# PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA INTERNACIONAL

INTRODUCCIÓN AL USO DE ESTRUCTURAS DE PLANIFIACIÓN TRIBUTARIA INTERNACIONAL Y EL PAPEL DE LAS JURISDICCIONES DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN O NO COOPERANTES

**I.- INTRODUCCIÓN ..... 3**

**II.- OBJETIVOS DEL PLANIFICADOR TRIBUTARIO Y FINANCIERO INTERNACIONAL ..... 6**

**II.a.- DEFINIENDO LA PLANIFICACION TRIBUTARIA INTERNACIONAL NOCIVA ..... 13**

**II.b.- ELEMENTOS DE LA PLANIFICACION TRIBUTAR INTERNACIONAL NOCIVA ..... 18**

II.b.1.- Forma jurídica que deberá asumir la inversión ..... 19

II.b.2.- Composición de la estructura de financiamiento, capital, deuda y mix de ambos ..... 20

II.b.3.- Selección de jurisdicciones intermediarias y acumuladoras de rentas ..... 20

II.b.4.- Utilización de jurisdicciones con regímenes fiscales laxos ..... 21

II.b.5.- Jurisdicciones con amplias normativas de secreto fiscal, bancario y comercial ..... 21

**III.- ALGUNOS ESQUEMAS DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA INTERNACIONAL ..... 22**

**III.a.- ESTRATEGIA DE INVERSION DIRECTA ..... 23**

**III.b.- ESTRATEGIA SOBRE LICENCIAS U OTROS ACTIVOS INTANGIBLES ..... 26**

**III.c.- ESTRATEGIA DE SOCIEDADES FINANCIERAS INTERNACIONALES ..... 28**

**III.d.- METODO DEL COMERCIO EXTRATERRITORIAL (O INTERMEDIARIO INDEPENDIENTE) ..... 31**

**III.e.- MÉTODO DE OFICINAS DE SERVICIOS ..... 32**

**IV.- ESTADO ACTUAL RESPECTO DE LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACION 35**

**IV.a.- PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA CELEBRACION DE TRATADOS A NIVEL INTERNACIONAL ..... 35**

**IV.b.- ACUERDOS BILATERALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACION Y SU PARTICULAR METODO DE CELEBRACION ..... 36**

**IV.c.- ACUERDOS MULTILATERALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACION ..... 41**

**V.- RESUMEN – BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING – ¿LA SOLUCION? ..... 44**

**I.- INTRODUCCIÓN**

Muchas veces se relaciona a la planificación tributaria internacional con técnicas o mecánicas destinadas a disminuir la base imponible del tributo en una determinada jurisdicción por medio de la transferencia de rentas hacia otras jurisdicciones donde la tributación sea inferior o, incluso, inexistente. Sin embargo debemos destacar que esto no siempre es así; la planificación tributaria internacional es una actividad legítima que todo contribuyente puede desplegar siempre que el vehículo jurídico sea apto para el negocio subyacente que esté persiguiendo (como veremos más adelante)[1]. La diferencia entre planificación tributaria legítima y aquella que es "nociva"[2] (en función del fin perseguido) se presenta, cuanto menos, difícil definir puesto que su tipificación se va aggiornando con el correr del tiempo y con el avance de la legislación tributaria comparada a la luz de los "acuerdos inter-jurisdiccionales" expresados en organismos supranacionales que pretenden la armonización de esquemas y regímenes tributarios internacionales (como por ejemplo la O.C.D.E.).

Lo dicho fuera desde el punto del vista del contribuyente transnacional que cuenta con herramientas técnicas y económicas para proceder al análisis de los diferentes regímenes legales de varias jurisdicciones a fines de tomar decisiones sobre la estructura de sus negocios pero vale también destacar que los países, de cara al cuidado de sus fronteras, administran sus regímenes legales tributarios, cambiarios, societarios o regímenes de secreto (bancario, fiscal, societario, registral, etc) según sea su política de atracción de capitales internacionales y la política de acumulación de capital sobre la cual se sustenta la sociedad.

Esto demuestra que el "libre juego"[3] entre los diferentes países puede llegar a producir contradicciones entre los objetivos buscados por aquellos países exportadores de capital y aquellos

[1] Como advertimos del antecedente Partington c. Attorney General (EEUU 1869) donde se ha expuesto "every man is entitled, if they want, to orden their affairs so as to attract the tax, under appplicable law, is less tan would be otherwise". Español: "Cada hombre está facultado, si así lo quiere, a ordenar sus asuntos de tal forma que el impuesto que atraiga, según las leyes aplicables, sea menor que el que sería de otra manera". Con mismo criterio se ha manifestado el juez Learned Hand en Gregory c. Helvering US 293.463 (1935) cuando dijo "anyone may arrange his affairs so that his taxes within the law were as low as posible. No one has as a public duty to pay more tan the law demands. Taxes are levy… and not voluntary contribution". Español: "Cualquier persona puede organizar sus asuntos de tal manera que sus impuestos dentro de la ley fuesen lo mas bajo posible. Nadie tienen como deber público pagar mas de lo que la ley demanda. Los impuestos son una exacción… y nunca una contribución voluntaria". Continuando con la doctrina expuesta; en Industrial Comercial Argentina c. Nación Argentina CSJN 241:210 se dijo "Por la misma razón que no es reprensible el esfuerzo honesto el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal, no cabe desconocer al Estado la facultad de proscribir por ley procedimientos, incluso jurídico, susceptibles de reducir los gravámenes establecidos. Y es correcta la interpretación de tales normas de manera conducente a los fines de evitar que los impuestos sean eludidos". En el mismo sentido es necesario llamar a registro el dictamen del procurador Becerra, ratificado luego por la CSJN en YACIMIENTOS PETROLIFEROS FISCALES SA c PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO en donde se expresa con contundencia: "En este marco, el planteo sobre la intención de evadir el tributo resulta insustancial pues, como explica la jurisprudencia norteamericana (*refiriéndose a SUPERIOR OIL CO. C. STATE OF MISSISSIPI US 280.390 y BULLEN C WISCONSIN US 240.625)* cuando la ley traza una línea, la cuestión quedará del lado permitido o del prohibido, y si lo está sobre el primero no empeora legalmente su situación la parte que se permite ir intencionalmente tan cerca de ese límite como le es posible, sin cruzarlo". Antecedentes y Referencias compiladas de TRATADO DE DERECHO TRIBUTARIO INTERNACIONAL TOMO I – DIRECTOR RUBEN ASOREY – EDITORIAL LA LEY CAPITULO 2.3.1 pag 769.

[2] Veremos mas adelante que el concepto de planificación fiscal nociva se vincula con aquellas mecánicas faltas de substancia económica o donde el propósito de negocios no se presenta ya con una visión clara sinó que nos encontramos con una estructura carente de contenido, construida solo en documentos legales y "sustentada" en las "guaridas" legales que pueden ofrecer ya sea los diferentes regímenes tributarios y societarios preferenciales o los "loopholes" que arbitrariamente o no encontramos en la legislación local e internacional. En este sentido la OCDE se ha manifestado en su informe en HARMFUL TAX PRACTICES 2006, prácticas que quedaron a la vista ante la acción BEPS 5 – 2015 en el cual, en su informe final ha sido titulado "Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance"

[3] Este "libre juego" a nivel mundial que, al decir del Informe presentado por el Departamento de Ingresos Tributarios de Canada en la 32ª Asamblea del CIAT se observa: "un nivel microeconómico asociado con los patrones cambiantes de las operaciones transfornterizas, por medio delos cuales las empresas organizan su desarrollo, producción y financiamiento". Este proceso de globalización y de liberación de

que se muestran como importadores de capital; entre aquellos que importan capital para aplicarlo a la industrialización del país y aquellos que importan para aplicarlo al desarrollo de una plaza financiera o bien entre aquellos que promueven el librecambio de capitales con un estricto registro de operaciones y entre aquellos que se conforman como plazas administrativas de grandes capitales exteriores con políticas de secreto bancario, financiero, societario y comercial (entre otros).

En el presente paper de trabajo se realizará un breve resumen de los principales elementos u objetivos perseguidos por el planificador financiero internacional prestando especial atención al elemento u objetivo tributario no siendo el presente un estudio exhaustivo del tema sino una breve introducción a la problemática en la búsqueda de una rápida pero referenciada reflexión dirigida al lector.[4]

Durante el desarrollo me permitiré colocar parte del énfasis en aquellas jurisdicciones antes denominadas internacionalmente como TAX HAVENS, hoy jurisdicciones NO COOPERANTES, bien porque han sido estas objeto de la mayor cantidad de "ataques o indagaciones" a nivel internacional[5], bien porque resulta difícil justificar parte de sus regímenes fiscales a la luz del complemento de secreto fiscal, comercial y societario que las encierra pero por sobre todo porque hoy mas que nunca se encuentra vigente un "acuerdo tácito" en el que podremos distinguir ciertas jurisdicciones que poseen diferentes regímenes de estímulos económicos relacionados con la realización de actividades económicas reales en búsqueda del desarrollo de sus propias economías a cambio del beneficio fiscal brindado que, en los efectos económicos, puedan llevar a los mismos efectos que el uso de aquellas jurisdicciones antes mencionadas como TAX HAVENX, hoy NO COOPERANTES pero relacionadas con el nuevo concepto de cadena de valor a nivel internacional donde las diferentes procesos empresariales ya no se desarrollan dentro de una economía sino que lo hacen en el marco de un régimen fiscal internacional.[6]

---

fuerzas productivas pero, fundamentalmente, financieras terminó por motivar a diferentes jurisdicciones a lograr un mayor crecimiento económico por medio de atracción de capitales y, en este sentido, observamos un crecimiento de los regímenes tributarios internacionales basados en, al decir de VITO TANZI, "la degradación de los sistemas fiscales". Citado en CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – ASPECTOS CONTROVERTIDOS –DIRECTOR FERANANDO GARCIA – EDITORIAL LA LEY pag 113.

[4] De forma permanente nos moveremos entre conceptos de "economía de opción", "elusión" y "evasión"; conceptos estos que no se encuentran plenamente delimitados con lo cual, si bien no podemos decir que su definición resulta subjetiva, si resulta altamente influenciada respecto del contexto en el cual se presente la situación bajo consideración. En este sentido como bien señala Ricardo Riveiro en su capitulo 2.3.1. PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL (ECONOMIA DE OPCION, ELUSION Y EVASION INTERNACIONAL) op cit 1. Pag 769 al llamar a la reflexión de los conceptos trae a mención al antecedente EURNEKIAN S.LEY 24.769 T.O.P.E. NRO 1 13-08-2004 quien reflexiona respecto del antecedente que es "… un compendio didáctico de lo que debiera entenderse por licitud, elusión, evasión, planificación fiscal y economía de opción" para remarcar luego un extracto que, considerando el valor que el autor le asigna, me permito reproducir: "fuera del ámbito tributario determinado por el legislado r, el ciudadano y eventual contribuyente goza de las más amplia libertad fiscal, lo que implica que no se encuentra obligado a realizar hechos imponibles para satisfacer las pretensiones del fisco cuando la ley no prohíbe alcanzar resultados tributarios por una vía distinta a la fijada por el legislador. Este campo propio de la actuación libre, del eventual contribuyente puede ser consecuencia de la imprevisión, pero también de la decisión conscientes del legislador pero en ambos casos no habrá un hecho imponible y, consecuentemente, no podrá configurarse una violación a las normas ya mencionadas"

[5] Resulta en este sentido resulta ilustrativo del punto simplemente tomar conocimiento de las repercusiones que ha causado el texto (obra de carácter periodístico de investigación – dirigido a público general) de NICHOLAS SAXON titulado "TREASURE ISLANDS – TAX HAVENS AND THE MEN WHO STOLE THE WORLD" donde, en repercusiones internacionales se ha dicho: 1.- "Perhaps the most important book published in the UK so far this year" George Monbiot, The Guardian. 2.- "Treasure islands has prised the lid off an important and terrifyng can of worms" Literary Review. 3.- "Treasure Islands shines the light on some very dark places. It reads like a triller. The shocking ting is its all true" Richard Murphy Co-Autor Tax Havens.

[6] He utilizado el término "régimen fiscal internacional" por dos motivos. El primero es que no podremos comprender la actividad de la planificación tributaria internacional ni el impacto en las economías nacionales (a los efectos del presente estudio nos ocuparemos del impacto en la economía de la República Argentina) si no llegamos a presentar al mundo entero como un espacio viable para el desarrollo

de negocios y para el desplazamiento de la cadena de valor empresarial ya de manera internacional donde las funciones de desarrollo, producción, financiamiento, comercialización, planeamiento o dirección, entre otras, son alocadas en aquel lugar que mejor opere a los intereses empresariales. En este sentido, las normas tributarias son parte de las previsiones conductuales requeridas por sistemas que interactúan entre si, en una interacción forzosa pero caótica y, muchas veces, desconectada de los intereses particulares de las naciones tal como supo advertir Richard Gordon en su informe TAX HAVEN AND THE USE BY UNITED STATES TAXPAYERS – AN OVERVIEW – Presentado el 12 de enero de 1980 ante el comisionado de la IRS. En segundo lugar la Segunda Acepción del término Régimen conforme la RAE dice "2.- Conjunto de normas por las que se rige una institución, una entidad o una actividad" mientras que, en comparación de la definición de sistema, primera acepción RAE "1.- Conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre si" no nos cabe duda que las normas tributarias que afectan los negocios internacionales son parte de un régimen mientras que podemos advertir que, por primera vez desde el inicial pedido de coordinación internacional realizado por Richard Gordon cuando en el citado informe, en página 10, párrafo 3, textualmente declara"The United States alone cannot deal with tax havens. The policy must be an international one by the countries" encontramos el tramo final del proyecto BEPS que analizado en su totalidad, se presenta como el primer sistema coordinado internacional propuesto para defensa ante situaciones de planificación fiscal nociva.

**II.- OBJETIVOS DEL PLANIFICADOR TRIBUTARIO Y FINANCIERO INTERNACIONAL**

Como hemos indicado en el punto I.- supra, el planificador financiero y tributario, a nivel internacional, cuenta con la posibilidad de servirse de diferentes regímenes legales de diferentes jurisdicciones del planeta que gracias a su falta de homogeneidad, ayuda a arbitrar resultados que, muchas veces, directamente serían inalcanzables. En este marco el planificador internacional analiza, por cuanto, todos los elementos mencionados al momento de desarrollar o diseñar la estrategia de actuación internacional para el conglomerado de empresas o capitales que se encuentre administrando destacando como objetivos principales los siguientes:

a.- Detectar y administrar los resultados de sus operaciones en jurisdicciones de Baja o Nula Tributación ya sea por concepto de alocación de ganancias o bien de patrimonios que permitirán, una vez acumulados, nuevas estrategias de planificación a nivel internacional como ser:

a.1.- Financiamiento de actividades de desarrollo de intangibles que luego son referidos a las deducciones de aquellas sociedades ubicadas en jurisdicciones de alta tributación por medio de Royalties, licencias o similares.[7]

a.2.- Financiación de operaciones en jurisdicciones de alta tributación lo que termina por lesionar las utilidades declaradas en estas por medio del cargo a intereses.[8]

b.- Detectar jurisdicciones con posibilidad arbitrar las consecuencias del régimen tributario ya sea por manipulación del elemento de sujeción territorial tal como ha presentado APLE INC USA al constituir su HOLDING en Irlanda[9] o bien por el arbitrio de tasas mediante la anulación de regímenes anti diferimiento tal como se presenta como consecuencia del régimen “check

[7] La estructura internacional desarrollada por APLE INC USA resultaría ilustrativa de las técnicas de planificación internacional para a.- la selección de jurisdicciones que, en los hechos en arbitraje de las normas fiscales en cuanto a residencia fiscal corporativa permitirán obtener los mismos resultados que aquellos activos ubicados en jurisdicciones comúnmente conocidas como TAX HAVEN, b.- la locación de intangibles en jurisdicciones de baja tributación, c.- la distribución de gastos hacia jurisdicciones de alta tributación y d.- la locación de rentas en jurisdicciones de efectiva baja tributación por mencionar alguno de los puntos salientes de la estructura de la mencionada M.N.E. (Multi National Enterprise). Documento explicativo http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2411297. Siendo perfectamente legal la estructura termino por ser cuestionada a nivel del Senado US presentación que puede ser advertida en https://www.youtube.com/watch?v=s7H1Y6Nr3c4.

[8] Siendo expresión de la consecuencia de este tipo de arreglos la ACTION 4 – BEPS 2015 orientada a la prevención de la erosión de bases tributarias generadas en el uso de intereses comprometidos a partes relacionadas ya sea orientadas a la financiación de producción (evitando con ello mayor capitalización societaria, dilución de la responsabilidad empresarial por riesgos económicos propios del giro del negocio y la mencionada erosión de la base tributaria por intereses) o bien a la financiación de ingresos exentos o con posibilidad de diferimiento.

[9] APPLE INC USA explotó la definición del concepto de residencia conforme las normas fiscales de IRLANDA en función de donde estuviera ubicado el “General Management“ de manera tal que, habiendo este sido ubicado en USA, se permitió constituir una HOLDING denominada APPLE OPERATIONS IRLANDA, una sociedad operativa denominada APPLE SALES INTRNATIONAL (subsidiaria) que utilizaría para las ventas a América Central, América del Sur, y Asia y otra operativa AAPPLE SALES EUROPE (subsidiaria) que se ocuparía de las ventas en Europa esta vez arbitrando las ventajas en el IVA que ofrece la comunidad de referencia siendo, todas ellas, de cara al derecho fiscal IRLANDES residentes de USA mientras que, conforme los criterios fiscales para la definición de la residencia corporativa en el TAX CODE USA, ambas sociedades serían residentes del país donde fueran incorporadas, en este caso IRLANDA. La consecuencia de este encuadre sería que a.- Irlanda, jurisdicción no categorizada como Tax Haven o Baja Tributación, con una tasa tributaria corporativa del 12,5% y un criterio de renta mundial no alcanzaría las rentas generadas por las ventas al resto del mundo de las sociedades constituidas en dicha jurisdicción por ser NO RESIDENTE de la jurisdicción de incorporación y b.- el esquema termina por subvertir el criterio de renta mundial hacia un criterio de fuente. Todo en conjunto con el especial régimen HOLDING operante en dicha jurisdicción. ALBERTO MASTANDREA – CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – ED LA LEY pag. 163.

in the box" del US TAX CODE que termina por anular las previsiones del SUBPART – F del mencionado TAX CODE[10].

c.- Operar en plazas sin restricciones en regímenes cambiarios. Actualmente existen plazas en las que, a los fines de ejercer el comercio internacional de bienes y servicios, la operatoria con cambios se encuentra restringida o controlada lo cual puede dificultar la realización de negocios a nivel internacional por el incremento de trámites burocráticos a fin de obtener las divisas requeridas para pagos internacionales o bien la existencia de tipos de cambio desfavorables para el intercambio comercial**.**

En este sentido las administraciones corporativas internacionales es posible organicen una oficina de administración de fondos mediante la cual, sin violentar la exegesis normativa o bien el objeto de los diferentes tratados, observen algunas de las siguientes actividades:

b.1.- Administren las cobranzas globales de la estructura corporativa

b.2.- Administren los pagos globales de la estructura corporativa

b.3.- Administren la política de operaciones con instrumentos financieros y derivados a nivel internacional.

La consecuencia clara de este tipo de estructuras es, nuevamente, sin violentar norma alguna, lesionar las tenencias de divisas de aquellos países que originalmente las hubieran generado y producto del requerimiento de giro al exterior debieran afrontar la reducción de la cuenta en el sistema bancario en general[11]. Naturalmente las operaciones mencionadas en b.3.- terminan por lesionar el interés fiscal de la jurisdicción de residencia o, mejor dicho, de la jurisdicción que previamente ha generado las utilidades que permitieron la acumulación de las divisas luego utilizadas para las operaciones mencionadas en b.3.- toda vez que, al ser estas sustraídas del régimen fiscal nacional (en este caso por cuanto nos importa el régimen fiscal argentino) toda utilidad generada quedará fuera de las normas habilitantes para nuestro país.

---

[10] La particularidad del régimen "check in the box" al cual se accede mediante el llenado del Form 8832 IRS permite a una sociedad seleccionar el tratamiento a los efectos tributarios bien como una corporación (no transparente), bien como otro tipo societario excepto una corporación (transparente) Referencia pública https://en.wikipedia.org/wiki/Entity_classification_election. El régimen, al poco de haber sido implementado, ya fuera denunciado como una hábil estrategia de elusión tributaria tema excelentemente resumido por Cynthia Ram Sweitzer en su artículo "ANALYZING SUBPART F IN LIGHT OF CHECK-THE-BOX" 21-03-2005 denunciando, en la página 9 de su informe: "The CTB regime has paved the way for creative tax avoidance planning options. For example, often a U.S. corporation sets up a holding company in a (typically tax favorable) foreign country in which it conducts business... As such, any interest, royalty, or dividend income that an operating company pays to the holding company will constitute Subpart F income to the holding company. Such income creates a current tax liability to the holding company's U.S. shareholders (i.e., to the U.S. corporation) Alternatively, because of the CTB regulations, the operating companies may be treated as disregarded for U.S. tax purposes". http://www.uakron.edu/law/lawreview/taxjournal/atj20/docs/Sweitzer201.pdf

[11] En este sentido debemos advertir la existencia de normas de carácter cambiario, emitido por la entidad reguladora del sector financiero que mediante COM A BCRA 4361 y COM A BCRA 4108 ha establecido el plazo para la liquidación de divisas por cobro de exportaciones conforme RES MEP 120-2003. Para el cobro de servicios prestados a no residentes deberán ser ingresadas al mercado cambiario dentro de los 135 días hábiles de la fecha de percepción COM A BCRA 3473, COM C BCRA 39547 y COM A 4361. Sin embargo la obligación de liquidación encuentra su excepción en los regímenes de exportación de hidrocarburos conforme Art. 1 DR 2703-2002, régimen de venta de minerales Art. 8 Ley 24.196 – COM A BCRA 3990. Reglamentación y Comunicaciones Actualizadas http://www.bcra.gov.ar/pdfs/Estadisticas/ultimocomunicado2015.pdf

d.- Detectar y administrar activos bajo plazas en las que opere el secreto bancario, financiero o comercial.

El secreto bancario, financiero y societario o comercial fuera denunciado desde hace ya lejanos tiempos (pensemos que por cuanto nos interesa la temática de la tributación internacional y que los cambios que ha operado el mundo en este punto han sido vertiginosos en los últimos 50 años) cuando en Enero de 1981 Richard A. Gordon en su carácter de Special Consuel for International Taxation emite su reporte para uso de la IRS titulado "TAX HAVENS AND THERI USE BY UNITED STATES TAXPAYERS – AN OVERVIEW cuando textualmente declara, en la página 16 de su informe:

> *"Tax havens, however, refuse to breach their wall of secrecy, even where a serious violation of the laws of another country may be involved. The distinction is between unreasonably restrictive rules of bank secrecy wich may encourage the commitment of international tax and other offenses, and those wich pay due regard to the protection of individual privacy, but wich also permit legitimate inquirí in appropiate cases. Secrecy is most troublesome when a violation of US criminal laws is under investigation."*

Ilustrativas son las sus palabras pero asimismo toman fuerza cuando, previamente declara, página 10 párrafo 3 de su informe la necesidad de un esfuerzo coordinado entre todas las jurisdicciones involucradas y de ahí la fuerza del proyecto BEPS de la OCDE[12].

> *"The United States alone cannot deal with tax havens. The policy must be an international one by the countries".*

En referencia al elemento de secreto bancario corresponde señalar que se ha estimado conveniente desarrollar extensamente la temática en punto V.- INTERCAMBIO DE INFORMACION INTERNACIONAL mediante el cual abordaremos no solamente la temática relacionada con el intercambio de información financiera por medio de instrumentos automáticos sino que, además, abordaremos la temática del uso de instrumentos bilaterales de intercambio de información fiscal y aquellas cláusulas contenidas en los convenios para evitar la doble imposición.

e.- Laxitud en normas de prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo. Si bien es cierto que el planificador tributario orientado a la planificación lícita (e incluso a la planificación agresiva) no debería estar interesado en esta característica del régimen legal de la jurisdicción donde impondrá la estructura, este será un elemento que deberá considerar el analista fiscal toda vez que, e.1.- en el conjunto de operaciones que se presentan en la mayoría de las plazas financieras las operaciones justificadas y provenientes de negocios

[12] La ACTION 13 – REPORTE BEPS 2015 se orienta a la obtención de un reporte de la estructura empresarial utilizada a nivel internacional denominada Country by Country Report orientado principalmente al conocimiento de la estructura general de la compañía de manera que se pueda ver el "mapa de alocación de riesgos y funciones" construyendo, de esta manera, una herramienta adicional o complementaria del estudio de precios de transferencia. Es de destacar que la iniciativa de obtener el cuadro informativo a nivel internacional de la estructura incluso es remarcada en el informe "Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion" Autor Jane G. Gravalle Enero 2015 en página 34 invita a la celebración de acuerdos multilaterales de información corporativa bajo el título "Multilateral Information Sharing or Withholding International Cooperation"

lícitos pueden llegar a "confundirse" con aquellas operaciones de orígenes no justificados y e.2.- las recomendaciones extendidas por el GAFI podrían generar que incluso, en una planificación tributaria internacional completamente lícita, la instalación de barreras para la totalidad de la estructura por lo cual, incluso cuando no se desee hacer uso de las laxitudes normativas mencionadas, será necesario considerar la posición de la jurisdicción involucrada en el marco de las normas de prevención mencionadas.

f.- Existencia de regímenes fiscales especialmente señalados conforme la actividad que se encuentre planificando. En este sentido podemos advertir las siguientes actividades y "jurisdicciones promotoras":

| MARINA MERCANTE | HOLDING CREDITOS | FORTUNAS PRIVADAS | SECRETO BANCARIO | LIBERTAD[13] CAMBIARIA |
|---|---|---|---|---|
| PANAMA | LUXENBURGO | LIECHENSTEIN | SUIZA[14] | URUGUAY |
| LIBIA | HOLANDA | ANSTALTEN | | |

CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – COORDINADOR FERNANDO GARCIA
EDITORIAL LA LEY – CAPITULO VI- ELUSION FISCAL INTERNACIONAL pag 133

g.- Otro elemento con el cual cuenta el planificador financiero internacional (independientemente de sus intenciones) serán los diferentes regímenes que pudieran ofrecer jurisdicciones para determinadas actividades como ser:

| CENTROS DE COORDINACION | SERVICIOS FINANCIEROS | ZONA FRANCA |
|---|---|---|
| BELGICA | DUBLIN | MADEIRA |

CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – COORDINADOR FERNANDO GARCIA
EDITORIAL LA LEY – CAPITULO VI- ELUSION FISCAL INTERNACIONAL pag 133

Multiplicando los beneficios cuando se operan a través de jurisdicciones que operan con tratados para evitar la doble imposición como podría ser desde operaciones generadas en Malta, Chipre o incluso Antillas Holandesas, todas con CDI con Países Bajos, jurisdicción con la cual al República Argentina posee Convenio para Evitar la Doble Imposición incorporada a nuestro derecho interno por Ley 24.933.

h.- Además de los elementos que hacen a la economía de la estructura en general, también serán requeridas características en aquellas jurisdicciones donde se impongan las sociedades controladores, holding o tenedoras de capitales que ofrezcan h.1.- seguridad jurídica, h.2.-

[13] La libertad de cambios irrestricta ofrecida por esta jurisdicción con el agregado de sistema de zonas francas y de oficinas para actividades que, en definitiva, se presenten off-shore convierten a Uruguay en una plaza excelente para la administración de sistemas de pago internacionales comúnmente denominados "international cash boxes" de lo dicho podemos tomar cuenta con lo expuesto en sitios web de profesionales afines a las ciencias económicas en la jurisdicción mencionada http://www.consultoriacontable.com.uy/es/?page_id=25

[14] Hemos mencionado como jurisdicción que ofrece secreto (en este caso bancario) a Suiza pero podríamos haber mencionado un largo listado adicional donde encontraremos jurisdicciones o países como ser Mexico o USA en la parte norte de nuestra américa pero también países como ser Uruguay, Venezuela, Chile, Paraguay, entre otros o, pasando a Europa, países como ser España o Italia solo por mencionar algunos. Para ver listado completo y sus características: http://www.financialsecrecyindex.com/index.php/jurisdictions Actualizado 2015

estabilidad política, h.3- legislación sobre intangibles, h.4.- licencias para actividades online[15], h.5.- o Seguridad Jurídica, por mencionar algunas de las condiciones ya relacionadas con su régimen legal en general o su régimen político en funcionamiento.

Conforme lo dicho as estrategias de planificación internacional de los negocios obedecerán a los objetivos mencionados en a.- cuando su objeto sea la reducción de la carga tributaria del negocio en general; las estrategias diseñadas y comentadas en b.- estarán orientadas a la construcción de un resultado basado no ya en un régimen fiscal particular sino en la interacción des-coordinada de los regímenes fiscales internacionales permitiendo con ello llegar al mismo resultado que si se hubiera trabajado por intermedio de jurisdicciones de baja o nula tributación pero estando sociedades incorporadas o domiciliadas fiscalmente en jurisdicciones con alta estima internacional a nivel de tributación tal como se aprecia del comentario al modelo APPLE INC USA; la selección de plazas mencionadas en c.- será el objeto de la planificación internacional de los negocios cuando se trabaje con plazas de cambios restringidas, condicionadas o que representen una merma en la utilidad final en los negocios y se encontrarán operaciones que requieran de las plazas indicadas en d.- cuando el objeto sea asegurar la no publicidad de los titulares del capital societario o fondos en cuentas bancarias o estructuras societarias; las estrategias basadas en e.- estarán orientadas a "romper" la trazabilidad del origen de fondos que bien pueden encontrar motivo en el origen ilícito de los mismos o bien, muchas veces, en la necesidad de dificultar o convertir en inalcanzable el dato del financiador de determinadas actividades por motivos de secreto comercial, societario o bien como resguardo ante posibles litigios judiciales[16] ; los incisos f.- y g.- hacen referencia a regímenes especialmente creados por diferentes jurisdicciones (advirtiendo que los mencionados no son los únicos; se lo ha mencionado con solo un carácter ilustrativo) los que, correctamente utilizados y como veremos mas adelante, estarán en línea con la sustancia requerida para las actividades pero, por sobre todo, el correcto uso de los mismos permitirá la defensa de la estructura en general ante diferentes cuestionamientos[17].

He iniciado el texto advirtiendo la concurrente asociación de la planificación tributaria internacional (o como en esta primera parte preferimos denominar la planificación internacional de los negocios para hacerla extensiva a otros objetivos de planificación), con la disminución de las obligaciones tributarias del contribuyente no que forzosamente debe estar vinculado con un uso abusivo de los diferentes regímenes fiscales o la red de tratados para evitar la doble imposición internacional cuestión que entendemos prudente reiterar puesto que no toda planificación internacional

[15] En este sentido podemos observar a jurisdicciones como Alderney, Estonia, Australia, Gibraltar, Bélgica, Isla de Man, Belice, Italia, Costa Rica, Kahnawake, Curacao & Antillas Holandesas, Malta, República Dominicana y Austria han implementado sistemas de registro y habilitación de licencias para juegos de apuestas online configurando, con ello, el marco jurídico requerido para una nueva industria virtual. http://www.softswiss.com/es/licensing/

[16] Pensemos en este sentido el impacto de un proceso judicial en USA o bien en otras jurisdicciones https://en.wikipedia.org/wiki/Discovery_(law) que apliquen el criterio de DISCOVERY mediante el cual, por impulso de un proceso legal, se puede llegar a obtener información de cualquier sujeto incluso reconstruir la trazabilidad de los fondos involucrados en todo tipo de actividad. En este sentido, la necesidad de arbitrar responsabilidades patrimoniales o incluso las contingencias económicas de diferentes proyectos pueden motivar el uso de las mencionadas jurisdicciones.

[17] Podemos ver como ejemplo el "cuestionamiento" respecto de la sustancia que ha recaído, en algunos intentos doctrinarios, sobre la existencia de los diferentes regímenes Holding. Al ser un régimen HOLDING su único objetivo (o digamos el principal) la tenencia de valores y administración de carteras accionarias, requerir actividades empresariales o bien una determinada sustancia en asentamiento y oficinas terminaría por vaciar de contenido el régimen. Por ello es que se sostiene que las estructuras coincidan con la naturaleza del negocio desarrollado. ALBERTO MASTANDREA EN CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION – ED LA LEY pag 163.

(independientemente del destino que esta tenga) puede ser tildada o interpretada de haber sido realizada con espurios objetivos[18]. Visualicemos lo dicho en algunos ejemplos.

Uno de los principales supuestos que hemos planteado es la aplicación de técnicas de planificación internacional con el objeto de reducir, en conjunto, la tributación de los negocios desarrollados a nivel internacional. La reducción de la carga tributaria internacional no es algo por lo que pueda ser condenado al contribuyente siempre y cuando esta sea realizada dentro del supuesto de "economías de opción", es decir, entre diferentes opciones de organización de negocios posibles, el contribuyente selecciona aquella que le resulte menos onerosa[19].

La condición implícita de esta afirmación será entonces que deberá existir un objeto de negocios real, un negocio subyacente que se esté ejecutando o planificando y la organización tributaria del negocio será la expresión de diferentes opciones de organización con el menor costo tributario[20].

Solo por mencionar un caso a los efectos ejemplificativos podríamos visualizar la situación de una empresa ubicada en PAIS A con capitales ociosos y con deseos de instalar una parte de su proceso productivo en una jurisdicción fuera del lugar de radicación de la casa matriz. Analizadas las opciones

---

[18] En línea con lo dicho se expresa RICARDO RIVEIRO en capitulo 2.3.1., de su autoría, en la obra "TRATADO DE TRIBUTACION INTERNACIONAL - DIRECTOR RUBEN ASOREY – EDITORIAL LA LEY – TOMO I pag. 770 cuando dice "…. la planificación fiscal en si no es censurable, porque es una elección que se basa en temas económicos y es en este mundo precisamente económico, donde se sustentan… muchas de nuestras opciones de la vida real" Demostrando con ello que, las decisiones con impacto fiscal son primeramente decisiones de carácter económico no pudiendo, por tanto, disociarlas del proceso decisorio y organizativo natural de toda empresa. En este línea de pensamiento advierte ejemplo de decisiones que cotidianamente se toman en las empresas como ser a.- distribución de dividendos en efectivo o en especie; b.- reducción o ampliación de capital; c.- emisión de acciones con o sin prima; d.- fusiones o escisiones; e.- aportes o préstamos; f.- financiación en el país o en el exterior, g.- precios de transacciones entre vinculadas, h.- adquisición o leasing, i.- constitución de sociedades holding o trading en el exterior, j.- adquisición de licencia de intangible o generación interna pag 770. En este contexto la planificación fiscal será lícita siempre que estemos ubicados dentro de los márgenes que la propia ley habilita y siempre que los negocios ofrezcan el correspondiente soporte al propósito negocial requerido para una razonable interpretación de la estructura empresarial. En este sentido, cuando la normativa fiscal quiso delimitar el campo de acción así lo ha hecho como ser, por mencionar unos ejemplos a.- Art. 18 de la Ley 11.683 cuando quiso regular y sustentar las operaciones de financiamientos originadas en jurisdicciones de Baja o Nula Tributación o bien limitar la deducción de cargos contra las mencionadas jurisdicciones; b.- Art. 21 de la Ley 20.628 sobre transferencia de rentas exentas a fiscos extranjeros; c.- Art. 14 de la Ley 20.628 sobre transacciones entre empresas vinculadas; d.- Art. 2 de la Ley 11.683 sobre Principio de realidad Económica; e.- las normas de capitalización exigua incorporadas a la Ley 20.628 o f.- las normas sobre transparencia fiscal internacional incorporadas en el Art 133 de la Ley 20.628 por mencionar algunos ejemplos. Por último será importante rescatar las palabras del autor mencionado cuando en la pág. 772 del texto de referencia advierte "…. la frontera difusa que separa la economía de opción y el delito fiscal abre un abanico de posibilidades que determinadas transacciones desfilan de una categoría a otra, **según fuese el juzgador y el tiempo de evaluación de la norma calificada**" He resaltado su última frace porque será el juzgado y el tiempo lo que ha dado impulso al proyecto BEPS de la OCDE que no es otra cosa que un "acuerdo internacional" para la delimitación de aquella "línea gris" que divide la planificación lícita de la ilícita.

[19] Podemos advertir algunos ejemplos de "economía de opción" incorporados en la Ley 20.628 como ser: a.- Art. 18 inc a) párrafo 4 sobre imputación de cuotas de acuerdo a la exigibilidad del crédito (devengado exigible); b.- Art. 85 de la Ley 20.628 en cuanto a opción de deducción de gastos presuntos o bien gastos reales para la primera categoría; c.- Art. 93 inc. f) y g) de la Ley 20.628 relacionada con la posibilidad de realizar una determinación de la base imponible sujeta a retención para el beneficiario del exterior sobre una determinación cierta o sobre el esquema presuntivo habilitado por la norma tributaria; d.- Art. 67 de la Ley 20.628 en relación al régimen de "venta y reemplazo"; e.- Art. 74 de la Ley 20.628 en relación a la selección del método de imputación de resultados para empresas dedicadas al rubro de la construcción para terceros, por mencionar algunos ejemplos de herramientas de economía de opción presentados por la norma tributaria argentina.

[20] Si bien es conocido por todos nosotros que la doctrina o principio del "business Purpose Test" es extraña a nuestro régimen de derecho y oriunda del derecho anglosajón, no es menos cierto que sus lineamientos son utilizados para considerar los diferentes armados de estructuras internacionales incluso en antecedentes como Gregory Vs. Helvering US 293.465.466 donde se dijo "… si realmente hubiera habido intención de realizar negocios a través de las dos compañías reorganizadas se hubiera evitado la tributación, independientemente de que su finalidad hubiera sido minimizar la tributación o salvar al mundo" donde, en palabras de GABRIEL GOTLIB en "VICIOS Y MITOS DE LA INTERPRETACION TRIBUTARIA" – ED UNIVERSIDAD AUSTRAL pag. 70 manifiesta: "En otras palabras, lo que se cuestionó no fue la motivación fiscal de la estructura, sino que la motivación fiscal fuera la única en la división de dos compañías". Sin embargo, lo dicho debe ser tomado como una herramienta mas de análisis en vista de que en nuestro país rije el principio instalado en Art. 2 de la Ley 11.683, afortunadamente guardado con celo como reza la CJSN en Autolatina Argentina SA 1976

entre PAIS B, PAIS C y PAIS D, a iguales o similares condiciones de infraestructura, condiciones socio económicas, costos generales de operaciones y estabilidad política (por mencionar algunos de los elementos sujetos a estudio), se decide instalar el proceso industrial en PAIS D por su bajo nivel de tributación y la existencia de un C.D.I. que asegure un trato preferencial para la remisión de utilidades a su casa matriz.

El caso mencionado claramente obedece a una estrategia de planificación empresarial, completamente lícita y hasta preferible en el marco de los negocios internacionales.

El segundo supuesto de planificación puede obedecer ya a la administración de las restricciones cambiarias cuando la fuente de ingresos se encuentre fuera de países que operen con cambios restringidos o sujetos a condiciones burocráticas que dificultan las transacciones internacionales. Como ejemplo de esta situación podemos pensar una estructura productiva que se encuentre situada en el PAIS A y que requiera de insumos importados para asegurar la provisión de materias primas. A los fines de "salvar" las dificultades de las restricciones cambiarias es posible realizar la apertura de una sucursal de pagos en el exterior quien podrá abonar las facturas del PAIS A por su cuenta y orden y, al momento de aprobación del cambios de divisas cancelar los pasivos ya no con su proveedor del exterior sino con su sucursal del exterior.

Naturalmente este tipo de estrategias deberán ser analizadas a la luz de las normas en materias de cambio correspondientes al PAIS A.

El tercero de los supuestos analizados será la operación a través de países o jurisdicciones "opacos" en cuanto a información de carácter financiero o societario. La opacidad no siempre debe estar relacionada con actividades ilícitas puesto que, fondos provenientes de operaciones completamente lícitas pueden desear ser aplicados en estas jurisdicciones amparadas por normas en cuanto a secreto bancario por políticas de secreto intra-grupo, o por la necesidad de mantener a resguardo la identidad de accionistas de diversas empresas en el caso de jurisdicciones que permitan participaciones no nominativas en sociedades.

Vistos entonces algunos de los objetivos buscados por los planificadores internacionales (pensemos a los objetivos como plazas o las condiciones de las plazas hacia las cuales "correrán" sus negocios) pasaremos a basarnos ahora en algunas de técnicas de planificación fiscal internacional orientando nuestro foco, naturalmente, a aquellas que podrán lesionar los intereses fiscales nacionales.

Los esquemas aquí mencionados e ilustrados son expuestos por ser ampliamente conocidos en cuanto a técnicas de tributación internacional y contar con regímenes regulatorios extensamente desarrollados por las legislaciones comerciales y aggiornados en los convenios de MODELOS de C.D.I. actuales lo que permite advertir que si bien las técnicas aquí mencionadas siguen estando vigentes, su aplicación requiere un estudio pormenorizado del caso y del negocio subyacente a fines de no incurrir en infracciones a las normas tributarias nacionales ya sea por abuso de la letra de los tratados por simple actos de simulación.

II.a.- DEFINIENDO LA PLANIFICACION TRIBUTARIA INTERNACIONAL NOCIVA

John Maynard Keynes (1883 – 1946) presentó su celebre frase "The avoidance of taxes is the only intelectual pursuit that still carries any reward"[21]; conocida por todos los que nos dedicamos a estudiar profundamente los diferentes aspectos del fenómeno tributario, me invita a traer la constante necesidad de encuadrar el uso terminológico de aquellas palabras que en ingles poseen una "gramática similar" pero en nuestro castellano la diferencia gramatical invita, incluso con mayor fuerza, a distinguir entre ambos términos. Me refiero al término "avoidance" que refiere concretamente al acto de evitación o elusión tributaria mientras que el término "evasión" se refiere directamente al quebrantamiento de la norma, en este caso, tributaria[22].

Llevados a la tarea de definir el concepto de "elusión fiscal", aplicado a la planificación fiscal internacional y en el objetivo único de advertir cuando una estructura fiscal transnacional pudiera lesionar los legítimos intereses del soberano[23] advertiremos que podemos definir a la misma como la actividad planificada (como expresión de actividades y actitudes coordinadas, racionales y dirigidas a un objetivo determinado) orientada a encuadrar el acto económico a.- fuera de la definición del hecho imponible[24], b.- a encuadrar el acto o hecho económico en una definición de hecho imponible menos gravosa para el contribuyente[25] o bien c.- asegurar un diferimiento del perfeccionamiento del hecho imponible[26].

[21] Traducción al español: "La elusión de impuestos es el único ejercicio intelectual que todavía lleva alguna recompensa".

[22] Situación que se magnifica cuando advertimos que, por ejemplo, ante la búsqueda de traducción del término "avoidance" en herramientas de traducción públicas y en línea (por ser estas de alta usabilidad) encontramos que en http://www.wordreference.com/es/translation.asp?tranword=avoidance se permite traducir al término como : a.- Ingles: "evasión, keeping away from" mientras que en la traducción al castellano experimenta b.- "abstinencia" o "evitación" dando ya una una orientación pero advirtiendo que, en su primer acepción, exterioriza como sinónimo de "evasión". Situación que no se presenta en http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/avoid?q=avoidance. Al margen de lo señalado, en PERIODICO ECONOMICO TRIBUTARIO, nro 272 de 2003 la Dra. Navarrine Susana manifiesta "… la elusión fiscal ha sido definida por la doctrina argentina como la conducta de un contribuyente tendiente a reducir la carga tributaria **en principio** legítima, no constituyendo una ofensa criminal". Subrayo el término "en principio" por la arbitrariedad que causaría el término en infinitivo utilizado el cual debe encontrarse contextualizado en el uso adecuado de las formas legales y elementos que hagan al sustento del negocio en general.

[23] Si entendemos a la planificación fiscal como una acto legítimo del contribuyente y si este, al realizarla, termina por eludir la carga tributaria conforme la definición que se presentará en este documento, sin violentar norma alguna y sujetándose a los límites legales establecidos por la norma, arbitrando, con todo, los medios para que el sustento económico de la misma se ajuste a principios internacionales del análisis de estructuras fiscales transnacionales (como ser el principio de Business Purpose o bien de substance over the form), si los resultados resultan por no ser adecuados a los objetivos del soberano deberemos entonces abogar por un cambio en la legislación fiscal o en la coordinación de los plexos normativos anti elusión – como se muestra BEPS a nivel internacional –.

[24] Pudiendo mencionar como ejemplo aquellas actividades que anteriormente desarrolladas en propia persona, por desarrollarse fuera del territorio nacional, el contribuyente decide encarar por medio de estructuras jurídicas fuera del territorio (dotadas de sustancia naturalmente) al efecto de encarar las actividades antes desarrolladas en cabeza de su propia persona.

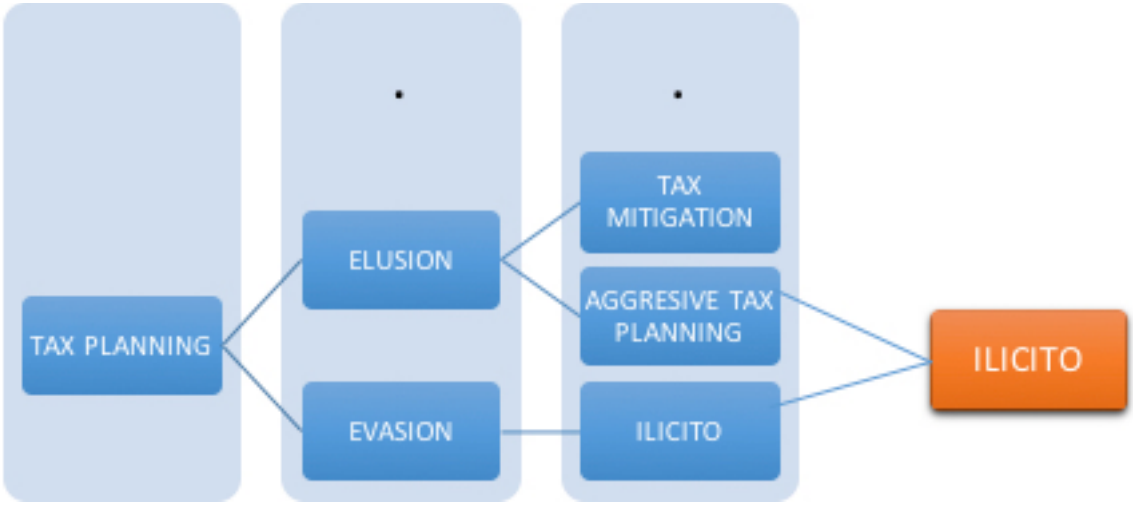
[25] Es lícita la actividad del contribuyente en la selección del método para hacerse de un bien productivo. Ante esta decisión el contribuyente puede bien adquirir el bien con fondos propios o bien con fondos de terceros donde y, de decidir trabajar con fondos de terceros podrá nuevamente afrontar una nueva decisión al analizar las opciones de leasing o bien de fondeo de capitales para adquisición del bien requerido.

[26] La interposición de una sociedad HOLDING ubicada en una jurisdicción con regímenes especialmente diseñados para este tipo de estructuras (como ser el Reino de España con el régimen ETVE u HOLANDA con el régimen de HOLDING por mencionar algunos) permitiría al contribuyente argentino a.- acumular fondos en divisas en el exterior, b.- diferir el reconocimiento de los ingresos hasta su efectiva percepción de la renta en territorio nacional. Asimismo, si ubicara la sociedad en un país No Cooperante, la decisión de que esta sociedad pase a obtener ingresos "Activos" que totalicen el 51% de los ingresos de la estructura es una mecánica válida para evitar la obligada aplicación del régimen del Art. 133 de la Ley 20.628 (Transparencia Fiscal Internacional)

Por su parte, la evasión fiscal consiste directamente en la contravención de una disposición normativa ya sea por medio de la a.- evitación de declaración de un hecho imponible, b.- la construcción de documental falta de sinceridad para distorsionar los hechos alcanzados por tributos, c.- la simulación de operaciones transnacionales apócrifas, d.- la construcción de estructuras internacionales faltas de sustancia que terminan por conducir a una minoración de la carga tributaria por falta de declaración o bien a la declaración de una acto como una operación no alcanzada por impuestos[27]

Sentadas las bases de la diferencia conceptual entre la evasión tributaria y la elusión tributaria; la primera abiertamente en violencia del orden normativo mientras que la segunda, "en principio", comprendida dentro de las opciones con las que podría contar un contribuyente, algunas líneas doctrinarias han advertido que no toda planificación tributaria en uso de mecánicas elusivas se encontrará conforme al espíritu de las normas tributarias dando nombre entonces a la distinción entre elusión o mitigación tributaria y entre aquella denominada aggresive tax planning[28].

Presentamos gráficamente el esquema mencionado




En relación a la planificación fiscal internacional caracterizada por la elusión de las obligaciones fiscales sobre la base de una planificación fiscal agresiva se han señalado dos elementos que deben estar presentes para otorgar al esquema la mencionada caracterización: a.- abusa del espíritu de la

[27] Esta situación podemos advertirla en esquemas donde, a los efectos de sujetarse a las disposiciones del Art. 13 – GANANCIAS DE CAPITAL del convenio para evitar la doble imposición, que puede determinar la posibilidad de sujetar a tributo de manera exclusiva a la jurisdicción de residencia ante la exteriorización de ganancias de capital disponiendo esta, por legislación interna, que estas ganancias no estarán comprendidas en el objeto de impuesto a la renta o impuesto especial por ganancias de capital (como sucediera hasta sanción de la Ley 26.893 en la República Argentina) mientras que los dividendos percibidos estarían comprendidos en la definición del hecho imponible el contribuyente podría arbitrar un contrato mediante el cual vende las acciones, determinando una ganancia de capital, el sujeto comprador cobrará los dividendos para, luego de comprados, volver a vender al tenedor original las acciones previamente sostenidas. De esta manera el tenedor original exteriorizaría una ganancia de capital (art. 13) en lugar de una ganancia por dividendos (art. 11) configurando un método evasivo por aplicación de lo que comúnmente se diera en llamar "rule shopping". Esta simulación comprende una franca descripción de una mecánica fraudulenta y orientada a la evasión del tributo.

[28] La agencia tributaria de Canada ha presentado esquemas de planificación agresiva para advertencia de contribuyentes y contolers http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2010-22-e.htm#a2 mientras que el fisco de USA hizo su presentación pública ya relacionando las mecánicas de planificación fiscal agresiva con posibles casos criminales https://www.irs.gov/uac/Abusive-Tax-Schemes-Criminal-Investigation-(CI). Por su parte, la OCDE si bien no ha calificado la planificación fiscal agresiva si ha llevado a cabo, en su proyecto BEPS, cuatro acciones que atentan directamente contra este tipo de estructuras a saber: Action 2; Action 3; Action 4, Action 12 y la Action 5 con su informe "Countering Harmful Tax Practices More Effectively"

norma y b.- contraviene la exegesis normativa[29] de manera tal que convierte a toda la construcción en un elemento aparente puesto que no ha logrado, el planificador tributario, sustraerse a las disposiciones de una norma tributaria sino que, cuanto mucho, ha "maquillado" el acto, seguramente con mucho mas empeño que aquel que basa su estrategia en la simple evasión tributaria, pero el hecho imponible, como concepto abstracto y abarcativo de una determinada manifestación de capacidad contributiva efectivamente ha ocurrido.

La dificultad que encierra a la elusión tributaria basada en prácticas de planificación fiscal agresiva se presenta de cara a los gobiernos que, en su necesidad de advertir la artificialidad de las construcciones de los contribuyentes, muchas veces encuentran vedado el acceso a la información ya sea por la utilización de sociedades interpuestas en jurisdicciones que niegan el acceso a la misma o bien por la imposibilidad de conocer el "mapa entero de negocios" de los contribuyentes.

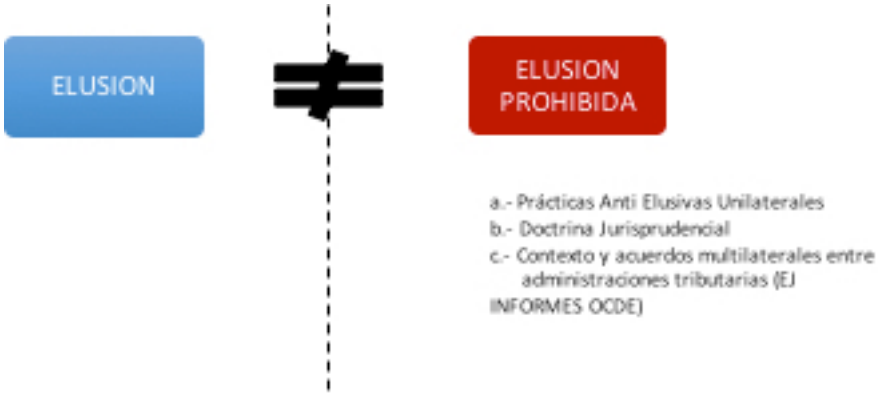
En este sentido y motivados por la dificultad del acceso a información del contribuyentes pero puntualmente a la estructura negocial de las empresas multinacionales (Multi National Enterprices M.N.E.) es que inicialmente los diferentes fiscos transitaron el camino de medidas unilaterales[30] orientadas al objetivo de "defender" sus recursos tributarios de estas técnicas de planificación cuestionables para luego llegar, por iniciativa del proyecto BEPS iniciado en 2013 y concluido en 2015, a un acuerdo de carácter multilateral, sustentado en posiciones de carácter técnico y en la necesidad de aplicación coordinada de medidas de combate a las mencionadas prácticas transnacionales.

De lo dicho podemos comenzar a marcar un límite en cuanto hace a la planificación fiscal internacional y a su diferenciación entre aquella elusión tributaria permitida y aquella que será prohibida que, como hemos visto, al margen de que es definida internacionalmente como *aggresive tax plannning* o *abusive tax planning* la violencia al orden normativo no surge de la letra clara de la ley sino que se demanda analizar el contexto en el cual se desarrolla siendo, en los últimos tiempos y con mas fuerza mediante el proyecto BEPS 2015 delimitado inicialmente por las administraciones tributarias o sus gobiernos locales para, en la actualidad, ver complementado el mismo por medio de la coordinación internacional.

Lo dicho podemos exponerlo de la siguiente manera:

[29] De esta manera, Dario Rajmiovich en su obra PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – ED LA LEY en página 2 expresa que "(la planificación fiscal ilícita) En efecto, si la construcción del contribuyente contraviene la exégesis de la norma en base a su espíritu o propósito, la evitación solo es aparente, ya que prevalece la norma eludida que determina la aplicación plena del tributo"

[30] En cuanto a medidas defensivas implementadas, de manera unilateral, por los diferentes gobiernos, podemos mencionar: a.- Regímenes de Información Anticipados (disclosure) sobre arreglos vinculados a la planificación fiscal agresiva (tax-shelters) – USA https://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Regulations-on-Abusive-Tax-Shelters-and-Transactions , UK http://www.taxshelterreport.co.uk, Irlanda, Canadá http://www.cra-arc.gc.ca/taxshelters/, entre otros. Para visualizar el concepto de "tax-shelters" remitirse a https://en.wikipedia.org/wiki/Tax_shelter; b.- codificación de la doctrina de "substancia económica" USA Art. 7701 TAX CODE IRS y directivas LMSB 20-0910-024; c.- codificando la doctrina de la transacción por etapas: USA y UK obligando a analizar el resultado de las transacciones fiscales conforme el conjunto de ellas, a la luz del antecedente Ramsay LTD V IRC 1981 54 TC 101 UK y Furniss V Dawson 1984 55 TC 324 UK y d.- implementando la figura de "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" ESPAÑA Ley 58-2003 Art. 15 muy similar al principio de realidad económica conforme Art. 2 Ley 11.683. Dario Rajmiovich en su obra PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – ED LA LEY en página 4. En cuanto a normas de nuestro derecho interno destacamos la normativa antes señalada y la jurisprudencia de CENCOSUD SA TFN 2000 donde se indicó que "las formas jurídicas deben ser manifiestamente inapropiadas"




La dificultad de la demarcación del límite resulta manifiesta, los incentivos para que esta línea se presente lo mas difusa posible resultan ser grandes para el planificador tributario internacional y la dificultad de las administraciones tributarias para incorporar el conocimiento y obtener la información que permita un conocimiento acabado de las estructuras empresariales que se organizan a nivel internacional representa, en muchas oportunidades, una valla difícil de superar.

Pretender definir los límites de la planificación lícita sería caer en un compendio dogmático que en nada ayudaría seguramente porque la forma de organizar los negocios responde a realidad y objetivos diferentes de cada empresa pero siempre debe demostrar visos de razonabilidad. Los límites estarán dados conforme el caso bajo estudio y, para ello, permitámonos tomar prestado el concepto de "cadena de valor de Michael Porter[31]":

Visto el gráfico, no hay dudas que una empresa de carácter internacional puede alocar cada una de las funciones en aquellas jurisdicciones en las que mas conveniente encuentre dicha ubicación, que cada una de las actividades son generadoras de valor y que la dificultad que se presenta, de cara a las administraciones tributarias, si las estructuras montadas encuentran un justificativo razonable para el diseño de la cadena de valor de cada empresa.

[31] Concepto originalmente presentado en 1981 en su obra titulada "*Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (1985)" donde si bien el concepto fuera utilizado para exponer, gráficamente, como cada una de las funciones de la empresa permite generar valor de cara al cliente, la realidad es que el mismo puede ser utilizado a los fines de advertir: a.- las diferentes actividades que se generan en una estructura empresarial, b.- la posibilidad del desarrollo de las actividades a nivel transnacional, c.- la necesidad de retribuir de manera justa a su generación de valor dentro de la cadena entendida en su conjunto y d.- que el valor atribuido debe estar en una sintonía de razonabilidad con la función desarrollada. De esta manera, la posibilidad de observar la estructura en su conjunto, nos deberá permitir advertir si, el diseño estructural y por consecuencia, la alocación de utilidades, riesgos y funciones, obedece a un genuino propósito de negocios o bien al solo diseño con objetivos de reducción del cargo tributario. En este sentido es que el proyecto BEPS ha comprendido las estructuras empresariales transnacionales y concretamente las ACTION 8-10, 12 y 13 se orientan al conocimiento integral de las estructuras de valor transnacionales donde, particularmente la ACTION 12 se orienta a las estructuras de planificación fiscal agresiva.

La cuestión será entonces advertir cuando, de la transnacionalización de cualquiera de estas actividades, se adviertan elementos que, en su conjunto, permitan advertir que estamos en presencia de una planificación tributaria agresiva[32].

a.- Carencia de sustancia económica y propósito de negocio[33].

b.- Presencia de una estructura societaria vacía de contenido económico (sociedad de papel)[34]

c.- Inexistencia de una estructura organizacional que permita sostener o sustentar adecuadamente las prestaciones y las locaciones de servicios realizadas. Relación coherente entre capitales involucrados, riesgos y funciones.

d.- Management inexistente o centralizado en compañía titular

e.- Directorio con presencia inexistente o exageradamente limitado en sus decisiones

f.- Restricciones a la propiedad de la "cosa" que proporciona los frutos del negocio[35].

h.- Capacidad nula o limitada para decisión sobre los frutos del negocio

---

[32] Elementos que son servidos por la referencia realizada por ALBERTO MASTANDREA en capitulo VII de la obra CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – DIRECTOR FERNANDO GARCIA – ED LA LEY pag. 164.

[33] La regla de "sustancia sobre las formas" o "substance over the form" si bien es conocido resulta una institución propia del derecho anglosajón, jurisprudencialmente mas asentada en los tribunales de Estados Unidos que en los del Reino Unido, señala Ward D. A en "The business Purpose Test and Abuse of Right" publicado en Diritto e Pratica Tributaria 1985 que esta es un elemento propio del derecho tributario internacional el cual no puede ser desconocido para el analista tributario. Por otro lado Jarach en su "Hecho Imponible" al desarrollar la teoría de la simulación y como esta impregna al derecho tributario, hoy representada en el Art. 2 de la Ley 11.683, y sobre la base de que el derecho tributario, en su autonomía, regula manifestaciones de capacidad contributiva que son, en si, manifestaciones de carácter económico, advierten la necesidad de analizar la sustancia del negocio desarrollado por sobre las formas utilizadas regla que deberá ser utilizada, al decir de Ricardo Riveiro en TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO pag. 780 "deberá ser utilizada solo cuando la forma no resulte aceptable". Por su parte Victor Ukmar en su informe presentado ante el CIAT titulado "LA PLANIFICACION TRIBUTARIA A NIVEL INTERNACIONAL" – TEMA 3.3 – ITALIA año 2003, en página 12 indica que los tribunales internacionales se orientan a definir la falta de sustancia en situaciones que demuestran a.- que la operación no tiene otro efecto económico significativo que no sea el ahorro tributario y b.- la única motivación fuera el ahorro tributario. Mas adelante, al referir a la regla del propósito de negocios expone "La mera ventaja tributaria no puede ser propósito de negocio aceptable"

[34] En 1987 la OCDE emite su informe "Elusión y Evasión Tributaria Internacional mediante el uso de Paraísos Fiscales" donde deja establecida su posición en el que predominará la realidad económica o social por sobre la forma literal de las disposiciones legales abarcando no solo a situaciones en las que se analizan sociedades instrumentales o "de papel" sino también aquellas situaciones que son soportadas en transacciones irreales, falsas o faltas de buena fe.

[35] Las restricciones a la propiedad atenta contra el concepto de Beneficiario Efectivo altamente desarrollados en los comentarios al Modelo OCDE 2014 donde si bien el concepto se incorpora por primera vez en 1977 este ya se encontraba presente los acuerdos bilaterales celebrados entre USA y UK luego de la segunda guerra mundial el esquema hoy visualizado en el modelo data del presentado en 2003. Siendo este un concepto que evolucionó con la jurisprudencia internacional corresponde señalar que en el caso "Real Madrid" sentencia de la Audiencia Nacional del 26-03-2007 se dijo que a.- el término Beneficiario Efectivo requiere una definición internacional, b.- los comentarios OCDE 2003 colaboran en la construcción de esa definición y c.- el propósito del término es funcionar como una norma anti-elusión. En Indofud International Finance LTD v JP Morgan Chase Banck Court Of Appeal London 2006 se dijo que a.- beneficiario efectivo es "quien tiene el privilegio completo de beneficiarse en forma directa de la renta" y b.- que para comprender el significado del término beneficiario efectivo debía darse importancia a la sustancia de la operación. Otro caso que merece mención es The Queen v. Prevost Car Inc 2008 donde al analizar el carácter de beneficiario efectivo de una sociedad HOLDING se definió que el beneficiario efectivo de los dividendos sería quien a.- recibiera el ingreso en carácter de dueño y a entera propiedad, b.- quien los recibe queda habilitado para su uso y disfrute, c.- asume todos los riesgos de la tenencia de los bienes y d.- posee absoluto control de la disposición de los mismos. En Velcro Canada Inc v. The Queen TCC 2012, al igual que el antecedente anterior, se destacaron los elementos de a.- posesión, b.- uso, c.- riesgo y d.- control – ANA LUCIA FERREYRA – TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – ED LA LEY – DIRECTOR RUBEN ASOREY pag. 465 – 483.

i.- Conocimiento técnicos no desarrollados por el personal propio o adquirido a un valor relativamente bajo en proporción a los ingresos que administran[36].

j.- Personal sin la capacitación ni el expertice de lo que constituye la principal fuente de ingresos

k.- Capital exiguo en relación con ingresos

l.- Ausencia de requisitos societarios, contables de auditoría, de control de cambios, de lavado de dinero u otras formalidades que faciliten, en general, la construcción de negocios sin revisión por terceros independientes[37]

II.b.- ELEMENTOS DE LA PLANIFICACION TRIBUTAR INTERNACIONAL NOCIVA

Nuestro objetivo es presentar los elementos sobre los que se construye una planificación tributaria internacional de carácter nocivo con la natural intención de que, una vez exteriorizados estos adviertan al analista tributario una cuestión de uso conjunto, es decir, podrá defenderse que uno solo de los elementos no conforma el concepto de planificación tributaria internacional nociva pero el conjunto de ellos, presentados ordenadamente, acordes a una estrategia previamente desarrollada y con clara intención o motivación en la reducción de la tributación global comienzan por definir el esquema de una estructura agresiva a los fines fiscales[38].

Naturalmente, si las jurisdicciones involucradas en la planificación poseen una amplia red de tratados o bien son parte de una red que permita unirlas directa o indirectamente (veremos que en este tipo de planificaciones tributarias el uso indirecto de los tratados se presenta con el caso mas típico) será posible se presente el fenómeno de abuso de tratados por técnicas de TREATY SOPPING; sin embargo también podemos encontrar abuso de tratado cuando incluso dentro de un mismo tratado se arbitran los medios para escapar a algunas disposiciones y colocarse en aquellas otras mas convenientes, esta técnica denominada RULE SHOPPING también logra lesionar las finanzas nacionales pero ya en un impropio uso de la convención contractual. Ambas mecánicas ya fueron esbozadas en líneas anteriores.

[36] Una situación similar se presentó en el antecedente APPLE INC USA en virtud de que, habiendo constituido una HOLDING en IRLANDA (mecanismo explicado en nota (9) del presente escrito, se transfieren los derechos sobre los intangibles que permitirían a la mencionada HOLDING administrar entre sus subsidiarias y operativas los derechos a comercializar los productos APPLE en América del Sur, Europa y Asia. Como contraprestación se realiza un "cost sharing agreement" que, en la distribución de costos y beneficios efectuadas, terminaba por trasladar beneficios a sociedades ubicadas en Irlanda. La particularidad de estas sociedades es que conforme fluye del relato del investigador fiscal, hasta el ejercicio 2012 las mismas eran carentes de empleados o de estructuras sustantivas que pudieran justificar, razonablemente, las utilidades acumuladas y la realidad del negocio desarrollado.

[37] La carencia de regulaciones contables, fiscales, societarias o de registro de participaciones societarias representan un incentivo para actividades cercanas a la planificación tributaria nociva.

[38] En cuanto al concepto "local" de planificación fiscal nociva y orientado esto a "micro prácticas" resulta ilustrativa la interpretación de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) en cuanto a la consecuencia tributaria de las diferencias de cambio por operaciones de "dólar bolsa", exteriorizada en su circular 5-2014 la cual, justifica, orientada a limitar las diferentes mecánicas de erosión de bases tributarias - http://www.dialogofiscal.gob.ar/panoramaFiscal/planificacionFiscalNociva.aspx

El objeto de este acápite, por tanto, será presentar aquellos elementos mediante los cuales podrán ser construidas (y detectadas) estructuras de planificación fiscal internacional que presenten como único objetivo reducir la carga global tributaria[39].

II.b.1.- Forma jurídica que deberá asumir la inversión

La forma jurídica sobre las cuales se soportan las inversiones en el exterior resultan ser en la mayoría de los casos fundamentales toda vez que las legislaciones locales poseen disposiciones disímiles en cuanto a imputación de rentas al sujeto residente[40], métodos para determinación de la renta, imputación y tratamiento de diferencias de cambio, tratamiento de los créditos tributarios (directos, indirectos y por niveles)[41], entre otras consideraciones.

Por otro lado parte de la elección de las formas jurídicas [42]en el exterior comienza por la decisión de involucrar en las estructuras ciertos instrumentos híbridos como podrán ser las partnerships[43], Fondos Comunes de Inversión Internacionales u operaciones de carácter comercial con tratamiento híbrido entre las jurisdicciones.

La selección de un instrumento jurídico (como hecho abstracto) no podrá ser categorizada como una mecánica de planificación fiscal agresiva pero si esta selección se encuentra acompañada del aprovechamiento de mecánicas que ofrece la legislación fiscal (incluso por fuera de las intenciones que se proclamaran a la sanción de la norma) que permitiera la no operatividad de las mecánicas de

[39] En el informe presentado por Jane G. Gravalle, en su carácter de Senior Specialist in Economy Policy, ante el Congressional Research Services titulado "Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion" en fecha 15 de Enero de 2015 en su capítulo "Methods of Corporate Tax Avoidance" menciona cinco mecánicas utilizadas por las corporaciones para erosionar sus bases tributarias: a.- Alocación de Deudas y Beneficios corporativos; las deudas naturalmente serán alocadas en jurisdicciones de altas tasas tributarias y los beneficios en jurisdicciones de bajas tasas tributarias, b.- Manipulación de Precios de Transferencia, c.- Arbitraje de contratos de manufactura y contratos de licencias (ver estructura APPLE INC USA comentada anteriormente), d.- Entidades Híbridas e Instrumentos Híbridos (en USA se presenta altamente denunciable el abuso de la cláusula conocida como "check in the box" comentada en puntos anteriores) (ver estructura APPLE INC USA comentada anteriormente) e.- Arbitraje de créditos tributarios.

[40] En el caso de la Legislación Argentina, en el marco de la Ley 20.628, el punto resulta ser fundamental en atención a las disposiciones del Art. 133.a de la norma mencionada por cuanto establece no solamente diferentes criterios de imputación de las rentas obtenidos por sociedades o establecimientos en el exterior sino además diferentes métodos para la determinación de la base imponible: a.- Establecimiento Permanente en el exterior de sujetos residentes argentinos – Art. 133.a. incorpora resultado impositivo conforme Ley 20.628, b.- Sociedades por Acciones en jurisdicción No Cooperante con rentas pasivas superiores al 50% del total de rentas – Art. 133.a. incorpora resultado impositivo según normas Ley 20.628 pero relacionado con rentas pasivas, c.- Sociedades no accionarias – Art. 133.d incorpora resultado impositivo según normas de país de ubicación. A la falta de normas fiscales incorpora resultado contable, d.- Sociedades Accionarias – Art. 140.a – incorpora según percepción de dividendos.

[41] En materia de Tax Credit conforme disposiciones de la Ley 20.628 será fundamental el elemento societario que se encuentre ubicado en el exterior e incluso la interposición de un tipo social que permita atraer créditos que, de otra forma no sería posible. En este sentido se advierte un tratamiento especial para a.- los créditos tributarios originados en establecimientos estables ubicados en el exterior de residentes fiscales argentinos conforme Art. 171 Ley 20.628 (crédito directo + crédito indirecto un nivel), b.- un tratamiento para los créditos tributarios originados en sociedades no accionarias conforme Art. 172 Ley 20.628 (crédito directo + crédito indirecto un nivel) y c.- un tratamiento tributario para créditos originados en sociedades accionarias conforme Art. 165.17 Dec 1344-1998 (crédito directo + crédito indirecto hasta 2 niveles)

[42] En cuanto a formas jurídicas para invertir en el exterior podremos ubicar, conforme nuestra legislación local: a.- directamente por residente fiscal argentino, b.- inversión por intermedio de una sociedad accionaria (Art. 140 Ley 20.628 – Art. 146 Ley 20.628 – dividendos según percepcion), c.- inversión por intermedio de una sociedad de responsabilidad limitada (Art. 149 Ley 20.628 – resultado impositivo – atribución directa ), d.- inversión por intermedio de una sucursal o un establecimiento permanente (Art. 148 Ley 20.628 Art. 131 Ley 20.628 – atribución directa – normas impositivas locales), e.- inversión por intermedio de un fideicomiso, f.- inversión por intermedio de un FCI, entre otras. – ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA TRIBUTACION ARGENTINA – GABRIEL GOTLIB – FERNANDO VAQUERO – ED LA LEY – CAPITULO VII

[43] "INTENATIONAL TAXATION – A COMPENDIUM" – CAPITULO 20 "CROSS BORDER TAXATION OF PARTNERSHIPS" Autores Vivaik Sharma & Abhay Sharma pag. 467-468

atracción de rentas de sociedades externas controladas[44], sumadas al hecho de asignación de herramientas intangibles que aseguren una importante alocación de rentas en en el exterior podría estar advirtiéndose, si se conjugara esta situación con otros elementos, una mecánica abusiva de planificación fisca

II.b.2.- Composición de la estructura de financiamiento, capital, deuda y mix de ambos

Así como el derecho fiscal Argentino ha incorporado normas de capitalización fiscal exigua[45] lo han hecho gran cantidad de legislaciones a nivel internacional como método unilateral y para asegurar que las bases tributarias no fueran erosionadas por medio del apalancamiento financiero que, en realidad y conforme los caracteres exteriorizados, cumpla la función económica de capital.

Si bien es de reconocer que desde el 1992 la OCDE ha merituado el uso de los mecanismos internos anti elusivos dispuestos en la normativa fiscal de cada uno de los países contratantes, todavía se escuchan voces sosteniendo la propuesta de convertir en inoperante las disposiciones bajo comentario ante financiamientos del exterior por imperio del la cláusula de "no discriminación" que figura en la mayoría de los tratados celebrados[46].

Por otro lado y al margen del comentario realizado, lo que aquí nos interesa es advertir que la estructura de capital asignado a cada una de las "cédulas de valor" de la estructura corporativa deberá demostrar una razonabilidad entre capital asignado, riesgos y funciones de manera tal que, cada sector empresarial, reciba la retribución que corresponda a los elementos señalados. En este marco, de presentarse estructuras con bajos capitales asignados (independientemente del nivel de deuda que presenten puesto que no será esto el objeto de nuestra revisión) pero con importante alocación de beneficios, cuando estos beneficios fueran producto del trading o bien de las rentas de un intangible incorporado a muy bajos valores podremos estar en presencia de a.- una venta sub-valuada por parte del originante del intangible, b.- una mecánica pensada con el único objetivo de alocar rentas en extraña jurisdicción.

II.b.3.- Selección de jurisdicciones intermediarias y acumuladoras de rentas

La existencia de jurisdicciones intermediarias podrá ser una hábil delatora de estructuras "stepping stone" si es que en cada uno de los puntos por los cuales la renta circula no se desarrollan actividades que agreguen valor a la estructura general o bien si este valor pretendidamente agregado

[44] Como ha representado ser la principal crítica al régimen "check in the box" referenciado en nota (10) ha sido el principal vehículo utilizado por contribuyentes residentes fiscales de USA para violentar las disposiciones de transparencia fiscal incorporadas en el SUBPART-F del IRS TAX CODE. Como muestra del uso de la mecánica en nota (9) se ha referenciado el esquema APPLE INC USA

[45] Norma incorporada al derecho fiscal en año 2003 por 25.784. Art. 81.a Ley 20.628

[46] En este sentido Cristian E. Roso Alba en capítulo 3.3.1 de la obra TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – TOMO II – COORDINADOR RUBEN ASOREY – ED LA LEY pag 638 advierte que, en tanto la República Argentina no se hubiera reservado la facultad de aplicar restricciones en la materia, como lo ha hecho con los CDI celebrados con Canadá, Dinamarca, Finlandia entre otros, no será aplicable el dispositivo anti elusión interno, en mérito de las disposiciones del artículo de no discriminación siempre que los precios acordados se encuentren dentro de los parámetros del principio de arms length conforme Art. 9 1er párrafo y Art. 11 6to párrafo. Asimismo señala que las restricciones podrán aplicarse en los CDI celebrados con Australia y Bolivia toda vez que estos convenios no incluyen la cláusula de referencia.

(y alocado en consecuencia) no se encuentra soportado en actividades de carácter económico desarrolladas dentro de dicha jurisdicción[47].

Un elemento que advertirá objetivos de acumulación de rentas en extraña jurisdicción será la utilización de jurisdicciones de baja o nula imposición o bien la interacción directa con jurisdicciones que cuenten con regímenes de laxitud fiscal habilitando[48], por tanto, el ahuecamiento de sus bases imponibles hacia jurisdicciones de baja o nula tributación.

II.b.4.- Utilización de jurisdicciones con regímenes fiscales laxos

Definimos en este escrito la laxitud del régimen fiscal cuando este habilita la deducción de conceptos como regalías, intereses o pagos por asesoramiento técnico prestado desde el exterior, por mencionar algunos elementos comúnmente utilizados en la tributación internacional, habilitantes a una erosión de las bases tributarias.

De esta manera, el país pagador podría interactuar con una jurisdicción que, en principio, no fuera caracterizada como de baja o nula tributación ( o como cooperante en los términos actuales ) mientras que, en los hechos, forma parte de una red de transacciones que si bien presentan su soporte jurídico, de presentar elementos que hacen a la instantaneidad de la transferencia de renta y a la acumulación sin justificación económica en jurisdicciones de baja o nula tributación. Para ello será necesario que se presenten otros elementos como la manipulación de los precios de transferencia y la seguridad que otorga el secretismo de las operaciones a nivel internacional en varias jurisdicciones.

II.b.5.- Jurisdicciones con amplias normativas de secreto fiscal, bancario y comercial

El secreto a nivel fiscal, bancario[49] y comercial se presenta como el principal impedimento de las administraciones fiscales para reconocer las estructuras de planificación internacional en su totalidad y, con ello, advertir la justa alocación de beneficios empresariales. Por la importancia del tema se desarrollará la temática en punto aparte[50].

[47] El elemento sustantivo fue incluso reclamado en el MEMORANDUM DNI 64-2009 cuando se desconoce la sociedad constituida en Austria presentada por el contribuyente por falta de sustancia en el esquema general de negocios.

[48] Un régimen fiscal preferencial nocivo puede ser caracterizado por una tasa fiscal efectiva nula o mínima, que puede surgir a causa de que el plan de la tasa es en sí muy bajo o por la manera en que un país define la base imponible a la que se aplica la tasa, combinada

[49] Principales características de los regímenes con secreto bancario: a.- existencia de cuentas anónimas y numeradas; b.- uso intensivo de operaciones financieras off-shore; c.- existencia de cuentas bancarias en divisas; d.-falta de obligación para entidad bancaria de llevar registro de operaciones o de conservar por amplio espacio de tiempo; e.- lacos controles de las transacciones financieras; f.- inexistencia o inoperatividad de organismos de contralor bancario; g.- ausencia o inoperatividad de normas anti lavado.

[50] La OCDE presenta de manera actualizada el listado de jurisdicciones que se ha comprometido a participar del régimen de intercambio automático de información financiera por intermedio del siguiente portal web http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/?j=1539746&e

**III.- ALGUNOS ESQUEMAS DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA INTERNACIONAL**

Antes de iniciar el título partiremos de la premisa de que la mayoría de las estrategias de planificación tributaria internacional objeto de discusión presentan, cuanto menos, el objetivo diferir el pago de tributos de las operaciones transnacionales por medio de la acumulación de rentas y patrimonio en jurisdicciones de baja o nula tributación[51]. De esta manera las rentas obtenidas en estas jurisdicciones estarán o bien libres de tributación o bien sujetas a una tasa excesivamente baja, dejando un amplio margen para reinversión de utilidades en nuevos emprendimientos permitiendo, con ello, la más rápida multiplicación del capital.

Esta forma de planificar los negocios no debe ser interpretada, como se ha expresado en puntos anteriores, como ilegal o con objeto de violentar normas del derecho tributario nacional[52] (máxime cuando las normas locales permiten diferir el reconocimiento de utilidades obtenidas en el exterior cuando se posea participación en sociedades de capital y estas no sean caracterizada como sociedades conducto o transparentes[53]) pero siempre se deberá tener en cuenta el sustento económico que lleva al objeto de negocios perseguido con la estructura tributaria planificada.

El planificador internacional (incluso el planificador tributario internacional) estará a la búsqueda de[54]:

a.- Jurisdicciones de Baja o Nula Tributación (BONT) a los fines de acumular rentas en dichas jurisdicciones, incluso beneficiándose de convenciones en diferentes CDI para reducir el cargo de la tributación internacional ante remisión de dividendos o utilidades.

b.- Jurisdicciones que, mediante el uso de los CDI, permitan el arbitraje de tasas analizada la estrategia planificadora en su conjunto

c.- Jurisdicciones con Regímenes especiales de tributación (tributación criterio de la fuente, sociedades con actividades off-shore, regímenes de sociedades holding, etc).

[51] En el informe HARMFUL TAX COMPETITION – An emerging Global Isue, emitido por la OCDE EN 1998 en página 41, punto 98 recomienda la implementación de CFC rules para contrarrestar del efecto pernicioso de aquellas planificaciones fiscales orientadas al diferimiento indefinido de la renta. Por su parte Jane G. Gravelle en su informe citado en notas anteriores "Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion" propone en página 28 implementar el concepto de "worldwide taxation" reconociendo, por supuesto, créditos por impuestos análogos ingresados en extraña jurisdicción. Tanta importancia le brinda a la eliminación de las posibilidades de diferimiento de rentas alocadas en subsidiarias ubicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación que se propicia a declarar: "Repeal of deferral would largely eliminate the value of the planning techniques discussed in this report".

[52] Señala Dario Rajmilovich en el prefacio de su obra PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL, ED LA LEY que "la planificación fiscal internacional no solo es una acción lícita sino una acción necesaria en la gestión de la empresa moderna" para luego agregar "Pero buen cumplimiento fiscal no solo es cumplir …… sino cumplir eficientemente (la optimización del cumplimiento fiscal).

[53] Ley 20.628 Art. 140

[54] El presente listado omitimos la búsqueda de jurisdicciones caracterizadas por a.- secreto fiscal, comercial o bancario, b.- falta o laxitud de normas contables, c.- falta o laxitud de normas relacionadas con organismos de contralor, d.- bajos requerimientos en cuanto a compilación de documentación contable y resguardo de documentación respaldatoria, entre otros, por no ser parte del título bajo desarrollo.

III.a.- ESTRATEGIA DE INVERSION DIRECTA

La estrategia de inversión directa se plantea cuando una CASA MATRIZ ubicada en el PAIS C desea realizar una inversión directa en el PAIS A para lo cual decide instalar una subsidiaria en dicho país. Naturalmente, el objeto será la obtención de utilidades que espera, periódicamente, le sean remitidas para su reproducción en próximos negocios.

La dificultad de se presentará cuando el PAIS A aplique, sobre los dividendos obtenidos, una retención a beneficiarios del exterior que incremente, sustancialmente, la tasa de tributación efectiva sufrida en PAIS C producto de la imposibilidad de utilizar las retenciones sufridas contra el impuesto determinado en su jurisdicción.

Por otro lado, es común la existencia de Tratados para Evitar la Doble Tributación que pueda haber celebrado PAIS A con PAIS B que permita disminuir el nivel de tributación sobre los dividendos girados al exterior cumpliendo la función de, sumado al hecho de ser PAIS B una jurisdicción BONT, acumular rentas para futuras inversiones de capital.

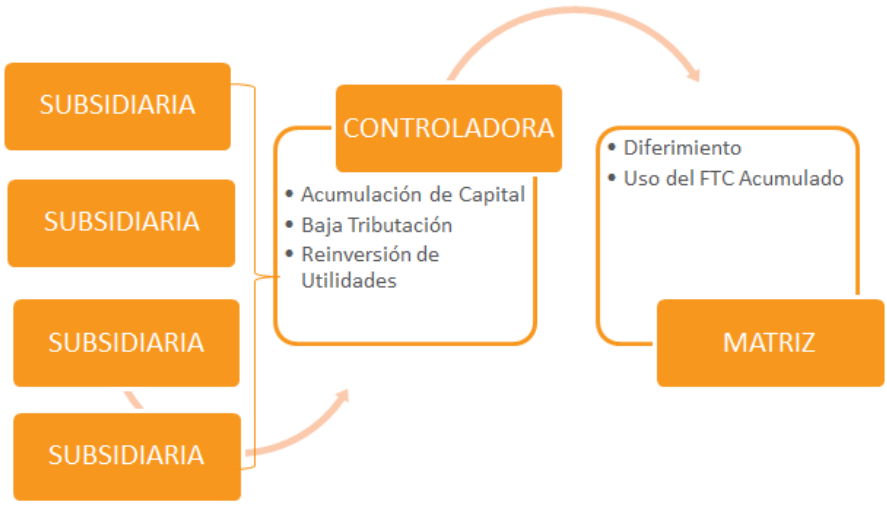
Sencillamente lo dicho podemos plantearlo de la siguiente manera gráfica:

Observamos entonces la existencia de un CDI entre la jurisdicción de la SUBSIDIARIA y de la CONTROLANTE[55] que podrá ser, a su vez, controlante de varias subsidiarias ya se en la misma jurisdicción u otras jurisdicciones. Este CDI podrá asegurar beneficios en cuanto al régimen tributario aplicable, entre otras cuestiones, a las retenciones en la fuente para el caso de remisión de dividendos al exterior o incluso sobre definiciones de tipos de renta o su alocación. Por su parte la

[55] Claramente la sociedad controlante cumplirá las funciones de una HOLDING que, además de constituir una parte importante de toda planificación de estructuras tributarias internacionales, conforme señala Darío Rajmilovich en obra citada (52) pag. 143, además de la actividad típica de tenencia y administración de participaciones accionarias realiza actividades de financiamiento o de administración de intangibles de propiedad horizontal. Por su parte es necesario advertir la vigencia de diferentes regímenes HOLDING que podemos indicar en jurisdicciones como Países Bajos, Suiza, España, Dinamarca, Suecia, Reino Unido, Irlanda, Alemania, Francia, Luxemburgo, Bélgica, Malasia, Singapur, Tailandia, Chile, Uruguay, entre otros.

renta, en este esquema, se acumula en jurisdicción de CONTROLADORA que será un país BONT[56] lo cual, ante la no distribución de los dividendos a la casa matriz (o bien la distribución de solo una parte de ellos) permite acumular y reinvertir utilidades a una mínima tasa de lo que debiera tributar ante la repatriación de las mencionadas utilidades[57].

Otra aplicación de estos esquemas es la "unificación" de rentas y retenciones en la fuente en la misma controladora cuando el régimen tributario de la casa matriz obliga a diferenciar los créditos tributarios por países desde los que son giradas las rentas.




Un esquema como el expuesto acumula rentas y retenciones en la fuente en la jurisdicción de CONTROLADORA siendo entonces esta la jurisdicción origen de las rentas y los créditos tributarios objeto de retenciones en la fuente.

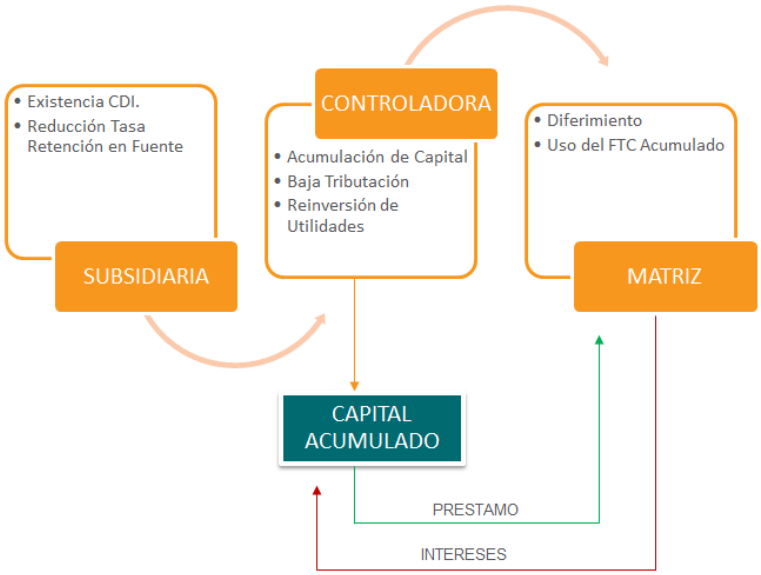
Nuevamente, el planteo realizado se ajustará a derecho dependiendo del sustento económico y la motivación que este presente para el grupo empresarial. Es común ubicar sociedades controladores como un conducto para unificar patrimonios y administración de activos financieros sujetos a disposiciones y acuerdos previos y con real actividad de decisión sobre diferentes actividades

[56] Si bien la terminología de jurisdicción BONT hoy no se encuentra actualizada conforme los parámetros dispuestos por la OCDE conforme el OECD GLOBAL FORUM de 2009 donde presentó su informe en donde clasifica a las jurisdicciones en 3 listas de acuerdo al compromiso de adhesión y a la implementación de los estándares de intercambio de información desarrollados por el organismo referenciado, se mantiene en el escrito la referencia a jurisdicciones BONT por la familiaridad del término y porque en definitiva, se hace referencia a las jurisdicciones que, conforme las normas nacionales, son caracterizadas como NO COOPERANTES para el derecho fiscal argentino.

[57] Pudiendo entonces generar un diferimiento indefinido para la imputación de la renta fiscal si la jurisdicción de residencia de los accionistas principales no cuenta con un régimen de transparencia fiscal internacional o bien si, de contar con el mencionado régimen, este puede ser fácilmente subvertido como ser el régimen Argentino por interposición de una sociedad ubicada en una jurisdicción caracterizada como cooperante o bien por la simple mezcla de ingresos que permita alcanzar el 51% del total de ingreso a actividades operativas. Por otra parte, otro tanto sucede con el régimen del SUBPART – F IRS US TAX CODE cuando, por el simple uso del régimen "check in the box" es posible anular de completo las diposiciones de un régimen de transparencia fiscal modelo en el mundo.

desarrolladas en otras jurisdicciones[58]. Nada de malo existe en este tipo de esquemas, pero si la sociedad controladora es instalada al solo objeto de explotar los beneficios de un CDI entonces estaremos ante una situación de abusos de tratados sancionable por el derecho local en la mayoría de las jurisdicciones[59].

Un ejemplo de una estructura internacional que puede ser visualizada como abusiva en cuanto al objeto del convenio y al espíritu de las normas locales sería:




El esquema expuesto permite advertir que, una vez acumulado el capital en la CONTROLADORA de una jurisdicción BONT, en lugar de repatriar las utilidades acumuladas y soportar el peso de la tributación por rentas de fuente extranjera en la sociedad MATRIZ ubicada en PAIS C se elige, al efecto de acceder al uso de los fondos acumulados la vía de solicitar un prestamo a la sociedad del exterior (CONTROLADORA) que permitiendo un doble objeto:

> a.- Deducir de la base fiscal anual de CASA MATRIZ en PAIS C el cargo por intereses[60] independientemente del pago (en el caso de no existir normas en el derecho local que así lo impidan)

[58] Señala Darío Rajmilovich en obra citada en (52) pag. 150 que algunas de las actividades típicas de las sociedades holding son a.- Tenencia de Inversiones, b.- Préstamos Intercompany y otros negocios financieros, c.- Manejo de caja y tesoro, e.- centralización de riesgos cambiarios, f.- centros de refacturación, entre otros

[59] Las construcciones artificiales en el ámbito internacional son definidas de esta forma por Ricardo E. Rivero en capítulo 2.3.1. de TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL INTERNACIONAL TRIBUTARIO – DIRECTOR ASOREY – ED LA LEY pag 777 "Cuando el resultado de ciertas manifestaciones económicas que por medios jurídicos normales conduciría al nacimiento del hecho imponible se alcanzan mediante la utilización de otras figuras jurídicas, que natural e incidentalmente hubiesen obtenido otras consecuencias y que permiten reducir o no gravar el nuevo hecho acaecido de acuerdo con estas nuevas figuras jurídicas estamos en presencia del denominado fraude a la ley tributaria". La apariencia de licitud es la característica propia de toda construcción artificial. Por su parte los autores FRaschini Juan Ignacio y Baliño Claudia en "La planificación fiscal vs el abuso de tratados, el treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo" Revista de Tributación, nro 19 AAEF página 80 advierten que el abuso de tratados solo contemplaría situaciones elusivas y, según algunos autores, quizás solo conductas elusivas en fraude a la ley.

b.- Sustraer a los acreedores nacionales el monto de capital de la empresa MATRIZ en PAIS C colocando una situación que, de hecho, es un reintegro de capital, a la luz de una situación de acreedor conforme las normas del derecho nacional.

Lo mencionado en b.- es especialmente importante (haciendo memoria de nuestra propia historia) cuando en una determinada jurisdicción se implementan políticas que fomentan la solicitud de prestamos con acreedores del exterior asegurando a los deudores nacionales la tasa de cambio a la que cancelarán sus deudas con los acreedores externos. Vivenciado que fuera esta situación por nuestro pais bien puede ser objeto de una planifiación tributaria a nivel internacional hoy claramente espuria conforme la normativa, jurisprudencia y doctrina incluso impulsada por la OCDE.

III.b.- ESTRATEGIA SOBRE LICENCIAS U OTROS ACTIVOS INTANGIBLES

Otro de los esquemas comúnmente visualizados a nivel internacional es la activos intangibles como ser a.- patentes, b.- licencias, c.- marcas de fábrica, d.- propiedad intelectual, e.- conocimientos técnicos, f.- franquicias, entre otras, en una sociedad internacional, por parte de una MATRIZ generalmente ubicada en una jurisdicción que proporcione un régimen especialmente beneficioso, a nivel tributario, para sociedades cuya actividad sea la tenencia de activos intangibles o bien de participaciones en otras sociedades que bien pueden presentar como única actividad la posesión de este tipo de intangibles.

Presentémoslo gráficamente para allegar a una mejor explicación del esquema:

En nuestro caso nos encontramos con una sociedad o persona física que ha generado un intangible (en nuestro ejercicio, cualquiera de los antes mencionados) y que, a los fines de su explotación decide aportarlo a una sociedad de propia creación quien administrará y explotará dicho activo por

[60] BEPS – ACTION 4 en su sumario ejecutivo, página 11, menciona el impacto de la deuda en la carga fiscal de las diferentes unidades de negocios el cual, declara, puede ser fácilmente alocado por las empresas multinacionales siendo influenciada esta alocación, grandemente, por las normas fiscales aplicables al caso. Por otro lado, el informe BEPS ACTION 4 también se ocupa de presentar la problemática del uso de instrumentos financieros (híbridos en cuanto a sus consecuencias fiscales) que, en su aplicación, permiten a las diferentes unidades de negocios escapar a las reglas y límites fiscales establecidos las deducciones conforme normas locales. En este sentido el Informe BEPS ACTION 4 declara los principales riesgos: a.- ubicación artificial de altos niveles de deuda en países con altas tasas tributarias efectivas, b.- uso de deudas intragrupo excesiva en comparación con deudas hacia terceros independientes, c.- uso artificial de financiamiento externo para alocar rentas en jurisdicciones en las cuales se encuentran exentas. En cuanto a los usos del los capitales originados por deuda se visualiza que estos son utilizados bien para financiar la producción, bien para o bien para financiar la obtención de ingresos exentos. Pag. 15 párrafo 2 informe ACTION 4 BEPS.

medio del permiso de uso a diferentes usuarias[61] en todo el mundo seleccionando, para ello, aquellas usuarias ubicadas en países en los cuales, por medio de un CDI se asegure el encuadre de las rentas y el tratamiento tributario ante el giro de las ganancias al exterior.

En el gráfico se aprecia que USUARIA recibe el intangible para su uso en jurisdicción de ubicación quién, conforme las normas locales aplicables en el impuesto a la renta, deducirá de su base imponible lo abonado por el mencionado concepto[62] y, a la luz del CDI aplicable a las jurisdicciones de radicación de USUARIA y EXPLOTADORA la renta transferida al exterior recibirá un encuadre determinado y, con ello, una retención en la fuente determinada que, naturalmente, se intentará que sea la mas baja posible (o incluso nula si la categoría de renta percibida en la fuente se encuentra sujeta a tributación, conforme las normas del CDI en el país de residencia del receptor y, conforme las normas tributarias locales de jurisdicción del receptor, la renta de referencia se encuentra sujeta a tributación en el país de la fuente, como caso de doble no imposición).

Nuevamente, para este esquema de tributación internacional o de acumulación de rentas en el exterior, no puede alegarse, directamente, un uso abusivo de tratados internacionales para evitar la doble imposición máxime cuando entre EXPLOTADORA y USUARIA no existe vínculo jurídico directo o existe multiplicidad de USUARIAS:

Pero si estuviéramos en una relación de dependencia jurídica o económica entre la GENERADORA, la EXPLOTADORA y la/s USUARIAS de manera tal que el negocio subyacente de la generadora sea la explotación de un negocio determinado, utilizando por ejemplo una marca por ella generada, en jurisdicción de cada una de las usuarias y con el pago o retribución por el uso del activo mencionado no sería otra cosa que el medio hábil con el cual se pretendió, en primer lugar, ahuecar la base

[61] Recordemos que la estructura tributaria internacional diseñada por APPLE INC USA (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2411297) se basaba en la generación de un intangible en USA, financiado con aportes y conforme un acuerdo de reparto de gastos entre sociedades ubicadas en otras jurisdicciones (que producto del la selección del criterio de sujeción territorial no estaban alcanzadas en sus rentas mundiales en la jurisdicción de incorporación); intangible que era luego utilizado para la generación de ingresos fuera de las fronteras en las cuales había sido generado logrando, con esto, ubicación de importantes utilidades fuera de la jurisdicción de generación del intangible.

[62] Cabe aquí recordar que la ACTION 8-10 BEPS 2015 enfoca su desarrollo a diseño de un esquema de precios de transferencia que permita asegurar la ubicación de las utilidades en aquella jurisdicción donde se hubieran generado. Sostiene el informe mencionado que la importancia de las medidas recomendadas radican en que uno de los principales impactos de la globalización sumado al importante desarrollo tecnológico vivenciado en estos últimos 20 años fuera que los grupos multinacionales poseen la capacidad de generar valor incluso dentro dentro de sus propias estructuras empresariales, representados mayormente en intangibles requiriendo, por tanto, nuevas reglas que se aseguren estar en línea con la realidad que presenta el siglo XXI en cuanto a transacciones internacionales y generación de valor intra grupo.

imponible para el impuesto a la renta en la jurisdicción de la USUARIA y la acumulación de rentas ajenas al impuesto a la renta en jurisdicción de la GENERADORA, todo ello sobre la base de la utilización de una plaza de Baja o Nula Tributación[63].

En este caso estaríamos en presencia de una situación de abuso de tratados y de una relación económico-tributaria sin sustento que podría ser objetada por diferentes fiscos locales (principalmente los fiscos del jurisdicciones USUARIAS)[64].

III.c.- ESTRATEGIA DE SOCIEDADES FINANCIERAS INTERNACIONALES

En el flujo internacional de negocios hemos visto como la estacionalidad de los mismos, la coyuntura local a la cual se encuentran sujetas las diferentes subsidiarias de la MATRIZ o bien la escases temporaria de fondos junto con el excedente también temporario de fondos en otras unidades de negocios hacen necesario contar con un "régimen de unificación y administración de flujos efectivos" a nivel internacional que, al margen de generar rentas por la administración de estos flujos, aseguren un eficiente financiamiento de las estructuras comerciales.

En este marco es posible que la sociedad MATRIZ ubicada en PAIS C realice la constitución de una sociedad CONTROLADORA ubicada en PAIS B que a su vez, al margen de constituir sus SUBSIDIARIA ubicada en PAIS A (nótese que CONTROLADORA pueden ser en realidad una pluridaridad de empresas), que al momento de constituir a la sociedad CONTROLADORA ubicada en PAIS B realice un aporte de dinero en concepto de CAPITAL o PRESTAMO (luego analizaremos la diferencia) con el objeto de que este sea utilizado para financiar operaciones en SUBSIDIARIAS de PAIS A u otro con los cuales posea CDI.

En principio es de advertir que, muy posiblemente, no sería necesario interponer una sociedad controladora toda vez que la relación de flujo de dineros puede ser establecida directamente entre MATRIZ y SUBSIDIARIA. Sin embargo, la necesidad de esta estructura se presenta ante la inexistencia de una CDI entre PAIS A y PAIS C que asegure el encuadre de las rentas percibidas y el tratamiento tributario de mínimo impacto ante el cobro de las mismas[65].

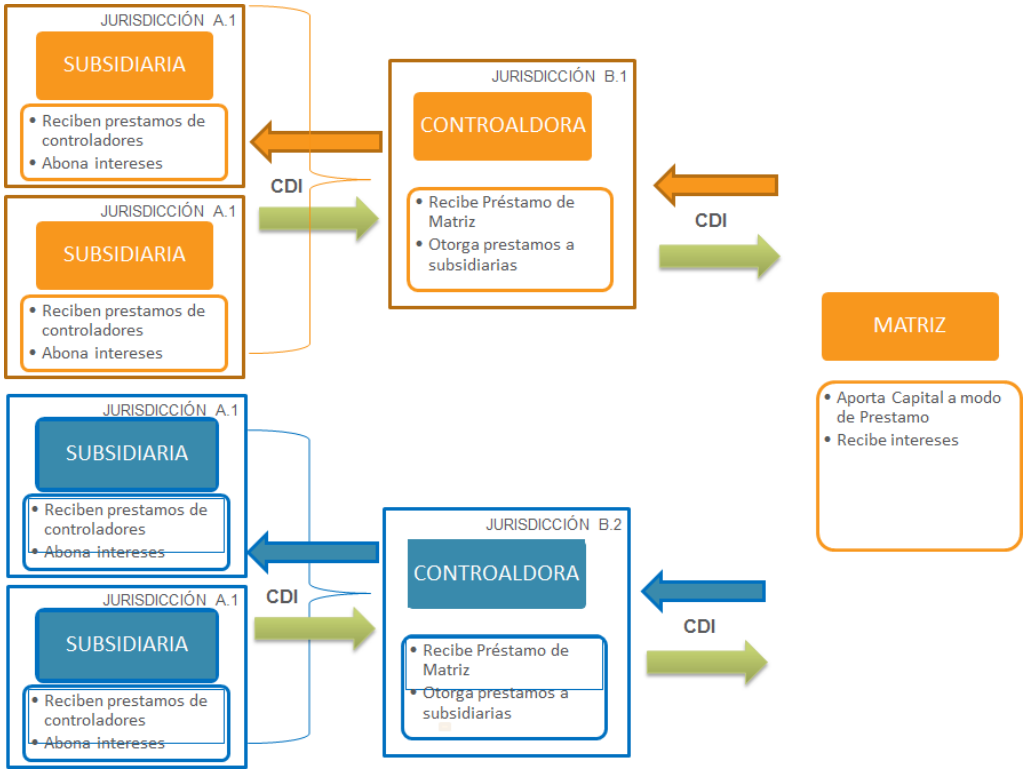
[63] El informe ACTION 8-10 BEPS 2015 declara declara que las normas de precios de transferencia resultan ser vulnerables ante una realidad que se presenta difícil de combatir con los lineamientos actuales en "transfer pracing" motivo por el cual se requiere un entorno mas abarcador que permita visualizar, holísticamente, el negocio transnacional. El informe declara con extrema claridad "However, with its perceived emphasis on contractual allocations of functions, assets and risks, the existing guidance on the application of the principle has also proven vulnerable to manipulation" para declarar, acto seguido "This manipulation can lead to outcomes which do not correspond to the value created through the underlying economic activity carried out by the members of an MNE group." Pag. 9 párrafo 3. En vista de lo dicho pensemos cual hubiera sido el destino del análisis que se hubiera dado a las estructura de APPLE INC USA (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2411297).

[64] La situación abusiva se presenta no solo por la ubicación de utilidades por medio de manipulación de precios de transferencia (ACTION 8), las cuales forzosamente requieren un nuevo estándar que pretende ser acompañado con el grupo de ACTIONS 8-10 BEPS sino que se ve reforzada por la soporte de costos por riesgos asumidos a nivel empresarial lo cual resulta lógico cuando se asume que solo un aparte de los proyectos que implican riesgos son conocidos por personas externas a la estructura y, en los hechos, aquellos riesgos que son tratados contractualmente resultan ser los que, en su ubicación artificial, redundan en mayor beneficio para la estructureralneral en mayor beneficio para la estructura general lo dicho fuera la principal denuncia en su ubicacixternas a la estructura general. En este sentido declara el resumen ejecutivo en su página 10 párrafo 2 su principal objetivo "This Report contains revised guidance which responds to these issues and ensures that the transfer pricing rules secure outcomes that see operational profits allocated to the economic activities which generate them. "

[65] Expuesto de esta manera podría representar un típico caso de treaty shopping.

En este esquema podemos ver como la sociedad CONTROLADORA realice prestamos a sus subsidiarias las cuales, preferentemente, se ubicarán en jurisdicciones con las cuales se posea firmado un CDI que asegure un tratamiento favorable a la deducción de los conceptos que originan las rentas abonadas, a la retención en la fuente de las rentas y su encuadre tributario. Nuevamente, la jurisdicción que será seleccionada para ubicar a la controladora, poseedora de los capitales será una jurisdicción afín a baja tributación y que permita la acumulación de rentas para futuras inversiones.

Ahora bien, encontraremos también en estos esquemas un ejemplo de abusos de tratados cuando, en lugar de tratarse de una porte de capital por parte de la sociedad MATRIZ hacia la CONTROLADORA esta ubique, para cada una de sus unidades de negocios resumidas en SUBSIDIARIAS por jurisdicción, una CONTROLADORA a los efectos de realizar prestamos a esta jurisdicción. Siendo que la CONTROLADORA puede estar ubicada en un país con alto nivel de tributación (dado que lo que persigue la empresa es la existencia de un CDI en jurisdicción de SUBSIDIARIA, el aporte bien puede ser en carácter de préstamo desde la MATRIZ hacia la CONTROLADORA de manera tal de ahuecar su base imponible y beneficiarse de las disposiciones de un tratado entre jurisdicción donde se ubica la MATRIZ y al CONTROLADORA. Veamos un ejemplo:




Este gráfico nos permite visualizar un esquema implementado en un claro interés de aprovechar el uso de diferentes tratados tributarios para actividades que bien podría realizar por una relación directa entre la jurisdicción de MATRIZ y las diferentes SUBSIDIARIAS. El ejemplo expuesto pretende graficar como una empresa puede crear una estructura que podrá ser analizada a la luz de diferentes interpretaciones de lo que sería un uso abusivo de tratados al "construir" un "canal de flujo de riqueza" (en nuestro ejemplo representado un canal en color naranja y otro en color azul) ante la inexistencia de un CDI que pudiera ser de explotación directa desde la jurisdicción fuente de la renta.

Sin embargo y antes de nuestra advertencia final a este tipo de esquemas poner de manifiesto que, muchas veces este tipo de esquemas cedulares (de capitalización de CONTROLADORAS por regiones) son generados en el objetivo de explotar tipos de cambio diferenciales o convenciones económicas regionales (y no objetivos tributarios específicamente determinados) que aseguren rentas diferenciales para las transacciones económicas; a la luz de lo dicho permítasenos simplemente plantear que los tipos de cambio de diferentes países o regiones del planeta pueden estar artificialmente o circunstancialmente sobre valuados o sub valuados, con lo cual el objetivo de interponer estas estructuras podría ser, incluso, arbitrar entre los diferentes tipos de cambio para obtener, por medio de una sociedad interpuesta, una renta diferencial medida en divisas fuertes.

Planteemos el siguiente cuadro de equilibrio cambiario:

| | | MONEDA PAIS | USD | MONEDA PAIS |
|---|---|---|---|---|
| PAIS A | MONEDA PAIS A | 8,00 | 1,00 | 2,50 |
| PAIS B | MONEDA PAIS B | 2,50 | 1,00 | 8,00 |

Vemos aquí una situación donde con 8 unidades de la MONEDA PAIS A se pude adquirir 1 USD y 2,5 unidades de la MONEDA PAIS B. Por otro lado, en el PAIS B con 2,50 unidades de su moneda se pueden adquirir 1 USD y 8 unidades de la MONEDA DEL PAIS A. Esta sería una situación de equilibrio que no invita al arbitraje de monedas o de estructuras económicas. Sin embargo la situación de las diferentes regiones económicas, ya sea por exceso circunstancial de divisas o bien su escases, ya sea por la dirección de su política económica y monetaria o bien por la coyuntura que este viviendo, podría dar lugar a la siguiente situación.

| | | MONEDA PAIS | USD | MONEDA PAIS |
|---|---|---|---|---|
| PAIS A | MONEDA PAIS A | 8,00 | 1,00 | 2,50 |
| PAIS B | MONEDA PAIS B | 4,50 | 1,00 | 13,00 |

En esta situación, de recibir moneda del PAIS B le conviene a MATRIZ recibirla en PAIS A y, de recibir moneda del PAIS A le conviene recibirla en PAIS A. Si los flujos de dinero ingresan por PAIS B entonces buscará todas las formas necesarias para transferir riqueza al PAIS A ya no por una cuestión tributaria sino por una cuestión cambiaria.

Nuevamente, se deberá estudiar cada estructura tributaria a los fines de evitar realizar estas construcciones fácilmente objetables por las administraciones tributarias[66].

III.d.- METODO DEL COMERCIO EXTRATERRITORIAL (O INTERMEDIARIO INDEPENDIENTE)

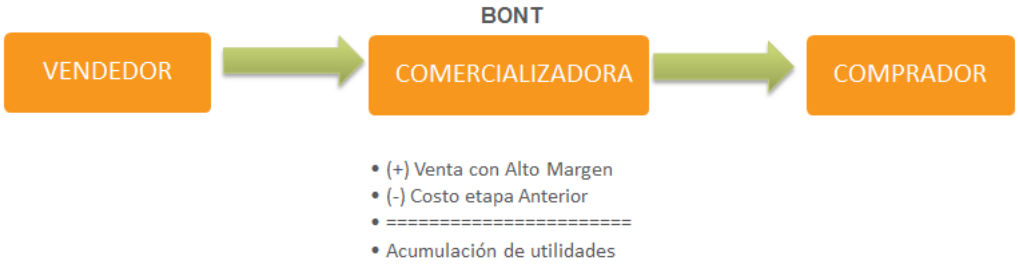
Al poco de iniciar nuestro estudio en cuanto a esquemas internacionales para optimización de estructuras tributarias nos encontramos con estructuras de trading o de comercio internacional. En

[66] Este tipo de estructuras "cedulares" de administración de fondos a nivel internacional (international cash boxes), para que sean efectivas, requieren un especial estudio permanente de las relaciones de cambio entre las divisas de los diferentes países involucrados. Algunos autores han manifestado que, desde el año 2010, el mundo estaría viviendo una "devaluación competitiva de divisas" o "guerra de divisas" (https://es.wikipedia.org/wiki/Guerra_de_divisas) como fuera declarado incluso por varios países (http://www.unitedexplanations.org/2015/03/23/guerra-de-divisas-la-otra-cara-de-la-devaluacion-competitiva/) , http://economia.elpais.com/economia/2015/02/21/actualidad/1424537057_306029.html, http://www.rankia.com.ar/informacion/devaluaciones-competitivas. Independientemente de la posición que se adopte en cuanto a la existencia o no de una situación de devaluación competitiva a nivel internacional, la regionalización a nivel mundial es una realidad que se presenta como firme tenencia desde hace varias décadas http://www.sem-wes.org/es/taxonomy/term/2169 y https://www3.nd.edu/~kellogg/publications/workingpapers/WPS/262.pdf a lo que debemos sumar la realidad de un mundo en el cual son impuestas "sanciones" desde las naciones "del primer mundo" hacia aquellas del "tercer mundo" como sucedió en febrero de 2012 cuando USA sanciona a IRAN (sustenta la sanción en la intención de Iran de proseguir su plan nuclear) excluyéndola del sistema de pagos internacional en USD. Esto obliga a IRAN a operar con oro a través de India en primer lugar y China y Rusia en segunda instancia conformando, por tanto, una red de pagos paralela. Tal la fuerza de la red de pagos paralela conformada que a fines de 2013 USA levanta las sanciones a IRAN (THE DEATH OF MONEY – AUTOR JAMES RICKARDS – pag 54 a 57). La realidad descripta nos permitirá entender las diferentes motivaciones para construcciones de estructuras internacionales permitiéndonos discernir entre aquellas realizadas con fines nocivos y aquellas realizadas por imperio de a.- impedimentos al acceso a un régimen de libre cambios, b.- sub-valuacioens o sobre-valuaciones de divisas a nivel regional, c.- sanciones que pudieran estar sufriendo algunas jurisdicciones y d.- la posibilidad de implementación de divisas alterativas al USD para pagos internacionales. En referencia a este último comentario debemos considerar, en un futuro cercano, la efectiva puesta en funcionamiento del bloque BRICS (https://actualidad.rt.com/themes/view/133501-brics-rusia-china-india-brasil-sudafrica). La erosión de las bases tributarias, en estas construcciones la encontramos en a.- acuerdos de soporte de costos por concepto de management, accounting o book keeping, global costs u otros conceptos generales (jurisprudencia nacional: LABORATORIOS PYAM SA TFN 2005; PEDRO MOSCUZZA E HIJOS SA CNACAF 2006; GIORNO SA PESQUERA BARILLARI SAMCI CNACAF 2006 entre otros) - TRATADO DE DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – DIRECTOR ASOREY pag 232 a 237, b.- la ubicación de resultados positivos por diferencias de cambio en jurisdicciones de baja tributación, c.- la traslación de los resultados negativos por riesgos en diferencias de tasas cambiarias en jurisdicciones de alta tributación por intermedio de instrumentos híbridos (ACTION 2 – BEPS 2015 chapter 1) - PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – AUTOR DARIO RAJMILOVICH – pag 179, d.- Generación de disponibilidades en subsidiarias apalancadas (PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – AUTOR DARIO RAJMILOVICH – pag 176) al margen de que la entidad "administradora" de los fondos puede ser implementada a través de una entidad hibrida generando, en este marco, un conflicto de calificación a nivel entidad que permitirá el arbitraje de tasas a nivel internacional (PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – AUTOR DARIO RAJMILOVICH – pag 199 tercer párrafo).

cuanto a la forma en que se desarrollan no requieren mucha explicación pues se trata de la interposición de un agente intermedio entre el comprador y vendedor que se encargará, en la mayoría de los casos, de la colocación del producto, de la financiación de la operación y de la logística de la misma.

Gráficamente podemos presentarlo de la siguiente manera:

El problema de este esquema es cuando la empresa vendedora en realidad es quien organiza y administra a la comercializadora del exterior con lo cual, por medio de la definición de precios de venta hacia el exterior y desde el exterior a cliente final, puede determinar la alocución de utilidades tanto para el país como el exterior.




Como se observa en este esquema, el mal uso de la estructura internacional deviene en la interposición de una comercializadora del exterior que debe ser controlada ya sea por el vendedor o por los mismos agentes económicos que poseen control directo o control indirecto sobre el vendedor y sobre la comercializadora. En objetivo de estos esquemas es alocar rentas en el exterior en jurisdicciones que, generalmente, no gravarán o aplicarán gravámenes menos onerosos que las jurisdicciones de origen de las mercaderías.

Es importante destacar que, en la mayoría de los casos, la mercadería viaja directamente desde la sede del vendedor hacia la sede el comprador con lo cual al implementar este tipo de esquemas internacionales se requiere analizar detalladamente la función cumplida por el comercializador internacional y los vínculos que los unen a los vendedores y sus controlantes de ser el caso.

III.e.- MÉTODO DE OFICINAS DE SERVICIOS

El último de los esquemas que repasaremos en este escrito será el de las oficinas concentradoras de servicios administrativos y empresariales las cuales tiene como objeto prestar servicios del carácter mencionado a todos los componentes de la estructura internacional a los fines de optimizar y homogeneizar las practicas implementadas por el conglomerado económico.

Las directivas impuestas desde la casa matriz pueden abarcar desde la a.- administración de diferentes actividades de marketing, b.- implementación de políticas administrativas y contables, c.- servicios de apoyo varios centralizados hasta d.- políticas de reporte de información financiera y

servicios de contabilidad externa pudiendo incluso encontrar jurisdicciones que favorecen la implementación de este tipo de estructuras dedicadas a la prestación de servicios de carácter corporativo a componentes del grupo económico.

Nuevamente, deberemos analizar el sustento económico de las estructuras implementadas[67]. Carece de justificativo la interposición de una estructura del tipo bajo estudio, en una jurisdicción de baja o nula tributación o en una jurisdicción con un régimen tributario que favorezca este tipo de actividades (ya sea por tipificación, alocación de rentas o régimen de retención en la fuente beneficioso) cuando no exista una real función en dicha jurisdicción. De ser así la estructura sería existente solo en los papeles y debería ser objetada por el fisco lesionado en sus intereses.

Evidenciada una efectiva prestación de servicios deberemos considerar, como segundo punto trascendental, el precio de la prestación convenida el cual, al decir de Dario Rajmilovich "*sólo aceptaría pagar por la prestación de un servicio si como consecuencia del mismo obtiene un valor económico que le permite mejorar su posición comercial*"[68] analizando, por tanto, si la empresa en circunstancias comparables hubiera estado dispuesta a abonar el servicio recibido al precio pactado.

La mayor dificultad o cúmulo de disputas se presenta en aquellos servicios que son prestados en beneficio de la estructura en su totalidad pero sin una individualización a una determinada unidad de negocios o sin poder evaluar el beneficio directo a cada subsidiaria del grupo (shareholder activity) por lo que no estaríamos, en el esquema descripto, en una situación de prestación de servicios intra-grupo sino que estaríamos en una distribución de costos generales de la estructura global, de orden administrativo, no imputables a la unidad productiva individual mas pequeña[69].

La oficina central de servicios, y como fuera expuesto al inicio del punto, puede prestar servicios de carácter central a toda la estructura pero, en conjunción con lo ejemplificado en el párrafo anterior, el elemento destacado de la caracterización de servicio como a.- prestaciones intra-grupo o b.- costos globales de administración de la estructura estará dado por la característica de la efectiva prestación de servicios sumado a que estos puedan ser prestados por terceros, elemento que permitirá la comparabilidad a nivel precios de transferencia. En estas líneas, conforme las directivas de la OCDE en precios de transferencia, podemos identificar algunos de los siguientes servicios prestados de forma central pero identificados directamente con prestaciones intra-grupo:

a.- Servicios Administrativos como ser Planeamiento, Contabilidad, Liquidación de Sueldos, impuestos, auditorías globales, etc

b.- Servicios Legales

c.- Servicios de Informática: administración de bases de datos, mantenimiento de servidores, programación y mantenimiento de soft.

[67] Directivas OCDE TP párrafos 7.6 a 7.18

[68] Obra Referenciada, página 322 punto 12.4.1.

[69] En este sentido, Darío Rajmilovich, en su obra PLANIFICACION FISCAL INTERNACIONAL – ED LA LEY, en página 323 menciona algunos costos que, pudiendo ser distribuidos en la estructura en su totalidad, no obedecen al concepto de prestación de servicios intra grupos. De carácter enunciativo se transcribe lo ejemplificado por el autor referenciado "ej. Costos relacionados con la estructura jurídica de la controlante como reuniones de los accionistas, gastos para la emisión de acciones o su colocación en bolsas o mercados de valores, costos relacionados con requerimientos de reportes de la casa matriz o para fines de consolidación contable, estrategias para la obtención de financiamiento con el objetivo de adquirir participaciones en otras sociedades, etc" .

d.- Servicios Financieros intra grupo

e.- Servicios de apoyo técnico: área producción, compras, distribución, márketing, legales, accountig, etc

f.- Recursos Humanos: selección y reclutamiento a nivel internacional

g.- Investigación y desarrollo.

Fueron mencionadas solo algunas de las prestaciones que son prestadas, comúnmente, desde las oficinas centrales[70] o bien, de no ser prestadas directamente por las mencionadas oficinas, son realizadas intra-grupo pero desde oficinas de staff. Esta modalidad operativa se encuentra vinculada con la necesidad de mantener control directo sobre las políticas que hacen a la dirección de un negocio de carácter transnacional pero asimismo con la necesaria función de secreto que impera industrias críticas que conforman estos grupos[71].

[70] Al margen de la jurisprudencia nacional ya referenciada, en relación con los servicios de back-office prestados desde la sociedad matriz es interesante remitirnos al antecedente DOW SVERIGE ABAB v Skatteverket Corte de Apelaciones Administrativa 04-05-2004 y Suprema Corte Administrativa 23-02-2006 en la cual se analizaba la posibilidad de deducir los cargos recibidos en concepto de administrativas desde una sociedad vinculada en Suiza. Los servicios recibidos eran en concepto de a.- marketing, b.- producción, c.- recursos humanos y d.- gerenciamiento; compañía con la cual mantenía un Acuerdo de Servicios Compartidos (cost sharing agreement). El cuestionamiento del fisco se sustentó en conocer si los costos alocados eran consistentes con los beneficios recibidos fallando la Corte Suprema a favor de contribuyente sobre la base de a.- que la carga de la prueba sobre la proporcionalidad de los cargos estará a cargo del Fisco y b.- que el criterio de asignación resultara ser razonable. Darío Rajmilovich – op cit. Pag. 313. Se ha resaltado **la necesidad de prestar la carga de la prueba a cargo del fisco impulsante** y, con ello, la importancia del proyecto BEPS en su ACTION 13 dado que será el instrumento idóneo para que los fiscos puedan conocer los arreglos de la compañía a nivel internacional.

[71] Darío Rajmilovich señala en página 325 de la obra de referencia que las prestaciones mencionadas obedecen a transacciones que normalmente configuran servicios propios y verdaderos máxime cuando un tercero independiente estaría dispuesto a prestar el mencionado servicio debiendo obedecer tanto el sustento del servicio prestado como el precio acordado a las referencias de las directivas OCDE en TP Párrafo 7.17. En cuanto a los métodos de imputación de cargos, si bien podemos distinguir entre dos de ellos: a.- método directo y método indirecto, nuestra jurisprudencia se ha orientado a la necesidad de imputación de manera directa de los cargos realizados por la matriz del exterior donde, si bien ante el reclamo de detallada documentación que soporte la relación entre partes que ha realizado el fisco nacional, reclamo que no fuera aceptado en los excesos requeridos ante nuestros tribunales, la realidad es que para este tipo de prestaciones de servicios será necesario una apropiación directa y justificada de los cargos transferidos por prestaciones intra grupo. – FIRST NATIONAL CITY BANK CNACAF 1979 y FIRST NATIONAL CITY BANK CNACAF 1983.

**IV.- ESTADO ACTUAL RESPECTO DE LOS ACUERDOS DE INTERCAMBIO DE INFORMACION**

A lo largo del escrito se ha manifestado la importancia que tiene para las diferentes administraciones fiscales la posibilidad de acceder a información de interés fiscal ubicada en otras jurisdicciones. Comprender el esquema de negocios del contribuyente, analizar la sustancia del régimen de alocación de beneficios corporativos u obtener documental adecuada de precios comparativos a los fines de estudios de precios de transferencia, al margen de conocer la integralidad de los activos de un contribuyente y sus fuentes financieras, resultan ser las principales motivaciones para acceder a compartir y recibir información de interés fiscal con otras latitudes.

Si bien en Argentina rige el principio de secreto fiscal, consagrado en el Art. 101 de la Ley 11.683, este secreto puede ser "alterado" como consecuencia de la operatividad de las cláusulas de asistencia mutua en cuestiones fiscales contenidas en los CDI celebrados por nuestra nación[72]. La importancia de la existencia de los regímenes de información de interés tributaria ha sido colocada, a mi criterio de manera exagerada, en un la cúspide de las responsabilidades de los obligados tributarios siendo, en este sentido, Calderón Carreiro quien atribuyera a los regímenes informativos la calidad de "instrumento al servicio de contribuir"[73].

Independientemente del espacio que ocupen los acuerdos para intercambio de información de carácter fiscal en la conciencia del interprete no cabe lugar a dudas de que la realidad ha impuesto su necesidad y la República Argentina se ha conducido por el camino de la apertura de su información fiscal en el objetivo de allegar aquellos datos que permitan dotarla de las referencias de actividades de residentes fiscales argentinos en el exterior.

En este sentido, nuestra nación podrá hacerse de información de interés fiscal por tres medios: a.- por disposiciones de las cláusulas de acuerdos para evitar la doble imposición, b.- por disposiciones de acuerdos bilaterales y c.- por disposiciones de acuerdos multilaterales.

IV.a.- PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA CELEBRACION DE TRATADOS A NIVEL INTERNACIONAL[74]

Si bien, como veremos en el siguiente punto, es posible que el relato que propongo realizar pareciera ocioso en el marco de los Acuerdos de Intercambio de Información Tributaria (hoy con potestad para su celebración por la Administración Federal de Ingresos Públicos), entiendo que es necesario recordar el procedimiento dado, en el marco de nuestras normas constitucionales, para la celebración tratados de carácter internacional.

[72] Que, como cualquier otro tratado, requiere la incorporación al derecho interno previa aprobación del congreso nacional permitiendo, con ello, el rango supra legal que otorga el Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Asimismo y como veremos mas adelante, al margen del posible reproche constitucional de la medida, el intercambio de información también podrá darse por imperio de lo dispuesto por el Art. 101 de la Ley 11.683 y por intermedio e acuerdos celebrados directamente por la Administración Federal de Ingresos Públicos.

[73] En su artículo "El intercambio de información fiscal entre Administraciones Fiscales como mecanismo de control del fraude fiscal internacional" Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública Nro 258 año 2000 pag. 785 manifiesta que "los regímenes de intercambio de información constituyen… un instrumento al servicio de la realización del deber de contribuir" para luego advertir "… cuando un país asiste a otro obteniendo los datos solicitados no hace otra cosa que proteger su propio deber de contribuir, aunque de manera indirecta"

[74] SUSANA NAVARRINE en su capítulo 1.9.- JERARQUIA CONSTITUCIONAL DE LAS CONVENCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA – obra DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – ED LA LEY – DIRECTOR ASOREY pag. 279 a 285.

En principio debemos recordar que, conforme el Art. 99 de nuestra Constitución Nacional, corresponde al Poder Ejecutivo es el jefe supremo de la Nación y, en tal carácter, tiene potestad para concluir y firmar tratados con naciones extranjeras:

> *Artículo 99.- El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones:*
>
> *1.- Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.*
>
> *2.- Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.*

Sin embargo, conforme el ordenamiento dado por nuestra constitución nacional resulta claro que la celebración de todo tipo de tratados con naciones extranjeras son actos federales complejos por cuanto requieren la intervención del Poder Legislativo a los efectos de incorporarlos a nuestro derecho interno. Lo dicho surge del Art. 75 inc. 22) de nuestra Constitución Nacional:

> *Artículo 75.- Corresponde al Congreso:*
>
> *22. 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.*

A modo de resumen presentamos el detalle de pasos que debe seguir un tratado de este carácter (con efectos fuera de las fronteras de nuestra nación) para responder al mandato constitucional:

> 1.- Firma del proyecto del tratado por los Jefes de Estado o sus representantes plenipotenciarios, quienes manifiestan el consentimiento para obligarse en un Tratado conforme Art. 99 inc 11 CN.
>
> 2.- Aprobación o rechazo por el poder legislativo Art. 75 inc 22 CN
>
> 3.- Ratificación por el Poder Ejecutivo Nacional del tratado que ha sido aprobado por el Poder Legislativo
>
> 4.- Canje de instrumentos de ratificación entre los estados contratantes y/o su deposito en poder del depositario designado
>
> 5.- Entrada en Vigencia de la manera y en la fecha que disponga el Tratado o que acuerden los Estados Negociadores

IV.b.- ACUERDOS BILATERALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACION Y SU PARTICULAR METODO DE CELEBRACION

Como hemos visto en el desarrollo de puntos anteriores el camino seguido por nuestro país, en los últimos años, ha sido no solo de estudio y denuncia de aquellos acuerdos para Evitar la Doble Tributación que demostraran ser lesivos para las finanzas nacionales por mal uso (o abuso) de parte

de varios contribuyentes sino que el camino trazado, en el diseño de sus relaciones internacionales y de cara a la cuestión tributaria, por nuestra nación, ha sido la celebración o la conformación de una particular red de intercambio de información tributaria.

En este marco analizaremos, en primer lugar, los acuerdos de carácter BILATERAL celebrados por nuestro país.

Llegado a este punto sería difícil sostener que un acuerdo de intercambio de información no participa de los caracteres jurídicos (y de los efectos) propios de un tratado internacional que se pretende incorporar a nuestro derecho interno con rango superior a la normativa legal (esto es, en el marco del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Por ello sería razonable esperar que, para cada acuerdo celebrado por nuestra nación se presentaran los pasos descriptos supra; sin embargo esta no es la situación que se presenta para el tipo de acuerdos bajo estudio dado que, producto de la sanción de la Ley 25.795 (que implementa el denominado PLAN ANTIEVASION I) se han realizado modificaciones en la ley 11.683 (particularmente en el Art. 101 de la mencionada norma) que habilitarían a la Administración Federal de Ingresos Públicos para la celebración de este tipo de acuerdos de carácter internacional[75].

Sin presentar la discusión sobre la dudosa constitucionalidad[76] que imprimen al acto diversos autores de doctrina, lo cierto es que, en uso de las normas mencionadas en los últimos años la Administración Federal se ha dado a la firma de diferentes acuerdos de intercambio de información que, solicitando el listado en el sitio web del MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTOS, a la fecha de 1 de noviembre de 2015, se visualizan unos tantos con la ley que los incorpora al derecho interno (conforme pautas operativas y constitucionales detalladas en punto anterior) y otros tantos que, pese a la mención de su vigencia, no se advierte ley sancionada por el legislativo.

El señalamiento se hace al único efecto de no inducir a error al lector en pensar que, por no existir ley aprobatoria del tratado, este podría no ser aplicable. Como se dijo antes, dejaremos para otro momento el análisis de la cuestión constitucional ya ampliamente señalada en la doctrina.

Presentamos ahora, el listado de acuerdos de intercambio de información de carácter BILATERAL celebrados por nuestro país:

[75] La incorporación mencionada a nuestro régimen legal no fuera novedosa debido a que incluso desde el año 2003, con la Res 336-2003 emitida por el entonces Ministerio de Economía y Producción se autorizó a la AFIP a intervenir en forma directa en la tramitación e intercambio de información con otras administraciones tributarias siempre que estas fueran pertenecientes a países con los que, previamente, se hubieran celebrados acuerdos para evitar la doble imposición internacional. Por su parte desde la dirección de Asuntos Legales Administrativos de la AFIP se entendió que " … se encuentra facultado para suscribir aquellos acuerdos que la doctrina da en llamar convenios interinstitucionales con otros entes extranjeros u organismos internacionales con competencia en las materias señaladas" . Citado pro Martinoli Carol en "Tendencias en materia de intercambio internacional de información tributaria" Cuaderno del Instituto AFIPA Nro 14 año 2010 página 55.

[76] Quienes afirman por la constitucionalidad del método de celebración bajo comentario lo hacen bajo el encuadre de que los tratados constituyen, en si mismos, una materia de "determinada de administración" conforme con las excepciones a la prohibición de delegación legislativa contenida en el Art. 76 de la Constitución Nacional, ejecutada dentro de los parámetros establecidos dentro de la ley habilitante y en todo conforme con la doctrina de extraida de SELCRO SA CSJN 2000

| | | |
|---|---|---|
| | CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES<br>Firma: Quito, 18 de Febrero de 1994<br>Vigor: 01 de Diciembre de 1995<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 24.459 | ECUADOR |
| | (9764) ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ANDORRA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA FISCAL.<br>Firma: Andorra la Vella, 26 de Octubre de 2009<br>Vigor: 15 de Junio de 2012<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.750 | ANDORRA |
| | (9769) ACUERDO PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE COSTA RICA<br>Firma: San José, 23 de Noviembre de 2009<br>Vigor: 12 de Julio de 2012<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.747 | COSTA RICA |
| | (9771) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL COMMONWEALTH DE LAS BAHAMAS PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 03 de Diciembre de 2009<br>Vigor: 27 de Julio de 2012<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.748 | BAHAMAS |
| | (9765) ACUERDO DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE SAN MARINO.<br>Firma: San Marino, 07 de Diciembre de 2009<br>Vigor: 16 de Junio de 2012<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.749 | SAN MARINO |
| | (10100) ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE LA INDIA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y LA ASISTENCIA EN EL COBRO DE IMPUESTOS<br>Firma: Buenos Aires, 21 de Noviembre de 2011<br>Vigor: 28 de Enero de 2013<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.828 | INDIA |
| | (10246) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA Y MÉTODO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN<br>Firma: Colonia, 23 de Abril de 2012<br>Vigor: 07 de Febrero de 2013<br>Norma Aprobatoria: Ley n° 26.758 | URUGUAY |
| | (10585) ACUERDO DE ENTRE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ PARA LA COOPERACIÓN TÉCNICA E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA Y ADUANERA<br>Firma: Amsterdam, 07 de Octubre de 2004<br>Vigor: 08 de Octubre de 2004 | PERU |
| | (9763) ACUERDO SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL PRINCIPADO DE MÓNACO.<br>Firma: Mónaco, 13 de Octubre de 2009<br>Vigor: 07 de Agosto de 2010 | MONACO |
| | (9844) ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA<br>Firma: Beijing, 13 de Diciembre de 2010<br>Vigor: 16 de Septiembre de 2011 | CHINA |

| | | |
|---|---|---|
| | (10046) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y JERSEY SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Londres, 28 de Julio de 2011<br>Vigor: 09 de Diciembre de 2011 | JERSEY |
| | (10045) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LOS ESTADOS DE GUERNESEY SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Londres, 28 de Julio de 2011<br>Vigor: 04 de Enero de 2012 | GUERNESEY |
| | (10053) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y BERMUDAS PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Hamilton, 22 de Agosto de 2011<br>Vigor: 14 de Octubre de 2011 | BERMUDAS |
| | (10089) ACUERDO ENTRE LAS ISLAS CAIMÁN Y LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Gran Caimán (13 de Octubre 2011) y Buenos Aires (18 de octubre 2011), 18 de Octubre de 2011<br>Vigor: 31 de Agosto de 2012 | CAIMAN |

| | | |
|---|---|---|
| | (10329) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA ISLA DE MAN PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA<br>Firma: Londres, 14 de Diciembre de 2012<br>Vigor: 04 de Mayo de 2013 | ISLA DE MAN |
| | (10330) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE AZERBAIYÁN PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Bakú, 17 de Diciembre de 2012<br>Vigor: 22 de Abril de 2013 | AZERBAIYAN |
| | (10384) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE MACEDONIA SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 26 de Abril de 2013<br>Vigor: 17 de Diciembre de 2013 | MACEDONIA |
| | (10447) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 02 de Agosto de 2013<br>Vigor: 28 de Noviembre de 2014 | SUDAFRICA |
| | (10480) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS, RESPECTO DE ARUBA, PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 30 de Septiembre de 2013<br>Vigor: 31 de Mayo de 2014 | PAISES BAJOS |
| | (10655) ACUERDO ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL REINO DE LOS PAÍSES BAJOS, RESPECTO DE CURAÇAO, PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 14 de Mayo de 2014 | CURACAO |
| | (10676) ACUERDO ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE ARMENIA SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN TRIBUTARIA<br>Firma: Buenos Aires, 07 de Julio de 2014 | ARMENIA |

| | | |
|---|---|---|
| | (10740) ACUERDO ENTRE LA REGIÓN ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE MACAO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y LA REPÚBLICA ARGENTINA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA FISCAL<br>Firma: Buenos Aires, 05 de Septiembre de 2014 | MACAO |

| | | |
|---|---|---|
| | (10749) ACUERDO POR CANJE DE NOTAS ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE POLONIA PARA QUE EL CONVENIO SOBRE ASISTENCIA ADMINISTRATIVA MUTUA EN MATERIA FISCAL, CELEBRADO EL 25 DE ENERO DE 1988 Y ENMENDADO POR EL PROTOCOLO 2010, SURTA EFECTOS ENTRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA REPÚBLICA DE POLONIA PARA LA ASISTENCIA ADMINISTRATIVA RELACIONADA CON LOS TRES PERÍODOS FISCALES ANTERIORES A SU ENTRADA EN VIGOR<br>Firma: Varsovia, 29 de Septiembre de 2014<br>Vigor: 01 de Noviembre de 2014 | POLONIA |
| | | |
| | (10777) ACUERDO ENTRE IRLANDA Y LA REPÚBLICA ARGENTINA PARA EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA<br>Firma: Berlín, 29 de Octubre de 2014 | IRLANDA |

La característica general de estos acuerdos es que son celebrados con el objeto de establecer un marco general de asistencia mutua tanto sea en carácter de cuestiones administrativas o bien en intercambio de información de interés tributario relacionadas o no con un contribuyente en particular[77]. En este sentido, los acuerdos actúan en:

a.- Información general conforme ramas de actividad económica

b.- Fiscalizaciones Simultánea

c.- Asistencia en recaudación

d.- Capacitaciones

e.- Información orientada a la prevención del fraude:

e.1.- Medios comunes para combatir el fraude tributario (en el marco de compartir experiencias entre las administraciones tributarias)

e.2.- Métodos comúnmente seguidos por los contribuyentes para la comisión de fraudes fiscales

e.3.- Sobre normas de derecho tributario local

f.- Información particular de contribuyentes

f.1.- Información de carácter financiero

f.2.- Información sobre participaciones societarias

f.3.- Información en poder de la Administración Fisca

Pese al marco general de actuación de este tipo de convenios reviste especial importancia lo pautado en cuanto a intercambio de INFORMACION ESPONTANEA toda vez que, si en el curso de sus actuaciones hubieran llegado al conocimiento de información de relevancia fiscal para la contraparte contratante, esta será inmediatamente transmitida.

[77] Podemos ver que en el acuerdo celebrado con Ecuador en el Art. 1 indica dentro del objeto del convenio bajo referencia, el intercambio de información " sobre ramos de actividad económica" convirtiendo, por tanto, el acuerdo en una cuestión mas amplia que la simple asistencia ante controversias con un contribuyente en particular.

Lo dicho hasta aquí corresponde al marco general de actuación habilitados por los diferentes acuerdo tributarios bilaterales pero no podemos dejar de mencionar el acuerdo celebrado entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay por el importante flujo de inversiones de residentes fiscales argentinos hacia esta jurisdicción[78]. Donde el texto acordado descarta las operaciones de pedidos de información conocidos como de pesca, permitiendo solo "solicitudes individualizadas y fundadas" que sean "relevantes para la determinación, liquidación, implementación, el control y la recaudación de impuestos". En la práctica esto implica que no se podrá solicitar a la contraparte que proporcione datos sobre una lista de personas o empresas o sobre determinado rubro. En este sentido el acuerdo establece que la solicitud de información se podrá realizar solo una vez que se haya "utilizado todos los medios disponibles en su propio territorio" para obtener los datos, "excepto aquellos casos donde los recursos que se utilicen para recurrir a dichos medios podrían dar lugar a dificultades desproporcionadas".

Un punto a destacar es el tipo de información a la que tendrá acceso al fisco nacional siendo esta a.- bancos, otras instituciones financieras, b.- mandatarios o fiduciarios, datos vinculados a la propiedad de sociedades, sociedades personales, fideicomisos, fundaciones, entre otros.

IV.c.- ACUERDOS MULTILATERALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACION

Con el título publicitario de “fin del secreto bancario“ a los fines fiscales nace en el año 2014 un nuevo estándar global para intercambio de información financiera de interés fiscal; acuerdo de carácter multilateral y con posibilidad de que diferentes jurisdicciones se vayan sumando a la iniciativa. Indudablemente la iniciativa encuentra motivación en la necesidad de ubicar recursos fiscales, ya sea como una herramienta para combatir la planificación fiscal nociva o bien para conocer operaciones y activos detentados por contribuyentes residentes en las jurisdicciones firmantes y ocultados por estos a los fines fiscales, para las diferentes jurisdicciones intervinientes pero la suerte de esta iniciativa está dada en que es impulsada desde las naciones miembros del G20 invitando al resto del mundo no participante del grupo a unirse a la propuesta. De esta manera el carácter multilateral del acuerdo ha alcanzado, a noviembre de 2015, la importante participación de mas de 60 jurisdicciones siendo, para una cantidad aproximada de 50 jurisdicciones, su primer intercambio informativo a mediados de 2017[79].

En la actualidad encontramos dos regímenes de intercambio informativo que deberá ser considerado por los contribuyentes a nivel global:

[78] Tax Justice Network en su sub-sitio web Financial Secrecy Index http://www.financialsecrecyindex.com ha confeccionado un listado de 102 jurisdicciones (http://www.financialsecrecyindex.com/index.php/jurisdictions) relevando el nivel de transparencia en cuanto a intercambio de información financiera, regímenes especiales de actividades off-shore, tipos societarios y nominatividad de títulos participativos de sociedades entre otros elementos. Puntualmente se refiere a la República Oriental del Uruguay en el informe publicado en http://www.financialsecrecyindex.com/PDF/Uruguay.pdf donde advierte que esta jurisdicción ofrece un régimen financiero off-shore utilizado habitualmente por residentes fiscales de Latino América. La proximidad con nuestro territorio y los limitados requisitos para consolidar la apertura de una cuenta bancaria han convertido a la jurisdicción en el destino “favorito“ de los ciudadanos argentinos situación de que dan cuenta la importante cantidad de notas periodísticas relevadas por el organismo y puestas a disposición en el informe de referencia.

[79] A los fines de hacer efectivo el acuerdo las diferentes jurisdicciones deberán obligarse a incorporar la legislación interna que fuera necesaria para evitar que barreras legales impidan el intercambio de información financiera soportadas en normas de secreto bancario. Si bien los bancos deberán soportar una fuerte carga de actividad administrativa derivada de la necesidad de conocer mayor cantidad de datos al cliente, esto será fundamental para el funcionamiento general del sistema. En este sentido el BCRA ha dispuesto las COM A 5581 y COM A 5588 a los fines de que las entidades financieras implementen el procedimiento de due dilligence adecuado que permita reconocer el beneficiario efectivo de las cuentas y su residencia a los fines fiscales.

a.- El acuerdo implementado por los miembros de la OCDE y al que se ha sumado la República Argentina y, por tanto, es el objeto de nuestra atención.

b.- El acuerdo impulsado por USA a través de FATCA orientado a ciudadanos estadounidenses pero con impacto en nuestro país por la obligación de información que recae en las entidades bancarias radicadas en nuestro territorio.

Volviendo al acuerdo propuesto por la OCDE[80] debemos destacar que el primer acopio de datos será al 31 de diciembre de 2015 que conformará el saldo al inicio de cada una de las cuentas bancarias de manera que, comparado con el saldo al 31 de diciembre de 2016 se pueda comparar no solo el incremento patrimonial sino también contar con los movimientos bancarios entre las fechas referenciadas. En cuanto a información alcanzada al intercambio encontramos[81]:

a.- Información sobre saldos

b.- Información sobre intereses

c.- Información sobre dividendos

d.- Información sobre venta de activos financieros.

e.- Información sobre los titulares

f.- Datos del titular (Nombre y Apellido, fecha de nacimiento, lugar de nacimiento, número de identificación fiscal en país de residencia)

g.- Número de cuenta bancaria

h.- Datos de la entidad bancaria en la que se poseen cuentas y saldos

A los fines de que la información pueda ser transmitida, las entidades bancarias deberán solicitar, para el caso de las personas físicas, una declaración jurada en la que se manifieste a.- su carácter de residente fiscal en una jurisdicción determinada, b.- su número de identificación fiscal en la mencionada jurisdicción, c.- su fecha de nacimiento y d.- su lugar de nacimiento, entre otros datos relevantes.

En el caso de cuentas bancarias pertenecientes a sociedades accionarias o de capital, partnerships, fideicomisos o trust podrán ser solicitados datos relacionados con a.- la residencia a los fines fiscales de la entidad, b.- detalles sobre capitales controladores de la entidad, c.- detalles de beneficiarios efectivos.

[80] La OCDE informa en su sitio web la característica principal del estándar propuesto: "*El Estándar para el Intercambio Automático de Información Financiera en Materia Fiscal convoca a los gobiernos a obtener información detallada de sus instituciones financieras e intercambiar esa información de manera automática con otras jurisdicciones, anualmente. El Estándar, desarrollado en la OCDE por encargo del G20, fue avalado por los ministros de Finanzas del G20 en febrero de 2014 y aprobado por el Consejo de la OCDE*".http://www.oecd.org/newsroom/la-ocde-da-a-conocer-la-version-completa-del-estandar-global-para-el-intercambio-automatico-de-informacion.htm

[81] Informe "STANDARD FOR AUTOMATIC EXCHANGE OF FINANCIAL ACCOUNT INFORMATION" – COMMON REPORTING STANDARD – OCDE punto 12.

Naturalmente, el proceso de diligenciamiento que deberán llevar adelante las entidades bancarias se encontrará sujeto a las disposiciones emitidas por la entidad de contralor de las entidades bancarias y financieras en su generalidad siendo esperable que, entre los requisitos a solicitar y de acuerdo a una correcta práctica de Due Dilligence estas soliciten, a los efectos de acreditar la residencia a los fines fiscales de un determinado contribuyente (ya sea este persona física o jurídica) un certificado de residencia fiscal emitido por la autoridad fiscal de jurisdicción correspondiente; a los fines de acreditar el carácter de beneficiario efectivo de determinada renta o patrimonio los documentos correspondientes y, de corresponder en la jurisdicción de incorporación o registro[82]

En relación con nuestro país se presentó como el primer país de Sudamérica en ser miembro de esta convención multilateral por impulso de su firma en Abril de 2013[83]

En relación con los países suscriptores de la convención (en lo que importa miembros de la red de intercambio de la información) el listado de jurisdicciones se presenta altamente dinámico encontrando, a la fecha del 24 de febrero de 2015, 85 jurisdicciones signatarias[84] y recomendando al estudioso que, en cada momento, deberá consultar el listado actualizado a los fines de ubicar las modificaciones al que aquí presentamos.

El acuerdo multilateral referenciado será operativo a partir de 2017 permitiendo al fisco nacional recibir información bancaria de mas de 50 países de manera automática[85].

La información deberá ser brindada, de manera periódica, automática y estandarizada, por las entidades financieras y remitidas a los fiscos de cada una de las jurisdicciones para que estos intercambien la información, bajo un estándar de intercambio en referencia, la información de carácter financiera recibida siempre y cuando la cuenta muestre un saldo superior a USD 250.000[86]

[82] Adviértase que en el caso de la República Argentina, hasta Agosto de 2015, los contratos de Fideicomisos no eran sujetos a registro en cuanto las partes intervinientes motivo por el cual los beneficiarios efectivos podían permanecer ocultos en contratos privados no accesibles a organismo de contralor o registro público alguno. Esta situación se ve alterada con al sanción de la Ley 26.994 y la RG 07-2015 de la IGJ, modificada por la RG 09-2015.

[83] Internacionalmente se ha dicho que Argentina es parte del grupo denominado los "early adopters" que, junto a las 44 jurisdicciones iniciales, se comprometió a cumplir una hoja de ruta a los efectos de lograr su primer intercambio de información fiscal para el mes de septiembre de 2017. http://www.gshr.com.ar/archivos/06BIAI.pdf. En el mismo sentido, es justo dejar documentadas las manifestaciones en el informe "Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Mathers" emitido pro la OCDE con motivo de la celebración del acuerdo inicial donde Argentina figura en primer lugar - hoja 2 del informe. La fuerza de la primer declaración es indudablemente aquello que lleva el impulso del acuerdo firmado "*DECLARE that we are determined to tackle cross-border tax fraud and tax evasion and to promote international tax compliance through mutual administrative assistance in tax matters and a level playing field;* "

[84] Listado actualizado al 27 de noviembre de 2015 puede visualizarse en http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf

[85] Nota La Nación http://www.lanacion.com.ar/1739731-la-afip-recibira-datos-bancarios-desde-50-paises. Listado de primer Informativo por jurisdicción puede consultarse desde http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/MCAA-Signatories.pdf.

[86] El estándar puede ser consultado desde el sitio web de la OCDE en http://www.paraisos-fiscales.info/ley-intercambio-de-informacion-automatica-ingles.pdf

**V.- RESUMEN – BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING – ¿LA SOLUCION?**

La globalización, la transnacionalización de las operaciones financieras, el increíble avance de la tecnología en los últimos 40 años, la posibilidad de creación de valor por medio de intangibles soportados en la evolución del conocimiento del hombre, la práctica inexistencia de fronteras, la competencia fiscal nociva entre diferentes jurisdicciones fiscales, la innovación en "productos financieros" de la mano de la flexibilización del régimen bancario a nivel mundial permitiendo que la banca de inversión se uniera a la banca financiera[87], la facilidad para apertura de cuentas financieras y creación de empresas en jurisdicciones de baja o nula tributación[88] pero, por sobre todo, el secretismo bancario, financiero y fiscal que ha envuelto a la mayoría de las naciones del mundo, siendo lesivo a los efectos fiscales aquel que es promovido por jurisdicciones de baja o nula tributación[89], ha logrado lesionar, a través de herramientas de planificación fiscal agresiva o nociva, las arcas fiscales de los países en desarrollo pero también y talvez en mayor medida las arcas de los países en vías de desarrollo (como lo es la República Argentina) siendo que estos cuentan con menores herramientas en sus administraciones fiscales para combatir este tipo de fraudes especializados y complejo para lo cual se requieren no solamente herramientas tecnológicas acordes sino también capacitación y una actividad de inteligencia fiscal e intercambio de información muchas veces lejos del alcance de las administraciones tributarias menos desarrolladas.

Esta realidad, expuesta por algunos de los esquemas diseñados en el presente trabajo, ha sido reconocida por la OCDE en 2013 solicitando a la comunidad internacional participar en la divulgación y en el compartir el conocimiento técnico que permita agrupar, catalogar, detectar y, con ello, diseñar métodos coordinados para combatir aquellas técnicas de evasión o elusión fiscal nociva mas difíciles de detectar por su alto nivel de planificación y desarrollo. En este contexto, donde las empresas multinacionales logran hacer "desaparecer" sus beneficios a través de las técnicas de erosión de bases y separación de beneficios para trasladarlos a jurisdicciones de baja o nula tributación o bien mediante la utilización planificada de instrumentos híbridos que permitan diferir el reconocimiento de las rentas tributarias (mencionados en esquemas del presente escrito) se busca implementar un proyecto de 15 acciones concretas, coordinadas y como representativas de un conjunto de acciones armonizadas que, para su efectividad, deberán ser implementadas por todas las jurisdicciones tributarias del mundo para que, de esta manera, no queden "refugios fiscales" ya

[87] En referencia a este punto podemos observar como la derogación de la Glass Steagall Act (pub L Nro 73-66, 48 Stat, 162), sancionada originalmente en 1933 y con vigor a partir del 16 de junio de 1933, promulgada por Franklin Dr. Rooslvert, con el fin de controlar la especulación mediante la separación de la banca de depósitos y la banca de inversión. Fuertemente criticada desde mediados de 1970 fue finalmente derogada en 1999 por imperio de la Financial Services Modernization Act provocando, para muchos, la "avalancha" de productos financieros y especulativos que hoy presencial el mundo pero, en cuanto nos interesa, fomentando la "construcción" de "productos financieros" de carácter hibrido de cara a la legislación fiscal internacional. Esta realidad sería atacada por la ACTION 2 BEPS 2015 que busca neutralizar los efectos de los instrumentos hibridos entendiendo por instrumentos tanto sea arreglos financieros o entidades. Para mas información puede ser consultado http://www.the-american-interest.com/2008/09/01/tax-evasion-nation/. Para un detallado análisis de la problemática generada en la proliferación de los instrumentos financieros híbridos en cuanto a sus efectos fiscales y el impulso dado en los últimos 15 años por la derogación de la norma mencionada y la unión de la banca financiera y la banca de inversión representa una pieza de estudio el ejemplar "ALL THE PRESIDENTS BANKER – THE HIDDEN ALLIANCES THAT DRIVEES AMERICAN POWER" autor NOMI PRINS – 2014 ISBN 978-1-56858-491-1 (versión electrónica) Capitulo 6, Capitulo 18 y 19.

[88] En este sentido basta simplemente mencionar a la empresa SFM, altamente publicitada en GOOGLE, que ofrece de manera extremadamente sencilla la constitución de sociedades offshore en mas de 50 jurisdicciones fiscales con efectos de baja o nula tributación; suscripción que se realiza por internet y con solo un pasaporte: http://es.sfm-offshore.com. Sin embargo, la falta de requisitos también "lesiona" a nuestra nación cuando, a solo el tiempo de un viaje en bote, podemos constituir una sociedad con nulos requisitos registrales en Uruguay http://www.kbcontadores.com.uy

[89] Que, como vimos, el secreto bancario a los fines fiscales comenzará a desaparecer en 2017

sea como producto de normativa fiscal "des-sincronizada" o bien por la existencia de regímenes o jurisdicciones, promotores de régimen fiscales laxos.

BEPS OCDE 2015 ataca los efectos de la interacción de regímenes fiscales diversos y la herramienta del secreto fiscal, bancario y financiero que ofrecen a los planificadores fiscales internacionales la posibilidad de que, por medio de un conjunto de operaciones organizadas[90], mitigar los efectos de la carga tributaria a nivel global. BEPS OCDE 2015 reconoce la necesidad de actualizar y coordinar las normas tributarias de un sistema que se ha mostrado obsoleto a la realidad presentada en el siglo XXI caracterizada por la creciente importancia de los intangibles y la propiedad intelectual.

Sin embargo debemos ser críticos y proponernos preguntarnos que es lo que realmente propone BEPS. Naturalmente una de las propuestas del esquema organizado en sus 15 acciones es que la renta permanezca en las jurisdicciones que efectivamente han participado en su creación[91] impulsando, con ello, una mejora en la coherencia de los estándares impositivos internacionales, reforzar la implementación de estructuras focalizadas en la sustancia económica pero, por sobre todo, garantizar un entorno de transparencia fiscal e intercambio de información. Este fue el principal motivo por el cual países desarrollados como Estados Unidos y los principales países de Europa impulsaron y financiaron el proyecto; nuevamente, la economía del siglo XXI se ha caracterizado por la generación de intangibles y propiedad intelectual generadas estas, principalmente, en las naciones antes mencionadas.

La segunda propuesta de BEPS es, naturalmente, un marco de actuación que no pudiera ser cuestionado, para las empresas multinacionales que, naturalmente, no encuentran motivación para subir su carga tributaria a nivel internacional mas que lo estrictamente necesario y dispuesto por la norma aplicable.

Sin embargo, todo lo dicho en este trabajo se basa en un principio que no ha sido cuestionado en el presente escrito ni en los elementos utilizados para su confección; esto es, el principio de que la jurisdicción de residencia fiscal del contribuyente es quien tiene la potestad tributaria indiscutida para gravar las rentas del sujeto independientemente de donde este las obtenga viéndose obligada, por su parte, a reconocer créditos tributarios abonados en la fuente.

Señala Antonio Figueroa[92] que el principal problema del régimen fiscal internacional es justamente la posibilidad de "arbitraje" del elemento que determina la sujeción del contribuyente al régimen en

[90] Las cuales, como hemos visto a lo largo del presente escrito, solo algunas podrían ser caracterizadas como ilegales pero para ello las administraciones tributarias requieren contar con información y con parámetros comunes y armonizados de actuación. Estos elementos son la base del impulso del proyecto BEPS OCDE 2015

[91] Sin embargo, no debemos dejar de pasar lo propuesto en Revista de Tributación AAEF Nro 3 año 2006 Buenos Aires, páginas 87 a 115 en el artículo denominado "Proyecto de Tratado Tributario Bilateral para Evitar la Doble Imposición Internacional" por Antonio Figueroa cuando declara como "solución a la tendencia mundial" pasar a un criterio sustentado en la Fuente del cual Klaus Vogel se ha mostrado ferviente defensor. Años después la ILADT presenta su proyecto de acuerdo multilateral para evitar la doble imposición el cual debería ser instrumento de reflexión en toda cátedra universitaria.

[92] Su capítulo 2.2.2 FINANLIDAD Y EVOLUCION DE LOS CDI – TRATADOS TRIBUTARIOS AMPLIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL – DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – ED LA LEY – DIRECTOR ASOREY pag. 641 a 680 es, sin lugar a dudas, un llamado a la reflexión en la mecánica de estudio de la tributación internacional de cara a nuestro lugar en el mundo, de cara al valor hoy generado por nuestra nación, considerando el lugar que ocupamos en nuestra región latinoamericana pero, por sobre todo, reconociendo el valor de nuestros recursos humanos y naturales.

general[93], esto es: la residencia a los efectos fiscales[94] por cuanto esta funciona como "pivote" de toda construcción de estructuras fiscales internacional para partir, desde allí, hacia un armado de relaciones (en algunos casos artificiosas y es esto lo que viene a combatir BEPS OCDE 2015) llegado al país fuente de la creación del valor, sufriendo la menor carga tributaria posible.

Los países como Argentina (en vías de desarrollo, con economías fuertemente orientadas al sector primario y un sector financiero sub-desarrollado pero explotado por grupos económicos altamente concentrados y cercanos a arreglos oligopólicos) se ven lesionados por estas lesivas prácticas o arreglos internacionales[95] a través de la erosión de bases sustentadas en manipulación de precios de transferencia, transacciones con instrumentos o arreglos societarios híbridos pero, principalmente por la falta de información coordinada de los esquemas del contribuyente internacional.

Lo dicho; no hay duda de que BEPS OCDE 2015 será beneficioso para nuestra nación en la medida de que incorpora pautas coordinadas para los retos que representa la economía digital tanto en impuestos a la renta como en impuestos a los consumos siendo, nuestro reto, convertirnos en un país generador de conocimiento y no solo un importador neto de tecnología digital, patentes y propiedad intelectual (acción 1); el uso de Futuros y Forwards, opciones y Swaps, tan común en economías como la nuestra[96] y pese a las reglas anti-elusivas dispuestas por nuestro ordenamiento interno en el Art. 9 inc b) de la ley 20.628 en cuanto a los efectos transfronterizos de este tipo de operaciones (unas veces relacionados con la imputación de los resultados por adelantamiento de quebrantos o diferimiento de utilidades) se espera sean mitigados por impulso de las recomendaciones realizadas en la acción 2 del proyecto; la debilidad de nuestro régimen de transparencia fiscal internacional ya comentado en el transcurso del presente trabajo pero también debilidades provocadas por legislaciones internas no coordinadas (o talvez coordinadas en exceso hacia los intereses de sus promotores) como ser la de USA y su SUB-PART F en interacción del régimen "check in the box" busca ser resuelta por medio de la acción 3 que propone acercar un

[93] Ya utilizando palabras y reflexiones del autor del presente trabajo, no me refiero al a residencia como elemento de sujeción fiscal a una determinada jurisdicción territorial sino al elemento residencia como elemento que termina por vincular al sujeto con el principio general antes mencionado por el cual será la jurisdicción de residencia fiscal la que tendrá la principal potestad tributaria, compartiendo ella con la jurisdicción fuente de la renta (en sus efectos económicos).

[94] Cuestión altamente advertida por KLAUS VOGEL en "Worldwide and source Taxation of Income. A Review and Reevaluation of Argumens (part II) 1988 y ANGEL SCHINDEL y ADOLFO ATHCABAHIAN "fuente y Residencia. Nueva configuración de sus principios" Relatoría General del Tema I Congreso IFA 2005.

[95] Cabe destacar lo expresado por Antonio Figueroa en su capitulo 2.2.2 de la obra DERECHO INTERNACIONAL TRIBUTARIO – DIRECTOR ASOREY – ED LA LEY pag. 676 cuando, al referirse a los esquemas de elusión fiscal internacional señala "*Además, cabría tomar muy en cuenta lo que señalan Zolt y Kowal, quienes remarcan que por medio de maniobras de un alto grado de sofisticación ciertos contribuyentes, amparados en las marcadas debilidades e inconsistencias que presentan las estructuras existentes en el ámbito de la imposición internacional, obtienen, entre otras, ventajas no deseadas a partir del notable crecimiento de los servicios y activos intangibles, de la creciente flexibilidad para radicar activos intangibles con una mínima cantidad de funciones productivas en países de baja tributación, de los impresionantes cambios tecnológicos y en comunicaciones, del crecimiento exponencial y del uso de los nuevos instrumentos financieros que, de modo frecuente, cambian la forma, la fuente y la oportunidad para realizar demandas o reclamos económicos".* Creo que la fuerza del párrafo le otorga entidad propia y la capacidad de síntesis, propia del mencionado autor, nos obliga a plantarnos de cara a esta realidad, implementar las propuestas BEPS OCDE 2015, hacer uso exhaustivo de todas las ventajas que ofrecen los regímenes de intercambio de información bilaterales y multilaterales y, por sobre todo, nos obliga a levantar la voz contra aquellas naciones que no implementen, recíprocamente, las recomendaciones del paquete de recomendaciones mencionado debido a que su existo estará dado solo en la medida de su utilización generalizada por todas las naciones del mundo.

[96] Pudiendo citar al ROFEX http://www.rofex.com.ar como principal mercado de derivados en comodities y productos financieros o la necesidad de las empresas de operar en futuros de las divisas para cubrirse contra riesgos devaluatorios https://www.bullmarketbrokers.com y pese a las restricciones impuestas a su operación por la COM A BCRA 4805 y sus modificatorias

marco general de desarrollo para las legislaciones locales que, por un lado, combatan las debilidades intrínsecas entre cada una de ellas pero por otro lado, y por sobre todo, fomente una armonización hacia un régimen internacional mas robusto; la erosión de las bases tributarias por impulso de deducciones excesivas en intereses y otros cargo inter-company sumado a que estos funcionan en conjunto, muchas veces, con construcciones artificiosas que logran trasladar los beneficios imponibles desde jurisdicciones de alta tributación hacia aquellas de baja o nula carga tributaria son coordinadas y combatidas por medio de las recomendaciones desarrolladas en las acciones 4 y 5 ubicando estas dos acciones mencionadas, y sin desmerecer el propio mérito que contienen las acciones 8-10, 11, 12 y 13, relacionadas con precios de transferencia y documentación la obligación de presentar a consideración los esquemas de planificación fiscal agresiva que podría implementar una empresa multinacional, entre las principales mecánicas de erosión de bases tributarias por su dificultad para incorporar el esquema multinacional en su conjunto y, con ello, la dificultad de combatir el esquema para la administración tributaria local.

BEPS establecerá un marco general en el cual deberán desenvolverse los negocios internacionales pero el efecto de este dependerá, de cara a nuestra administración tributaria, de la adopción uniforme y generalizada a las propuestas impulsadas y de la efectividad de la red de intercambio de información de interés fiscal de la que hoy es parte nuestra nación (automáticos, acuerdos bilaterales e intercambio de información fiscal conforme disposiciones de CDI celebrados).

En este trabajo se han expuesto los principales elementos de algunos esquemas internacionales de organización de negocios y las pautas para detectar los límites entre una organización tributaria legítima y aquella espuria solo fomentada en la obtención de beneficios tributarios por usufructo de los CDI.

La reflexión que pretendo arrimar con el presente trabajo, por resumido que fuera, es que cada esquema de tributación debe ser analizado cuidadosamente poniendo foco no solo en las normas aplicables al caso sino también en la sustancia y motivación económica del mismo y advirtiendo las líneas doctrinarias vertidas en jurisprudencia tanto nacional e internacional. Solo de esta manera podremos estar seguros del concepto siempre cambiante de sustento económico, del alcance del mismo y de las nuevas prácticas nocivas las cuales, por su indefinición legal, muchas veces pasan a tener dicho carácter por imperio de un pronunciamiento u opinión de la OCDE, de una aclaración a un artículo del MODELO o bien de la adhesión a cierta jurisprudencia internacional sobre alguna práctica determinada.

Por todo lo dicho, la tributación no necesariamente debe ser lo más oneroso para el contribuyente pero si deberá ser ajustada a derecho, cuidadosamente administrada pero, por sobre todo, dedicadamente actualizada al cambiante contexto internacional.

DR. Sergio Carbone –

Contador Público (UBA)