados; o

      (iii) una sociedad que sea

         (A) totalmente propiedad, directa o indirectamente, de residentes de cualquier país que sea parte del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (TIC) cuya clase principal de acciones se negocie sustancial y regularmente en un mercado de valores reconocido; y

         (B) totalmente propiedad en más del 50 por ciento, directa o indirectamente, de residentes de cualquier Estado Contratante cuya clase principal de acciones se negocie sustancial o regularmente en un mercado de valores reconocido situado en dicho Estado;

   (e) una entidad con fines no lucrativos (incluidos los fondos de pensiones o fundaciones privadas) que, en virtud de dicha condición, esté generalmente exenta del impuesto sobre la renta en el Estado Contratante en el que resida, siempre que más de la mitad de los beneficiarios, miembros o

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 213

participantes, de dicha organización, si los hubiere, tengan derecho a los beneficios del presente Convenio de conformidad con el presente Artículo;

(f) una persona que satisfaga las siguientes condiciones:

(i) más del 50 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 50 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas con derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos (a), (b), (d), o (e); y

(ii) menos del 50 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos (a), (b), (d), o (e); o

(g) una persona que solicite los beneficios conforme al Artículo 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 11-A (Impuestos sobre Sucursales) o 12 (Regalías) que satisfaga las siguientes condiciones:

(i) más del 30 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 30 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas que sean residentes de un Estado Contratante y que tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos (a), (b), (d) o (e);

(ii) más del 60 por ciento de la participación en los beneficios de dicha persona (o en el caso de una sociedad, más del 60 por ciento del número de cada clase de sus acciones) sea propiedad, directa o indirectamente, de personas que sean residentes de un país que sea parte del TLC; y

(iii)

(A) menos del 70 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficiosos del presente Convenio conforme a los incisos (a), (b), (d) o (e); y

(B) menos del 40 por ciento de las rentas brutas de dicha persona se utilice, directa o indirectamente, para cumplir obligaciones (incluyendo obligaciones por concepto de intereses o regalías) con personas que no tengan derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a los incisos (a), (b), (d) o (e), no sean residentes de un país que sea parte del TLC.

Un residente de un país que sea parte del TLC sólo se considera que tiene una participación en los beneficios (o acciones) conforme al subinciso (ii) del inciso (g), cuando este país tenga un convenio amplio en materia de impuestos sobre la renta con el Estado Contratante del cual proceden las rentas, y siempre que el dividendo, el beneficio o renta sujeta al impuesto sobre sucursales o el pago de intereses o regalías, respecto del cual se solicitan los beneficios del presente Convenio, estuviera sujeto una tasa de impuesto, conforme a dicho convenio amplio, que no sea menos favorable que la tasa de impuesto aplicable a dicho residente conforme al Artículo 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 11-A (Impuestos sobre sucursales) o 12 (Regalías) del presente Convenio.

2. Sin embargo, una persona que no tenga derecho a los beneficios del presente Convenio conforme a las disposiciones del párrafo 1 podrá demostrar a las autoridades competentes del Estado del que proceden las rentas su derecho a los beneficios del Convenio. Para tal efecto, uno de los factores que las autoridades competentes tomarán en consideración será el hecho de que el establecimiento, constitución, adquisición y mantenimiento de dicha persona y la realización de sus actividades no ha tenido como uno de sus principales propósitos el obtener algún beneficio conforme a este Convenio.

199-T2-Forcada_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 214

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 215

EL BENEFICIARIO EFECTIVO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA: REGULACIÓN EN LA NORMATIVA INTERNA Y ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA NORMATIVA CONVENCIONAL

RODOLFO SALASSA BOIX*

I. INTRODUCCIÓN

El solapamiento de los poderes tributarios de los diferentes Estados gravando una misma operación transfronteriza evidenció la necesidad de alcanzar una coordinación internacional para asegurar idénticas condiciones fiscales de competencia. Sin perjuicio de la posibilidad de adoptar medidas internas, los Estados advirtieron las ventajas de negociar tratados bilaterales o multinacionales para evitar los efectos de la duplicación fiscal.

En un primer momento se trató de acuerdos entre países de una misma federación pero con el paso del tiempo se fueron confeccionando los convenios bilaterales[1] y los modelos de convenio entre los que destacan el Modelo de Convenio de la OCDE (MCOCDE) y el Modelo de Convenio de la ONU (MCONU)[2].

Los convenios para evitar la doble imposición (CDI) pueden ser definidos como "acuerdos entre dos Estados contratantes que regulan el marco jurídico-tributario aplicable a los hechos imponibles que se realizan en este ámbito, distribuyendo el poder tributario entre ambos y eliminando simultáneamente la doble imposición y la evasión fiscal internacional"[3]. En virtud de ello podemos decir que entre sus principales objetivos se hallan la anulación de los efectos negativos derivados de la doble o múltiple imposición y la disuasión de maniobras fiscales fraudulentas.

Es evidente que las relaciones económicas de carácter internacional son cada vez más numerosas y complejas. Ello ha generado, por un lado, que la mayoría de países cuente con una amplia red de tratados para evitar supuestos de doble imposición y, por el otro, que los agentes económicos hagan uso de todos los medios, lícitos e ilícitos, que tienen a su alcance para pagar la menor cantidad posible de tributos.

Dentro del amplio espectro de prácticas utilizadas para disminuir la carga tributaria se encuentran el abuso de los tratados, internacionalmente conocido como *treaty shopping*[4]. Esta práctica puede ser entendida como el aprovechamiento de los tratados por personas que aquellos no han designado como beneficiarios, en virtud de ello se valen de ventajas fiscales que, de no haber existido la maniobra abusiva, no se le hubieran aplicado.

---

* Abogado, por la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina. Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación y Doctor en Derecho (con mención europea), por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona-España. Investigador de Carrera en Conicet. Profesor de grado y post-grado en la Universidad Nacional de Córdoba-Argentina y en la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona-España. Autor de libros y numerosos capítulos de libros y artículos en revistas indexadas. Miembro de diversos grupos y proyectos de investigación en Argentina y en el extranjero. Mención en la publicación bibliográfica estadounidense *Who's who in the World* 2012.

1 El primero de ellos data del 21 de junio de 1899 entre Austria y Prusia.

2 Hoy por hoy existen dos grandes modelos de convenios para evitar la doble imposición internacional: el MCONU y el MCOCDE. El primer modelo fue ideado por los Estados más desarrollados en la segunda mitad del siglo XX. Ante el creciente número de transacciones internacionales susceptibles de tributación, su objetivo era alcanzar una coordinación a nivel mundial que permitiese asegurar las mismas condiciones fiscales de competencia internacional. Por su parte, el MCONU nace en 1980 en el seno de la Organización de las Naciones Unidas. Su creación busca equilibrar las relaciones entre los países desarrollados y los que están en vías de serlo, ya que aquellos les imponen a estos sus condiciones, aprovechando su calidad de países exportadores de capital y tecnología. Es por ello que, a diferencia del MCONU, el MCOCDE siempre intentará que las rentas sean sometidas a tributación en el país de la residencia y no en el de la fuente. En definitiva, la idea del Modelo de la ONU es contrarrestar, en la medida de lo posible, las cláusulas favorables a los países con mayor poderío económico.

3 Calderón Carrero, J. M. y Carmona Fernández, N., "Convenios Fiscales Internacionales", Ed. CISS, Valencia, 2005; p. 52.

4 Esta expresión inglesa, que literalmente significa "compra de tratados", tiene su origen en los Estados Unidos y proviene de la expresión "*forum shopping*" que históricamente fue utilizada en el Derecho de dicho país cuando un imputado pretendía ser juzgado en una jurisdicción más favorable. Volviendo al término *treaty shopping* se puede decir que implica la intención abusiva y extralimitada de "comprar" o "adquirir" los beneficios de un tratado fiscal que *a priori* no deberían corresponder.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 216

En principio nadie está obligado a elegir la opción fiscal más gravosa[5] de manera que, en el marco de la economía de opción, es lícito direccionar la planificación fiscal hacia un entorno internacional más favorable que genere un ahorro tributario. Sin embargo, tales medidas pueden ir acompañadas de maniobras fraudulentas o abusivas que generan una disminución indebida en la recaudación de los Estados de la fuente, y es aquí cuando el reacciona el ordenamiento jurídico.

Los propios comentarios del MCOCDE reconocen que "los contribuyentes pueden tener la tentación de hacer un uso abusivo de la legislación tributaria aprovechando las diferencias legislativas de los países"[6]. Asimismo, también concluyen que el riesgo de materializar dicha tentación se eleva con el aumento de la red de CDI "al posibilitar la utilización de construcciones jurídicas artificiales diseñadas para obtener tanto los beneficios fiscales previstos en determinadas legislaciones internas como las desgravaciones impositivas establecidas en los convenios de doble imposición"[7]. Estos supuestos se pueden dar, por ejemplo, cuando una persona residente de un Estado contratante actúa a través de una entidad jurídica constituida en el otro Estado con el objetivo primordial de alcanzar ciertas ventajas de un convenio que no hubiera podido obtener directamente[8].

Las maniobras abusivas se ven favorecidas por la cada vez mayor movilidad de las rentas, ya que no se requiere necesariamente del desarrollo efectivo de una actividad sino que, a lo sumo, se precisa de una mera inversión de un capital[9]. Así las cosas, dichas rentas pueden desplazarse de un lugar a otro a través de intermediarios y beneficiarse así de las disposiciones del CDI que resulte más conveniente.

Ante este tipo de maniobras los Estados no tienen por qué conceder las ventajas de un Convenio cuando se haya hecho un uso abusivo de sus disposiciones[10]. Ello generó la configuración, tanto en la normativa interna como internacional, de una serie de medidas para contrarrestar estas prácticas abusivas. Una de ellas es justamente la cláusula del beneficiario efectivo, sobre la cual se centra el presente trabajo.

Según su finalidad las medidas antiabuso pueden perseguir, por un lado, que los CDI no se apliquen a sujetos que tributan a través de regímenes fiscales perniciosos o privilegiados y, por el otro, que no se realicen usos abusivos de tales convenio, en especial mediante la interposición de sujetos. Está claro que la cláusula del beneficiario efectivo se enmarca dentro de la segunda clase de medidas.

El objetivo del presente trabajo estriba en determinar, por un lado, cuál es la noción y el alcance de dicha cláusula según los criterios de la OCDE y la normativa interna argentina y, por el otro, cuál es la última tendencia de la Administración argentina sobre esta cuestión a la hora de celebrar y denunciar convenios de doble imposición.

Para ello estructuramos la exposición en tres apartados. En primer lugar, repasaremos la noción y los antecedentes de la cláusula del beneficiario efectivo en el ámbito internacional, haciendo especial referencia a los criterios de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico; en segundo lugar, nos enfocaremos en el tratamiento fiscal que la normativa interna argentina le dispensa a estos sujetos y en tercer lugar, analizaremos la última tendencia de nuestra Administración en la diagramación de la red de convenios de doble imposición. Finalmente, expondremos las consideraciones finales.

---

5 La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina tiene dicho que "…no es reprensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal…" (CSJN, "Industrial Comercial Argentina", resolución de fecha 27 de agosto de 1958, *Fallos*: 241:210).

6 Párrafo 7 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010.

7 Párrafo 8 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010.

8 "No se puede desconocer hoy que, en el complejo marco de la economía mundial, las empresas persiguen a través de una estrategia internacional localizar fiscalmente las operaciones en los espacios sujetos a una menor o nula presión tributaria e incluso mediante la que se ha dado en llamar "tax treaty shopping", la prosecución del resultado más favorable derivado del empleo conexo de tratados fiscales cuyo hilvanamiento se consigue vía empresas-conducto. No siempre esta actividad es compatible con los ordenamientos tributarios involucrados. A veces se aproxima o se inscribe en nuevas formas de defraudación fiscal consumadas en operaciones de alcance internacional… Puede decirse entonces que cuando el juez fiscal se encuentra frente a operaciones de alcance internacional… debe examinar la proyección interna de aquella relación mediante un particularizado y exhaustivo análisis de las probanzas, a fin de que la operación invocada se corresponda a la real operatoria acordad por las partes…" (TFN, Sala B, "La Emiliana de Exportación SA", resolución de fecha 11 de agosto de 1995, remitiéndose a la causa (del mismo tribunal) "Vicente Orue SACIIE", de fecha 30 de mayo de 1990).

9 Durán, L. M., "Cuestiones comunes", en *Fiscalidad internacional de rentas financieras*, Vlex, p. 67.

10 Párrafo 9.4 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 217

II. LA CLÁUSULA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CRITERIOS DE LA OCDE

Los antecedentes de esta cláusula antiabuso se encuentran fundamentalmente en el Derecho anglosajón, que reconoce la posibilidad de que existan diferentes niveles de propiedad sobre un mismo bien. Por un lado, tenemos la propiedad formal del bien (*legal owner*) y, por el otro, la propiedad económica (*beneficial owner*). Esta última la que se corresponde con la cláusula del beneficiario efectivo. El término "*beneficial owner*" fue traducido al francés como "*bénéficiaire effectif*" y de allí pasó al castellano como "beneficiario efectivo".

Uno de los primeros antecedentes de esta figura en el ámbito del Derecho internacional tributario se produjo con el CDI sobre sucesiones firmado entre Reino Unido y los Estados Unidos[11]. En su artículo 3 se hacía referencia a ciertos supuestos sucesorios, vinculados a las acciones y los valores, en los que no se correspondía la propiedad legal (intermediario) con la propiedad efectiva. A partir de allí encontramos varios referentes dentro de la red británicas de tratados fiscales: el convenio firmado con Holanda en 1968; con Francia en 1968; con España en 1975; entre otros.

En el año 1977 se produjo un paso clave para la proyección internacional de la figura del beneficiario efectivo ya que fue incluida en los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE. El objetivo de la Comisión de Asuntos Fiscales de la OCDE era evitar que ciertos sujetos puedan aprovecharse irregularmente de los beneficios fiscales que limitan o anulan el poder tributario del Estado de la fuente. Esto es así ya que el Estado donde se producen los dividendos, intereses y cánones sólo verá mermada sus posibilidades tributarias cuando las rentas sean recibidas por un beneficiario efectivo. En caso contrario las facultades fiscales del Estado de la fuente serán ilimitadas.

De esta forma vemos que la cláusula de ciernes opera simultáneamente como una garantía y como una limitación para el Estado de la fuente. La garantía está dada por la protección del Estado de la fuente ante posibles abusos del convenio llevados a cabo por la interposición de personas cuya residencia disminuye la tributación en tal Estado. La limitación está dada por la mengua o anulación de la facultad tributaria del Estado de la fuente cuando el perceptor de las rentas sea su beneficiario efectivo. En definitiva, esta cláusula antiabuso le asegura al Estado de la fuente que sólo verá limitada o excluida su recaudación cuando el residente en el otro Estado Contratante sea el verdadero beneficiario de las rentas.

Es importante no perder de vista que en la mayoría de CDI y modelos de convenio la cláusula del beneficiario efectivo se aplica a tres tipos particulares de rentas: dividendos (art. 10)[12], intereses (art. 11)[13] y cánones o regalías (art. 12)[14], aunque el alcance difiere según el tipo de renta que se trate. En el caso de los dividendos e intereses la tributación es compartida ya que podrán ser alcanzados fiscalmente tanto por el

---

11 DURÁN, *ob. cit.*, pp. 69 y 70.

12 A modo de ejemplo transcribimos el artículo 10 del MCOCDE 2010:

"1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado; pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del: a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas –*partnerships*–) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos; b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de estos límites. Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los cuales se pagan los dividendos".

13 A modo de ejemplo transcribimos el artículo 11 del MCOCDE 2010: "1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite".

14 A modo de ejemplo transcribimos el artículo 12 del MCOCDE 2010: "1. Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado".

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 218

Estado de la residencia como el de la fuente[15], sólo que este último podrá gravar hasta un límite porcentual determinado. En cambio las regalías serán exclusivamente alcanzadas por el Estado de la residencia[16].

Al respecto vale la pena mencionar que la Argentina, en su carácter de país con economía no integrada en el MCOCDE, ha realizado una serie de reservas sobre estas cuestiones, entre las cuales destacamos tres: por un lado, se reserva el derecho a aplicar su imposición en la fuente a un tasa impositiva de hasta el 10% para el punto a) del artículo 10.2, apartándose así del límite del 5% que fija la OCDE; en segundo lugar, se reserva sus posiciones sobre la tasa prevista en el artículo 11.2 del MCOCDE, es decir que los tratados argentinos podrán superar la tasa del 10% del MCOCDE y, en tercer lugar, se reserva el derecho a gravar las regalías en la fuente del artículo 12.1, permitiendo así que la tributación sea compartida, al contrario del MCOCDE que sólo corresponde al Estado de la residencia.

En cualquiera de estos tres tipos de renta la normativa suele mencionar dos requisitos acumulativos para que funcionen las limitaciones y eximiciones de la cláusula bajo análisis.

Por un lado, el beneficiario efectivo debe ser residente del otro Estado Contratante (de la residencia).

Por otro lado, el beneficiario efectivo no puede operar en el Estado de la fuente mediante un establecimiento permanente situado allí, a menos que la generación de la renta en cuestión esté efectivamente desvinculada de dicho establecimiento[17]. De no cumplirse este requisito las rentas serán tratadas como beneficios empresariales y no como dividendos, intereses o cánones. Así las cosas, no sólo que no se aplica la limitación de la cláusula del beneficiario efectivo sino que ni siquiera se aplican los artículos 10, 11 y 12 del convenio.

A partir de ello es importante saber que si el establecimiento permanente no está situado en el Estado de la fuente de los dividendos, intereses y cánones o la generación de tales rentas no está directamente vinculada a un establecimiento situado en el Estado de la fuente, estaremos ante un beneficiario efectivo y, por lo tanto, dentro de los artículos 10, 11 y 12.

De lo hasta aquí expuesto vemos que, en lo que a nosotros nos interesa, cobran especial relevancia los conceptos de beneficiario efectivo, residencia y establecimiento permanente. Todos ellos, salvo el primero, están expresamente regulados en los modelos de convenios y en la mayoría de los CDI. El concepto de residente se encuentra generalmente tratado en el artículo 4 y el de establecimiento permanente en el artículo 5, a los cuales nos remitimos.

La dificultad gira en torno a la noción de beneficiario efectivo ya que no está expresamente definida en los modelos de convenio y, en general, tampoco lo está en los convenios bilaterales. Sobre la definición y el alcance de esta cláusula nos centraremos en los próximos párrafos.

Los propios comentarios al MCOCDE aclaran que la condición de beneficiario efectivo se incorporó a los artículos 10, 11 y 12 para explicar el significado de la expresión "pagados a un residente", tal y como se utiliza en el punto 1 de tales artículos[18]. Así las cosas, cuando se habla de los dividendos, intereses o cánones pagados a un residente del otro Estado contratante la normativa se está refiriendo al beneficiario efectivo de tales pagos. Ahora nos queda la ardua tarea de establecer qué significa realmente ser beneficiario efectivo.

Más allá que la noción del beneficiario efectivo no se incluyó en el articulado de los modelos de convenio, sus comentarios sí ofrecen algunas pautas. Concretamente, aclaran que el concepto de beneficiario efectivo "...no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y la elusión fiscales"[19]. Seguidamente se mencionan dos ejemplos concretos en los que es necesario acomodar esta cláusula a los objetivos del Modelo.

---

15 El MCOCDE expresamente aclara que "...dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado..." (art. 10.2, MCOCDE 2010) y "...dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado..." (art. 11.2, MCOCDE 2010).

16 El MCOCDE expresamente aclara que "...sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado" (art. 12.1, MCOCDE 2010).

17 Las limitaciones (dividendos e intereses) o exclusiones (cánones) no son aplicables si el beneficiario efectivo realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los dividendos, intereses o cánones, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si la generación los dividendos, intereses o cánones está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente (ver arts. 10.4, 11.4 y 12.3, MCOCDE 2010).

18 Párrafo 12 de los comentarios al artículo 10.2 del MCOCDE 2010; Párrafo 9 de los comentarios al artículo 11.2 del MCOCDE 2010 y Párrafo 4 de los comentarios al artículo 12.1 del MCOCDE 2010.

19 Párrafo 12 de los comentarios al artículo 10.2 del MCOCDE 2010 Párrafo 9 de los comentarios al artículo 11.2 del MCOCDE 2010 y Párrafo 4 de los comentarios al artículo 12.1 del MCOCDE 2010.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 219

Por un lado, si una renta es percibida por un residente de un Estado contratante pero actuando como agente o mandatario (*v.g., brokers*) del verdadero destinatario de aquella (residente en un Estado no contratante), el agente o mandatario no debe ser considerado beneficiario efectivo y, por ende, no se ve limitada o anulada la competencia fiscal del Estado de la fuente. La renta percibida agente o mandatario que actúa en nombre de otro nunca es sometida en el Estado de la residencia ya que este no lo considera como propietario de la renta. Con lo cual, al no existir problemas de doble imposición entre los Estados contratantes, el Estado de la fuente tiene vía libre para gravar dicha renta. En definitiva, ni siquiera es necesaria la aplicación del CDI ya que no se cumplen los requisitos de los artículos 1, 3 y 4 del MCOCDE: tener la condición de persona y residir en alguno de los Estados contratantes[20].

Por otro lado, los comentarios señalan que tampoco sería acorde con los objetivos e intenciones de un CDI que el Estado de la fuente limite o anule sus facultades tributarias cuando la renta va a parar a un sujeto residente en el otro Estado contratante que, sin ser agente o mandatario (como el caso anterior), actúa como un mero intermediario del verdadero beneficiario de la renta. En este supuesto la solución es diferente al supuesto precedente donde formalmente había un agente o mandatario que daba exclusividad tributaria al Estado de la fuente. En este caso hay una persona interpuesta, normalmente una sociedad instrumental, con la finalidad de obtener las ventajas fiscales que brinda el tratado que en principio no deberían corresponderle (*treaty shopping*). El problema que se nos presenta aquí es determinar cuándo la sociedad instrumental debe ser considerada como beneficiario efectivo, eliminando o anulando las facultades fiscales del Estado de la fuente, y cuándo no.

El Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE llega a la conclusión que una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo si, a pesar de ser el propietario legal, cuenta con poderes muy restringidos que la convierten en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas. Se entiende entonces que la existencia de facultades restringidas es un fuerte indicio de que el sujeto interpuesto sólo busca aprovecharse de las ventajas fiscales del tratado (*treaty shopping*)[21]. Este tipo de sujetos es el propietario económico o *beneficial owner* del que hablábamos antes[22]. La norma persigue evitar "la utilización de sujetos interpuestos en la percepción de tales rentas, que inmerecidamente se lucren de las ventajas de la legislación bilateral"[23].

Contrario sensu, a partir de las modificaciones de 1995 los comentarios también aclaran que la limitación a anulación fiscal del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario (agente o mandatario) con sede en un Estado no contratante, se interpone entre el acreedor y el deudor pero el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante. Aquí volvemos a los requisitos iniciales, es decir que ha de tratarse de un beneficiario efectivo con residencia en uno de los Estados contratantes sin importar dónde se encuentre la sede o residencia del intermediario.

En general la doctrina es contraria a interpretar de una manera excesivamente formal la cláusula del beneficiario efectivo. Los autores coinciden en que no sólo hay que atenerse a la titularidad formal del rendimiento sino que también que hay identificar, desde un punto de vista económico, quién ostenta la disponibilidad efectiva de aquel.

En este punto se plantea la siguiente cuestión: ¿para ser beneficiario efectivo es necesario, además del rendimiento, ser titular de las participaciones que dan lugar al derecho a obtener dicho rendimiento? La doctrina mayoritaria entiende que es innecesaria esta acumulación de requisitos y que, por lo tanto, sólo basta con la titularidad del rendimiento y no de la participación, préstamo o derecho de propiedad intelectual o in-

20 En esta misma línea transcurre la Administración de Estados Unidos para quien el beneficiario efectivo es la persona residente en un Estado contratante a quien ese Estado atribuye la renta a efectos tributarios (párrafo 140 de la *Technical Explanation* del Modelo de Convenio de Estados Unidos de 1996).

21 Al respecto el Tribunal Fiscal de la Nación Argentina sostuvo que "…si a pesar de poseer el título formal para recibir los dividendos, tiene en la práctica muy limitados poderes que lo convierten en un mero fiduciario o administrador, en principio ello funcionaría como indicio de que actúa como una compañía 'conducto'. Para concluir que una sociedad califica como 'conducto' y no como beneficiario efectivo, deben analizarse las circunstancias del caso" (TFN, sala D, "Molinos Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013).

22 En uno de los casos más famosos de Estados Unidos sobre esta cuestión, protagonizado por la empresa *Aiken Industries Inc.*, la Corte Suprema sostuvo en 1971 que "la frase 'recibido por' no se refiere meramente a obtener físicamente la posición temporal de la renta sino más bien a un completo dominio y control sobre ese dinero".

23 Cámara Fernández, N., "Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición", en *Fiscalidad internacional* (Dir.: Fernando Serrano Antón), Ed. CEF, Madrid, 2007, 954.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 220

dustrial que genera el dividendo, interés o canon[24]. En tal sentido se ha pronunciado, entre otros, el Tribunal Supremo holandés (Hoge Raad) en el asunto "*Royal Dutch Oil*" en donde declara lo siguiente:

"El convenio no requiere que el beneficiario efectivo del dividendo deba ser al mismo tiempo el titular de las participaciones. Es irrelevante que el contribuyente adquiriese el derecho al dividendo o cupón una vez que su reparto ya se había acordado, toda vez que la cuestión sobre quién es el beneficiario efectivo del dividendo debe ser resuelta en el momento en que se paga el dividendo y no cuando el mismo se anuncia por parte de la sociedad"[25].

Esta parece ser la postura que sigue la OCDE según su informe de 1986 y, especialmente, con la modificación de los comentarios del MCOCDE en el año 2003. Dicha modificación pone de relieve la amplitud del alcance de la noción de beneficiario efectivo. El objetivo estriba en cubrir otros supuestos en los que, a pesar de que formalmente el titular de un rendimiento es un sujeto determinado, la persona que se beneficia efectivamente de tal rendimiento, quien lo adquiere materialmente para sí, es en realidad otra. Cuestión diferente sería que el CDI haga mención expresa de la necesidad de reunir en el beneficiario efectivo la calidad de titular del rendimiento y del derecho que lo genera (*v.gr.,* CDI Alemania-Austria). No obstante lo expuesto, también es verdad que en muchos casos será necesario previamente saber quién es el titular del activo que produce el rendimiento[26].

Hay que reconocer que uno de los aspectos más complicados, como ya habrá advertido el lector, ha sido localizar una definición concreta del término "beneficiario efectivo". Como hemos adelantado, ni los modelos de convenio ni los tratados bilaterales han brindado demasiada ayuda al respecto, incluso la mayoría de los ordenamientos jurídicos internos tampoco ha avanzado sobre esta cuestión.

Sobre este tipo de cuestiones los modelos de convenios y los CDI suelen incorporar un precepto que dice que reza de la siguiente manera:

"Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio"[27].

Si bien en un principio esta cláusula nos acerca hacia una respuesta, dando preeminencia a la normativa local, también es cierto que luego relativiza estos avances cuando expone que todo dependerá de la interpretación que se infiera de su contexto.

La mayoría de la doctrina entiende que la definición de la cláusula de ciernes debe interpretarse de forma autónoma y sin tener en consideración la normativa interna de los Estados contratantes[28], pero nosotros preferimos no ser tan tajantes[29]. Concretamente, entendemos que cuando los Estados contratantes hayan

---

24 Vega Borrego, F. A., "El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición", en *Documentos de la Revista IEF*, Nº 8/2005, Madrid, p. 9. Este autor también aclara que la disposición incluida en los artículos 10.4, 11.4 y 12.5 del MCOCDE podría desvirtuar esta conclusión, ya que tales artículos hablan de participaciones, créditos o derechos de propiedad, que generan los dividendos, intereses o cánones, vinculados efectivamente al establecimiento permanente. En cierta medida parece que se conecta el concepto de beneficiario efectivo con su fuente "...pues solamente se atribuye el rendimiento al establecimiento permanente del beneficiario efectivo si el derecho o propiedad que lo genera se encuentra afecto a su activo". Pero como bien señala Vega Borrego "este dato no debe desvirtuar la conclusión a la que hemos llegado. El criterio que se utiliza para atribuir los rendimientos al establecimiento permanente es el criterio de vinculación efectiva. Nada impide que pueda vincularse efectiva y exclusivamente el derecho a obtener el rendimiento al activo del establecimiento permanente".

25 Sentencia de 6 de junio de 1994.

26 Vega Borrego, op. cit., p. 9.

27 Artículo 3.2 del MCOCDE 2010.

28 Edwardes-Ker, M., *Tax treaty interpretation*, Cap. VII, In-Depth Publishing, Londres, 1994, p. 2 y Vogel, K., *On double taxation conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 562.

29 En general son tres las posturas sobre la definición del beneficiario efectivo: por un lado, cierto sector de la doctrina da preeminencia a la definición de la normativa interna de cada Estado contratante (Edwardes-Ker, op. cit., p. 2 y Vogel, *op. cit.,* p. 562); por otro lado, otros autores afirman que el concepto de beneficiario efectivo debe ser interpretado de manera autónoma, en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del CDI (Eynatten, W.; De Haen, K. y Hostyn, N., "The concept of beneficial ownership under belgian tax law: legal interpretation is mainteined", in *Intertax*, Nº 12, p. 538); finalmente, existe una postura híbrida con una interpretación limitada en base al contexto, es decir cuando la normativa interna no lo defina o cuando el significado existente sea contrario al objeto y propósitos del tratado.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 221

definido al beneficiario efectivo expresamente en su ordenamiento jurídico interno habrá que estarse a dicho significado, pero siempre y cuando su aplicación no sea contraria al objeto y los propósitos del CDI.

III. LA CLÁUSULA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO EN LA NORMATIVA INTERNA ARGENTINA

Este acápite está dedicado a ciertos preceptos de la normativa interna argentina que se relacionan con la noción del beneficiario efectivo. A raíz de ello nos centraremos básicamente en la Ley 20.628 (texto ordenado en 1997 y sus modificaciones), que regula el Impuesto a las Ganancias; el Decreto 1344/1998, que reglamenta a la Ley 20.628 y algunas resoluciones generales de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP).

Como primera aproximación al tema es preciso dejar en claro que los preceptos internos de Argentina, como ocurre en la mayoría de los países, no brindan un concepto expreso sobre el beneficiario efectivo pero, a juzgar por el contenido de la Ley 20.628[30], la noción de "beneficiario del exterior" tiene muchos puntos de contacto con la de "beneficiario efectivo". En los próximos párrafos no avocaremos al estudio del beneficiario del exterior y a la búsqueda de dichos puntos de contacto.

Antes de continuar conviene aclarar que este trabajo no pretende agotar la cuestión del beneficiario del exterior, para lo cual precisaríamos de una producción mucho más extensa, sino simplemente encontrar aquellos indicios que nos permitan ligar una interpretación del beneficiario efectivo a partir de la normativa argentina. Es por ello que nos dedicaremos fundamentalmente al artículo 91 de la Ley 20.628.

La relación entre ambos tipos de beneficiarios se advierte con la definición de beneficiario del exterior que presenta el artículo 91, 4º párrafo, que dispone lo siguiente:

> "Se considerará beneficiario del exterior aquel que perciba sus ganancias en el extranjero directamente o a través de apoderados, agentes, representantes o cualquier otro mandatario en el país y a quien, percibiéndolos en el país, no acreditara residencia estable en el mismo".

La propia Resolución General 3497/92, que regula ciertas cuestiones sobre los beneficiarios del exterior, identifica a los beneficiarios efectivos con aquellos sujetos residentes en el exterior que resulten beneficiarios de rentas de fuente argentina[31].

A partir de lo expuesto vemos que para la definición de beneficiario efectivo, según la normativa argentina, son esenciales los siguientes requisitos:

- percepción de ganancias de fuente argentina
- directamente o a través de algún intermediario o mandatario en Argentina
- por parte de un sujeto con residencia en el exterior

El primer requisito consiste en el pago o la percepción de ganancias, según nos ubiquemos en el sujeto activo o pasivo de la relación mercantil, siempre que su fuente sea de origen nacional. Estamos ante uno de los requisitos más importantes que nos ayudarán a entender qué se entiende por beneficiario efectivo bajo la normativa interna argentina. Antes de continuar vale la pena señalar que, según se desprende del 1º párrafo del artículo 91, el beneficiario del exterior puede ser tanto una persona física como jurídica.

En cuanto al pago (o la percepción), el artículo 91, 2º párrafo, considera que en general existe pago "… cuando se den algunas de las situaciones previstas en el último párrafo del artículo 18". Por su parte, el último párrafo actual del artículo 18 de la Ley 20.628 sostiene lo siguiente:

"Tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para personas o entes del extranjero con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o para personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones de baja o nula tributación, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación".

A su vez, el sexto párrafo del actual artículo 18 dice que:

> "Se consideran ganancias del ejercicio las devengadas en el mismo. No obstante, podrá optarse por imputar las ganancias en el momento de producirse la respectiva exigibilidad, cuando las ganancias se ori-

30 Título V, del artículo 91 al 93 de la Ley 20.628.

31 Ver "considerandos" y artículo 1 de la RG 3497/92.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 222

ginen en la venta de mercaderías realizadas con plazos de financiación superiores a DIEZ (10) meses, en cuyo caso la opción deberá mantenerse por el término de CINCO (5) años y su ejercicio se exteriorizará mediante el procedimiento que determine la reglamentación. El criterio de imputación autorizado precedentemente, podrá también aplicarse en otros casos expresamente previstos por la ley o su decreto reglamentario. Los dividendos de acciones y los intereses de títulos, bonos y demás títulos valores se imputarán en el ejercicio en que hayan sido puestos a disposición".

De todas formas, uno de los preceptos más esclarecedores del artículo 18 se encuentra en su antepenúltimo párrafo que fija lo siguiente:

"Cuando corresponda imputar las ganancias de acuerdo con su percepción, se considerarán percibidas y los gastos se considerarán pagados, cuando se cobren o abonen en efectivo o en especie y, además, en los casos en que, estando disponibles, se han acreditado en la cuenta del titular o, con la autorización o conformidad expresa o tácita del mismo, se han reinvertido, acumulado, capitalizado, puesto en reserva o en un fondo de amortización o de seguro, cualquiera sea su denominación, o dispuesto de ellos en otra forma".

Sobre esta cuestión el Tribunal Fiscal de la Nación Argentina señala que:

"…la contabilización de la deuda y la de los importes no retenidos no supone cumplimentar ningún requisito para obligar al agente de retención, porque el deber de retención nace con el pago y no depende de que se encuentre contabilizado o no... el pago así entendido implica una puesta a disposición del acreedor de los valores comprometidos en los términos del artículo 91 de la ley, en tanto el art. 18 (pár. 7°) se encarga de brindar los ejemplos de lo que debe entenderse como disponibilidad. Y es ahí sí, que la contabilidad puede reflejar la puesta a disposición como pago, susceptible de generar la obligación de retener el impuesto, porque es a través de la registración contable que surge el momento de esa disponibilidad (cfr. doctrina de la C.F.C.A.C.F. en la sentencia de los casos "Pen Controls Argentina S.A." del 11/10/79 y "Organon Argentina S.A." del 20/6/81 y de la C.S.J.N. al resolver las causas "Dentsply Argentina SACI" el 30/7/81 y "Nivea SAIC" el 12/3/81)"[32].

Así las cosas vemos, entre otras cuestiones, que la definición de pago incluida en este artículo dispone que el beneficiario en realidad no es quien percibe los fondos sino el verdadero acreedor[33].

Dentro de este primer requisito también ubicamos la fuente nacional de las ganancias. Sin ánimo de detenernos sobre esta cuestión podemos decir que en general la norma considera ganancias de fuente argentina, salvo disposiciones especiales, a aquellas que provienen:

- de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país;
- de la realización en el territorio nacional de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios;
- de hechos ocurridos dentro de los límites territoriales, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos[34] .

El segundo requisito que marcábamos indica que las ganancias de fuente argentina deben ser percibidas directamente o por un mandatario que actúa dentro del territorio nacional. Este punto no presenta mayores problemas. Al tratarse de un agente que, se supone, actúa en nombre del beneficiario del exterior se considera fiscalmente hablando como si este último hubiera recibido directamente la renta.

---

32 TFN, Sala D, "Transeuropa Video Entertainment San Luis S.A.", resolución de fecha 11 de junio de 2004.

33 Sobre la obligación de efectuar la correspondiente retención fiscal, la reglamentación de la Ley 20.628 establece que cuando los beneficios de los beneficiarios del exterior "…sean percibidos en el país por agentes, representantes u otros mandatarios, quien los perciba estará obligado a ingresar el impuesto respectivo en la forma y dentro de los plazos que disponga la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS… En el supuesto que los beneficios correspondientes a beneficiarios del exterior sean pagados directamente a los mismos por el sujeto que efectúa el desembolso de las sumas que los contienen, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 91 de la ley" (art. 18, Decr. 1344/1998). Asimismo, la retención que deben practicar los agentes, representantes, u otros mandatarios que perciban beneficios por cuenta de beneficiarios del exterior se realizará en base a las condiciones que establece la RG 3497/92 y la RG 739/99 (art. 7, RG 739/99).

34 Sobre las ganancias de fuente argentina ver el artículo 5 y siguientes de la Ley 20.628.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 223

El tercer requisito que extrajimos de la definición de beneficiario del exterior exige que este no tenga residencia en el país. En honor a la brevedad nos remitimos al capítulo I del Título IX de la Ley 20.628 (arts. 119 y ss.), que explica los presupuestos básicos para entender cuándo una persona puede ser considerada residente o no en territorio argentino.

Más allá de los requisitos esenciales de un beneficiario del exterior, el artículo 91, 1º párrafo, establece el tratamiento fiscal aplicable a las rentas que perciban estos sujetos. Concretamente se determina que:

> "Cuando se paguen beneficios netos de cualquier categoría a sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior –con excepción de los dividendos, las utilidades de los sujetos a que se refieren los apartados 2, 3, 6 y 7, del inciso a) del artículo 69 y las utilidades de los establecimientos comprendidos en el inciso b) de dicho artículo– corresponde que quien los pague retenga e ingrese a la Administración Federal de Ingresos Públicos… con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) de tales beneficios".

En primer lugar, el artículo define los sujetos a quienes se aplicará el régimen fiscal de los beneficiarios del exterior. Concretamente, hace referencia a las "sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior", dando a entender un ámbito subjetivo bastante amplio que abarca tanto a personas físicas como jurídicas.

En segundo lugar, se exponen las rentas que estarán sujetas al régimen de beneficiario del exterior, fijando un ámbito objetivo bastante restringido a juzgar por las exclusiones. Estas exclusiones son las utilidades de:

- las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple y la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones, en todos los casos cuando se trate de sociedades constituidas en el país[35].
- Las asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país en cuanto no corresponda por esta ley otro tratamiento impositivo[36].
- Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la Ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario[37].
- Los fondos comunes de inversión constituidos en el país, no comprendidos en el artículo 1, 1º párrafo, de la Ley 24.083 y sus modificaciones[38].
- Los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier otro tipo, organizados en forma de empresa estable, pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o a personas físicas residentes en el exterior[39].

La excepción de los dividendos se explica porque los dividendos "no son computables para los beneficiarios para determinar su ganancia neta y… la misma situación de excepción... se produce en el supuesto de utilidades de los establecimientos permanentes"[40].

En tercer lugar, la norma dispone la consecuencia tributaria aplicable a los sujetos y a las rentas antes mencionadas, que consiste en que el pagador deberá retener e ingresar al fisco el porcentaje máximo del impuesto a las ganancias, es decir el 35%. Dicha retención e ingreso operarán como un pago único y definitivo para el beneficiario del exterior[41]. Esto último significa que concluyen las obligaciones tributarias del

35 Artículo 69.a.2) de la Ley 20.628.
36 Artículo 69.a.3) de la Ley 20.628.
37 Artículo 69.a.6) de la Ley 20.628.
38 Artículo 69.a.7) de la Ley 20.628.
39 Artículo 69.b) de la Ley 20.628.
40 Giuliani Fonrouge, C. y Navarrine S., *Impuesto a las ganancias*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 619.
41 La retención que deben practicar los agentes, representantes, u otros mandatarios que perciban beneficios por cuenta de beneficiarios del exterior se realizará en base a las condiciones que establece la RG 739/99 (art. 7, RG 739/99). Entre dichas condiciones, la Resolución General dispone que "los agentes, representantes u otros mandatarios de los beneficiarios del exterior, cuando deban efectuar el ingreso del importe de la retención omitida por el pagador del beneficio, darán a los ejemplares de los certificados de retención, intervenidos por este organismo, los siguientes destinos: a) El original será entregado al beneficiario del exterior; este ejemplar operará como comprobante de la retención practicada, a efectos de la utilización que pueda corresponder ante fiscos extranjeros; b) El duplicado deberá ser entregado –en su caso– a las personas físicas o jurídicas (ej.: entidades financieras regidas por la Ley 21.526 y sus modificaciones) que actúen en carácter de intermediarias, administradoras o mandatarias en la remisión de los fondos, con el fin de que no se practique la retención del impuesto a las ganancias sobre los importes a girar o transferir; c) El triplicado, juntamente con el F. 107 o el tique, según corresponda, intervenidos por la respectiva dependencia, deberán ser conservados por los responsables como constancias de ingreso e imputación" (art. 19, RG 739/99).

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 224

beneficiario de las ganancias, es decir que no debe presentar balance impositivo anual ni liquidar el impuesto en función de las ganancias que hubiera obtenido en período fiscal[42].

La Resolución General 3497/92, reformada por la Resolución General 2228/07, se encarga de regular algunas cuestiones administrativas y formales sobre la tributación de los beneficiarios del exterior, por un lado, y de coordinar la normativa interna con la normativa convencional (con CDI que prevean un trato más favorable), por el otro. Concretamente, los beneficiarios del exterior de la Ley 20.628 cuyas rentas de fuente argentina gocen de un tratamiento especial en los CDI firmados por Argentina estarán alcanzados por las disposiciones de la Resolución General 3497/92[43].

Los beneficiarios del exterior que pretendan hacer valer las ventajas de un CDI deberán acreditar las condiciones de cuyo cumplimiento depende el reconocimiento de tales tratamientos ventajosos. Para ello tendrán que presentar una declaración jurada según el modelo que se indica en el Anexo[44] de la Resolución General. Los datos contenidos en la citada declaración jurada deberán ser certificados con la autoridad fiscal competente del Estado contratante de que se trate[45].

Lo más significativo de esta Resolución General es que cuando, más allá de cumplir con los requisitos sustanciales, el beneficiario del exterior no lleve adelante los requisitos formales se perderá el tratamiento especial que ofrece el CDI. En virtud de ello, el agente de retención o percepción realizará la correspondiente retención o percepción según lo regula el Título V de la Ley 20.628 y sin considerar el tratamiento fiscal especial.

Un análisis comparativo nos lleva a pensar que la noción de beneficiario del exterior es más amplia que la del beneficiario efectivo ya que, como sus nombres indican, en el primer caso se enfoca en la calidad de no residente en Argentina ("del exterior") y en el segundo a la búsqueda del verdadero ("efectivo") perceptor de la renta. De todas maneras, si ahondamos un poco más en cada una de las figuras comprobamos que son más similares de lo que sus nombres parecen indicar. Por un lado, el pago de la renta a los beneficiarios del exterior apunta a la búsqueda de la persona realmente beneficiada con aquél (arts. 18 y 91, 2º párr., Ley 20.628) y, por el otro, un beneficiario efectivo nunca podrá ser residir en el país de la fuente de la renta (arts. 10.1, 11.1 y 12.1, MCOCDE 2010 y mayoría de CDI).

No obstante, no podemos obviar que cada una de estas figuras responde, en última instancia, a necesidades diferentes. La cláusula del beneficiario del exterior pretende regular la situación fiscal de las rentas percibidas por una persona no residente en Argentina, sin importar de qué país extranjero se trate. Mientras que la cláusula del beneficiario efectivo opera como un parámetro para regular la distribución de las competencias fiscales de dos Estados. Aquí sí importará de qué Estado estemos hablando ya que dicho beneficiario inevitablemente tendrá que ser residente de alguno de ellos.

Finalmente, en cuanto a la necesidad que además de la titularidad del rendimiento sea necesaria la del derecho que lo genera, la normativa argentina no parece exigir más que la primera titularidad, siguiendo así la misma línea que la OCDE.

En definitiva, si bien es cierto que la normativa interna argentina no contiene una noción expresa de beneficiario efectivo también es cierto que la definición de beneficiario del exterior del Impuesto a las Ganancias guarda mucha relación con aquella. También vemos que la noción de beneficiario del exterior se condice con la del beneficiario efectivo de la OCDE o por lo menos no se encuentran elementos que la contradigan abiertamente. Siempre partiendo de la base que se trata de una figura cuya definición es sumamente compleja[46] y de la cual aún no existe un genuino acuerdo; de hecho, el Modelo de la OCDE tampoco establece una definición concreta sino algunas pautas orientadoras.

V. LA CLÁUSULA DEL BENEFICIARIO EFECTIVO EN LA NORMATIVA CONVENCIONAL ARGENTINA. ÚLTIMA TENDENCIA

En este apartado nos detendremos sobre la red argentina de convenios tributarios, analizando el tratamiento fiscal que dispensan al beneficiario efectivo y la última tendencia que, en relación a esta temática, viene siguiendo la Administración argentina a la hora de celebrar o denunciar estos tratados.

42 Raimondi, C. y Atchabahián, A., *El impuesto a las ganancias*, 2ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 366.

43 Artículo 1 de la RG 3497/92.

44 Modificado por la RG 2228/07.

45 Artículo 1, RG 3497/99. Asimismo, la declaración jurada indicada se presentará por duplicado en la oportunidad en que el responsable deba ser pasible de retención o percepción ante el agente de retención o percepción quien devolverá al responsable el original con constancia de su recepción (art. 2, RG 3497/99).

46 Vega Borrego, op. cit., p. 16.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 225

Actualmente nuestro país cuenta con 17 CDI, de los cuales uno se aplica sólo a las rentas provenientes de la navegación marítima (México); tres se aplican sobre la renta en general (Australia, Brasil y Suecia) y el resto se aplica sobre la renta y el patrimonio (Alemania, Bélgica, Bolivia, Canadá, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Rusia). Hasta no hace mucho tiempo nuestro país contaba con tres tratados más (Austria, Chile y Suiza), pero la Administración argentina decidió denunciarlos por diversos motivos que ahora no vienen al caso[47]. También fue denunciado[48] el CDI firmado con España en 1992 pero en este caso se logró llegar a un consenso y en 2013 se firmó un nuevo tratado para reemplazar al anterior[49].

De los 17 convenios hay cuatro que no mencionan expresamente al beneficiario efectivo: Alemania, Bolivia, Brasil y México.

Al estar vinculado a las rentas derivadas de la navegación marítima, el CDI Argentina-México no hace ninguna referencia directa sobre los dividendos, intereses o cánones.

El CDI Argentina-Alemania tiene una redacción basada en los criterios de la OCDE previos a la reforma de 1977, es decir, antes que se incorpore la cláusula del beneficiario efectivo en el MCOCDE. De esta manera, el tratado reconoce la tributación compartida para el caso de los dividendos, intereses y cánones, asignando límites porcentuales para el Estado de la fuente pero sin mencionar al beneficiario efectivo[50].

El CDI Argentina-Brasil es muy similar al firmado con Alemania, sólo que en este caso no existe ningún tipo de limitación para el Estado de la fuente, que podrá gravar las rentas según su propia normativa interna.

Finalmente, el CDI Argentina-Bolivia, cuya redacción es casi idéntica a la del denunciado CDI Argentina-Chile, no hace ninguna referencia al beneficiario efectivo. A raíz de ello, los dividendos sólo serán gravables por el Estado donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye (art. 11); los intereses serán gravables en el Estado contratante en cuyo territorio se hubiere utilizado el crédito (art. 10) y las regalías sólo serán gravables en el Estado contratante donde se utilicen los derechos intangibles (art. 9).

Los 13 CDI restantes siguen en líneas generales los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE aunque con dos grandes diferencias producto de las reservas que hizo nuestro país a dicho Modelo: por un lado, los límites porcentuales en general son más altos en los tratados argentino y, por el otro, los cánones también podrán ser gravados, limitación mediante, en el Estado de la fuente.

Los límites porcentuales de los diferentes CDI argentinos varían según los casos: Finlandia: dividendos (10% y 15%), intereses (15%) y cánones (3%, 5%, 10% y 15%); Italia: dividendos (15%), intereses (20%) y cánones (10% y 18%); Francia: dividendos (15%); intereses (20%) y cánones (18%); Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos y Reino Unido: dividendos (10% y 15%), intereses (12%) y cánones (3%, 5%, 10% y 15%); Australia: dividendos (10% y 15%), intereses (12%) y cánones (10% y 15%); Canadá, Noruega y Suecia: dividendos (10% y 15%), intereses (12,5%) y cánones (3%, 5%, 10% y 15%); Rusia: dividendos (10% y 15%), intereses (15%) y cánones (15%).

Tal y como hemos adelantado, es importante tener presente que la Argentina, junto a muchos otros países, ha formalizado ciertas reservas y posiciones propias en relación a ciertos artículos del MCOCDE 2010, entre los cuales se encuentran los artículos 10, 11 y 12.

Estas reservas constituyen lo que se conoce como "posiciones de economías no integradas en el MCOCDE"[51]. En esta oportunidad nos interesa destacar las siguientes reservas sobre:

47 El CDI firmado con Austria fue denunciado en junio de 2008; el CDI firmado con Chile fue denunciado en junio de 2012 y el CDI firmado con Suiza fue denunciado en enero de 2012. En relación a la denuncia del tratado con Chile se puede consultar a Salassa Boix, R. "El Convenio de Doble Imposición suscrito entre Chile y Argentina: denuncia y comparación con el Modelo de Convenio de la OCDE", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Vol. 2, diciembre-2012, pp. 519-531.

48 El CDI firmado con España fue denunciado en junio de 2012.

49 Para mayor profundidad sobre este tema consultar Salassa Boix, R., "Modificaciones y fundamentos del nuevo convenio para evitar la doble imposición suscrito entre argentina y españa (2013)", en *Revista cordobesa de Derecho internacional público (ReCorDip)*, V. 1, Nº 1, julio 2013, Córdoba-Argentina.

50 Dividendos (15%), intereses (10% y 15%) y cánones (15%).

51 Cuando en 1991 el Comité de Asuntos Fiscales adoptó el concepto de Modelo de Convenio tributario dinámico decidió también, a la vista de la influencia del Modelo de Convenio tributario extendida mucho más allá del ámbito de los países miembros de la OCDE, abrir el proceso continuo de actualización del Modelo de Convenio tributario a las aportaciones de las economías no integradas en la OCDE. De acuerdo con esa decisión, el Comité de Asuntos

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 226

- el derecho a aplicar su imposición en la fuente a un tasa impositiva del 10% en el caso referido en la letra a) del artículo 10.2[52];
- la tasa prevista en el artículo 11.2;
- el derecho a gravar las regalías en la fuente del artículo 12.1[53].

A partir de las mencionadas reservas vemos que todos los CDI celebrados por Argentina fijan un límite superior al 5% para el caso de los dividendos (15% es el límite más común); establecen un límite superior al 10% para el caso de los intereses (15% es el límite más común) y que determinan una tributación compartida para el caso de los cánones variando la tasa máxima según el tipo de derecho que se trate (3%, 5%, 10% y 15% son los límites más comunes). De todas maneras, y esto no sólo para el caso de Argentina, no perdamos de vista que los porcentajes que establece el artículo para el impuesto en el Estado de la fuente son las tasas máximas. Con lo cual, "los Estados pueden convenir en las negociaciones bilaterales tasas inferiores e incluso la imposición exclusiva en el Estado de residencia del beneficiario"[54].

Los modelos de convenio y los CDI en general no se pronuncian sobre la forma en que el Estado de la fuente llevará adelante la imposición de la renta. En virtud de lo cual se deja a dicho Estado la facultad de aplicar su legislación interna y, en particular, de recaudar el impuesto por vía de retención en la fuente o por vía de autodeclaración[55]. En Argentina prima la regla de la retención en la fuente aunque pesa sobre el beneficiario la necesidad de presentar al retenedor o perceptor una declaración jurada específica[56].

En los siguientes párrafos nos dedicaremos a analizar los recientes criterios que la Administración argentina viene demostrando sobre la cláusula del beneficiario efectivo a la hora de celebrar o denunciar CDI. A estos efectos nos centraremos fundamentalmente en las denuncias realizadas en 2012 de los convenios firmados con Chile en 1976 (CDIAC) y con España de 1992 (CDIAE 1992) y en el nuevo CDI suscrito con España en 2013 (CDIAE 2013).

V.1. Denuncia del Tratado fiscal celebrado con Chile

El CDIAC fue firmado en Santiago de Chile el día 13 de noviembre de 1976[57], en medio de una importante oleada de acuerdos fiscales concertados por nuestro país, ya que de aquella época también datan los CDI

Fiscales acordó en 1996 organizar reuniones anuales que permitieran a los expertos de los países miembros y de algunas economías no integradas en la OCDE discutir cuestiones relativas a la negociación, aplicación e interpretación de los convenios tributarios. Además, reconociendo que sólo en el caso de que las economías no integradas en la OCDE conservaran su libertad de expresar su desacuerdo con sus contenidos podría esperarse de ellos que se asociaran al desarrollo del Modelo de Convenio tributario, el Comité decidió que estos países deberían, de la misma forma que los países miembros, tener la posibilidad de identificar los aspectos en los que no pudieran estar de acuerdo con el texto de un artículo o con una interpretación expresada en los Comentarios. Como consecuencia de lo anterior se ha incluido en el Modelo de Convenio tributario esta sección que contiene las posiciones de algunas economías no integradas en la OCDE sobre los artículos del Modelo y de los Comentarios a los mismos. Se pretende que este documento se actualice periódicamente, como el resto del Modelo de Convenio tributario, para recoger los cambios en las opiniones de las economías participantes.

52 Sobre el artículo 10.3 Argentina también se reserva el derecho a incluir una disposición que les permita aplicar las medidas sobre subcapitalización de su legislación nacional independientemente de las disposiciones del Convenio. Sobre el artículo 10.5 Argentina se reserva el derecho a aplicar un impuesto sobre los beneficios de las sucursales.

53 Sobre el artículo 12.2 Argentina también se reserva el derecho a continuar incluyendo en la definición de regalías las rentas derivadas del arrendamiento de equipos industriales, comerciales o científicos y de contenedores, conforme al apartado 2 del artículo 12 del Modelo de Convenio de Doble Imposición de 1977; a incluir en la definición de regalías las remuneraciones de servicios técnicos y a incluir una disposición que defina la fuente de las regalías por analogía con las disposiciones del apartado 5 del artículo 11, que trata del mismo tema cuando se refiere a intereses.

54 Párrafo 13 de los comentarios al artículo 10.2 del MCOCDE 2010. Asimismo este párrafo también aclara que "la reducción de las tasas prevista en el apartado 2 se refiere únicamente a la imposición de los dividendos y no a la imposición de los beneficios de la sociedad que paga los dividendos".

55 Párrafo 18 de los comentarios al artículo 10.2 del MCOCDE 2010.

56 Ley 20.628 (art. 91) y resoluciones generales 739/99 y 3497/92 (modif. por RG 2228/07).

57 Como antecedente de dicho Convenio es dable mencionar la propuesta de Acuerdo de 26 de enero de 1950 por el Ministerio de relaciones Exteriores y Culto, en la cual nuestro país manifiesta la disposición de concluir un acuerdo entre ambos países con el objeto de evitar la doble imposición sobre los beneficios provenientes del transporte marítimo o aéreo y estimular el tráfico comercial entre Chile y Argentina.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 227

suscritos con Bolivia (1976), Alemania (1978), Austria (1979), Italia (1979), Francia (1979) y Brasil (1980). La Argentina ratificó el Convenio con Chile a través de la Ley 23.228, de 5 de septiembre de 1985 (BO de 1 de octubre de 1985). A partir del canje de los instrumentos de ratificación de ambos países, el CDIAC entró en vigor el día 10 de diciembre de 1985, y era aplicable a los siguientes sujetos[58]:

- Personas de existencia visible o natural y sus sucesiones indivisas, respecto de las rentas, ganancias o beneficios que se obtengan y patrimonios que se posean, a partir del 1 de enero, inclusive, del año calendario inmediato siguiente.
- Empresas, respecto de las ganancias, rentas o beneficios que se obtengan en los ejercicios fiscales o económicos que se iniciaren a partir de la fecha de entrada en vigor, inclusive, del presente Convenio y por los capitales que correspondan a dichos ejercicios.

En el año 2003 ambos países firmaron un Protocolo por el cual se modificó el artículo 19 del CDIAC, relativo al patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad y demás elementos del patrimonio. El Protocolo fue elaborado el 23 de abril de 2003 y aprobado en Argentina por Ley 26.232 de 25 de abril de 2007 (BO de 26 de abril de 2007), por medio de la cual la modificación se aplicó provisionalmente desde la fecha de su firma. Su vigencia formal estaba contemplada para el momento en que los Estados contratantes se notifiquen mutualmente el cumplimiento de las formalidades constitucionales para la entrada en vigor. No obstante, mediante Ley 26.623 de 6 de septiembre de 2010 (BO de 7 de septiembre de 2010) la Argentina aprobó el Acuerdo por canje de notas por el que se hacía retroactiva la fecha de aplicación del Protocolo modificatorio.

El Convenio con Chile fue creado con efectos indefinidos pero dando la posibilidad a cualquiera de las partes para denunciarlo. Para denunciar el Acuerdo había que esperar hasta el año 1991 ya que no era posible hacerlo antes que transcurran cinco años desde su entrada en vigor, y la denuncia se había de solicitar entre el 1 de enero y el 30 de junio de cualquier año siguiente al señalado[59].

En cumplimiento de estos requisitos el gobierno argentino, según fuentes oficiales, notificó su denuncia el día 29 de junio de 2012[60]. En virtud de ello, el Convenio cesó en sus efectos según las siguientes pautas[61]:

- Para las personas de existencia visible o natural y sus sucesiones indivisas, respecto de las rentas, ganancias o beneficios que se obtengan y patrimonios que se posean a partir del 1 de enero, inclusive, del año calendario inmediato siguiente a aquel en el cual se hubiere notificado la denuncia del presente Convenio. En este caso estamos hablando del año 2013.
- Para las empresas, respecto de las ganancias, rentas, beneficios o capitales correspondientes a los ejercicios fiscales o económicos que se inicien con posterioridad a la fecha en que se hubiere practicado dicha notificación. En este supuesto dependerá de cada caso en particular.

El Acuerdo con Chile es prácticamente idéntico al de Bolivia. Ambos fueron firmados en 1976 y ninguno de ellos hace mención expresa sobre el beneficiario efectivo, cuya inclusión en el MCOCDE se produjo al año siguiente. A pesar de las similitudes hoy en día el Convenio de Chile ya no está vigente pero sí el de Bolivia. A continuación desarrollaremos la que, a nuestro juicio, constituye una de las principales razones por las que el CDIAC fue denunciado por Argentina, la cual se centra en el tratamiento fiscal de los dividendos (art. 11, CDIAC) y en las maniobras abusivas que giraban en torno a ellos.

Como ya hemos comentado, el CDIAC fue firmado en 1976 y el tratamiento fiscal de los dividendos era el siguiente:

> "Los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye" (art. 11).

De esta manera, cuando una empresa radicada en Chile distribuía dividendos a una empresa radicada en Argentina, dichas rentas eran gravadas exclusivamente en Chile (Estado de la fuente). Hasta aquí no se vislumbra ninguna cuestión excesivamente sospechosa o perjudicial para ninguno de los Estados contratantes. Los problemas comenzaron en el año 2002 cuando el país chileno dicta la Ley 19.840, vigente a partir del 1

58 Artículo 24 del CDIAC.

59 Artículo 26 del CDIAC.

60 Sobre la denuncia de este CDI sugerimos la lectura de SALASSA BOIX, "El convenio de…", op. cit., pp. 519-531.

61 Artículo 26 del CDIAC.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 228

de enero de 2003, por medio de la cual se implementaron las denominadas "Sociedades Plataforma de Inversiones" (SPI) y se modificó el impuesto a la renta de dicho país.

La Ley 19.840 establece un régimen tributario preferencial para las SPI a los fines de incentivar a los inversionistas extranjeros a canalizar sus inversiones en el exterior por intermedio de este tipo de sociedades, evitando así que se graven nuevamente las utilidades que se generan en el extranjero a cambio de obtener un mayor desarrollo de los servicios financieros, contables y legales en su país.

Se trata de sociedades que tienen como principal objetivo conducir inversiones de sujetos no residentes hacia sociedades radicadas en Chile o en otros países, de forma que la sociedad chilena pueda ser utilizada como compañía *holding* de inversiones. Los únicos requisitos legales son que las SPI estén constituidas de acuerdo a las leyes chilenas, que estén físicamente establecidas en el país y que funcionen como sociedades anónimas. El gran beneficio fiscal, y por el cual Argentina denunció el Tratado, consiste en que estas sociedades son consideradas por la Ley del Impuesto a Renta de Chile como domiciliadas en el extranjero, por lo que tributan en Chile sólo por las rentas de fuente chilena.

Con este nuevo escenario normativo, cuando una empresa radicada en Chile distribuía dividendos provenientes del extranjero a una empresa radicada en Argentina, dichas rentas no eran gravadas por ninguno de los Estados contratantes. A pesar de gravarse en su normativa interna, dichas rentas no estaban alcanzadas en Argentina porque el CDIAC otorgaba competencia tributaria exclusiva al país donde se habrían distribuido (Estado de la fuente) y en Chile tampoco estaban alcanzadas ya que, si bien el Convenio se lo permitía, la Ley 19.840 no grava las rentas de fuente extranjera. En definitiva, ante casos como el relatado se producían supuestos de doble no imposición, cuyo precedente más significativo está en la aún debatida causa que pesa sobre Molinos Río de la Plata SA.

No caben dudas de que en líneas generales el CDIAC era un tratado sumamente arcaico y muy lejos de los criterios y acuerdos fiscales actuales, lo cual justificaría su modificación y actualización[62], de todas maneras el principal motivo de la denuncia fue la reticencia de la Administración chilena para reformar el artículo 11 o su normativa interna (Ley 19.840). El reclamo esencial de nuestro país era reeditar dicho artículo según los parámetros internacionales actuales, los cuales incluyen, entre otras cuestiones, la cláusula del beneficiario efectivo. Durante mucho tiempo se llevaron adelante intensas reuniones para modificar el CDIAC y de esta forma intentar evitar su denuncia, pero finamente los gobiernos de Argentina y Chile no pudieron llegar a un acuerdo y se produjo el desenlace ya conocido por todos.

V.2. El Tratado fiscal celebrado con España (2013)

El segundo episodio que, a nuestro entender, marca la tendencia actual de nuestra Administración en materia de CDI es la denuncia del Convenio con España de 1992 y su reemplazo por una nueva versión del año 2013. Esto es así ya que muchas de las modificaciones que incluye la nueva versión se relacionan directamente con la cláusula del beneficiario efectivo y con su interpretación.

El 21 de julio de 1992 la República Argentina y el Reino de España suscribieron su primer Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y el patrimonio. España aprobó el Convenio mediante el instrumento de ratificación de 21 de julio de 1992[63] y Argentina a través de la Ley 24.258, de 13 de octubre de 1993[64]. La firma del Acuerdo con España fue el puntapié inicial de un intenso proceso de negociación de convenios fiscales de la Argentina llevó adelante en la década de los '90 con los países con mayor volumen de relaciones comerciales[65]. El hecho que dicho proceso comenzara en 1992 no fue casualidad ya que, recordemos, fue en ese momento cuando nuestro país decidió acoger, junto al criterio de la fuente, el criterio de la residencia como factor de sujeción. Si no se promovían acuerdos de doble imposición se hacía muy difícil fomentar y mantener la inversión extranjera en nuestro país.

Durante sus casi 20 años de vigencia, el CDIAE 1992 fue la piedra angular sobre la cual se proyectaron y reforzaron las relaciones comerciales entre dos países que cuentan con una extensa historia y raíces en común. Pero las maltrechas relaciones políticas y diplomáticas que Argentina y España mantienen desde hace

62 Ver Salassa Boix, "El convenio de…", op. cit., pp. 529-530.

63 Publicado en el Boletín Oficial del Estado Nº 216, de 9 de septiembre de 1994.

64 Publicada en el Boletín Oficial, de 19 de noviembre de 1993.

65 CDI con España de 1992; CDI con Canadá de 1993; CDI con Bélgica de 1994; CDI con Finlandia de 1994; CDI con Dinamarca de 1995; CDI con Suecia de 1995; CDI con Países Bajos de 1996; CDI con Reino Unido de 1996; CDI con Noruega de 1997; CDI con Suiza de 1997; CDI con Australia de 1999.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 229

unos años, sumado a la intensificación de nuestro país en la lucha contra la evasión fiscal, propiciaron una ruptura en las relaciones tributarias de ambos países.

Esta ruptura se plasmó concretamente el 29 de junio de 2012 cuando la Argentina emitió un comunicado a España en el que, al amparo del artículo 29 del CDIAE 1992, denunciaba[66] el Acuerdo vigente. La denuncia fue publicada en el Boletín Oficial del 13 de julio de 2012 y sus efectos comenzaron a partir del 1 de enero de 2013.

Pero la ruptura de las relaciones fiscales no fue definitiva ya que, tras largos meses de negociación y revisión, finalmente acordaron celebrar un nuevo CDI el 11 de marzo de 2013, con efectos retroactivos al día 1 de enero de 2013. En consecuencia, los efectos del nuevo Acuerdo gozaron de continuidad y los contribuyentes quedaron en todo momento bajo el amparo de los preceptos convencionales.

En el marco del nuevo Convenio encontramos dos modificaciones que están íntimamente relacionadas con la lucha contra la evasión fiscal: la cláusula del intercambio de información (art. 26 CDIAE 2013) y el Memorando de entendimiento relativo a la aplicación del convenio (Memorando), referido a cuestiones de evasión fiscal[67].

El Memorando está compuesto por cuatro cláusulas antievasión, de las cuales las tres primeras operan como cláusulas antievasión genéricas, que abarcan cualquier tipo de situación regulada por el CDIAE 2013, y la última funciona como una cláusula antievasión específica, que incide sobre supuestos evasivos muy concretos. Esta última se aplica sólo a los artículos 10, 11, 12 y 13 del CDIAE 2013 (dividendos, intereses, cánones y las ganancias de capital).

Asimismo, y desde otro punto de vista, estas cuatro cláusulas pueden ser divididas en dos grupos: por un lado, aquellas que impiden que el CDIAE 2013 deje sin efecto o neutralice ciertas normas internas de los Estados contratantes, es decir que protegen una determinada normativa doméstica (cláusulas de protección) y, por el otro, aquellas que persiguen una recalificación de los hechos a partir del principio de realidad económica (cláusulas de recalificación).

En el primer grupo se encuentran los puntos a) y c) del Memorando y concretamente protegen la aplicación de la normativa interna sobre la prevención de la evasión fiscal y la transparencia fiscal internacional, respectivamente. En el segundo grupo se hallan los puntos b) y d) y son cláusulas antievasión que pretenden dar protagonismo al principio de la realidad económica para calificar los hechos que puedan caer bajo la órbita del Convenio. A continuación nos avocaremos a las cláusulas de recalificación que son las que tienen una relación directa con la cláusula del beneficiario efectivo.

El punto b) del Memorando establece lo siguiente:

> "Se entenderá que los beneficios del Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio allí situados".

Por su parte, el punto d) del Memorando reza como sigue a continuación:

"Las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 13 no se aplicarán cuando el fin primordial o uno de los fines primordiales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión de las acciones u otros derechos que generan los dividendos, la creación o cesión del crédito que genera los intereses, o la creación o cesión del derecho que genera los cánones o regalías, sea el de conseguir el beneficio de dichos artículos mediante dicha creación o cesión".

Estos preceptos se inspiran en el principio de la realidad económica, que se reconoce como cláusula antievasión general en la normativa interna de ambos Estados contratantes. Concretamente, en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario de Argentina (LPT)[68] y en el artículo 13 de la Ley General Tributaria de España (LGT)[69]. La idea central que subyace de las normas internas y convencionales referenciadas estriba en la recalificación los hechos a partir de las formas jurídicas que debieron utilizarse según la real intención de las partes y, por ende, en la prescindencia de estructuras jurídicas inadecuadas.

---

66 Consultar Salassa Boix, "Modificaciones y fundamentos…", op. cit., pp. 1-33.

67 Documento complementario al CDI que opera como un sub-acuerdo que complementa al CDIAE 2013 en cuanto a la interpretación de cuestiones de evasión fiscal. Podemos decir, en términos generales, que se trata de una serie de preceptos que orientan la interpretación del Convenio y que impiden su aplicación de modo tal que esta pueda interferir en la detección de fraudes tributarios internacionales.

68 Ver nota 17.

69 "Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez" (art. 13, LGT).

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 230

Más allá del objetivo de recalificación que comparten estos dos preceptos también se advierten algunas diferencias, ya que mientras que el primero tiene una vocación genérica el segundo está más enfocado sobre ciertas rentas (dividendos, intereses, cánones y ganancias de capital).

Del punto b) del Memorando subyace la idea de dotar de una mayor amplitud a la cláusula del beneficiario efectivo, que no sólo será indispensable para gozar de las ventajas que ofrecen los artículos 10, 11 y 12 (dividendos, intereses y cánones), como suele estipularse, sino también para percibir cualquier ventaja fiscal del CDI.

El punto d) viene a interpretar y delimitar el concepto de beneficiario efectivo ya que su configuración está supeditada a que el fin primordial, o uno de los fines primordiales, del perceptor de la renta no sea el de conseguir el beneficio de los artículos 10, 11, 12 y 13 del CDIAE 2013. Los comentarios al MCOCDE 2010 relacionan esta cuestión con el principio de "buena fe" y aclaran que la actividad principal de un sujeto no puede tener como objetivo principal la obtención de ninguno de los beneficios previstos en el presente Convenio[70].

En definitiva, podemos decir que la tendencia actual de los convenios firmados por Argentina en líneas generales está marcada por una fuerte lucha contra la evasión fiscal, en cualquiera de sus variantes, y en la cláusula del beneficiario efectivo como una de las herramientas para evitarla. En lo que respecta a nuestro tema de estudio se vislumbra, a raíz de los últimos acontecimientos, la intención de denunciar aquellos acuerdos que no incorporen la cláusula del beneficiario efectivo a la hora de regular los dividendos, intereses y cánones y de incorporar a los CDI, a través de Memorandos, ciertas cláusulas de aplicación e interpretación de la noción del beneficiario efectivo.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

El objetivo del presente trabajo estriba en determinar, por un lado, cuál es la noción y el alcance de dicha cláusula según los criterios de la OCDE y la normativa interna argentina y, por el otro, cuál es la última tendencia de la Administración argentina sobre esta cuestión a la hora de celebrar y denunciar CDI.

Según los criterios de la OCDE la cláusula del beneficiario efectivo normalmente se aplica a los dividendos, intereses y cánones y quien ostenta dicha categoría debe residir en el otro Estado contratante y no debe obtener la renta en el Estado de la fuente a través de un establecimiento permanente directamente vinculado con aquella. Para erigirse en beneficiario efectivo sólo basta con ser titular del rendimiento y no de la participación, préstamo o derecho de propiedad intelectual o industrial que genera el dividendo, interés o canon.

Es importante no sólo atenerse a la titularidad formal del rendimiento sino que también hay identificar, desde un punto de vista económico, quién ostenta la disponibilidad efectiva de dicho rendimiento. Se trata de correr el velo formal de la maniobra fiscal para descubrir la realidad económica subyacente.

Cuando existe una definición expresa del beneficiario efectivo en el ordenamiento jurídico de los Estados contratantes, entendemos que ella resulta plenamente aplicable a los fines del CDI, aunque teniendo en cuenta las recomendaciones de la OCDE sobre la interpretación de su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio. Ello evidentemente incluye la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y la elusión fiscales.

Un análisis comparativo nos lleva a pensar que la noción de beneficiario del exterior es más amplia que la del beneficiario efectivo ya que, como sus nombres indican, en el primer caso se enfoca en la calidad de no residente en Argentina ("del exterior") y en el segundo caso se avoca a la búsqueda del verdadero ("efectivo") perceptor de la renta. De todas maneras, si ahondamos un poco más en cada una de las figuras comprobamos que son más similares de lo que sus nombres parecen indicar. Por un lado, el pago de la renta a los beneficiarios del exterior apunta a la búsqueda de la persona realmente beneficiada con aquel (arts. 18 y 91, 2º párr., Ley 20.628) y, por el otro, un beneficiario efectivo nunca podrá ser residir en el país de la fuente de la renta (arts. 10.1, 11.1 y 12.1, MCOCDE 2010 y mayoría de CDI).

Pero no podemos obviar que cada una de estas figuras responde, en última instancia, a necesidades diferentes. La cláusula del beneficiario del exterior pretende regular la situación fiscal de las rentas percibidas por una persona residente en el extranjero, sin importar de qué país extranjero se trate. Mientras que la cláusula del beneficiario efectivo opera como un parámetro para regular la distribución de las competencias fiscales de dos Estados, de manera que dicho beneficiario será inevitablemente residente de alguno de ellos.

70 Párrafo 19 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 231

Finalmente, en cuanto a la necesidad que además de la titularidad del rendimiento sea necesaria la del derecho que lo genera, al igual que los criterios de la OCDE, la normativa argentina no parece exigir más que la primera titularidad.

En definitiva, si bien es cierto que la normativa interna argentina no contiene una noción expresa de beneficiario efectivo también es cierto que la definición de beneficiario del exterior del Impuesto a las Ganancias tiene mucha relación con aquella. Asimismo, vemos que la noción de beneficiario del exterior se condice con la del beneficiario efectivo de la OCDE o por lo menos no se encuentran elementos que la contradigan abiertamente. Siempre partiendo de la base que se trata de una figura cuya definición es sumamente compleja[71] y de la cual aún no hay un genuino acuerdo; de hecho, el Modelo de la OCDE tampoco establece una definición concreta sino algunas pautas orientadoras.

En cuanto a la última tendencia de la Argentina sobre la normativa convencional podemos decir que en líneas generales está marcada por una fuerte lucha contra la evasión fiscal. En lo que respecta a nuestro tema de estudio se vislumbra, a raíz de los últimos acontecimientos, la intención de denunciar aquellos acuerdos que no incorporen la cláusula del beneficiario efectivo a la hora de regular los dividendos, intereses y cánones y de incorporar a los tratados, a través de Memorandos, ciertas cláusulas de aplicación e interpretación de la noción del beneficiario efectivo.

A continuación desarrollaremos algunas consideraciones personales sobre la denuncia del Tratado suscrito con Chile y sobre la nueva versión del Convenio con España.

Si la denuncia del CDI firmado con Chile se basó fundamentalmente en la falta de una mención expresa sobre el beneficiario efectivo en cuanto a los dividendos, entendemos que era excesivo, y hasta innecesario, cesar los efectos del tratado teniendo en cuenta esa sola razón. Seguidamente exponemos los argumentos que sustentan esta afirmación.

En primer lugar, el objetivo de estos acuerdos es justamente evitar los efectos de la doble imposición internacional y al producirse, según el artículo 11 (junto con la Ley 19.840 de Chile), supuestos de doble no imposición las disposiciones de dicho artículo se tornaban inválidas al caso particular. Al respecto el Tribunal Fiscal de la Nación tiene dicho que la nula tributación en la jurisdicción de ambos Estados contratantes contraría el objeto y fin del CDI[72].

En segundo lugar, ante supuestos como este es posible solucionar el conflicto recurriendo a las normas sobre recalificación de los ordenamientos jurídicos internos[73]. En el caso de Argentina tenemos el artículo 2 de la Ley 11.683, cuya aplicación anularía los efectos del artículo 11 y, por ende, no sería necesario denunciar el acuerdo por esta sola cuestión.

En tercer lugar, entendemos que también podría haberse utilizado el principio de buena fe en la aplicación de los tratados según la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados (arts. 31 a 33)[74]. Mediante este principio también hubiera sido posible evitar los efectos del artículo 11 del CDIAC.

Más allá de estas observaciones, y dejando de lado la cuestión del beneficiario efectivo, también reconocemos que el texto del CDIAC estaba desfasado y que era necesario modificarlo o denunciarlo para consensuar uno nuevo. Pero aún cuando avalemos esta postura, y la necesidad de su denuncia, nos invade un nuevo cuestionamiento. Teniendo en cuenta que las causas para denunciar el Acuerdo con Chile fueron su falta de actualización, en general, y la doble no imposición de los dividendos (art. 11 CDIAC), en particular, no entendemos por qué, bajo esos mismos parámetros, aún se mantiene el CDI celebrado con Bolivia en 1976. Lo más lógico sería denunciar o modificar el Tratado con Bolivia.

Como hemos adelantado, el Convenio con Bolivia tiene prácticamente la misma redacción que el CDIAC, incluido el tratamiento fiscal de los dividendos (art. 11). De hecho, si tomamos en cuenta la normativa interna boliviana también veremos que cuando un sujeto radicado en Bolivia distribuya dividendos provenientes del extranjero a sujetos radicados en Argentina se producirá un supuesto de doble no imposición similar al caso chileno.

En virtud de ello, se advierte una ausencia de criterios claros a la hora de denunciar tratados provocando una suerte inestabilidad en las decisiones de la Administración respecto a estas cuestiones. Una política fiscal internacional adecuada exige un cierto grado de coherencia que aquí se echa en falta.

---

71 Vega Borrego, op. cit., p. 16.

72 TFN, sala D, en la causa "Molino Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013, p. 32.

73 TFN, sala D, en la causa "Molino Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013, pp. 32 y 33.

74 TFN, sala D, en la causa "Molino Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013, pp. 13, 14 y 32.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 232

El Tratado con España firmado en 2013 merece otro tipo de consideraciones, un poco más moderadas, las cuales se centran en los cuestiones relativas a su Memorando.

Por un lado, entendemos que se podían haber obtenido los mismos efectos tributarios si no se incorporaba la interpretación restrictiva del concepto de beneficiario efectivo (punto d). Ello es así porque mediante la recalificación de situaciones fácticas, regulada en el artículo 2 de la Ley 11.683, se podrían haber desbaratado las maniobras abusivas y elusivas en la que se vislumbraba como principal objetivo el aprovechamiento de las ventajas del Convenio.

Sobre esta cuestión el MCOCDE 2010 reconoce que "todo uso abusivo de las disposiciones de un convenio tributario podría también considerarse como uso abusivo de las disposiciones de la legislación nacional"[75]. A su vez los comentarios del MCOCDE 2010 también sostienen que la incorporación a los CDI de disposiciones antiabuso específicas serán necesarias cuando un Estado crea que su legislación nacional no incluye las normas o los principios contra la elusión necesarios para abordar de forma adecuada dicha estrategia[76]. Pero este no es el caso de Argentina ya que cuenta con el artículo 2 de la Ley 11.683.

En esta misma línea el Tribunal Fiscal de la Nación argentina sostuvo que "los comentarios de la OCDE en 1992 se orientaron a sostener que las normas nacionales pueden aplicarse a nivel de los convenios de doble imposición, pudiendo fundar la denegación de beneficios del tratado a la sociedad aun cuando este no contenga ninguna norma expresa o explícita que lo autorice, mientras que en el modelo de 2003 sostuvo que la normativa antiabuso no entra en conflicto con los convenios de doble imposición"[77]. Incluso los precedentes de la propia Corte Suprema apoyan la prevalencia de la verdad objetiva por encima del ritualismo formal[78].

En la doctrina también encontramos autores como VEGA BORREGO que entienden que es posible evitar maniobras abusivas de los tratados "sin la existencia de la cláusula del beneficiario efectivo, pues las normas generales contra el fraude a la ley tributaria... pueden aplicarse en el ámbito de los convenios de doble imposición"[79].

Por otro lado, y dejando al margen la observación anterior, si se optaba por incorporar la aclaración sobre el beneficiario efectivo [punto d) del Memorando], como finalmente ocurrió, creemos que no debió circunscribirse únicamente a los dividendos, intereses, cánones y las ganancias de capital.

Ello es así ya que a partir de los puntos b) y d) del Memorando se puede entender que la consideración de los fines del beneficiario efectivo del punto d) sólo alcanza a los artículos 10, 11, 12 y 13, pero no al resto del Convenio, al cual también se aplica el criterio del beneficiario efectivo según el punto b). De forma tal que, en este último caso, es innecesario indagar sobre los fines del perceptor de la renta a la hora de interpretar la cláusula del beneficiario efectivo.

Si no se hubiese incorporado el punto d), por lo que ya dijimos, la finalidad del sujeto que pretende beneficiarse del CDI se hubiese aplicado igualmente al Acuerdo. Incluso hubiera ocurrido lo mismo si, a pesar de haberse incorporado el punto d), no se hubiese mencionado ningún tipo de renta (arts. 10, 11, 12 y 13). El problema fue añadir el punto d) y a la misma vez limitarlo a los dividendos, intereses, cánones y las ganancias de capital.

En definitiva, lo más adecuado hubiera sido o bien no incluir ninguna disposición en el Memorando sobre el beneficiario efectivo o bien fusionar el punto b) y el d) en una sola cláusula y no hacer mención a ningún tipo de renta.

75 Párrafo 9.2 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010. Incluso también remarcan que "un principio rector estriba en que no se deben conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión" (Párr. 9.5, com. art. 1 MCOCDE 2010).

76 Párrafo 9.6 de los comentarios al artículo 1 del MCOCDE 2010.

77 TFN, sala D, en la causa "Molino Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013, p. 20.

78 *Fallos*: 257:739; *Fallos*: 251:379; *Fallos*: 286:97; *Fallos*: 288:333; *Fallos*: 316:2329; entre muchos otros.

79 Vega Borrego, op. cit., p. 17.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 233

VII. BIBLIOGRAFÍA

- CÁMARA FERNÁNDEZ, N., "Medidas antiabuso en los convenios sobre doble imposición", en *Fiscalidad internacional* (Dir.: Fernando Serrano Antón), Ed. CEF, Madrid, 2007, 954.
- CALDERÓN CARRERO, J. M. y CARMONA FERNÁNDEZ, N., "Convenios Fiscales Internacionales", Ed. CISS, Valencia, 2005; p. 52.
- CSJN, "Industrial Comercial Argentina", resolución de fecha 27 de agosto de 1958, *Fallos*: 241:210.
- DURÁN, L. M., "Cuestiones comunes", *Fiscalidad internacional de rentas financieras*, Vlex, p. 67.
- EDELSTEIN, A., "Consideraciones sobre el concepto de beneficiario efectivo", *Consultor Tributario*, Errepar, Buenos Aires, marzo 2010, p. 25 y ss.
- EDWARDES-KER, M., *Tax treaty interpretation*, Cap. VII, In-Depth Publishing, Londres, 1994, p. 2.
- EYNATTEN, W.; DE HAEN, K. y HOSTYN, N., "The concept of beneficial ownership under belgian tax law: legal interpretation is mainteined", in *Intertax*, Nº 12, p. 538.
- GIULIANI FONROUGE, C. y NAVARRINE S., *Impuesto a las ganancias*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 619.
- RAIMONDI, C. y ATCHABAHIÁN, A., *El impuesto a las ganancias*, 2ª Ed., Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 366.
- RAIJMILOVICH, D., *Convenios para evitar la doble imposición*, Errepar, Buenos Aires, 2011.
- SANZ GADEA, E., "Medidas antielusión fiscal", en *Documentos de la Revista IEF*, Nº 22/2001, Madrid, pp. 7 y ss.
- SALASSA BOIX, R. "El Convenio de Doble Imposición suscrito entre Chile y Argentina: denuncia y comparación con el Modelo de Convenio de la OCDE", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, Vol. 2, diciembre-2012, pp. 519-531.
- SALASSA BOIX, R., "Modificaciones y fundamentos del nuevo convenio para evitar la doble imposición suscrito entre Argentina y España (2013)", en *Revista cordobesa de Derecho internacional público (ReCorDip)*, V. 1, Nº 1, julio 2013, Córdoba-Argentina.
- TFN, Sala B, "La Emiliana de Exportación SA", resolución de fecha 11 de agosto de 1995.
- TFN, sala D, "Molinos Río de la Plata", resolución de fecha 14 de agosto de 2013.
- TFN, Sala D, "Transeuropa Video Entertainment San Luis S.A.", resolución de fecha 11 de junio de 2004.
- VEGA BORREGO, F. A., "El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición", en *Documentos de la Revista IEF*, Nº 8/2005, Madrid, p. 9.
- VOGEL, K., *On double taxation conventions*, Kluwer Law International, Londres, 1997, p. 562.

215-T2-Salassa Boix_003 - Ruetti_P_I.qxp 03/10/14 12:23 Página 234

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 235

MEDIDAS ANTIELUSIVAS EN OPERACIONES CON PARAÍSOS FISCALES Y EL ABUSO DE TRATADOS

MARÍA INÉS VÁZQUEZ CAMBÓN

INTRODUCCIÓN

En el marco de las II Jornadas de Tributación Internacional llevadas a cabo en la Asociación Argentina de Estudios Fiscales el 7 y 8 de noviembre de 2013 y respecto del Tema 2, referido a las Normas antielusivas domésticas en su aplicación a las transacciones internacionales, y dado que la elusión internacional se sirve de dos instrumentos que, aunque no la agotan, constituyen sus manifestaciones más evidentes: a) los paraísos fiscales y b) los tratados para evitar la doble imposición internacional[1], desarrollo el presente trabajo que tiene como objetivo intentar el análisis de:

1) Las medidas antielusivas incluidas en la normativa fiscal interna de los países y en particular aquellas relacionadas con las operaciones realizadas con países o territorios de baja o nula imposición, conocidos como "paraísos fiscales" que existen en nuestro país y en otros países de la región tales como Brasil, Ecuador, México y Perú.
2) La situación de los países considerados como paraísos fiscales en Argentina y el Decreto Nº 589/2013 que cambia el concepto de países o territorios de baja o nula tributación por el de países o territorios considerados cooperadores a los fines de la transferencia fiscal y de los interrogantes que se plantean frente a esta nueva lista que confeccionará y publicará la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) que hasta la fecha no ha sido dada a conocer.
3) El abuso de tratados, las medidas antiabuso contenidas en los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional y la situación en Argentina respecto de las denuncias de tratados realizadas desde el año 2008 a la fecha, respecto de los Convenios que Argentina tenía en vigencia con Austria, Suiza, Chile y España.

I. MEDIDAS ANTIELUSIVAS

Cada vez se intensifica más la inclusión en la legislación doméstica de medidas antielusivas que protejan la soberanía fiscal de los países, ya que la creciente globalización de las operaciones comerciales, financieras y los adelantos tecnológicos hacen que las estructuraciones de las transacciones económicas sean más complejas y por lo tanto más difíciles de fiscalizar por parte de las autoridades fiscales que, en la mayoría de los casos deben interactuar con sus pares del exterior para lograr su objetivo.

Por otra parte, las personas, físicas y jurídicas, tratan de estructurar sus operaciones intentando soportar la menor carga tributaria posible, lo cual si está dentro de las previsiones de la legislación tributaria no debiera ser condenado, aunque debe trazarse el límite jurídico entre el derecho al ahorro legítimo de impuestos con la aspiración de que estos no sean evitados donde se verifica una misma manifestación de capacidad contributiva. La discrepancia entre forma y sustancia, fuera de su natural correspondencia, plantea inocultables dificultades a la hora de objetivar fórmulas que permitan al intérprete conciliar la recalificación jurídico fiscal con los principios tributarios constitucionales de los Estados democráticos: seguridad jurídica, legalidad, igualdad, generalidad y capacidad contributiva[2].

Esta planificación fiscal internacional es, en la mayoría de los casos, cuestionada por las autoridades tributarias, dado que *prima facie*, consideran que se trata de estructuras armadas con el sólo fin de lograr la menor imposición fiscal posible, lo cual es resistido y combatido por los países que sienten que tributos que debieran ingresarse localmente son ingresados en otras jurisdicciones o más aún no ingresados en ninguna jurisdicción por utilizar regímenes especiales que lo eximen de ello.

1 Reflexiones sobre el abuso de tratados para evitar la doble imposición – Alberto Tarsitano –Diario de Doctrina y Jurisprudencia El Derecho -31/12/2010.

2 La cláusula antiabuso en el derecho tributario argentino ¿El fin de la elusión? – Alberto Tarsitano – Revista Derecho Fiscal marzo/abril 2007.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 236

La planificación tributaria internacional se debe entender como producto de la reflexión y del cálculo previo, tendiente a optimizar la utilización normativa reguladora de los impuestos con los cuales son gravadas las operaciones realizadas en el exterior de un país –todo ello dentro de la legalidad-, a fin de que la carga tributaria sea la menor posible. Por ende, la planificación fiscal de carácter legal, no tiene nada que ver con procesos ardidosos de fuga de jurisdicción tributaria, adoptados por determinados contribuyentes, hacia los territorios blandos o con inexistencia de imposición[3].

Ya la Administración Fiscal en el año 1997 en el Dictamen 58[4] tuvo en cuenta que resulta dable recordar que la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que nadie tiene la obligación de elegir el camino más gravoso para sus intereses y también que los contribuyentes tiene derecho a la elección de las formas de sus actos jurídicos de la manera que resulten tributariamente más beneficiosas, siempre que no se acuda al abuso de las formas jurídicas para quedar fuera del ámbito de imposición, porque en este supuesto la conducta del contribuyente sería antijurídica.

Las medidas antiabuso o antielusivas pueden ser específicas o generales y se conocen internacionalmente por sus siglas en inglés, esto es SAAR (Specific Anti-Abuse Rules) o GAAR (General Anti-Abuse Rules).

Las SAAR son las aquellas que combaten una forma determinada de elusión que ya ha sido identificada específicamente por la Administración Tributaria y por el contrario las GAAR son aquellas que se utilizan para hacer frente a nuevas formas de elusión que aún no han sido objeto de una regulación en particular.

La inclusión de cláusulas antiabuso dentro de la legislación fiscal doméstica de los países es cada vez más utilizada y como ejemplo de ello podemos citar el caso de Colombia y México.

En la última reforma fiscal de Colombia[5] se regula la figura del abuso o conducta abusiva en materia tributaria, con vigencia a partir del año gravable 2013, considerando que el fraude a la ley con propósitos tributarios constituye abuso en materia tributaria.

A tal efecto se define que, constituye abuso o conducta abusiva en materia tributaria, el uso o la implementación, a través de una operación o serie de operaciones, de cualquier tipo de entidad, acto jurídico o procedimiento, tendiente a alterar, desfigurar o modificar artificialmente los efectos tributarios que de otra manera se generarían en cabeza de uno o más contribuyentes o responsables de tributos o de sus vinculados, socios, accionistas o beneficiarios, con el objeto de obtener una ventaja tributaria consistente, entre otros, en la eliminación, reducción o diferimiento del tributo, el incremento del saldo a favor o pérdidas fiscales y la extensión de beneficios o exenciones tributarias, sin que tales efectos respondan a un propósito comercial o de negocios legítimo y razonable.

Como supuestos para la aplicación de la figura de abuso en materia tributaria se establecieron los siguientes:

- Operaciones entre vinculados económicos.
- Operaciones que involucren el uso de paraísos fiscales.
- Operaciones que involucren una entidad del régimen tributario especial, exenta o una entidad sometida a un régimen tarifario especial.
- Cuando el precio pactado difiere en más de un 25% del precio para operaciones similares en condiciones de mercado.
- Cuando las condiciones del negocio u operación omiten una persona, acto jurídico, documento o cláusula material, que no se hubiere omitido en condiciones similares si la operación no se hubiera planeado con el objeto de obtener una ventaja fiscal.

Ante una situación de abuso tributario, la autoridad fiscal puede desconocer las operaciones o recategorizarlas e incluso remover el velo corporativo de entidades que hayan sido utilizadas dentro de las conductas abusivas, debiendo requerir previamente al contribuyente, las pruebas para desvirtuar la existencia del abuso, demostrando que:

i) La respectiva operación contaba con un propósito comercial o de negocios legítimo principal, frente a la mera obtención del beneficio tributario, o

3 Los paraísos fiscales y sus usos en la experiencia del derecho tributario internacional. Vicente O. Díaz – PET 14/05/2013, 1.

4 Dictamen Nº 58/1997 – AFIP/DGI Dirección de Asesoría Legal 21/10/1997 – Boletín Nº 9, Abril de 1998.

5 Ley Nº 1607 del 26-12-2012, artículo 122.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 237

ii) El precio o remuneración pactado o aplicado está dentro del rango comercial según la metodología de precios de transferencia, aun cuando se trate de partes vinculadas nacionales.

Asimismo en México, el Poder Ejecutivo ha remitido recientemente al congreso un proyecto de ley de reforma fiscal que incluye una modificación al Código Fiscal de la Federación[6] incluyendo una cláusula antielusión específica según la cual, los únicos actos que se pretende recategorizar o, en su caso, tomarlos por no realizados, son aquellos que carecen de una razón de negocios.

Se considera que la legítima razón de negocios, debe entenderse como el acto lícito que sustenta la actuación del contribuyente y que permite dar cumplimiento a la obligación tributaria, cuyo objetivo es fundamentar una decisión de negocios que desde el punto de vista del contribuyente y de la administración tributaria no vulnere o afecte el interés fiscal, asegurando que el fundamento de una decisión ha sido adoptado con base al interés del negocio y no únicamente para reducir la carga fiscal.

Dicho proyecto de reforma también incluye en la ley del Impuesto sobre la Renta[7] una norma que establece que en las operaciones entre partes relacionadas, en el caso que corresponda la aplicación de beneficios de tratados para evitar la doble tributación, la autoridad fiscal podrá solicitar al residente en el extranjero que acredite la existencia de una doble tributación jurídica, a través de una manifestación bajo protesto de decir verdad firmada por su representante legal, en la que expresamente señale que los ingresos sujetos a imposición en México y respecto de los cuales se pretendan aplicar los beneficios de un tratado para evitar la doble tributación, también se encuentran gravados en su país de residencia, para lo cual deberá indicar las disposiciones jurídicas aplicables, así como aquella documentación considerada necesaria a tales efectos.

Claramente la intención de incorporar esta medida es evitar situaciones en las que, por la aplicación de un tratado para evitar la doble imposición, se den verdaderas situaciones de doble no imposición, por el hecho que el otro país no grave la renta que se pretende eximir en México por la utilización del tratado.

Como se puede apreciar, en la región, cada vez más se incorporan medidas antielusivas más específicas que permiten a las autoridades fiscales establecer reglas más claras en relación a las operaciones realizadas por los contribuyentes, lo cual desde ese punto de vista es positivo ya que se eliminan zonas grises que pueden existir dentro de la legislación y por lo tanto se tiende a disminuir por una lado las conductas abusivas por parte de los contribuyentes y por el otro el avance de las administraciones fiscales en su intención de pretender calificar como abusivas situaciones que no lo son.

II. OPERACIONES CON PARAÍSOS FISCALES

Uno de los principales objetivos de las medidas antielusivas son las operaciones realizadas con países o territorios considerados como "paraísos fiscales" por tratarse de jurisdicciones de muy baja o nula tributación.

Según el Informe del 9 de abril de 1998 realizado por la OCDE[8] (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) los factores claves para identificar paraísos fiscales son:

a) Impuestos nulos o mínimos
b) Falta de intercambio de información
c) Falta de transparencia
d) La ausencia de un requerimiento de que la actividad sea importante

La OCDE sostiene que los Gobiernos no pueden quedarse inactivos mientras que sus bases fiscales se ven erosionadas por las acciones de países que ofrecen a contribuyentes diferentes maneras de explotar paraísos fiscales para así reducir el impuesto que de otra manera hubieran tenido que pagar a su país de origen y realiza recomendaciones de acciones a tomarse a nivel de:

I. La legislación Nacional
II. Convenios Fiscales
III. Cooperación Internacional

En general casi todos los países tienen en sus legislaciones domésticas normas antiabuso respecto de las transacciones realizadas con personas o entidades residentes en los países que se consideran como paraísos fiscales y en la mayoría de los casos se refiere a:

6 Proyecto de modificación al Código Fiscal de la Federación de septiembre 2013 – artículo 5.
7 Proyecto de modificación a la Ley del Impuesto a la Renta de septiembre 2013 – artículo 4.
8 La Competencia Fiscal Nociva – Un tema global- OCDE 2000 versión en español, p. 23.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 238

- Limitación a la deducción del gasto
- Tasa diferenciada de retención
- Sujeción a la normativa de Precios de Transferencia

La legislación impositiva argentina ha incorporado un interés cada vez mayor en el control de operaciones que los contribuyentes argentinos realizan con personas ubicadas en los denominados "paraísos fiscales". Manifiestan claramente esta orientación las reformas impositivas implementadas en el IG por las Leyes 25.063 y 25.239 y el Decreto 1.037/00, que introdujeron diversas modificaciones en materia de precios de transferencia e imputación de los resultados generados por entidades ubicadas en paraísos fiscales[9].

A modo de ejemplo, se detallan las principales medidas, que podemos encontrar en la ley del Impuesto a las Ganancias[10] (IGA) en Argentina y en otros países de la región, contra la utilización de paraísos fiscales.

II.1. Medidas antielusivas en nuestra Ley del Impuesto a las Ganancias

En la Ley del Impuesto a las Ganancias son varias las medidas dirigidas a reglamentar las operaciones realizadas con residentes en paraísos fiscales, entre las cuales podemos citar a:

- Precios de Transferencia: Se establece la obligación de demostrar, en todos los casos, que los precios o valores pactados corresponden a valores de mercado, cumpliendo el principio de *arm's legth*, sin importar que la operación sea realizada entre vinculados o independientes, dado que cualquier tipo de transacción que se realice con sujetos radicados en países de baja o nula tributación es considerada como que no está ajustada a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.
- Imputación de gastos: En el caso de gastos realizados por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para sujetos radicados en paraísos fiscales, la norma establece que podrá computarse fiscalmente como tal, una vez que se hayan efectivamente pagado dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación o en su defecto, en el ejercicio que efectivamente se pague.
- Incremento de la presunción de ganancia en el caso de intereses: Para calcular la retención del IGA, corresponde aplicar una presunción del 100%, en lugar del 43%, en el caso de intereses abonados a residentes en paraísos fiscales, salvo que se trate de jurisdicciones que hayan suscripto con la República Argentina convenio de intercambio de información y además que por aplicación de sus normas internas no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo ante el pedido de información del fisco.
- Imputación de ciertos resultados de sociedades radicadas en paraísos fiscales: Se establece la imputación anual de los resultados obtenidos por los accionistas locales de sociedades constituidas en territorios de baja o nula tributación originados en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares, salvo el caso que se trate de sociedades cuyas ganancias provienen, en al menos un 50%, de la realización de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, mineras, forestales, de prestación de servicios y en general, de toda actividad distinta de aquellas que generan rentas pasivas. El porcentaje citado surgirá de relacionar la ganancia bruta impositiva correspondiente a las citadas actividades, con la ganancia bruta impositiva correspondiente a la totalidad de las actividades desarrolladas en el período.

II.2. Medidas antielusivas en la normativa fiscal[11] de Brasil

Las principales medidas locales con las que cuenta Brasil para luchar contra las operaciones realizada con paraísos fiscales son:

- Incremento de la alícuota de retención del 15% al 25% en el caso de pagos a realizados a residentes de países considerados como de baja o nula tributación
- Todas las operaciones realizadas con residentes en paraísos fiscales están sujetas al análisis de precios de transferencia para demostrar que cumplen con el principio de *arm's length*, aunque se trate de operaciones entre partes independientes.

9 Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina, Gabriel Gotlib y Fernando M. Vaquero.

10 Ley Impuesto a las Ganancias Texto Ordenado por Decreto Nº 649/97, Anexo I y sus modificaciones.

11 Lei Nº 9.249 de 1949 e modif -Imposto de Renda Pessoa Jurídica.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 239

- Para poder deducir un gasto que provenga de una facturación de un paraíso fiscal se deberá:
  - Identificar al beneficiario del pago
  - Probar que la entidad radicada en el paraíso fiscal tiene capacidad operativa, y
  - Demostrar la efectiva venta de los bienes o la prestación de los servicios

II.3. Medidas antielusivas en la normativa fiscal[12] de Ecuador

En Ecuador en el caso de operaciones con sujetos radicados en paraísos fiscales se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Los dividendos pagados a accionistas radicados en países considerados como paraísos fiscales están sujetos a una retención del 35% pudiendo computarse el impuesto a las ganancias pagado por la sociedad ecuatoriana (22%).
- Todas las operaciones realizadas con sujetos residentes en paraísos fiscales están sujetas al análisis de precios de transferencia para demostrar que cumplen con el principio de *arm's length*, aunque se trate de operaciones entre partes independientes.
- No es deducible el interés abonado a entidades financieras localizadas en jurisdicciones de baja o nula tributación.

II.4. Medidas antielusivas en la normativa fiscal[13] de México

La ley del Impuesto sobre la Renta mexicana contiene las siguientes disposiciones:

- Salvo para el caso de dividendos o cierto tipo de intereses, corresponde aplicar una retención del 40% en el caso de pagos a sujetos radicados en paraísos fiscales que no tengan en vigencia un Acuerdo de Intercambio de Información con México.
- Como condición para su deducción, se deberá demostrar que las operaciones realizadas con sujetos residentes en paraísos fiscales cumplen con el principio de *arm's length*.
- Un capítulo especial referido a "los regímenes fiscales preferentes" según el cual se consideran ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes los que no están gravados en el extranjero o lo están con un impuesto sobre la renta inferior al 75% del impuesto a la renta vigente en México (hoy 30%). Para determinar si los ingresos se encuentran sujetos a regímenes fiscales preferentes se considerará cada una de las operaciones que los genere y, si son obtenidos a través de una entidad extranjera, se considerará la utilidad o pérdida que generen todas las operaciones realizadas en ella, salvo que los ingresos pasivos obtenidos por ella no superen el 20% de la totalidad de los ingresos. En este caso los ingresos pasivos serán gravados en México en el ejercicio en que se generan con independencia si son distribuidos o no.

II.5. Medidas antielusivas en la normativa fiscal[14] de Perú

Las normas antiparaísos incluidas en la Ley del Impuesto sobre la Renta en Perú, son las siguientes:

- No son deducibles los gastos, incluyendo la pérdida de capital, provenientes de operaciones realizadas con sujetos radicados en paraísos fiscales, salvo que se trate de operaciones de crédito; seguro o reaseguro; cesión en uso de naves o aeronaves; transporte que se realice desde Perú hacia el exterior y desde el exterior hacia Perú y el derecho de pase por el canal de Panamá. Los conceptos incluidos en las excepciones serán deducibles siempre que la contraprestación sea igual a la que hubieran pactado partes independientes en transacciones comparables.
- Se deben aplicar las normas de precio de transferencia a todas las operaciones realizadas con sujetos radicados en jurisdicciones de baja o nula tributación.
- Los gastos y pérdidas provenientes de la celebración de Instrumentos Financieros Derivados celebrados con residentes situados en paraísos fiscales no son deducibles.
- Las pérdidas provenientes de países o territorios de baja o nula tributación no son compensables contra los resultados de rentas de fuente extranjera.

12 Ley del Régimen Tributario Interno.

13 Ley Impuesto sobre la Renta – Última reforma DOF 25-05-2012.

14 Texto Único Ordenado – Decreto Supremo Nº 179/2004 y sus modificaciones.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 240

- Se aplican normas de transparencia fiscal respecto de las rentas pasivas generadas por entidades radicadas en paraísos fiscales cuyos accionistas sean residentes peruanos, quienes deberán computar y gravar las mismas en el ejercicio en que se generan, aun cuando no hubieran sido distribuidas.

III. LOS PARAÍSOS FISCALES EN ARGENTINA

En nuestro país la lista con los países considerados como de baja o nula tributación fue incorporada por el Decreto Nº 1.037 del 9/11/2000, como el séptimo artículo sin número incluido a continuación del artículo 21 de la Reglamentación de la Ley del Impuesto a las Ganancias[15].

La lista consta de 88 países o en su caso, dominios jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales.

Las operaciones realizadas con cualquier sujeto radicado en los territorios listados en el Decreto Reglamentario del IGA están sujetas a las restricciones detalladas en el punto 2.1.

Esto era así hasta que el 30/05/2013 se publica en el Boletín Oficial el Decreto 589/2013 que sustituye el ya citado, séptimo artículo incorporado a continuación del artículo 21 del Decreto Reglamentario del IGA, por otro artículo que hace referencia a "países considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal", pasando del concepto de "lista negra" donde se listaban los territorios considerados como paraísos fiscales, al concepto de una "lista blanca" donde se encontrarán aquellos países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y por ende aquellos países que no estén incluidos en la misma, serán los que ahora sean considerados como paraísos fiscales o no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, en función al nuevo concepto ahora incluido.

Los motivos del cambio realizado, según lo expresado por el Poder Ejecutivo en el Decreto Nº 589/2013, se basan en el desarrollo, por parte de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), de una estrategia a partir de la presencia del Gobierno Nacional en el G-20 en cuestiones vinculadas con la trasparencia fiscal internacional, enmarcada en la necesidad de llevar a la práctica políticas estructurales contra los paraísos fiscales y por otro lado, promover la eficiencia en el intercambio de información.

Todo esto, según lo explicitado en el Considerando del Decreto Nº 589/2013, desarrollado sobre la base de cuatro pilares fundamentales:

1. La extensión de la red de acuerdos de intercambio de información;
2. La adhesión de nuestro país a la Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal de la OCDE y el Consejo de Europa, convirtiéndose en el primer país de Sudamérica en adherir a dicha Convención;
3. El fortalecimiento del efectivo intercambio de información, y;
4. La activa y positiva participación de nuestro país en el Grupo de Revisión de Pares del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal en el ámbito de la OCDE.

Asimismo, el hecho que en la 5º reunión del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, celebrada en Ciudad del Cabo, República de Sudáfrica, los días 26 y 27 de octubre de 2012, nuestro país obtuvo un importante resultado positivo, toda vez que se adoptó de manera favorable el Reporte de revisión de pares de nuestro país, en su formato de revisión combinada, hizo que se considerara que Argentina cumple ampliamente con los estándares internacionales en materia de transparencia fiscal.

La conformación del Foro Global de Transparencia de la OCDE, el cual estableció un estándar en el año 2002 relativo a un modelo de intercambio de información a pedido, con países considerados *a priori* como poco transparentes, sujeto a la conducción de revisiones de cumplimiento de estándares, las cuales, si bien no tienen carácter vinculante, suelen tener un efecto significativo en la justificación de acciones de represalia o venganza por parte de aquellos Estados miembros de OCDE contra las jurisdicciones que pudieran verse señalados en violación de los compromisos efectuados por estas. En esa oportunidad, se definió que un país o territorio cumplía con el parámetro de transparencia (para ser exceptuado de la lista negra y de la lista gris) cuando hubiera suscripto al menos doce Acuerdos de Intercambio de Información Fiscal bajo el modelo del Foro Global o nuevo artículo 26 del Moldeo OCDE[16].

---

15 Texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, aprobada por el artículo 1 del Decreto Nº 1344 del 19/11/1998 y sus modificaciones.

16 Los países o territorios de baja o nula imposición ahora son no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal. Darío M. Rajmilovich – Doctrina Tributaria Errepar Tomo/Boletín XXXIV - Agosto 2013.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 241

Argentina ha firmado y tiene en vigencia Acuerdos de Intercambio de Información en Materia Tributaria (AII) con: Andorra, Azerbaiyán, Bahamas, Bermudas, China, Costa Rica, Ecuador, Guernesey, Italia, Isla de Man, India, Isla Caimán, Jersey, OECD Multilateral, Principado de Mónaco, San Marino y Uruguay; no estando aún vigentes los firmados con Chile, España, Macedonia y Sudáfrica[17].

Sin embargo, el hecho de tener firmado un AII no será condición suficiente para que el país sea mantenido en la lista de país o territorio cooperador, ya que el Decreto 589/2013 hace referencia a que "se cumplimente el efectivo intercambio de información".

La inclusión en el ahora nuevo listado de países cooperadores a los fines de la trasparencia fiscal puede quedar sin efecto en la medida que el acuerdo o el convenio se denuncie, deje de tener aplicación por cualquier causal de nulidad o terminación que rigen los acuerdos internacionales o bien cuando se verifique la falta de intercambio efectivo de información, con lo cual si a pesar de tener vigente un AII, de la práctica se vislumbra que el otro país condiciona o dificulta el intercambio de información fiscal, nuestro país podrá dejar de considerarlo como cooperador a los fines de la transparencia fiscal.

Por otra parte el inicio de las negociaciones necesarias para la firma de un AII o de un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información amplia podrá disparar la consideración de dicho país como cooperador a los fines de la transparencia fiscal y por lo tanto su inclusión en la lista.

Asimismo, los AII y los convenios para evitar la doble imposición deberán cumplir con los estándares internacionales de transparencia adoptados por el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en Materia Fiscal, de forma tal que por la aplicación de las normas internas de los respectivos países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales no pueda alegarse el secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante pedidos concretos de información que realice nuestro país, para lo cual se dispone que la AFIP establecerá los supuestos que se considerarán para determinar si existe o no intercambio efectivo de información y las condiciones necesarias para el inicio de las negociaciones tendientes a la suscripción de los acuerdos y convenios aludidos.

Se faculta a la AFIP para elaborar el listado de los países, dominios, jurisdicciones, territorios, estados asociados y regímenes tributarios especiales considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, el cual será publicado en su sitio "web" y también para mantener actualizada la misma según deba incluirse o eliminar algún país, jurisdicción o territorio en función de los parámetros del nuevo artículo reemplazado.

Las disposiciones del Decreto 589/2013 están en vigencia desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial, esto es el 30/05/2013, pero serán de aplicación a partir del día que la AFIP publique el listado con los países y territorios considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal.

A la fecha de la realización del presente trabajo, octubre de 2013, la AFIP aún no ha publicado ninguna lista con los países o territorios cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, con lo cual entiendo que debe interpretarse que aún continúa vigente la nómina de los 88 países o territorios considerados como paraísos fiscales.

La propia AFIP, el 19/08/2013, a través de su página web[18] en ocasión de realizar aclaraciones respecto de informaciones periodísticas en relacións la República de Seychelles manifestó que si bien mediante el Decreto 589/2013 se estableció –en línea con los actuales estándares de transparencia fiscal de la OCDE– un esquema dinámico para el tratamiento de estas jurisdicciones, a la fecha no se ha modificado el actual listado de paraísos fiscales que incluye a la República de Seychelles.

En relación a la inclusión en la legislación doméstica de normas antielusivas contra el uso y abuso de los paraísos fiscales, si bien considero que es positiva, para así poder resguardar la soberanía fiscal del país y que la recaudación tributaria no se vea mermada por la utilización de operaciones con sujetos radicados en países o territorios de baja o nula tributación con el único fin de obtener ventajas fiscales, dichas normas deben estar claramente identificadas en la normativa local.

En el caso de Argentina la normas antiabuso de operaciones con paraísos fiscales están bien definidas, pero el inconveniente se presenta justamente con la forma en que se van a definir los territorios o países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal, ya que en función del Decreto 589/2013 todos aquellos

17 Según información en http://www.afip.gov.ar/institucional/acuerdos.asp

18 Diálogo Fiscal – El Diario de la AFIP http://www.dialogofiscal.gob.ar/panoramafiscal/Seychelles.aspx.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 242

que no estén incluidos en la lista a elaborar por la AFIP, debieran considerarse como no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal y estarían sujetos a las normas citadas en 2.1.

En relación a la lista de países o territorios cooperadores a los fines de la transparencia fiscal se presentan los siguientes interrogantes:

- ¿La lista y sus modificaciones serán publicadas únicamente en sitio web de la AFIP o también en el Boletín Oficial a través de una Resolución General?
- ¿Las modificaciones operarán para todo el ejercicio en curso? o
- ¿Se incluirá una fecha a partir de la cual debe considerarse que un país ha dejado de ser cooperador o bien desde cuando se considera cooperador?
- ¿En qué momento debe evaluarse la condición del país con el cual se opera para ver si le aplican las normas antiabuso?, ¿al momento de la operación?, ¿al inicio del ejercicio? o ¿al fin del ejercicio?

Todas estas cuestiones, que considero hoy no están resueltas, debieran estar claramente incluidas en la normativa, justamente para lograr una mayor transparencia y seguridad desde el punto de vista tributario, evitando innecesarias controversias con el Fisco.

IV. EL ABUSO DE TRATADOS

En las operaciones internacionales puede darse la situación que un sujeto deba tributar sobre la misma materia imponible en el país de residencia y en el país de la fuente productora de la renta, ocasionando para el sujeto generador de la renta una situación de doble imposición internacional, ya que tributa en el país donde reside y en el país donde realiza la operación.

También puede generarse una doble imposición internacional cuando los países, en función a una extensión de su fuente, gravan rentas por servicios que son utilizados en su territorio, con independencia de si fueron realizados en él o en el país de residencia del prestador del mismo.

El fenómeno de la doble imposición se ha transformado en una de las principales preocupaciones para los países en vías de desarrollo, pues se considera que su existencia desalienta el flujo de inversiones procedentes de los países desarrollados. Por este motivo, distintos organismos internacionales han intentado diseñar medios adecuados para paliar los efectos perjudiciales de la doble imposición sobre las relaciones económicas internacionales con la creación de marcos legales adecuados a las empresas involucradas en el comercio transnacional[19].

Con el fin de evitar esta doble imposición internacional es que los países firman Convenios bilaterales donde definen la potestad tributaria de cada uno en relación a los distintos tipos de rentas, tratando de evitar de esta forma la doble imposición internacional de los residentes en uno u otro país.

Estos convenios, además de su finalidad principal (evitar la doble imposición), poseen otras accesorias, como las siguientes[20]:

a) Facilitar y atraer las inversiones extranjeras
b) Neutralidad en el trato fiscal
c) Armonización de las distintas legislaciones
d) Intercambio de información tributaria
f) Principio de no discriminación

Sin embargo[21], una manifestación recurrente de las conductas fiscalmente elusivas consiste en el uso interesado de los convenios sobre doble imposición, sea como parapeto general para un determinado sujeto cuyos beneficios fiscales no debiera naturalmente merecer, sea, entre muchas otras posibilidades, como parapeto singular para una determinada transacción.

La utilización de los convenios para evitar la doble tributación a través de la instrumentación de estructuras armadas con el único fin de lograr una menor o nula imposición es conocida comúnmente como "abuso de tratado" o internacionalmente como "*treaty shopping*".

19 El Impacto de la Tributación sobre las Operaciones Internacionales - Campagnale-Catinot-Parrondo – Capítulo Doble Imposición Internacional – p. 17.

20 El Impacto de la Tributación sobre las Operaciones Internacionales - Campagnale-Catinot-Parrondo – Capítulo Doble Imposición Internacional – p. 30.

21 Fiscalidad Internacional – Capítulo Medidas Antiabuso en los convenios sobre doble imposición – N. Carmona Fernández – p. 158.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 243

El principal argumento de los Estados para demostrar el abuso de tratado es que se trata de estructuras que no se hubieran utilizado de no existir la ventaja fiscal y que además carecen totalmente de una verdadera razón de negocios.

El Dr. Vicente Oscar Díaz considera que el término "abuso de los tratados tributarios" puede ser definido como el uso de los tratados por las personas que el tratado no ha designado como beneficiarios[22].

Asimismo, según lo expresado por el Dr. Alberto Tarsitano[23] a pesar de ser múltiples las manifestaciones que pueden dar cabida al abuso de tratado, considera que una buena síntesis conceptual es la que proporciona Pistone[24], cuando lo define como "el fenómeno a través del cual un sujeto, con la finalidad de obtener un ahorro fiscal aplica un régimen convencional al que no tendría derecho por su situación sustancial". Agrega García Novoa[25] que este abuso se dará, normalmente, en los casos de utilización incorrecta de un Convenio entre dos Estados por residentes de un tercer Estado para acceder a una ventajas que no tendrían derecho de acceder, de actuar directamente.

En principio y según lo establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, a la cual Argentina ha adherido, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin[26]. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido de la aplicación de la buena fe o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de buena fe deje ambiguo y oscuro el sentido, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable[27].

IV.1. Las medidas antiabuso contenidas en los tratados

Sintéticamente y para no redundar en un análisis detallado de las mismas, me gustaría nombrar las principales medidas para evitar el abuso de tratados incluidas en los convenios para evitar la doble tributación, a saber:

a) El concepto de "beneficiario efectivo" incluido en los artículos referidos a dividendos, intereses y regalías, donde el beneficiario de las rentas no debe ser un mero intermediario en el cobro de las mismas para luego dirigirlas inmediatamente a un sujeto de otro Estado.
b) Cláusulas de limitación de beneficios referido al cumplimiento de ciertas condiciones para poder acceder a los beneficios otorgados por el tratado.
c) Cláusula de exclusión, a través de la cual se deja al margen de los beneficios a cierto tipo de regímenes fiscales de privilegio.
d) Cláusula de sujeción, que consiste en otorgar el beneficio del tratado solo en el caso que el residente del otro Estado esté realmente sujeto a imposición en él respecto de la renta en cuestión, para así de esta forma evitar situaciones de doble no tributación.
e) Cláusula de buena fe, debiendo demostrar que las estructuras de planificación fiscal no obedecen únicamente al fin de evitar la tributación y que por lo tanto existe una razón de negocio, que las sociedades involucradas tienen sustancia económica más allá del mero cumplimiento de los requerimientos formales.
f) Cláusula de transparencia, según la cual sólo se benefician del tratado aquellas entidades cuyos dueños o socios sean a su vez residentes del mismo Estado en que está radicada la entidad.
g) Extensión de la definición del concepto de regalías, incluyendo por ejemplo los servicios técnicos y asistencia técnica, lo cual es cada vez más común en los tratados celebrados por países latinoamericanos.
h) Condicionamiento del beneficio de reducción de tasa para el caso de regalías a la obligación de inscripción de los contratos, en la medida que en el país exista tal requerimiento.

---

22 Proyección de los efectos globales de la economía y su conexión al concepto de la residencia en el contexto del sistema impositivo de la renta mundial para el ensamble de la función inspectora – Vicente O. Díaz – Boletín AAEF Marzo de 1999 – p. 7.

23 Reflexiones sobre el abuso de tratados para evitar la doble imposición – El Derecho – Diario de Doctrina y Jurisprudencia – UCA – 31/12/2010 Nº 12.660.

24 L'abuso delle convezioni internazionali in materia fiscale, Corso di Diritto Tributario Internazionale, Padova – Pasquale Pistone - 1999 – p. 498.

25 La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria – César García Novoa – p. 199.

26 Art. 31 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

27 Art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 244

i) Aplicación del principio de *arm's length*, para garantizar que en el caso de entidades vinculadas las condiciones de las operaciones pactadas son las mismas que existirían en el caso de transacciones entre empresas independientes.

En lo que respecta a la situación actual de la República Argentina el Dr. Díaz[28] observa la ausencia de previsión de normas "antielusión" en los tratados internacionales de vieja data, lo cual hace necesario referirse a la legislación local y la existencia de dichas normas en los tratados recientes, en concordancia con los pronunciamientos de la OCDE. Las categorías de las normas específicas "antievitación" incluidas en los tratados tributarios son de la siguiente categoría:

a) Introducción del concepto de beneficiario efectivo
b) La exclusión aplicable al concepto de residente y principios de estatuto de "bona fide"

Considero que la inclusión de medidas antiabuso en los tratados es positiva ya que, evita situaciones de posible litigio con las autoridades fiscales toda vez que se plantean reglas claras de antemano, disminuyendo la posibilidad del armado de estructuras con el único fin de evitar la tributación, pero se debiera diferenciar a aquellas estructuras que, si bien tienen un beneficio fiscal, este no es el único fin de las mismas ya que poseen una verdadera razón de negocios y las sociedades involucradas son entidades que tienen sustancia jurídica y económica, es decir que poseen mayoría de autoridades residentes en el país en el que están constituidas, las decisiones son tomadas en dicho país y ejercen efectivamente la actividad por la que fueron creadas y toman sus propias decisiones respecto de sus ingresos, por lo tanto no debieran considerarse como estructuras abusivas, por eso considero que es muy importante analizar cada caso para ver si se está en presencia de un abuso de tratado o no.

V. ARGENTINA Y LA DENUNCIA DE TRATADOS POR CONSIDERAR ABUSIVO SU USO

Entre junio de 2008 y junio de 2012 el Gobierno argentino ha denunciado cuatro convenios para evitar la doble imposición internacional por considerar que los mismos eran utilizados de manera abusiva, pues generaban para los residentes argentinos una situación de doble no tributación ya que en función a los mismos la renta y/o tenencia accionaria no era gravada en argentina y tampoco era gravada en el otro país por la legislación local vigente allí.

Los tratados denunciados fueron:

- El 27/06/2008, el de Austria
- El 16/01/2012, el de Suiza
- El 29/06/2012, el de Chile y el de España

Asimismo, el 10 de marzo de 2011, se publicó en el Boletín Oficial la Resolución Conjunta del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas y el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto Nº 56/2011 y Nº 80/2011 por medio de la cual se creó una Comisión Evaluadora y Revisora de Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante la Comisión), con el fin de evaluar, en función a la evolución de la legislación doméstica de los Estados signatarios, las posibles distorsiones que puedan generar los mismos en relación a un desequilibrio entre los beneficios y costos que los mismos conllevan.

La comisión debía revisar tanto los convenios que Argentina tenía en vigencia como las propuestas de firma de otros tratados.

Siendo que nuestro país es un país en pleno desarrollo y como tal importador de capitales, el Gobierno Nacional consideró que era necesario la adopción de mecanismos de evaluación integrales y coordinados, orientado a determinar si el sacrificio fiscal que impone la resignación de potestad tributaria por la aplicación de dichos Convenios resultaba justificado, ya que los mismos habían sido suscriptos bajo un contexto internacional distinto.

La Comisión, que estaría integrada por un funcionario designado por el ministro de Economía y Finanzas Públicas y un funcionario nombrado por el ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y presidida por el administrador Federal de la AFIP (quienes podían nombrar técnicos en la materia para que

28 Interpretando la elusión fiscal – Vicente O. Díaz – IMP2010-4, 5.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 245

los asesoren) debía analizar y evaluar los tratados vigentes o, en su caso proponer celebrar otros, teniendo en cuenta lo siguiente:

1. El impacto en la tributación nacional por la aplicación de dichos Convenios.
2. La adecuada y efectiva relación entre el sacrificio fiscal derivado de dicho impacto y los objetivos perseguidos al suscribir cada convenio.
3. La posibilidad de generar una tributación inadecuada por aplicación indebida del instrumento internacional.
4. La posibilidad de que su aplicación conduzca a la doble no tributación en virtud de la legislación doméstica de los países co-contratantes.

Asimismo y teniendo en cuenta los puntos enumerados en el párrafo anterior, la Comisión debería realizar evaluaciones periódicas de los Convenios en vigencia y proponer las acciones que considere convenientes, tales como ser la denuncia, la renegociación o el mantenimiento de los mismos, a través de informes periódicos y un informe final con la propuesta del curso de acción que debería tomarse.

La denuncia de los Convenios firmados con Suiza, Chile y España seguramente fue el resultado del análisis y evaluación que la Comisión realizó de los mismos, la cual debió considerar que los residentes argentinos estaban realizando, en principio, un abuso de los mismos.

Me gustaría ahora tratar las causas que llevaron a la denuncia de los tratados citados.

V.1. El Convenio con Austria

El Convenio firmado con Austria fue suscrito el 13/09/1979 y aprobado a través de la Ley Nº 22.589, publicada en el Boletín Oficial del 20/05/1982, con vigencia desde el 17 de enero de 1983, fue denunciado por nuestro país mediante nota del 28 de junio de 2008, según lo publicado en el Boletín Oficial del 22 de julio de 2008.

En función a la publicación en el Boletín Oficial citado, la denuncia era efectiva al 01/01/2009, tal como fue posteriormente corroborado por la Nota Externa Nº 6/2008 (B.O. 28/08/2008) que aclaró que de acuerdo a lo previsto en el Artículo 29 del Convenio[29], sus disposiciones dejarán de tener vigencia respecto de los impuestos que se apliquen por cualquier año fiscal que se inicie después del 31 de diciembre de 2008.

Tal lo comentado por el Dr. Figueroa[30], según algunos trascendidos, la denuncia fue consecuencia directa del comentario periodístico acerca de un supuesto fraude cometido a una entidad financiera externa, mediante el cual fue puesto sobre el tapete el beneficio convencional que permite a residentes locales obtener rentas exentas en Austria, por las cuales no tributan en la Argentina.

El beneficio en cuestión se refería a que en función a la normativa del Convenio la renta de Bonos Austríacos como también las ganancias de capital provenientes de su enajenación estaban exentas de tributación en Argentina ya que era Austria quien tenía la potestad de gravarlas, pero en función a su legislación interna estaban exentas, con lo cual el residente argentino tenedor de bonos austríacos no tributaba impuesto a las ganancias en ninguno de los dos países, ni respecto de la renta, ni de la ganancia de capital por la venta de los mismos.

En relación a la tenencia de los bonos austríacos también se daba una situación de doble no tributación ya que según el Convenio, era Austria la que tenía potestad de gravarla pero dentro de su legislación fiscal no tenía un impuesto al patrimonio que la gravara.

El tomar conocimiento, por parte del Gobierno Argentino, que muchos residentes de nuestro país, tanto personas físicas como jurídicas tenían en su patrimonio estos Bonos de Austria y por lo tanto gozaban de esta situación de doble no tributación, impulsó la denuncia del Convenio con Austria, considerando que se estaban aprovechando de una situación que no era conveniente para los recursos fiscales argentinos.

---

29 **Art. 29**: "El presente Convenio permanecerá en vigencia hasta que sea denunciado por alguno de los Estados Contratantes. Cualesquiera de los Estados Contratantes puede denunciar el Convenio, a través de los canales diplomáticos, entregando notificación por escrito, con una anticipación no inferior a los seis meses anteriores a la finalización de cualquier año calendario. En tal caso, las disposición del presente Convenio dejarán de tener vigencia en ambos Estados Contratantes con respecto a los impuestos que se apliquen por cualquier año fiscal que comience después del 31 de diciembre del año calendario en el cual se haya efectuado la entrega de la notificación."

30 Denuncia del convenio para evitar la doble imposición internacional argentino-austríaco: ¿acto aislado o definición estratégica? – Antonio Hugo Figueroa- PET 07/08/2008, 9.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 246

Con posterioridad y en función a una inspección llevada a cabo por la AFIP se conoció el Memorando Nº 64 del 16/01/2009 producido por la Dirección Nacional de Impuestos a través del cual y respecto de las actuaciones del Fisco consideraba que se estaba en presencia de un uso abusivo del Convenio que Argentina tenía oportunamente en vigencia con Austria.

La situación era la de un contribuyente que poseía una participación accionaria en una sociedad austríaca que a su vez era la dueña en un 100% de una sociedad radicada en las Islas Vírgenes Británicas.

La posición del Fisco era que el contribuyente poseía la participación accionaria en la sociedad austríaca sólo al efecto de obtener los beneficios del Convenio bilateral y así evitar la tributación respecto del Impuesto a las Ganancias y sobre los Bienes Personales, ya que de poseer la participación en directa en la sociedad en las Islas Vírgenes Británicas no sólo estaría alcanzado con los impuestos citados, sino también debería aplicarse las normativa de transparencia fiscal internacional prevista en el artículo 133 de la ley del Impuesto a las Ganancias, por tratarse, las Islas Vírgenes Británicas, de un territorio considerado como paraíso fiscal.

Entre los distintos elementos que tuvo en cuenta la Dirección Nacional de Impuestos, menciona el punto 10.1 de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE, en relación a que "… la solicitud de acogerse a los beneficios del convenio, por parte de sociedades subsidiarias o filiales, en concreto de sociedades constituidas en paraísos fiscales o que se benefician de regímenes preferenciales, puede rechazarse cuando un cuidadoso estudio de los hechos y circunstancias del caso demuestren que la sede de dirección efectiva de la subsidiaria no se encuentra en el Estado de residencia pretendido, sino en el Estado de residencia de la sociedad matriz con el fin de hacerla residente de este último Estado a los efectos de la legislación interna y de los convenios…".

Finalmente, la Dirección Nacional de Impuestos consideró que no debían concederse los beneficios del Convenio con Austria, al contribuyente sobre el cual fue consultada, toda vez que la sociedad constituida en ese país tenía las características de una sociedad interpuesta a los fines de gozar de los beneficios del Convenio.

V.2. El Convenio con Suiza

El Convenio fue firmado con Suiza el 23 de abril de 1997 pero, si bien no fue ratificado por una Ley del Congreso Nacional, tuvo una aplicación provisional por medio del intercambio de notas reversales del Poder Ejecutivo de ambos países, a partir del 23 de noviembre de 2000, y por medio de una Nota del 16 de enero 2012 el Gobierno argentino dio por terminada su vigencia provisoria, como así también la de los Protocolos adicionales modificados en los años 2000 y 2006.

La extinción de la vigencia provisional fue publicada en el Boletín Oficial el 31 de enero de 2012 considerando que ya no estaba más en vigencia a partir del 16/01/2012, fecha en que fue notificada la decisión mediante la Nota citada.

Si bien se planteó la inquietud respecto de si la fecha de extinción de la vigencia provisoria debía ser el 16/01/2012 o si correspondía aplicar lo dispuesto por el artículo 26 del Convenio[31] y por lo tanto habría dejado de tener vigencia recién a partir del 01/01/2013, comparto la opinión del Dr. Fernando D. García[32] en relación a que la derogación mediante una nota está al mismo nivel normativo que la entrada en vigor y no merece reparos.

En cuanto a las causas que llevaron al Gobierno Argentino a la extinción de su vigencia entiendo que fundamentalmente, el hecho que en función del punto 4 del artículo 20[33] del Convenio, los accionistas de so-

31 **Art. 26:** "El presente convenio permanecerá en vigor mientras no se denuncie por uno de los Estados Contratantes. Cualquiera de los Estados Contratantes puede denunciar el convenio a través de canales diplomáticos, comunicándolo al menos con seis meses de antelación a la terminación de cualquier año calendario, desde la fecha de su entrada en vigor. En tal caso el convenio cesará de tener efecto en ambos Estados Contratantes; a) con respecto a impuestos retenidos en la fuente, sobre los montos pagados a partir del primero de enero inclusive, del año calendario siguiente a la fecha de notificación de la denuncia; b) con respecto a otros impuestos sobre la renta o sobre el patrimonio para los ejercicios fiscales que comiencen a partir del primero de enero inclusive, del año calendario siguiente a la fecha de notificación de la denuncia."

32 Consecuencias de la derogación de ciertos tratados para evitar la doble imposición. Algunas reflexiones sobre el modo de concluirlos – Fernando D. García – IMP2012-9, 97.

33 **Art. 20**: "… 4. Las acciones emitidas por, o participaciones sociales en, una sociedad residente de un Estado Contratante, pertenecientes a un residente del otro Estado Contratante, sólo podrán someterse a imposición en ese otro Estado."

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 247

ciedades argentinas que fueran residentes de Suiza estaban exentos de tributar el Impuesto sobre los Bienes Personales previsto en el primer artículo incorporado a continuación del 25 de la ley, fue una de la principales causas de su finalización, ya que se consideraba que los grupos económicos interponían sociedades radicadas en Suiza con el fin de evitar el pago del impuesto en función de lo acordado en el Convenio.

V.3. El Convenio con Chile

El Convenio entre Argentina y Chile fue suscripto el 13 de noviembre de 1976 y aprobado por la Ley Nº 23.228, publicada en el Boletín Oficial del 01/1071985, siendo denunciado por parte del Gobierno Argentino mediante Nota del 29/06/2012 y publicada su denuncia en el Boletín Oficial del 29/06/2012, dejando de tener efecto, en función a lo establecido por el artículo 26 del mismo, a partir del 01/01/2013 para el caso de personas físicas y respecto de las ganancias, rentas, beneficios o capitales de personas jurídicas cuyos ejercicios se inicien con posterioridad a la fecha en que se hubiera notificado la denuncia, esto es el 29/06/2012.

El Convenio con Chile respondía al modelo del Pacto Andino mediante el cual se establecía la jurisdicción tributaria en función a donde se encontrara la fuente productora de la renta[34].

Con relación al patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital de o patrimonio de una sociedad, en el punto 1 del Protocolo del 23/04/2003, se estableció que sólo podía someterse a imposición en el Estado contratante en el que titular estuviese domiciliado, con lo cual los accionistas chilenos de sociedades argentinas no estaban sujetos al pago del Impuesto sobre los Bienes Personales en relación a las mismas.

Además del beneficio citado en el párrafo anterior, la otra causa que llevó a la denuncia del Convenio por parte de Argentina fueron las estructuras armadas con la utilización de las conocidas como Sociedades Plataforma Chilenas, introducidas en la Ley del impuesto a la Renta en Chile a través de la Ley Nº 19.840 con el objetivo de atraer la inversión de capitales extranjeros fomentando el establecimiento de sociedades holdings que estaban exentas del impuesto a la renta sobre las ganancias de fuente extranjera, ya sea por su generación o su remesa al exterior y sólo debían tributar por sus ganancias de fuente chilena provenientes de dividendos percibidos por inversiones efectuadas en sociedades anónimas constituidas en Chile o por la ganancia de capital generada por la venta de esas acciones de sociedades chilenas, creando una presunción de extraterritorialidad tributaria, ya que estas holdings eran consideradas como no domiciliadas en Chile al solo efecto de la Ley del Impuesto sobre la Renta.

En relación a ello podemos citar el reciente Fallo de la Sala "D" del Tribunal Fiscal de la Nación (TFN)[35] en la causa Molinos Río de la Plata s/ recurso de apelación, del 14/08/2013 que resolvió confirmar las determinaciones realizadas por la AFIP con costas a cargo de la actora.

Sin pretender realizar un profundo análisis del fallo, me gustaría citar los conceptos más relevantes que han sido tomados en cuenta por los vocales de la Sala D del TFN para justificar su resolución.

La AFIP como resultado de una inspección realizada a la firma Molinos Río de la Plata cuestionó la estructura armada por la empresa a través de una sociedad holding localizada en Chile, en diciembre de 2003, bajo el régimen de las sociedades plataforma, cuyo principal accionista es la sociedad argentina.

La holding chilena posee subsidiarias en Chile, Uruguay, Perú, España y otras participaciones indirectas en Suiza, Italia, EE.UU. y en los períodos verificados (2004 a 2009) recibe los dividendos de sus subsidiarias de Uruguay y Perú, sociedades que fueron recibidas por la holding chilena en concepto de aporte de capital de su principal accionista, la sociedad argentina. Por el régimen chileno esos dividendos no quedaban gravados en Chile, ni al recibirlos de sus subsidiarias, ni al distribuirlos a su accionista, y por aplicación del art. 11[36] del Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Argentina y Chile, nuestro país no tenía potestad tributaria para gravarlos, quedando por lo tanto en una situación de doble no tributación.

---

34 **Art. 4:** "Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y del lugar de celebración de los contratos, las rentas, ganancias o beneficios de cualquier naturaleza que ésta obtuvieren sólo serán gravables en el Estado Contratante en que tales rentas, ganancias o beneficios tuvieren su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en el presente Convenio."

35 Sala "D" del Tribunal Fiscal de la Nación del 14/08/2013, Expte. Nº 34.739-I y su acumulado Nº 35.783-I caratulado "Molinos Río de la Plata s/recurso de apelación – impuesto a las ganancias".

36 **Art. 11:** "Los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviera domiciliada la empresa que los distribuye".

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 248

Justamente esta situación de doble no tributación fue cuestionada por la AFIP, quien, aunque no objetó la validez o la existencia formal de la sociedad chilena, consideró que mediante la sociedad holding chilena se forzó el Convenio extendiendo beneficios a dividendos que no estaban alcanzados por sus disposiciones y por lo tanto y en función al artículo 2 de la Ley 11.683[37] por aplicación del principio de realidad económica se trataba de un abuso de tratado, entendiendo que existió un ejercicio abusivo del principio de autonomía de la voluntad del derecho privado con la intención de evitar impuestos, sin un propósito sustancial de buena fe comercial.

La Sala D del TFN, a través de su vocal la Dra. Edith V. Gómez, llega a la conclusión que se trata de un abuso de tratado confirmando la determinación realizada por el Fisco, esgrimiendo los siguientes argumentos:

Considera que el esquema accionario de Molinos fue modificado con la conformación de una sociedad holding en Chile y la cesión a la misma de sus participaciones accionarias, a resultas de ello es que la recurrente no tributó impuesto a la renta por los dividendos de las sociedades de Perú y Uruguay, beneficiándose, en franco abuso de la disposición del art. 11 del Convenio celebrado por Argentina y Chile.

Sostiene que resulta de aplicación al caso las previsiones contenidas en el art. 2 de la Ley de Procedimiento Tributario.

Que no puede pasarse por alto que el Convenio bajo análisis no prevé expresamente a las sociedades plataforma y por lo tanto no define su alcance ni su significado sino que ello viene dado a partir de la modificación introducida a la Ley del Impuesto sobre la Renta que rige en Chile mediante la sanción de la Ley Nº 19.840.

Analiza las conclusiones a las que arriba el Servicio de Impuestos Internos (SII) de Chile en el Oficio 5029 del 02/10/2003 que sostiene que las sociedades plataforma deben considerarse como residentes a efectos del tratado.

Examina el Memorando de la Dirección Nacional de Impuestos Nº 799/2010 del 22/10/2010 que llega a las siguientes conclusiones: 1) Que la holding debe considerarse residente en Chile a efectos del Convenio[38]; 2) Que las rentas en cuestión no se encuentran beneficiadas por el Convenio de doble imposición, puesto que no existe doble imposición; 3) Respecto de la necesidad de incluir una regla antiabuso en el Convenio considera que el art. 2 de la Ley 11.683 constituye una regla general antiabuso que establece el principio de la realidad económica para determinar la verdadera naturaleza de los hechos imponibles.

Afirma que la empresa plataforma creada por la actora se caracteriza por la inexistencia de un vínculo económico real entre el holding chileno y las sociedades radicadas en Perú y Uruguay y que la renta girada por estas últimas a la sociedad chilena no permanece en ella sino que de manera inmediata es girada a la firma Molinos Río de la Plata SA, a lo que agrega la inexistencia de actividades económicas y una estructura operacional que se reitera a lo largo de los períodos objeto del ajuste en litigio.

El otro vocal de la Sala D, el Dr. Armando Magallón, si bien adhiere a los fundamentos de la Dra. Gómez, hace un paralelismo con la figura del fideicomiso, aunque reconoce que el caso no se trata de un negocio fiduciario, pero considera que la holding chilena actúa como un mero administrador de los dividendos, funcionando como un conducto del real beneficiario efectivo de los mismos que es la sociedad argentina y que además, tiene el control absoluto de la holding chilena y por lo tanto vota por la confirmación de las determinaciones de la AFIP, con costas a la actora.

37 **Art.2:** 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."

38 Ya que según lo establecido por el 3º párrafo del art. 2 del Convenio "…Se entiende que una empresa está domiciliada en el Estado bajo el imperio de cuyas leyes hubiere constituido y obtenido el reconocimiento de su personalidad jurídica , si procediere…".

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 249

V.4. El Convenio con España

El Convenio con España fue suscripto el 21 de julio de 1992 y aprobado por la Ley Nº 24.258 (Boletín Oficial del 19/11/1993) con vigencia a partir del 28/07/1994. La nota con la denuncia del mismo por parte del Gobierno Argentino es del 29 de junio de 2012 y fue dada a conocer mediante publicación en el B.O. del 12/07/2012.

En función a lo previsto en el artículo 29[39] del Convenio el mismo dejó de tener vigencia para las retenciones a beneficiarios del exterior a partir del 01/01/2013 y en relación con los demás impuestos, patrimonio, a partir de los ejercicios fiscales que comiencen a regir a partir del 01/01/2013.

Aparentemente, la causa de la denuncia de este Convenio se debió principalmente, al igual que en el caso de Suiza, al tratamiento preferencial que tenían los accionistas españoles de sociedades argentinas en relación al Impuesto sobre los Bienes Personales, ya que en función a lo establecido por el punto 4 del art. 22[40] del Convenio entre nuestro país y España, Argentina no tenía potestad tributaria para gravar la tenencia accionaria en manos de sujetos residentes en España, situación que se vio agravada por el hecho que varios grupos económicos utilizaron el régimen español de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE) como accionistas de sociedades argentinas.

El régimen ETVE otorga beneficios fiscales en relación a los dividendos y ganancias de capital de tenencias en sociedades no radicadas en España, siempre que la participación en ellas sea de por lo menos un 5%, ya sea directa o indirectamente; que la tenencia se mantenga por un plazo de doce meses al momento del dividendo o se tenga la intención de mantenerla por ese plazo; que los accionistas no estén radicados en paraísos fiscales; que las subsidiarias estén sometidas a un nivel de imposición similar al español y que no tengan más de un quince por ciento de rentas pasivas. Asimismo no están sujetos a imposición en España los dividendos pagados por la ETVE a sus accionistas no residentes.

Todo esto habrá llevado a la Comisión revisora de los Convenios a recomendar la denuncia del Convenio con España, además[41] existieron rumores en cuanto a que los negociadores españoles se habrían negado a la incorporación de una enmienda al Convenio vigente para eliminar el beneficio respecto del Impuesto sobre los Bienes Personales, así como a la inclusión de una cláusula que limite el acceso al Convenio a las sociedades bajo el régimen ETVE.

Sin embargo el 11 de marzo de 2013 Argentina y España llegaron a un acuerdo y firmaron un nuevo Convenio para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y Sobre el Patrimonio, que según lo previsto en su artículo 28 tendría una aplicación retroactiva al 01-01-2013, pero hasta la fecha del presente trabajo aún no se ha culminado con las aprobaciones internas de los Congresos de España y Argentina, con lo cual no se encuentra en vigencia.

En el nuevo acuerdo firmado con España la tenencia accionaria, en función a lo previsto por el punto 4 del artículo 22, puede someterse a imposición por ambos Estados de acuerdo con sus respectivas legislaciones internas, con lo cual las sociedades argentinas deberán ingresar el Impuesto Sobre los Bienes Personales al 31/12/2013, en su carácter de responsables sustitutos, respecto de sus accionistas residentes en España.

Además, junto con el Convenio se firmó un Memorando de entendimiento relativo a la aplicación del mismo que contiene las siguientes medidas antielusivas y antiabuso del tratado:

a) El Convenio no se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal.
b) Se entenderá que los beneficios del Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado Contratante o de los elementos de patrimonio allí situados.

---

39 **Art. 29:** "El presente Convenio permanecerá en vigor mientras no se denuncie por uno de los Estados Contratantes. Cualquiera de los Estados Contratantes, puede denunciar el Convenio por vía diplomática comunicándolo al menos con seis meses de antelación a la terminación de cada año natural, con posterioridad al término de un plazo de cinco años desde la fecha de su entrada en vigor. En tal caso el Convenio dejará de tener efecto: a) en relación con los impuestos en la fuente sobre cantidades pagadas a no residentes, a partir del día primero del mes de enero siguiente a la fecha de notificación de la denuncia; y b) en relación con los demás impuestos, a los ejercicios fiscales que comiencen a partir del día primero del mes de enero siguiente a la fecha de notificación de la denuncia."

40 **Art. 22:** "…4. El patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante del que su titular sea residente."

41 Algunas consideraciones acerca de la denuncia del Convenio entre Argentina y España – Diego N. Fraga y Axel A. Verstraeten – www.checkpoint.laleyonline.com.ar

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 250

c) El Convenio no impedirá a los Estados Contratantes la aplicación de sus normas internas relativas a la transparencia fiscal internacional o subcapitalización o las normas que se establezcan sobre las mismas.

d) Las disposiciones de los artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 12 (Cánones y Regalías) y 13 (Ganancias de Capital) no se aplicarán cuando el fin primordial o uno de los fines primordiales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión de las acciones u otros derechos que genera los dividendos, la creación o cesión del crédito que genera los intereses, o la creación o cesión del derecho que genera los cánones o regalías, sea el de conseguir el beneficio de dichos artículos mediante dicha creación o cesión.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En relación a la inclusión de normativa antielusiva respecto de operaciones realizadas con sujetos radicados en países o territorios de baja o nula tributación considero que las mismas son beneficiosas para establecer reglas claras y resguardar la potestad tributaria de los países.

Si bien en nuestra legislación este tipo de medidas están correctamente expuestas, no sucede lo mismo con la definición de los países o territorios que deben considerarse como paraísos fiscales en función a la reciente modificación introducida a través del Decreto 589/2013, para lo cual considero que deberían emitirse normas que respondan claramente a los interrogantes planteados en el punto 3 del presente trabajo, ya que si bien es importante la existencia de medidas antielusivas en la normativa local respecto de las operación realizadas con sujetos radicados en paraísos fiscales, mucho más trascendente debiera ser el hecho que no existan dudas respecto de los países sobres los cuales corresponden su aplicación y la fecha desde y hasta cuando corresponde la aplicación de las mismas en función de la nueva lista dinámica que se crea con el Decreto citado.

Asimismo es positiva también la inclusión de medidas antiabuso en los Convenios y de hecho vemos que Argentina en el nuevo Acuerdo que firmó recientemente con España lo ha realizado a través de la firma del Memorando de Entendimiento Relativo a la Aplicación del Convenio, pero también considero que no debe existir una extralimitación del concepto del abuso de tratado al punto de afectar el principio de autonomía de la voluntad y libertad de la empresa, tal como lo reconoció el Fisco argentino en el ya citado Dictamen 58/1997. En ese sentido se debiera diferenciar aquellas estructuras cuyo único fin no es el beneficiarse con algún Convenio sino que poseen una verdadera razón de negocios y las sociedades involucradas son entidades que no cumplen solamente con los requisitos formales, sino que tienen sustancia jurídica y económica.

RESUMEN

En el presente trabajo se pretende analizar las medidas antielusivas en la normativa fiscal interna de los países, mencionando las incluidas recientemente en la legislación doméstica de Colombia y México, y particularmente respecto de aquellas relacionadas con las operaciones realizadas con países o territorios de baja o nula imposición, conocidos como "paraísos fiscales" que existen en nuestro país y en otros países de la región tales como Brasil, Ecuador, México y Perú.

En relación a los países o territorios considerados como paraísos fiscales en Argentina, se desarrolla el cambio de criterio en función del Decreto Nº 589/2013, a través del cual se introduce el concepto de "países o territorios considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal", que van a estar incluidos en una lista dinámica que será emitida por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) en función a la existencia de un Acuerdo de Intercambio de Información (AII) o la posibilidad de suscribirlo, que posibilite el efectivo intercambio de información fiscal entre las Administraciones Tributarias de Argentina y los países que suscriban los AII.

Se plantean los interrogantes que considero debieran ser respondidos a través de una clara reglamentación del concepto de "países o territorios considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal" referidos a:

- ¿Si la lista y sus modificaciones serán publicadas únicamente en sitio web de la AFIP o también en Boletín Oficial a través de una Resolución General?
- ¿Si las modificaciones operarán para todo el ejercicio en curso? o
- ¿Si se incluirá una fecha a partir de la cual debe considerarse que un país ha dejado de ser cooperador o bien desde cuando se considera cooperador?
- ¿En qué momento debe evaluarse la condición del país con el cual se opera para ver si le aplican las normas antiabuso?, ¿al momento de la operación?, ¿al inicio del ejercicio? o ¿al fin del ejercicio?

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 251

Asimismo, se refiere al concepto del abuso de tratados y las medidas contra él contenidas en los Convenios para Evitar la Doble Imposición, analizando las causas que llevaron al Gobierno Argentino a la creación de la Comisión Evaluadora y Revisora de Convenios para Evitar la Doble Imposición y a la denuncia de los convenios que tenía en vigencia con:

Austria: situación del tema de los bonos austríacos y el Memorando Nº 64/2009 de la Dirección Nacional de Impuestos.

Suiza: forma de finalización del mismo y el beneficio en el Impuesto sobre los Bienes Personales.

Chile: fallo de la Sala "D" del Tribunal Fiscal de la Nación del 14/08/2013 de la causa "Molinos Río de la Plata s/ recurso de apelación – Impuesto a las Ganancias".

España: beneficio en el Impuesto sobre los Bienes Personales, la utilización del Régimen español de Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros y la firma del nuevo Convenio que incluye un Memorando de entendimiento relativo a la aplicación del mismo.

Se plantean las conclusiones y recomendaciones, considerando que la inclusión de normas antielusivas respecto de operaciones realizadas con sujetos radicados en países o territorios de baja o nula tributación son beneficiosas para establecer reglas claras y resguardar la potestad tributaria de los países. En Argentina debieran emitirse normas que permitan clarificar las dudas planteadas respecto de la nueva lista de países o territorios considerados cooperadores a los fines de la transparencia fiscal.

Igualmente positiva es la inclusión de medidas antiabuso en los Convenios, tal como lo hizo Argentina en el nuevo Convenio firmado con España, pero también no debiera existir una extralimitación del concepto del abuso de tratado al punto de afectar el principio de autonomía de la voluntad y libertad de la empresa, tal como lo reconoció el Fisco argentino en el Dictamen 58/1997. En ese sentido se debiera diferenciar aquellas estructuras cuyo único fin no es el beneficiarse con algún Convenio sino que poseen una verdadera razón de negocios y las sociedades involucradas son entidades que no cumplen solamente con los requisitos formales, sino que tienen sustancia jurídica y económica.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 252

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 252

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres de Errepar S.A.,
Buenos Aires, República Argentina, en el mes de octubre de 2014.

235-T2-Vaquez Cambon_003 - Ruetti_P_I.qxp 14/10/14 12:50 Página 254