

TRANSPARENCIA FISCAL INTERNACIONAL

NORMAS TRIBUTARIAS PARA LA PREVENCIÓN DE LA ELUSIÓN INTERNACIONAL¹

Alejandro C. Altamirano²

Sumario: I. Nota preliminar y Metodología. II. Aproximación al concepto de *Controlled Foreign Corporations* y su *ratio legis*. 1) Concepto. 2) Fundamentación jurídica de la incorporación de las normas CFC al sistema jurídico tributario. 3) Características del régimen. III. Breve Referencia al Derecho fiscal de EEUU: *Subpart F* del *Internal Revenue Code* (IRC). IV. Referencia al aporte de la OCDE. V. Los principios recogidos en el Modelo de Convenio OCDE y las normas CFC. VI. Las normas aplicables en Argentina. VII. Las notas distintivas de aplicación al régimen argentino. a) Presupuestos determinantes de la aplicación del régimen en punto al control societario. b) Naturaleza de las rentas imputables. Sistema cedular o subjetivo. c) Determinación de la renta positiva imputable. d) Período fiscal impositivo de inclusión de la renta obtenida por la entidad no residente. e) Régimen tributario de los dividendos y de la renta derivada de la transmisión de las acciones de la entidad no residente. f) Deducción por doble imposición internacional por las rentas incluidas en la base imponible. g) Información que se debe facilitar junto con la declaración del impuesto. h) La constitución de las entidades instrumentales residentes en paraísos fiscales. VIII. Cuestiones tratadas en el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario.

I. NOTA PRELIMINAR Y METODOLOGIA

Cada vez es más frecuente que los países dicten normas que protejan sus bases imponibles la que puede ser disminuidas en el marco de la planifi-

¹ Este trabajo recoge, sustancialmente, el trabajo presentado por el autor ante el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario, organizado por la Universidad Austral, el Centro de Extensão Universitaria, de San Pablo, Brasil y la Universidad de La Sabana, Colombia, en la ciudad de Buenos Aires, 11 y 12 de agosto de 2002.

² Director del Departamento de Derecho Tributario de la Facultad de Derechos de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina. Socio del Estudio Becar Varela.

cación fiscal internacional. Estas normas antielusivas, se incorporaron, aunque tenuemente, en el ordenamiento tributario argentino hace relativamente poco tiempo. Se trata de las normas conocidas como *Controlled Foreign Corporations* (CFC) en su versión inglesa y también como Transparencia Fiscal Internacional (TFI) en versión castellana.

Esa incorporación al ordenamiento tributario argentino se produjo a través de la reforma al Impuesto a las Ganancias en 1999 que tradujo, en versión argentina, algunos aspectos de esta modalidad de capturar con el impuesto argentino a ciertas inversiones efectuadas en el exterior, puntualmente en paraísos fiscales, y que por imperio del planeamiento fiscal se difería la declaración de tales rentas en el impuesto local.

Resulta oportuno, entonces, en el nuevo cuadro tributario imperante en el citado gravamen respecto de normas antielusivas, abordar esta cuestión para lo cual recurrí a bibliografía diversa.³ Esta contribución se estructu-

³ ARESPOCHAGA, Joaquín de. “Planificación Fiscal Internacional”, Marcial Pons, Madrid, 1996; BISCHER, Jon E. y FEINSCHREIBER, Robert. “Fundamentals of International Taxation”, Practising Law Institute, Nueva York, 1977, p. 66 y ss.; BITTKER, Boris I. y LOKKEN, Lawrence. “Fundamentals of International Taxation. US Taxations of Foreign Income and Foreign Taxpayers”, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991; BUHLER, Otto. *Principios de Derecho Internacional Tributario* Madrid, 1968; CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco en AAVV, FERREIRO LAPATZA, José Juan y otros. “Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular”, Marcial Pons, 1998, 14 edición revisada y puesta al día; CRUZ PADIAL, Ignacio. “Transparencia Fiscal Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; EASSON, Alexander y THURONYI, Victor. “Fiscal Transparency” en AAVV editor Victor THURONYI “Tax Law Design and Drafting”, International Monetary Fund, Washington, 1998, Volumen 2, p. 925 y ss.; GRECO, Marco Aurelio. “Planejamento Fiscal e Interpretacao da Lei Tributária”, Dialética, San Pablo, 1998; HARRIS, Peter A. “Corporate Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries”, IBFD Publications, Amsterdam, 1996; ISENBERGH, Joseph. “International Taxation. US Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income”, Little, Brown & Co., Canadá, 1990, Volumen II, p. 15 y ss.; KUIPER, William G. Material entregado en el Course of Principles of International Taxation, relativo a “Controlled Foreign Company Legislation”, IBFD, Amsterdam, 1997; LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos M. “Fiscalidad internacional y territorialidad del tributo”, Mc Graw Hill, Madrid, 1995; Manóvil, Rafael M. “Grupos de Sociedades en el Derecho Comparado”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998; OCDE, “Controlled Foreign Company Legislation”, Paris, 1996, p. 10; OCDE *Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs., 16.6.2000; RAIMONDI, Carlos A. y ATCHABAHIÁN, Adolfo. “El Impuesto a las Ganancias”, Depalma, Buenos Aires, 3º Edición; ROSEMBUJ, Tulio. “Fiscalidad Internacional” Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 57 y ss.;

ra sobre la base de cuatro bloques claramente diferenciados. El primero refiere a la presentación general del tema, el segundo individualiza algunas normas extranjeras, el tercero enfoca la legislación argentina y el cuarto refiere a las cuestiones tratadas ante el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario, desarrollado en Buenos Aires, en agosto de 2000.

II. APROXIMACION AL CONCEPTO DE CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS Y SU RATIO LEGIS

1) Concepto

En un contexto de economías donde las empresas tienen sus casas matrices en un determinado país, y sus centros de distribución, compañías holding, servicios financieros *offshore* y también sus aseguradoras en otros, sumado al avance de la tecnología, las comunicaciones y demás condicionantes de la economía actual, motiva a ciertos países a ofrecer incentivos financieros en orden a atraer inversiones. En esta atmósfera, desde los años 1970, varios de los países miembros de la OCDE comenzaron a controlar o intentar limitar la planificación que utilizaba, básicamente, los países de baja imposición para la inversión. Así se fueron introduciendo en las diferentes legislaciones normas que se dirigían específicamente a gravar las ganancias de las compañías controladas. Pero el origen normativo y doctrinario, en consecuencia, se encuentra en la legislación fiscal de los EEUU, como puede observarse en el capítulo III de esta ponencia.

Los regímenes de incentivos fiscales condujeron rápidamente a los países a dictar normas para reducir el riesgo de pérdida de bases imponibles. La razón básica de la sanción de normas CFC y otras medidas internas anti-elusivas radica en que todos los países miembros de OCDE prevén en sus

SANDLER, Daniel. “*Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation. Pushing the Boundaries*”, Kluwer Law International, Reino Unido, 1998, Segunda Edición. SANZ GADEA, Eduardo. “*Transparencia Fiscal Internacional*”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996. SCHWARZ, Jonathan. “*Controlled Foreign Companies and Tax Treaties*”, Bulletin for International Fiscal Documentation, Vol. 51 N° 12, diciembre de 1997, pp. 553 a 559; TAVEIRA TORRES, Heleno. “*Pluritributação Internacional sobre as Renditas de Empresas*”, Revista Dos Tribunais, San Pablo, 1997, p. 188 y ss.; TOVILLAS MORÁN, José María. “*Estudio del Modelo de Convenio sobre Renta y Patrimonio de la OCDE de 1992*”, Marcial Pons, Madrid, 1996; XAVIER, Alberto. “*Direito Tributario Internacional*” Almedina, Coímbra, 1997, p. 313.

ordenamientos el principio *arm's length* y el de contabilidad fiscal separada.⁴ Estos dos principios reconocen a cada sociedad como entidades separadas. En consecuencia, sería muy simple para dichas sociedades, si no existieran normas CFC eludir los impuestos locales en relación con sus rentas de fuente extranjera, simplemente bastaría interponer una compañía extranjera en un territorio de baja tributación a efectos de que ésta sociedad reciba la utilidad y no la sociedad ubicada en el país cuya legislación fiscal se trata de eludir.⁵

La finalidad de las normas CFC radica en gravar, en la sede de las personas o entidades residentes en el territorio de un determinado país, ciertas rentas obtenidas por entidades constituidas en otro país en el cual disfrutaban de un régimen fiscal diluido, pero que son controladas por aquellas.

El procedimiento aplicado para llegar a tal propósito radica en imputar como propia la renta de la entidad no residente al socio o titular residente, para su gravamen. La imputación directa al socio o titular importa la obligación de incluir en su base imponible, determinadas rentas positivas que se produjeron o cuya fuente es el territorio de otro Estado y mediante un sujeto distinto.⁶ En palabras de Clavijo Hernández, transparencia fis-

⁴ Ley del Impuesto a las Ganancias, art. 14.

⁵ OCDE, “*Controlled Foreign Company Legislation*”, París, 1996, p. 10. ROSEMBUIJ, Tulio. “*Fiscalidad Internacional*” Marcial Pons, p. 57. CRUZ PADIAL, Ignacio. “*Transparencia Fiscal Internacional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco en AAVV, FERREIRO LAPATZA, José Juan y otros. “*Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular*”, Marcial Pons, 1998, 14 edición revisada y puesta al día. OECD *Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, 16.6.2000. BUHLER, Otto. *Principios de Derecho Internacional Tributario* Madrid, 1968.

⁶ BITTKER, Boris I. y LOKKEN, Lawrence. “*Fundamentals of International Taxation. US Taxations of Foreign Income and Foreign Taxpayers*”, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991 p. 68-25 señala que, el usualmente conocido como *Subpart F* afecta al accionista norteamericano que controla una sociedad radicada en el exterior al obligar a aquel a incorporar directamente la porción de renta obtenida en la compañía extranjera aún si esta compañía extranjera no distribuye tales utilidades. ROSEMBUIJ, Tulio. “*Fiscalidad Internacional*” Marcial Pons, p. 57. “Bajo la denominación de transparencia fiscal internacional se aplica el impuesto sobre Sociedades (art. 121) a sujetos pasivos por obligación personal que sean socios o controlen entidades no residentes, mediante la inclusión en las respectivas bases imponibles de determinadas rentas positivas, obtenidas fuera del territorio, y que hubieran soportado una tributación inferior a la propia del Es-

cal es el régimen tributario que tiene por objeto someter a imposición –en el país de constitución de las entidades o de residencia de las personas cuando concurren las circunstancias establecidas a tal efecto– ciertas rentas obtenidas en el extranjero a través de sociedades instrumentales controladas, con el objeto de igualar la tributación de las rentas percibidas directamente respecto de las rentas acumuladas en tales sociedades instrumentales, evitando que la no distribución de resultados pueda dar lugar a un diferimiento de tributación.⁷

La sociedad que no es residente en la cual participa o ejerce el control el residente argentino, se encuentra en un país de baja tributación, por lo que se beneficia de tal régimen se somete a las normas CFC en los casos en que su renta sea calificada como pasiva, es decir, derivada de meras inversiones cuyo propósito central es el de beneficiarse recurriendo a un sistema tributario ostensiblemente ventajoso.

Son las sociedades controladas u otros entes, tales como los *trusts*, quienes principalmente se radican en países de baja tributación. La característica común de los regímenes CFC radica en la aplicación del impuesto a la renta en el país de residencia del accionista por lo menos en la por-

tado de residencia (...) España se suma, de este modo, al modelo inaugurado en EEUU con las disposiciones *Subpart F income* (IRC, 951), con un doble propósito: evitar el desplazamiento y acumulación de beneficios de sus residentes en otros Estados de baja presión fiscal relativa, al amparo de sociedades aparentes, y el diferimiento del impuesto a pagar en el Estado de residencia de los socios o titulares, mediante el aparcamiento de los rendimientos conseguidos en otro Estado”. CRUZ PADIAL, Ignacio. “*Transparencia Fiscal Internacional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000 p. 27 opina que “La transparencia trata de impedir que mediante la interposición de sociedades se aminore la carga tributaria, constituyendo una elusión legítima o una evasión legal, lo que nos lleva a la consideración de que la creación de sociedades interpuestas no es un supuesto de fraude a la ley tributaria, ya que en nuestra opinión, lo que tiene lugar es que el contribuyente se limita a esquivar el texto legal, pero sin violarlo, encontrando fisuras en la estructura tributaria que no conllevan infracción tributaria, ya que invariablemente suelen darse varias opciones o medios legales para llegar al mismo resultado, teniendo siempre el sujeto la libertad de escoger aquel que le origine la cuantía de prestaciones menos elevadas (...) en el contexto internacional y solo en él, se asiste a fenómenos que sólo de forma indirecta producen o provocan la elusión o evasión fiscal, por cuanto el contribuyente tiene como finalidad desplazar del propio país de residencia a otro, la ubicación o localización de las propias rentas y como fin indirecto el obtener la ocultación, simulación o reducción de la carga impositiva”.

⁷ CLAVIJO HERNÁNDEZ, FRANCISCO en AAVV, FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN Y OTROS. “*Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular*”, Marcial Pons, 1998, 14 edición revisada y puesta al día, p. 419.

ción de ganancias no distribuidas por la compañía controlada. En el Informe OCDE (1987) relativo a la utilización de compañías de base se señaló que la legislación fiscal reduce los efectos de la elusión ordenando tributar sobre las rentas generadas por las compañías base que aquellas sociedades controlan. La compañía base en general no se le aplican impuestos en el país de radicación, por ello se eligen tales jurisdicciones. La tributación de los accionistas de tales sociedades se produce por asumir alguna de las siguientes alternativas: a) por considerar distribuido el dividendo; b) por considerarse recibida por el accionista la utilidad (descorrimento del velo societario) o c) por considerarse que el accionista se encuentra en mejor situación para tributar toda vez que económicamente la renta se encuentra a su disposición. En la práctica esta legislación se exhibía pragmática en comparación con otros criterios rígidos o teóricos.⁸

2) Fundamentación jurídica de la incorporación de las normas CFC al sistema jurídico tributario

El objetivo central de las normas CFC es el de evitar el diferimiento fiscal (*tax deferral*) pues dicho mecanismo como técnica de planificación fiscal ofrece ventajas tributarias indudables para la sociedad no residente toda vez que la puede llevar al mínimo del impacto tributario o, directamente puede llegar a eliminarlo, según cada caso concreto.

También se encontró en estas normas un claro mecanismo tendiente a evitar la evasión y elusión fiscal internacional. Pero no puede afirmarse, en modo alguno, que la adopción de posiciones tributarias más ventajosas dentro del marco de la legalidad⁹ y de lo que las normas admiten sean reprobables por el ordenamiento fiscal, pues precisamente no se configura la regla matriz de incidencia –que enseña De Barros Carvahlo¹⁰–, por

⁸ OCDE, “Controlled Foreign Company Legislation”, Paris, 1996, p. 20

⁹ GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento fiscal e Interpretação da Lei Tributária*, Daléti-ca, San Pablo, 1998, p. 59, en donde el autor compulsa la tipicidad como corolario de la legalidad.

¹⁰ DE BARROS CARVALHO, Paulo. *Direito Tributario. Fundamentos Jurídicos da Incidencia*. Saraiva, San Pablo, 1998, p. 80 y 207 La norma tributaria en sentido estricto será la que prescribe la incidencia. Su construcción y es obra del intérprete, en cuanto órgano del sistema a condición de que conduzca tal actuación al derecho escrito. Cfr. del mismo autor *Teoría da Norma Tributária*, Max Limonad, San Pablo, 1998, p. 48. Ver también GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. *Teoría da Imposição Tributária*, Ltr Editora, 2a Edición Revisada y Actualizada, San Pablo 1998, p. 74.

tanto si se enfrenta al fenómeno de la fuga del tributo o su reducción –en palabras de Machado Derzi¹¹– que no es otra cosa que la elusión lícita, común denominador del planeamiento o economía del impuesto. Es obvio que la línea divisoria es tenue, difusa y compleja de precisar y, el planeamiento fiscal puede ser lícito en un país e ilícito en otro pero resulta insoslayable la pretensión legítima del sujeto pasivo de la relación jurídica tributaria a implementar técnicas de “*insubmissao*” al comando de la norma jurídica.¹²

Enseña Gandra da Silva Martins que por el principio de legalidad y de tipicidad tributaria el sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria tiene la certeza de a qué atenerse en los términos de la ley. La ley, emanada de un poder independiente del beneficiario de la aplicación de la norma, sienta un principio o comando jurídico el que no admite interpretaciones flexibles pues contiene la tipología precisa e indelegable, tipología cerrada, inelástica, conteniendo la norma de preconfiguración propia de la imposición pretendida.¹³

Sin perjuicio de lo expuesto, el legislador tiene la obligación de prever, en resguardo de la renta pública, la potencial erosión de las bases imponibles, sea por planeamiento fiscal o por diferimiento del impuesto, por ello gradualmente los ordenamientos jurídicos –y el argentino no se encuentra ajeno a ello– establecen la demarcación a la dilución de la configuración de las bases imponibles por intermediación de países de baja imposición.

Ahora bien, ¿cuáles son los fundamentos jurídicos que se han esgrimido para neutralizar el diferimiento y, en su caso, la evasión fiscal internacional? Básicamente enuncio las tres posibles causales de justificación que se dirigen a aquel propósito. La primera es la que encuentra la justificación en la gravabilidad de un dividendo ficticio. La segunda pone el acento en la teoría del levantamiento del velo de la sociedad y la neutrali-

¹¹ MACHADO DERZI, Misabel Abreu y NAVARRO COELHO, Sacha Calmon. *Direito Tributário Atual. Pareceres*. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 273.

¹² HUCK, Hermes Marcelo. *Evasao e Elisao. Rotas Nacionais e Internacionais do Planejamento Tributário*, Saraiva, San Pablo, 1997, p. 33 y ss. en donde el autor hace un exhaustivo análisis de la elusión fiscal. También cfr. GRECO, Marco Aurelio. *Planejamento fiscal e Interpretação...* p. 87.

¹³ GANDRA DA SILVA MARTINS, Ives. *Teoría da Imposição Tributária*, Ltr Editora, 2a Edición Revisada y Actualizada, San Pablo 1998, p. 54 y 55.

zación del abuso de las formas. Finalmente la tercera hace hincapié en que lo que se grava es una manifestación de la capacidad contributiva.

En relación con la tesis conforme a la cual se considera que ***se grava un dividendo ficticio*** de manera de aplicar los impuestos en el país de residencia del controlante por la utilidad generada en otra jurisdicción desarticulando el diferimiento que implica tributar en los términos de la renta percibida y no devengada.

La segunda argumentación radica en el ***levantamiento del velo societario y la neutralización del abuso de las formas jurídicas***. Esta corriente observa una reacción del ordenamiento tributario a través de un sistema de presunciones legales relativas que tienden a recuperar base imponible que se trasladó a otra jurisdicción mediante la imputación directa a los accionistas o socios principales residentes. Ello reconoce, en la existencia de una sociedad aparente titular de renta pasiva supuestamente evadida. No podría aplicarse este sistema de imputación de las rentas si se puede acreditar que dicha renta se origina efectivamente en una actividad empresarial, en cuya hipótesis las normas CFC no tienen aplicación.

El “*disregard of legal entity*”, que apoya esta tesitura, surgió de manera que desarticular el intento dirigido a defraudar a los acreedores varios (particulares y el propio Fisco) a través de sociedades interpuestas. Este criterio demanda un equilibrio entre la eficacia de la persona jurídica y evitar el abuso o fraude de ley, de manera de compatibilizar los valores de seguridad jurídica y justicia, pues de lo contrario la sociedad anónima podría convertirse en un asilo intangible que impediría la plena vigencia y efectividad de los principios fundamentales del Derecho.¹⁴ Rosembuj directamente considera que “el presupuesto del régimen TFI es el diferimiento de impuesto fundado en simulación o abuso de formas jurídicas, al amparo de otra jurisdicción tributaria”. La inexistencia de actividad empresarial en la sociedad controlada implica que aquella es una sociedad defectuosa, toda vez que su actividad no está dirigida a la producción.

¹⁴ CRUZ PADIAL, Ignacio. “*Transparencia Fiscal Internacional*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 33 y 35. Esta doctrina prescinde de la independencia y alteridad que la sociedad otorga a sus miembros y privilegia la realidad de las personas físicas que se amparan tras la figura societaria. Se excluyen los hechos aparentes y no deseados, teniendo en cuenta los realmente queridos. Esta teoría se identifica con la figura del fraude de ley o del negocio simulado cuyo propósito es defraudar al Fisco, abusando de la personalidad jurídica”.

“La no empresarialidad propia porta como consecuencia que la sociedad aparente sirva como elemento de intestación de bienes o derechos autónomamente productivos. En suma, el presupuesto del régimen TFI es el diferimiento de impuesto fundado en simulación o abuso de formas jurídicas, al amparo de otra jurisdicción tributaria”.¹⁵

Finalmente, la tercera tesis para la fundamentación considera que las normas CFC se fundan la **gravabilidad de una manifestación de la capacidad contributiva** determinada. Sanz Gadea señala que las normas CFC son una “enérgica reacción del legislador contra la utilización abusiva de la técnica de la personalidad jurídica determinante del quebrantamiento del principio de gravamen sobre la renta total que constituye la expresión más depurada del principio de la capacidad económica”.¹⁶

En conclusión, considero que todas las teorías enunciadas aportan sustrato jurídico para fundamentar las normas CFC. Desde la perspectiva exclusivamente de la legislación argentina, opino que nuestra legislación es incipiente y demandará ajustes para su aplicación. Nuestro ordenamiento ha incorporado normas de naturaleza CFC. Se puede observar, por el debate parlamentario de la ley 25.239 que se tuvo en consideración los objetivos individualizados por los informes de la OCDE, al incorporar estas normas a la ley del impuesto a las ganancias argentino,¹⁷ y con el tiempo se compulsará la efectividad de obligar a los residentes argentinos a tributar por las rentas pasivas que indica la ley y su reglamentación – dejando así una textura abierta inadmisibles en la ley– por determinadas rentas pasivas generadas en el exterior.

Considero que el ordenamiento tributario argentino actúa por efecto de los hechos económicos, es decir, por diversas razones empresas y sujetos

¹⁵ ROSEMBUJ, Tulio. “Fiscalidad Internacional” Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 72 y 75. “La sociedad aparente es una sociedad imperfecta, por lo que la imputación de renta a sus accionistas principales y la responsabilidad por la deuda tributaria presupone descalificar su carácter de sociedad mercantil, precisamente por defecto de uno de sus atributos constitutivos, cual es la actividad económica en común de sus socios con dirección al mercado (...) La *commixtion* simulación-fraude es el argumento básico de la doctrina tributaria clásica que no concibe fraude sin abuso ni abuso sin fraude: el efecto de la combinación se traduce en la ejecución de la ley eludida –régimen TFI– sin sanciones”

¹⁶ SANZ GADEA, Eduardo. “Transparencia Fiscal Internacional”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996, p. 9.

¹⁷ Cfr. Antecedentes Parlamentarios de la ley 25.239, publicados por LL Tomo A-1235.

deciden invertir en el exterior, quizá por una mayor sensación de seguridad jurídica o simplemente por mejores oportunidades comerciales y tratamiento fiscal más conveniente. Ante ese panorama nuestra legislación –como la de la mayoría de los países miembros de OCDE– que ya había adoptado el criterio de renta mundial en su impuesto a las ganancias, se encamina a obligar a los residentes a tributar en Argentina aún cuando los beneficios no les hubieren sido remesados ni acreditados en sus cuentas.

3) Características del régimen

Las características que aquí se esbozan son analizadas, desde la perspectiva de la legislación argentina, en el capítulo VII. Sanz Gadea¹⁸ enumera tres elementos determinantes para captar con impuestos estas estructuras: a) control –por parte de la sociedad residente en un país A– de una sociedad radicada en un país B –siendo éste de baja tributación–; b) obtención, por parte de la sociedad radicada en un país B de un determinado tipo de rentas y c) disfrute, por parte de la sociedad radicada en un país B de un régimen fiscal de excepción, privilegiado. Clavijo Hernández¹⁹ distingue, además, otras notas distintivas que nos servirán para sistematizar, en el capítulo VI de esta ponencia nuestro enfoque, y son: a) los presupuestos determinantes de la aplicación del régimen; b) la naturaleza de las rentas imputables; c) la determinación de la renta positiva imputable, d) el período fiscal impositivo de inclusión de la renta obtenida por la entidad no

¹⁸ SANZ GADEA, Eduardo. “*Transparencia Fiscal Internacional*”, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 1996, p. 12. ROSEMBUJ, T. en *op. cit.*, p. 67 y ss. individualiza tres factores de los cuales depende la aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional en España: a) La **participación del residente en la sociedad no residente**, cuyo porcentaje de control se efectúa en función del capital fondos propios, resultados y derechos a voto, no obstante, la renta se imputa a la sociedad residente, primero, en razón a su derecho de participación en el resultado de la no residente y, en su defecto, en la proporción que ostente de capital, fondos propios o derechos de voto. b) La **naturaleza de la renta** que se incorpora en su base imponible, pues solo deben incorporarse cierta clase de rentas por parte de la no residente, en modo cédular o analítico y el criterio para seleccionar las rentas imputables al residente puede obedecer a la carencia de poder de decisión y de gestión de la empresa por parte de la sociedad no residente y la obtención de rentas con finalidad fiscal exclusiva. c) El **nivel de gravamen soportado en el exterior**, el importe satisfecho por la sociedad no residente por razón de gravamen de naturaleza análoga al impuesto –en el caso en comentario español–.

¹⁹ CLAVIJO HERNÁNDEZ, Francisco en AAVV, FERREIRO LAPATZA, José Juan y otros. “*Curso de Derecho Tributario. Parte Especial. Sistema Tributario: los tributos en particular*”, Marcial Pons, 1998, 14 edición revisada y puesta al día, p. 420 y ss.

residente; e) el régimen tributario de los dividendos y de la renta derivada de la transmisión de las acciones de la entidad no residente; f) la deducción por doble imposición internacional por las rentas incluidas en la base imponible; g) la información que se debe facilitar junto con la declaración del impuesto, h) la constitución de las entidades instrumentales residentes en paraísos fiscales.

III. BREVE REFERENCIA AL DERECHO FISCAL DE EEUU: SUBPART F DEL INTERNAL REVENUE CODE (IRC)

Fue EEUU el primer país en sancionar legislación CFC, en 1962, aún cuando ya en 1937 contaba con el concepto “*incorporated pocketbooks*”. La legislación de 1962 obedeció al compromiso del Presidente Kennedy en relación con la propuesta de eliminación del diferimiento respecto de las ganancias obtenidas por sociedades americanas de sus controladas del exterior.

Entre los arts. 951 a 964 conocido como *Subpart F* del *Internal Revenue Code* de los EEUU se encuentra regulada la figura objeto de la ponencia. En primer lugar el art. 951 define el carácter subjetivo de la entidad o del sujeto residente y se asienta en la calificación previa de la sociedad como *Controlled Foreign Corporation*, para de esta manera aplicar directamente el gravamen a sus accionistas con relación a determinada clase de rentas obtenida por aquélla. El fenómeno que se produce es considerar a la entidad como transparente o *pass-through entity*. Las categorías de las utilidades generadas por las CFC directamente alcanzadas sobre los accionistas son las que el Congreso de los EEUU consideró sujetas a manipulación a través de países de baja tributación, concretamente *tax havens* incluyendo las derivadas de la cobertura de riesgos en el exterior sobre bienes radicados en EEUU, rentas pasivas, compraventas con partes relacionadas al sujeto involucrado, rentas derivadas de prestaciones de servicios brindados o efectuados en nombre de personas relacionadas, algunas utilidades generadas por transporte internacional y ganancias derivadas de procesamiento, transporte y distribución de gas.²⁰

²⁰ BITTKER, Boris I. y LOKKEN, Lawrence. “*Fundamentals of International Taxation. US Taxations of Foreign Income and Foreign Taxpayers*”, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991, p. 68-25.

El accionista que participa en la sociedad del exterior debe incluir en la base imponible las rentas generadas en aquella sociedad pero no distribuidos, de manera de impedir que se dilate la aplicación del gravamen directo sobre tales beneficios, llegándose así al efecto de capturar con el gravamen la porción de beneficios que se hubiera distribuido como dividendo.

Es evidente que el CFC persigue las rentas pasivas, no las activas pues tales rentas son generadas, usualmente, en países de baja tributación. Se incluyen en las primeras los dividendos, intereses, beneficios en general). Entre las segundas se incluyen las derivadas de la actividad económica de producción de la sociedad.²¹

El Comité del Finanzas del Senado, en relación al proyecto de 1962 por el cual la *Subpart F* fue promulgada, sostuvo lo siguiente: “En virtud de (antes de 1962) la ley de sociedades extranjeras, aunque las mismas puedan estar controladas por el gobierno norteamericano, no están sujetas a las leyes impositivas norteamericanas sobre las ganancias de origen extranjero. Como resultado no se aplica ningún impuesto norteamericano sobre las ganancias de origen extranjero de esas sociedades (...) hasta que sus compañías matrices o sus otros accionistas norteamericanos reciban los dividendos percibidos por las sociedades extranjeras. En ese momento se aplica el impuesto sobre el accionista norteamericano con respecto al dividendo de las ganancias percibido, y en el caso de que este accionista fuera una sociedad está autorizado para obtener un crédito impositivo extranjero con respecto a los impuestos percibido por la subsidiaria extranjera (...) esto significa que los impuestos a las ganancias extranjeros se pagan actualmente, hasta el alcance del impuesto a las ganancias aplicable, y no hasta que se realicen las distribuciones se aplicará un impues-

²¹ Haciendo referencia al informe de la OCDE “*L’évasion et la fraude fiscales internationales*”, (Paris 1987, p. 30 y ss.) que señala que “La principal función de una sociedad aparente es la de recibir beneficios que sin su existencia serían percibidos directamente por el contribuyente y colocarlos a cubierto de la imposición en su país de residencia”. ROSEMBUIJ opina que “la sociedad no residente –*base company*– aparece como depositaria de beneficios en Estados de baja presión fiscal, para evitar su tributación en el Estado de residencia del accionista (...) los beneficios, o ciertos de ellos, pueden quedar a cubierto, si se pospone o retrasa su repatriación hacia el Estado de residencia de la sociedad matriz. Los beneficios de la sociedad filial en el exterior no resultan gravados sino cuando son distribuidos como dividendos a la sociedad matriz. No hay sujeción al impuesto en el Estado de residencia hasta que los beneficios de la sociedad no residente son distribuidos a su accionista matriz”. ROSEMBUIJ, T. *Op. cit.*, p. 59.

to norteamericano adicional, hasta que la tasa norteamericana sea superior a la aplicable en el país extranjero. Este efecto impositivo se lo denomina “diferimiento impositiva” (...) El proyecto de la Cámara (...) no solía eliminar el impuesto diferido, sino que en cambio se preocupaba principalmente por lo que había sido denominado como dispositivo “*tax haven*”. En cumplimiento con este resultado el proyecto de Cámara en general intentaba ponerle un fin al diferimiento impositivo respecto de las ganancias derivadas de sociedades controladas por sociedades americanas que aseguran los riesgos norteamericanos en el exterior; para ciertas ganancias de inversiones extranjeras de estas sociedades; para los ingresos por las ventas de sus subsidiarias extranjeras las cuales están constituidas en forma separada de las operaciones de manufacturación; y (...) rendimiento (...) devueltos indirectamente a los Estados Unidos de Norteamérica sin el pago total del impuesto norteamericano”.²²

Sin menoscabo de esta defensa de las normas CFC, las fuertes críticas también existieron en la génesis de la legislación del primer país que incorporó estas normas.²³

²² BITTKER, Boris I. y LOKKEN, Lawrence. “*Fundamentals of International Taxation. US Taxations of Foreign Income and Foreign Taxpayers*”, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991, p. 68-26, citando S. Rep. No. 1881, 87 th Cong., 2d Sess., reprinted at 1962-3 CB 703, 784-85.

²³ Destacan BITTKER y LOKKEN –op, cit. pp. 68-26 y 68-27– (recurriendo a la misma fuente) también las opiniones adversas cuando se instauró el sistema CFC citando los argumentos esgrimidos por el Senador Eugene J. McCarthy quien objetó el CFC sosteniendo que: “construye una barrera para el logro de objetivos nacionales vitales, por ejemplo para la expansión del comercio y el mejoramiento en nuestra posición en el equilibrio de pagos. No podemos promover ninguno de estos objetivos a través de una política restrictiva que, con la esperanza de corregir abusos impositivos, disminuya con una espada extranjera las subsidiarias extranjeras de Norteamérica (...) Existen sociedades controladas que primitivamente se establecieron en países extranjeros, con el objetivo de evitar impuestos aquí en los Estados Unidos. También es real que algunas de estas subsidiarias probablemente no están al servicio verdadero en lo que a los intereses de los Estados Unidos se refiere. No deberíamos sacar al bebé de la bañera sino que deberíamos reconsiderar los medios a través de los cuales nos comprometemos a corregir los abusos. El enfoque [refiriéndose a la subparte F] con respecto a los ingresos extranjeros es demasiado complejo en su administración, demasiado selectivo en su aplicación, y demasiado incierto en sus resultado”. En igual sentido crítico los Senadores Carlson, Bennett, Butler, Curtis, y Morton definieron a la subparte F como “verdaderamente admirable” y adelantaron que “las relaciones comerciales normales se verán seriamente perturbadas”. También los Senadores Douglas y Gore esgrimieron que: “la mejor y definitivamente la única forma de lograr una equidad substancial, guardar de la debilidad desfavorable de la industria norteamericana y ayudar en la so-

Transcurrieron los años y con motivo de la reforma fiscal de EEUU de 1986, el *Staff of the Joint Committee on Taxation* –después de veinticuatro años de vigencia de las normas CFC, *Subpart F*–, resumió esta política tributaria de la siguiente manera: “Durante mucho tiempo la política de los Estados Unidos ha sido imponer el impuesto actual cuando un propósito significativo de los ingresos gananciales a través de una sociedad extranjera es evitar el impuesto. Dicha política sirve para restringir el papel que las consideraciones impositivas juegan en la estructuración de las operaciones y las inversiones de las personas norteamericanas. Porque la ganancia percibida a través de una sociedad extranjera puede moverse y frecuentemente podría ser percibida a través de una sociedad local, el Congreso consideró que la mayor motivación de los norteamericanos en obtener dicho ingreso a través de vehículos corporativos extranjeros, radicaba en el beneficio impositivo que se esperaba obtener a través de ellos. El Congreso consideró que generalmente era apropiado imponer el impuesto norteamericano actual sobre dichos ingresos percibidos a través de una sociedad extranjera controlada, ya que probablemente existía una razón económica restringida para el uso de una sociedad extranjera de una persona norteamericana. El Congreso consideró que al eliminar los beneficios impositivos norteamericanos de dichas operaciones, los Estados Unidos y las opciones de inversión extranjeras serían colocadas en una base más imparcial, de esta manera fomentando los usos más eficientes de capital (en lugar de los favorablemente impositivos)”.²⁴

Quizá nunca mejor recordado a Holmes²⁵ quien resume con enorme elocuencia su concepción del Derecho en la célebre frase “la vida del Dere-

lución del problema del equilibrio de pagos a través de la carga impositiva es gravar anualmente los ingresos y ganancias obtenidas en cualquier lugar del mundo de los contribuyentes norteamericanos (...) La totalidad de esta cláusula (del proyecto que contiene la subparte F), incluyendo el enfoque del *tax haven*, debería ser borrada y sustituida por la supresión del privilegio de diferimiento fiscal”.

²⁴ BITTKER, BORIS I. y LOKKEN, LAWRENCE. “*Fundamentals of International Taxation. US Taxations of Foreign Income and Foreign Taxpayers*”, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 1991, p. 68-26, citando *Staff of Joint Committee on Taxation, en el 99 th Cong., 2d Sess., General Explanation of the Tax Reform Act of 1986 at 964-65 (Comm. Print 1987) denominado Libro Azul de 1986*.

²⁵ Juez de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, Oliver Wendell Holmes (1841-1935) es autor, entre otras de la obra *Common Law* (1881) de enorme influencia y traducida al español por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, 1964. Más influyente aún es *The Path of the Law* (La senda del Derecho), conferencia dictada en la Universidad de Boston, 1987, publicada en español por Abeledo Perrot, 1975.

cho no ha sido lógica sino experiencia”.

IV. REFERENCIA AL APOORTE DE LA OCDE

La creciente capacidad del residente de un país para transferir capitales a otro ha incrementado la capacidad para diferir o directamente eludir el pago del impuesto a la renta en el país de residencia del referido sujeto. Esto es el resultado de dos factores: a) por la legislación interna de cada país, que eleva a la categoría de contribuyentes tanto al accionista como a la sociedad, separadamente y en tales países se establece que la compañía no residente no es sujeto del impuesto de manera que las ganancias que esta distribuya solo estarán sujetas al gravamen en oportunidad de la remisión de los dividendos; y b) en algunos países las sociedades están sujetas a impuestos muy bajos o directamente libres de impuestos (países de baja tributación).²⁶

Con el Reporte de 1998 del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) –en el cual se preveían los parámetros para considerar a una jurisdicción como de baja tributación– en el marco de tales estándares se individualizaron a los siguientes y también se los invitó a desarticular las normas directamente relacionadas con la competencia fiscal dañosa (*harmful tax competition*): *Andorra, Anguilla (Gran Bretaña), Antigua y Barbuda, Aruba (Holanda), Commonwealth de Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, British Virgin Islands (Gran Bretaña), Cook Islands (Nueva Zelandia), The Commonwealth of Dominica, Gibraltar, Grenada, Guernsey/Sark/Alderney, Isla de Man, Jersey, Liberia, Liechtenstein, República de Maldivas, la República de las Islas Marshall, el Principado de Mónaco, Montserrat (Gran Bretaña), la República de Nauru, Antillas Holandesas, Niue (Nueva Zelandia), Panamá, Samoa, la República de Seychelles, St. Lucía, la Federación de St. Christopher & Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Tonga, Turks & Caicos (Gran Bretaña), US Virgin Islands, y la República de Vanuatu.*²⁷

Los factores que identifican a un régimen como fiscalmente dañoso son: 1) la inexistencia de impuesto a la renta o existiendo este es irrelevante

²⁶ OCDE, “Controlled Foreign Company Legislation”, Paris, 1996, p. 15.

²⁷ Cfr. www.oecd.org (visitado en abril de 2000).

puntualmente con relación a servicios financieros; 2) la inexistencia de intercambio de información con respecto a sus regímenes de inversión; 3) la carencia de transparencia en el régimen fiscal que se evidencia con la inadecuada regulación de supervisión del sistema financiero y 4) la facilidad para el establecimiento de compañías extranjeras sin necesidad de presencia física o representación en el lugar y prohibiendo, además, que tal presencia influya o impacte en la economía local.²⁸

El informe de 16 de junio de 2000 enfatiza la necesidad de desarticular las prácticas fiscales dañosas y traza una serie de cursos de acción a seguir tales como: intercambio de información, creación de un marco multilateral de asistencia y consulta entre las distintas jurisdicciones y programas de cooperación para el mejoramiento de la administración tributaria.²⁹

V. LOS PRINCIPIOS RECOGIDOS EN EL MODELO DE CONVENIO OCDE Y LAS NORMAS CFC

La motivación de las normas CFC no se encuentran, en nuestra opinión, en la teoría del abuso de la personalidad societaria sino en el diferimiento del gravamen y potencial elusión.

Estas normas comprometen ciertos principios del Derecho tributario internacional, pues –como ya hemos expresado– obliga a incorporar a la renta del sujeto ciertas rentas alcanzadas o no en la jurisdicción del país de la fuente. El Modelo de Convenio OCDE no adopta tal parámetro de imposición. “El régimen legal TFI desmonta la heterogeneidad subjetiva entre la sociedad no residente y sus socios, en base a determinadas circunstancias, sin construir un perfil propio de la sociedad como tal respecto a toda su renta, provocando que la homogeneidad sociedad no residente-socio controlante o titular conduzca a la imputación única del resultado obtenido en el exterior”.³⁰

²⁸ OECD *Towards Global Tax Cooperation. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*. Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs., 16.6.2000, p. 10.

²⁹ OECD *Towards Global Tax Cooperation*... p. 20/21.

³⁰ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 63 y 64. Señala también que “La transformación de la filial en sucursal por el ordenamiento interno del Estado entra inevitablemente en contradicción con el criterio que la sociedad filial, a propósito de la imposición, constituye una enti-

Las normas CFC del *Subpart F* de EEUU se proyecta sobre el Derecho tributario internacional en forma fuerte, es decir, influyendo sin duda en la mayor parte de los países industrializados y bien señalan Buhler y también Rosembuj que esta clase de disposiciones llega a la frontera de la inseguridad jurídica en el plano internacional toda vez que los límites que el principio de soberanía tributaria permite sobre sociedades de otros países son trasvasados debido a que se aprovecha en su favor al proceder contra el accionista del país, los beneficios obtenidos en el extranjero como un resultado económico final semejante al que más o menos produce la teoría del órgano.³¹

dad legal independiente (Modelo OCDE, Art. 5.7. O sea, la llamada cláusula antiórgano (...)) No es ilógica la conclusión, puesto que en evitación del diferimiento o desviación de rentas, el legislador describe aquellas situaciones en las que la sociedad o algunas de sus rentas son actuaciones de sucursal, puesto que en esa hipótesis habrá un único sujeto pasivo de impuesto y un único beneficio sometido: si una sociedad opera en el exterior mediante sucursal su beneficio se incluye en el conjunto del resultado gravado en la sede de la sociedad matriz (...) Por otro, como surge de alguna doctrina, porque lo impediría, salvo cláusula de reserva, al art. 7.1 del Modelo OCDE, asumido normalmente en los tratados bilaterales, según el cual una empresa de un Estado no puede ser gravado en el otro Estado contratante a menos que ella no ejerza en ese Estado una actividad por medio de un establecimiento permanente allí situado”.

³¹ BUHLER, Otto. *Principios de Derecho Internacional Tributario* Madrid, 1968 p. 157, ROSEMBUJ, Tulio. *Op. cit.*, quien en p. 65 expresa: “El sistema *Subpart F* no tuvo otros propósitos, en sus orígenes, que el de establecer barreras a la utilización de territorios calificados como paraísos fiscales mediante la constitución de sociedades aparentes apropiadas para la acumulación de beneficios exentos o escasamente gravados y el diferimiento del impuesto correspondiente en el Estado de residencia de la sociedad matriz o accionista principal. La caracterización subjetiva de la entidad sometida al régimen *Subpart F* pretendía circunscribir su aplicación a los socios sobre la base de presupuestos de hecho que descartaban cualquier otra finalidad que la meramente fiscal. Pero la posterior apertura del régimen a cada vez más supuestos apareja, en la actualidad, una *s. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices*, 16.6.2000

³¹ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 60. “El perfil de la CFC utiliza el *partnership approach*: “to tax each partner as though he were directly conducting his proportionate share of the partnership business” (American Law Institute), referencia que se hace explícita en las últimas propuestas de modificación del *Internal Revenue Code* tendentes a la eliminación del *tax deferral*, mediante el desconocimiento de la sociedad no residente como entidad fiscal distinta de sus socios y la consideración de éstos como miembros de una asociación sin personalidad jurídica. La consecuencia es que no hay clase de renta, sino renta global obtenida por determinado tipo de sociedades en el exterior, que se imputan a la sociedad matriz”.

³¹ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 60.

³¹ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 63 y 64. Señala también que “La transformación de la filial en sucursal por el ordenamiento interno del Estado entra inevitablemente en contradicción

Por mandato constitucional, los Convenios son ley suprema de la Nación de manera que en cada caso concreto –cuando la operación en análisis se vincula con un país con el que el nuestro tiene firmado Tratado– deberá encastrarse las normas en análisis de la legislación argentina con aquellos acuerdos.

VI. LAS NORMAS APLICABLES EN ARGENTINA

Las notas distintivas de la aplicación del régimen pueden resumirse en las que se esbozan a continuación y que son analizadas en el capítulo que sigue:

- a) ***El control de la entidad no residente por la persona o entidad residente en Argentina como presupuesto determinante de la aplicación del régimen***, la calificación o clase de rentas imputables y régimen fiscal privilegiado es decir, país considerado de baja tributación;
- b) ***Naturaleza de las rentas imputables y si se trata de un sistema cedular o subjetivo***, es decir, conceptuar a las rentas pasivas, su definición y precisión de estas;

con el criterio que la sociedad filial, a propósito de la imposición, constituye una entidad legal independiente (Modelo OCDE, Art. 5.7. O sea, la llamada cláusula antiórgano (...)) No es ilógica la conclusión, puesto que en evitación del diferimiento o desviación de rentas, el legislador describe aquellas situaciones en las que la sociedad o algunas de sus rentas son actuaciones de sucursal, puesto que en esa hipótesis habrá un único sujeto pasivo de impuesto y un único beneficio sometido: si una sociedad opera en el exterior mediante sucursal su beneficio se incluye en el conjunto del resultado gravado en la sede de la sociedad matriz (...) Por otro, como surge de alguna doctrina, porque lo impediría, salvo cláusula de reserva, al art. 7.1 del Modelo OCDE, asumido normalmente en los tratados bilaterales, según el cual una empresa de un Estado no puede ser gravado en el otro Estado contratante a menos que ella no ejerza en ese Estado una actividad por medio de un establecimiento permanente allí situado”.

³¹ BUHLER, Otto. *Principios de Derecho Internacional Tributario* Madrid, 1968 p. 157, ROSEMBUJ, Tulio. *Op. cit.*, quien en p. 65 expresa: “El sistema *Subpart F* no tuvo otros propósitos, en sus orígenes, que el de establecer barreras a la utilización de territorios calificados como paraísos fiscales mediante la constitución de sociedades aparentes apropiadas para la acumulación de beneficios exentos o escasamente gravados y el diferimiento del impuesto correspondiente en el Estado de residencia de la sociedad matriz o accionista principal. La caracterización subjetiva de la entidad sometida al régimen *Subpart F* pretendía circunscribir su aplicación a los socios sobre la base de presupuestos de hecho que descartaban cualquier otra finalidad que la meramente fiscal. Pero la posterior apertura del régimen a cada vez más supuestos apareja, en la actualidad, una situación de incertidumbre jurídica y complejidad difícilmente justificable”.

- c) Determinación de la renta positiva imputable;**
- d) Período fiscal impositivo de inclusión de la renta obtenida por la entidad no residente;**
- e) Régimen tributario de los dividendos y de la renta derivada de la transmisión de las acciones de la entidad no residente;**
- f) Deducción por doble imposición internacional por las rentas incluidas en la base imponible;**
- g) Información que se debe facilitar junto con la declaración del impuesto; y**
- h) La constitución de las entidades instrumentales residentes en paraísos fiscales.**

Con tal propósito individualizo las normas de nuestro ordenamiento para prefigurar el tema en análisis.

Respecto del concepto de control encontramos una pauta orientadora en el art. 130 de la ley –como norma de reenvío– aunque particularmente recoge nuevamente en la legislación argentina el principio *arm's length* que textualmente dispone:

Art. 130 “Las transacciones realizadas por residentes en el país o por sus establecimientos estables instalados en el exterior, con personas u otro tipo de entidades domiciliadas, constituidas o ubicadas en el extranjero con las que los primeros estén vinculados, se considerarán a todos los efectos como celebradas entre partes independientes, cuando sus contraprestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes.

Si no se diera cumplimiento al requisito establecido precedentemente para que las transacciones se consideren celebrados entre partes independientes, las diferencias en exceso y en defecto que, respectivamente, se registren en las contraprestaciones a cargo de las personas controlantes y en las de sus establecimientos estables instalados en el exterior, o en las a cargo de la sociedad controlada, respecto de las que hubieran correspondido según las prácticas normales de mercado entre entes independientes, se incluirán, según proceda, en las ganancias de fuente argentina

de los residentes en el país controlante o en las de fuente extranjera atribuibles a sus establecimientos estables instalados en el exterior. A los fines de la determinación de los precios serán de aplicación las normas previstas en el Artículo 15, así como también las relativas a las transacciones con países de baja o nula tributación establecidas en el mismo.

A los fines de este artículo, constituyen sociedades controladas constituidas en el exterior, aquellas en las cuales personas de existencia visible o ideal residentes en el país o, en su caso, sucesiones indivisas que revistan la misma condición, sean propietarias, directa o indirectamente, de más del CINCUENTA POR CIENTO (50%) de su capital o cuenten, directa o indirectamente, con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. A esos efectos se tomará también en consideración lo previsto en el artículo incorporado a continuación del artículo 15”.

Por remisión se indica el artículo incorporado a continuación del artículo 15 que expresamente dispone:

Art. 15 continuación: “A los fines previstos en esta ley, la vinculación quedará configurada cuando una sociedad comprendida en los incisos a) y b) del primer párrafo del artículo 49, un fideicomiso previsto en el inciso agregado a continuación del inciso d) de dicho párrafo del citado artículo o un establecimiento contemplado en el inciso b) del primer párrafo del artículo 69 y personas u otro tipo de entidades o establecimientos, domiciliados, constituidos o ubicados en el exterior, con quienes aquéllos realicen transacciones, estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades”. (Subrayado me pertenece).

En relación con la imputación de ganancias y gastos generados en el exterior por residentes argentinos, la ley del Impuesto a las Ganancias dispone:

Art. 133: “La imputación de ganancias y gastos comprendidos en este Título, se efectuará de acuerdo con las disposiciones contenidas en el artículo 18 que les resulten aplicables, con las adecuaciones que se establecen a continuación:

a) Los resultados impositivos de los establecimientos estables definidos

en el artículo 128 se imputarán al ejercicio anual de sus titulares residentes en el país comprendidos en los incisos d) y e) del artículo 119, en el que finalice el correspondiente ejercicio anual de los primeros o, cuando sus titulares sean personas físicas o sucesiones indivisas residentes, al año fiscal en que se produzca dicho hecho. Idéntica imputación procederá para los accionistas residentes en el país respecto de los resultados impositivos de las sociedades por acciones, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación por las ganancias originadas en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares que indique la reglamentación. La reglamentación establecerá la forma en que los dividendos originados en ganancias imputadas a ejercicios o años fiscales precedentes, por los residentes que revisten la calidad de accionistas de dichas sociedades, serán excluidos de la base imponible. (Subrayado me pertenece).

b) Las ganancias atribuibles a los establecimientos estables y a las sociedades por acciones indicados en el inciso anterior se imputarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 18, según lo dispuesto en el cuarto párrafo del inciso a) de su segundo párrafo y en su cuarto párrafo.

c) Las ganancias de los residentes en el país incluidos en los incisos d), e) y f) del artículo 119, no atribuibles a los establecimientos estables citados precedentemente, se imputarán al año fiscal en la forma establecida en el artículo 18, en función de lo dispuesto, según corresponda, en los TRES (3) primeros párrafos del inciso a) de su segundo párrafo, considerándose ganancias del ejercicio anual las que resulten imputables al mismo según lo establecido en dicho inciso y en el cuarto párrafo del referido artículo. No obstante lo dispuesto precedentemente, las ganancias que tributen en el exterior por vía de retención en la fuente con carácter de pago único y definitivo en el momento de su acreditación o pago, podrán imputarse considerando ese momento, siempre que no provengan de operaciones realizadas por los titulares residentes en el país de establecimientos estables comprendidos en el inciso a) precedente con dichos establecimientos o se trate de beneficios remesados o acreditados por los últimos a los primeros. Cuando se adopte esta opción, la misma deberá aplicarse a todas las ganancias sujetas a la modalidad de pago que la autoriza y deberá mantenerse como mínimo, durante un período que abarque CINCO (5) ejercicios anuales.

d) Las ganancias obtenidas por residentes en el país en su carácter de socios de sociedades constituidas o ubicadas en el exterior, excepto los accionistas indicados en el inciso a), se imputarán al ejercicio anual de tales residentes en el que finalice el ejercicio de la sociedad o el año fiscal en que tenga lugar ese hecho, si el carácter de socio correspondiera a

una persona física o sucesión indivisa residente en el país.

e) Los honorarios obtenidos por residentes en el país en su carácter de directores, síndicos o miembros de consejos de vigilancia o de órganos directivos similares de sociedades constituidas en el exterior, se imputarán al año fiscal en el que se perciban.

f) Los beneficios derivados del cumplimiento de los requisitos de planes de seguro de retiro privado administrados por entidades constituidas en el exterior o por establecimientos estables instalados en el extranjero de entidades residentes en el país sujetas al control de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION, dependiente de la SUBSECRETARIA DE BANCOS Y SEGUROS de la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS, así como los rescates por retiro al asegurado de esos planes, se imputarán al año fiscal en el que se perciban.

g) La imputación prevista en el último párrafo del artículo 18, se aplicará a las erogaciones efectuadas por titulares residentes en el país comprendidos en los incisos d) y e) del artículo 119 de los establecimientos estables a que se refiere el inciso a) de este artículo, cuando tales erogaciones configuren ganancias de fuente argentina atribuibles a los últimos, así como a las que efectúen residentes en el país y revistan el mismo carácter para sociedades constituidas en el exterior que dichos residentes controlen directa o indirectamente”.

Respecto de la individualización de las ganancias de la tercera categoría, el art. 146 considera como rentas comprendidas a las siguientes:

Art. 146: “Las ganancias de fuente extranjera obtenidas por los responsables a los que se refiere el inciso a) del artículo 49, las derivadas de las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales comprendidas en el inciso b) y en el último párrafo del mismo artículo y aquellas por las que resulten responsables los sujetos comprendidos en el inciso f) del artículo 119, incluyen, cuando así corresponda.

a) Las atribuibles a los establecimientos estables definidos en el artículo 128.

b) Las que les resulten atribuibles en su carácter de accionistas o socios de sociedades constituidas en el exterior, sin que sea aplicable en relación con los dividendos lo establecido en el primer párrafo del artículo 64.

Las obtenidas en el carácter de beneficiarios de fideicomisos o figuras jurídicas equivalentes constituidas en el extranjero, incluida la parte que

no responda a los beneficios considerados en el inciso b), segundo párrafo del artículo 140 o que exceda de los mismos, salvo cuando revistan el carácter de fiduciante o figura equivalente;

c) Las originadas por el ejercicio de la opción de compra en el caso de bienes exportados desde el país a raíz de contratos de locación con opción de compra celebrados con locatarios del exterior;

d) Las utilidades distribuidas por los fondos comunes de inversión o entidades con otra denominación que cumplan la misma función, constituidos en el exterior.

También constituyen ganancias de fuente extranjera de la tercera categoría, las atribuibles a establecimientos estables definidos en el artículo 128, cuyos titulares sean personas físicas o sucesiones indivisas residentes en el país, así como las que resulten atribuibles a esos residentes en su carácter de socios de sociedades constituidas o ubicadas en el extranjero.

Cuando proceda el cómputo de las compensaciones contempladas por el segundo párrafo del artículo 49 a raíz de actividades incluidas en el mismo desarrolladas en el exterior, se considerará ganancia de la tercera categoría a la totalidad de las mismas, sin perjuicio de la deducción de los gastos necesarios reembolsados a través de ella o efectuados para obtenerlas, siempre que se encuentren respaldados por documentación fehaciente”.

En relación con la atribución de los resultados, la ley del Impuesto a las Ganancias en el art. 148 y 149 textualmente dispone:

Art. 148: “Los titulares residentes en el país de los establecimientos estables definidos en el artículo 128, se asignarán los resultados impositivos de fuente extranjera de los mismos, aun cuando los beneficios no les hubieran sido remesados ni acreditados en sus cuentas. Idéntico criterio aplicarán los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior. (Subrayado me pertenece).

La asignación dispuesta en el párrafo anterior no regirá respecto de los quebrantos de fuente extranjera atribuibles a dichos establecimientos y originados por la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales —incluidas las cuotas parte de los fondos comunes de inversión o instituciones que cumplan la misma función— los que, expresados en la moneda del país en el que se encuentran instalados, serán compensados en la forma dispuesta en el artículo 135”.

Art. 149: “Los socios residentes en el país de sociedades constituidas en el exterior, se atribuirán la proporción que les corresponda en el resultado impositivo de la sociedad, determinado de acuerdo con las disposiciones de las leyes de los impuestos análogos que rijan en los países de constitución o ubicación de las referidas sociedades, aún cuando los beneficios no les hubieran sido distribuidos o acreditados en sus cuentas particulares. (Subrayado me pertenece).

Si los países de constitución o ubicación de las aludidas sociedades no aplicaran impuestos análogos al de esta ley, que exijan la determinación del resultado impositivo al que se refiere el párrafo anterior, la atribución indicada en el mismo se referirá al resultado contable de la sociedad.

La participación determinada según lo dispuesto en este artículo, se incrementará en el monto de los retiros que por cualquier concepto se hubieran efectuado a cuenta de utilidades en el ejercicio fiscal o, en su caso, contable de la sociedad al que corresponda dicha participación”.

En cuanto a la definición de establecimiento estable, el artículo 148 remite al art. 128 que textualmente dispone:

Art. 128: “Las ganancias atribuibles a establecimientos estables instalados en el exterior de titulares residentes en el país, constituyen para estos últimos ganancias de fuente extranjera, excepto cuando las mismas, según las disposiciones de esta ley, deban considerarse de fuente argentina, en cuyo caso los establecimientos estables que las obtengan continuarán revistiendo el carácter de beneficiarios del exterior y sujetos al tratamiento que este texto legal establece para los mismos.

Los establecimientos comprendidos en el párrafo anterior son los organizados en forma de empresa estable para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de cualquier tipo, que originen para sus titulares residentes en la República Argentina ganancias de la tercera categoría. La definición precedente incluye a las construcciones, reconstrucciones, reparaciones y montajes cuya ejecución en el exterior demande un lapso superior a seis (6) meses, así como los loteos con fines de urbanización y la edificación y enajenación de inmuebles bajo regímenes similares al establecido por la ley 13.512, realizados en países extranjeros”.

El Decreto Reglamentario de la ley del Impuesto a las Ganancias, modificado por el Decreto PEN 290/00, condicionó el alcance del artículo 148 de la ley citado en el párrafo anterior, estableciendo lo siguiente

Art. VI.1 incorporado a continuación del art. 165: *“Lo dispuesto en el primer párrafo “in fine” del artículo 148 de la ley, será de aplicación cuando las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior se encuentren radicadas en países de baja o nula tributación.”*

VII. LAS NOTAS DISTINTIVAS DE APLICACION AL REGIMEN ARGENTINO

a) Presupuestos determinantes de la aplicación del régimen en punto al control societario

El art. 130 *in fine* de la ley del Impuesto a las Ganancias otorga una pauta orientativa para arribar al concepto de control, en términos más precisos, vinculación, si bien es una norma específicamente destinada a la problemática de los precios de transferencias. En efecto, la norma establece *“a los fines de este artículo (...)”* para lo cual concede un triple test:

- a) Constituyen sociedades controladas en el exterior cuando un individuo o una sociedad residente en Argentina sea propietario –directa o indirectamente– del más del 50 % de su capital.
- b) Cuando un individuo o una sociedad residente en Argentina tenga la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios.
- c) Con fundamento en el art. 15 continuación de la ley, cuando la sociedad local, o un establecimiento estable, o un fideicomiso realizan transacciones con sujetos del exterior respecto de los cuales:
 - (i) Ejercen el control o dirección directa del sujeto del exterior.
 - (ii) Ejercen el control o dirección indirecta del sujeto del exterior.

En tan dicho control o dirección se base en:

- Su participación en el capital.
- En el grado de acreencias.

- En influencias funcionales.
- En influencias de cualquier otra índole.

En otros términos, si aceptamos que estas pautas claramente definen el concepto de control necesario para resolver la cuestión en análisis debe indicarse que la vinculación societaria aparece cuando una sociedad local o un fideicomiso o un establecimiento estable perteneciente a sujetos del exterior queda sujeta de manera directa o indirecta a la dirección o control de personas físicas o jurídicas ubicadas en el exterior. Tal dirección o control puede devenir de diversas circunstancias: participación en el capital, grado de acreencias, influencias funcionales, influencias de cualquier otra índole como contractuales o no, cuando se tenga poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de la sociedad.

Ahora bien, la ley argentina no exige control alguno para exigir que declare, la sociedad o persona residente en Argentina, las utilidades obtenidas a través de vehículos societarios radicados en el exterior. En efecto, el art. 133 no refiere al concepto control (Ganancias de Fuente Extranjera Obtenidas por Residentes en el País). El art. 148, sobre atribución de resultados, por parte de los residentes en Argentina, de las rentas generadas por establecimientos estables ubicados en el exterior, ordena que el sujeto local titular los declare *“aún cuando los beneficios no les hubieran sido remesados ni acreditados en sus cuentas. Idéntico criterio aplicarán los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas en el exterior”* aclarando el Decreto reglamentario en su art. VI.1 incorporado a continuación del art. 165 que ello *“(...) será de aplicación cuando las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior se encuentren radicadas en países de baja o nula tributación”*.

La terminología *“influencia funcional”* del referido art. incorporado a continuación del art. 15 recoge el mismo concepto de las normas OCDE que, puntualmente refieren a *“influencia substancial”* entendiéndose por tal al ejercicio del control claramente identificado con la mayoría de las acciones de una sociedad sin perjuicio de que en cada país que cuenta con normas CFC el concepto difiere en punto a la aplicación práctica.³²

En suma, considero que no se exige ningún grado de control en la ley

³² OCDE, *“Controlled Foreign Company Legislation”*, Paris, 1996, p. 32.

nacional sino simplemente se establece la obligación de incorporar determinadas rentas –como se enuncia en el acápite que sigue– por el sistema del devengado y no del percibido, neutralizándose de esta forma el diferimiento al que apunta, centralmente, toda norma CFC. Por ello esta primera nota distintiva de las normas CFC en nuestro ordenamiento falta.

b) Naturaleza de las rentas imputables. Sistema cedular o subjetivo

La segunda de las notas diferenciales radica en el carácter de las rentas pasivas comprendidas en las normas CFC. La legislación argentina adopta el concepto de rentas pasivas. Sin perjuicio de que no estas definidas en la ley, el art. 133 de la ley del Impuesto a las Ganancias, relativo a imputación de ganancias y gastos al ejercicio anual de los titulares, las individualiza al establecer que “(...) *idéntica imputación procederá para los accionistas residentes en el país respecto de los resultados impositivos de las sociedades por acciones, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación por las ganancias originadas en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares que indique la reglamentación*”.

Puede observarse que la enumeración no es taxativa dado el amplio margen que puede acordarse a la expresión “*u otras ganancias pasivas similares*”, y además la reglamentación puede ampliar los tipos de rentas pasivas sujetos a este tratamiento.

Ahora bien, ¿nos encontramos ante un sistema subjetivo o cedular? El sistema subjetivo conlleva la imputación de la renta de la entidad en la que participa el socio. El tipo fiscal subjetivo propone unos efectos jurídicos determinados que no pueden ser evitados, como, por ejemplo, en el régimen interno de transparencia fiscal.³³ El sistema cedular implica predeterminar clases de renta positiva de la entidad en que participa el

³³ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 60. “El perfil de la CFC utiliza el *partnership approach*: “to tax each partner as though he were directly conducting his proportionate share of the partnership business” (American Law Institute), referencia que se hace explícita en las últimas propuestas de modificación del *Internal Revenue Code* tendentes a la eliminación del *tax deferral*, mediante el desconocimiento de la sociedad no residente como entidad fiscal distinta de sus socios y la consideración de éstos como miembros de una asociación sin personalidad jurídica. La consecuencia es que no hay clase de renta, sino renta global obtenida por determinado tipo de sociedades en el exterior, que se imputan a la sociedad matriz”.

socio para que, dadas ciertas circunstancias, deben incluirse en la renta del accionista.

Señala Rosembuj que “la perspectiva de ambos métodos cuestiona la actividad de la sociedad no residente en términos excluyentes: no hay actos de la persona jurídica sino de los socios o miembros que la componen, y la renta obtenida no la tiene como titular del dominio, sino que *ab initio* pertenece jurídicamente a éstos”.³⁴

Indudablemente, estamos ante un sistema cedular, toda vez que la ley en la norma precitada individualiza ciertas clases de rentas, previendo la ley las ganancias de cada una de las categorías: primera,³⁵ segunda,³⁶ terce-

³⁴ ROSEMBUJ, T. *op. cit.*, p. 60.

³⁵ El art. 139 indica las rentas de primera categoría: “*Se encuentran incluidas en el inciso f) del artículo 41, los inmuebles situados en el exterior que sus propietarios residentes en el país destinen a vivienda permanente, manteniéndolas habilitadas para brindarles alojamiento en todo tiempo y de manera continuada. A efectos de la aplicación de los incisos f) y g) del artículo citado en el párrafo anterior, respecto de inmuebles situados fuera del territorio nacional, se presume, sin admitir prueba en contrario, que el valor locativo o arrendamiento presunto atribuible a los mismos, no es inferior al alquiler o arrendamiento que obtendría el propietario si alquilase o arrendase el bien o la parte del mismo que ocupa o cede gratuitamente o a un precio no determinado*”.

³⁶ El art. 140 contempla las rentas de segunda categoría: “*Constituyen ganancias de fuente extranjera incluidas en el artículo 45, las enunciadas en el mismo que generen fuentes ubicadas en el exterior –excluida la comprendida en el inciso i)–, con los agregados que se detallan seguidamente: a) Los dividendos distribuidos por sociedades por acciones constituidas en el exterior, sin que resulte aplicable a su respecto lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 46; b) Las ganancias provenientes del exterior obtenidas en el carácter de beneficiario de un fideicomiso o figuras jurídicas equivalentes. A los fines de este inciso, se considerarán ganancias todas las distribuciones que realice el fideicomiso o figura equivalente, salvo prueba en contrario que demuestre fehacientemente que los mismos no obtuvieron beneficios y no poseen utilidades acumuladas generadas en períodos anteriores al último cumplido, incluidas en ambos casos las ganancias de capital y otros enriquecimientos. Si el contribuyente probase en la forma señalada que la distribución excede los beneficios antes indicados, sólo se considerará ganancia la proporción de la distribución que corresponda a estos últimos; c) Los beneficios netos de aportes, provenientes del cumplimiento de planes de seguro de retiro privados administrados por entidades constituidas en el exterior o por establecimientos estables instalados en el extranjero de entidades residentes en el país sujetas al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación, dependiente de la Subsecretaría de Bancos y Seguros de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos; d) Los rescates netos de aportes, originados en el desistimiento de los planes de seguro de retiro privados indicados en el inciso anterior; e) Las utilidades distribuidas por los fondos co-*

ra³⁷ y cuarta³⁸ categoría.

c) Determinación de la renta positiva imputable

Dispone el art. 127 de la ley del Impuesto a las Ganancias que: “Son ganancias de fuente extranjera las comprendidas en el artículo 2º, que pro-

munes de inversión o figuras equivalentes que cumplan la misma función constituidas en el exterior; f) Se consideran incluidas en el inciso b) las ganancias generadas por la locación de bienes exportados desde el país a raíz de un contrato de locación con opción de compra celebrado con un locatario del exterior”.

³⁷ El art. 146 enumera las ganancias de tercera categoría: “Las ganancias de fuente extranjera obtenidas por los responsables a los que se refiere el inciso a) del artículo 49, las derivadas de las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales comprendidas en el inciso b) y en el último párrafo del mismo artículo y aquellas por las que resulten responsables los sujetos comprendidos en el inciso f) del artículo 119, incluyen, cuando así corresponda: a) Las atribuibles a los establecimientos estables definidos en el artículo 128; b) Las que les resulten atribuibles en su carácter de accionistas o socios de sociedades constituidas en el exterior, sin que sea aplicable en relación con los dividendos lo establecido en el primer párrafo del artículo 64. Las obtenidas en el carácter de beneficiarios de fideicomisos o figuras jurídicas equivalentes constituidas en el extranjero, incluida la parte que no responda a los beneficios considerados en el inciso b), segundo párrafo del artículo 140 o que exceda de los mismos, salvo cuando revistan el carácter de fiduciante o figura equivalente; c) Las originadas por el ejercicio de la opción de compra en el caso de bienes exportados desde el país a raíz de contratos de locación con opción de compra celebrados con locatarios del exterior; d) Las utilidades distribuidas por los fondos comunes de inversión o entidades con otra denominación que cumplan la misma función, constituidos en el exterior. También constituyen ganancias de fuente extranjera de la tercera categoría, las atribuibles a establecimientos estables definidos en el artículo 128, cuyos titulares sean personas físicas o sucesiones indivisas residentes en el país, así como las que resulten atribuibles a esos residentes en su carácter de socios de sociedades constituidas o ubicadas en el extranjero. Cuando proceda el cómputo de las compensaciones contempladas por el segundo párrafo del artículo 49 a raíz de actividades incluidas en el mismo desarrolladas en el exterior, se considerará ganancia de la tercera categoría a la totalidad de las mismas, sin perjuicio de la deducción de los gastos necesarios reembolsados a través de ella o efectuados para obtenerlas, siempre que se encuentren respaldados por documentación fehaciente”.

³⁸ El art. 160 enumera las ganancias de cuarta categoría: “Se encuentran comprendidos en el artículo 79, los beneficios netos de los aportes efectuados por el asegurado, que deriven de planes de seguro de retiro privados administrados por entidades constituidas en el exterior o por establecimientos estables instalados en el extranjero de entidades residentes en el país sujetas al control de la Superintendencia de Seguros de la Nación, dependiente de la Subsecretaría de Bancos y Seguros de la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, en cuanto tengan su origen en el trabajo personal, debiendo determinarse la ganancia en la forma dispuesta en el artículo 143”.

vengan de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el exterior, de la realización en el extranjero de cualquier acto o actividad susceptible de producir un beneficio o de hechos ocurridos fuera del territorio nacional, excepto los tipificados expresamente como de fuente argentina y las originadas por la venta en el exterior de bienes exportados en forma definitiva del país para ser enajenados en el extranjero, que constituyen ganancias de la última fuente mencionada”.

El ya citado art. 133 al que remitimos, establece la renta positiva imputable.

d) Período fiscal impositivo de inclusión de la renta obtenida por la entidad no residente

La ley argentina, en su art. 133, en punto a la imputación de ganancias y gastos de las utilidades de fuente extranjera obtenidas por residentes en el país remite al artículo 18 con determinadas adecuaciones *ad hoc*.

Como ya se indicó, los resultados impositivos de los establecimientos estables se imputarán al ejercicio anual de sus titulares residentes en el país en el que finalice el correspondiente ejercicio anual de los primeros o, si sus titulares sean personas físicas o sucesiones indivisas residentes, al año fiscal en que se produzca dicho hecho.

De la misma forma imputan sus ganancias los accionistas residentes en el país respecto de los resultados impositivos de las sociedades por acciones, constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación por las ganancias originadas en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares que indique la reglamentación.

Las ganancias atribuibles a los establecimientos estables y a las sociedades por acciones indicados en el inciso anterior se imputarán de acuerdo a lo establecido en el artículo 18.

Las ganancias de las sociedades, empresas o explotaciones unipersonales y los fideicomisos, todos residentes en el país, no atribuibles a los establecimientos estables, se imputarán al año fiscal en la forma establecida en el artículo 18.

Las ganancias obtenidas por residentes en el país en su carácter de socios de sociedades constituidas o ubicadas en el exterior, excepto los accionis-

tas indicados en el inciso a del art. 133, se imputarán al ejercicio anual de tales residentes en el que finalice el ejercicio de la sociedad o el año fiscal en que tenga lugar ese hecho, si el carácter de socio correspondiera a una persona física o sucesión indivisa residente en el país.

Los honorarios obtenidos por residentes en el país en su carácter de directores, síndicos o miembros de consejos de vigilancia o de órganos directivos similares de sociedades constituidas en el exterior, se imputan al año fiscal en el que se perciban.

Los beneficios derivados del cumplimiento de los requisitos de planes de seguro de retiro privado administrados por entidades constituidas en el exterior o por establecimientos estables instalados en el extranjero de entidades residentes en el país, así como los rescates por retiro al asegurado de esos planes, se imputarán al año fiscal en el que se perciban.

e) Régimen tributario de los dividendos y de la renta derivada de la transmisión de las acciones de la entidad no residente

De conformidad con la norma del art. 140 son ganancia de fuente extranjera los dividendos distribuidos por sociedades por acciones del exterior. También –en relación con las ganancias de tercera categoría– el art. 146 dispone que son ganancias de fuente extranjera las obtenidas por sociedades locales las que les resulten atribuibles en su carácter de accionistas o socios de sociedades constituidas en el exterior, (no rige en este caso la norma del art. 64 que en relación con los dividendos distribuidos por sociedades locales autoriza a no computarlos para la determinación de la ganancia neta).

Asimismo, la renta derivada de la transmisión de acciones de una entidad no residente con ganancias de fuente extranjera gravada (arg. art. 142).

f) Deducción por doble imposición internacional por las rentas incluidas en la base imponible

La ley del Impuesto a las Ganancias prevé en el capítulo IX el sistema de crédito por impuestos análogos efectivamente pagados en el exterior (arts. 168 a 179).

Puntualmente cito el art. 168 que textualmente establece: “*Del impuesto*

de esta ley correspondiente a las ganancias de fuente extranjera, los residentes en el país comprendidos en el artículo 119 deducirán, hasta el límite determinado por el monto de ese impuesto, un crédito por los gravámenes nacionales análogos efectivamente pagados en los países en los que se obtuvieren tales ganancias, calculado según lo establecido en este Capítulo.”

Asimismo el art. 169 dispone que: *“Se consideran impuestos análogos al de esta ley, los que impongan las ganancias comprendidas en el artículo 2º, en tanto graven la renta neta o acuerden deducciones que permitan la recuperación de los costos y gastos significativos computables para determinarla. Quedan comprendidas en la expresión impuestos análogos, las retenciones que, con carácter de pago único y definitivo, practiquen los países de origen de la ganancia en cabeza de los beneficiarios residentes en el país, siempre que se trate de impuestos que encuadren en la referida expresión, de acuerdo con lo que al respecto se considera en este artículo”.*

g) Información que se debe facilitar junto con la declaración del impuesto

Para el cómputo de los impuestos análogos, referidos en el punto anterior, el contribuyente debe acreditar que efectivamente ingresó en el otro país el gravamen. Para ello debe contar con los respaldos documentales que son los respectivos comprobantes de ingreso de los anticipos y retenciones (cfr. art. 170). La misma norma citada dispone que, salvo norma en contrario, los impuestos análogos se deben convertir a la moneda argentina al tipo de cambio comprador, conforme la cotización del Banco de la Nación Argentina al cierre del día en que se produzca su efectivo pago.

h) La constitución de las entidades instrumentales residentes en paraísos fiscales

En las normas que estamos analizando, el art. 133 se refiere a países de baja tributación y también el art. VI.1 incorporado a continuación del art. 165 del Decreto reglamentario.

VIII. Cuestiones tratadas en el II Coloquio Internacional de Derecho Tributario

El Coloquio Internacional de Derecho Tributario³⁹ es una iniciativa impulsada por la *Universidad Austral* (de Buenos Aires, Argentina) y el *Centro de Extensão Universitária* (de San Pablo, Brasil) y se reúne anualmente en forma alternativa en Buenos Aires y San Pablo. En dos días de trabajo se analizan dos temas de gran polémica doctrinaria en muchos países, respecto de los cuales se trazan tres preguntas por cada tema y se responden de manera de concentrar el debate en aspectos puntuales de los temas elegidos.

1) Primera cuestión tratada

La primera cuestión planteada por el II Coloquio expresó: “¿Lesiona algún principio o norma constitucional la ley del País X, en el que tiene su sede la Controlante, que: i-. Presuma como “disponible” por parte de la Controlante (y por tanto computable en su resultado y sujeto a imposición en el País X), el resultado positivo de su Controlada, establecida en el País Y, ya calculado y mantenido en la cuenta de ganancias acumuladas, o ii-. Que fije un plazo para que la Controlada de alguna forma (distribución de ganancias, aumento de capital, etc.) considere disponi-

³⁹ El I Coloquio (São Paulo, 1999) examinó los aspectos tributarios de los negocios realizados a través de internet y los incentivos fiscales. El II Coloquio (Buenos Aires, 2000) se discutió la transparencia fiscal internacional y los aspectos tributarios de los negocios comerciales realizados por entidades sin fines de lucro. El III Coloquio (São Paulo, 2001) versó sobre el secreto bancario y tributario y los precios de transferencia. El IV Coloquio (Buenos Aires, 2002) se investigó sobre el fraude fiscal y la moralidad administrativa tributaria y sobre la tributación en el sector telecomunicaciones. El V Coloquio (San Pablo, 2003): 1) Ajustes por pérdidas inflacionarias y cambiarias y su tratamiento ante el impuesto a las ganancias y 2) El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, como prevención de la elusión fiscal internacional. En la historia de los Coloquios se registran 165 trabajos de 117 autores que, con la remarcable contribución que a estos encuentros realizan en conjunto la organización editorial internacional Thompson (IOB - La Ley), son reunidos en libros de impecable edición. La serie de encuentros –que son las instituciones promotoras del Coloquio Internacional de Derecho Tributario– han realizado en el curso de estos años, vienen promoviendo y profundizando temas importantes de gran interés doctrinario y jurisprudencial, los que son de indiscutible utilidad para la reflexión de las autoridades públicas de la Administración y del Poder Legislativo. Las instituciones promotoras, cuentan con el apoyo de la *Universidad de la Sabana* (Colombia), *Universidad de Salamanca* (España), *Universidad de Montevideo* (Uruguay) y la *Universidad de los Andes* (Chile), que una vez cumplen la misión de los Coloquios de unir a juristas de diversos países para discutir materias controvertidas tanto en el plano doctrinario como en el jurisprudencial, y de interés común en todas estas naciones, contribuyendo de esta manera con la investigación del Derecho Tributario Internacional.

bles los resultados a favor de la Controlante, siendo que, si se tornaren disponibles después del vencimiento del referido plazo, el impuesto correspondiente a dichos resultados, pagado en el País Y, ya no podrá ser compensado con lo debido en el País X?”.

De conformidad con el tratamiento que la ley del Impuesto a las Ganancias de la República Argentina asigna a las rentas de fuente extranjera, no vislumbramos la afectación o compromiso de las garantías constitucionales que amparan al contribuyente en relación con el interrogante (i) pero esta norma es injusta. Considero que, en tanto los extremos de aplicación de la norma se encuentren claramente definidos en la norma, no podrá argumentarse la violación del principio de legalidad. Es este el mecanismo por el cual el Estado neutraliza el diferimiento de la aplicación de los impuestos vigentes en su respectivo país. Desde luego que ello debe encontrarse claramente definido en la norma, limitados todos los extremos que puedan inducir al contribuyente a obrar con falta de certeza.⁴⁰

Sin embargo debe mencionarse que aún en el contexto en que nos situamos, es decir, la norma expresa que ordena atribuir las utilidades no distribuidas, resulta injusto⁴¹ que el accionista deba declarar como ganancia una utilidad que aún no recibió por no encontrarse distribuida, alterándose el criterio de lo percibido por el del devengado.

Respecto del interrogante (ii) el fraccionamiento que exhibe dicha cuestión podría colocar en punto de tensión al principio de capacidad económica el cual podría ser afectado por el procedimiento de imputación en análisis. Sólo es capacidad contributiva aquella riqueza que pueda ser detraída sin perjudicar la supervivencia de la organización económica

⁴⁰ Caber recordar a Adam SMITH quien sostuvo que la inseguridad del impuesto estimula toda insolencia y favorece la corrupción. Si el impuesto no se define claramente, los sujetos no tienen seguridad en cuanto a la obligación tributaria y desconocen específicamente el impacto impositivo final que originaría, por ejemplo, un emprendimiento empresario, de allí que sea de vital importancia la mayor certeza posible en la redacción de la norma. El impuesto que cada individuo está obligado a pagar, debe ser cierto y no arbitrario. El tiempo del pago, el modo de pago, la cantidad a pagarse, todo eso debe ser claro y preciso para el contribuyente y para cualquier otra persona. cuando las cosas no ocurran así, toda persona sujeta al impuesto es sometida en mas o en menos al arbitrio del perceptor, el cual puede agravar el impuesto al que el contribuyente está sujeto, o extorsionarle, con la amenaza de hacerlo, cualquier presente o gratificación. cfr. SMITH, Adam *“La riqueza de las Naciones”*, Ed. Aguilar, Madrid, 1956, p. 683.

⁴¹ En igual sentido cfr. OCDE, *“Controlled Foreign Company Legislation”*, Paris, 1996, p. 33.

gravada.⁴² En otros términos, la vida de una sociedad y las actividades de un contribuyente individual exceden, en términos generales el eventual plazo que podría estar previsto en la ley.

2) Segunda Cuestión tratada

La segunda cuestión planteada por el II Coloquio expresó: “*¿Lesiona algún principio o norma constitucional la ley del País X, en el que tiene su sede la Controlante, que determine el computo en el resultado de ésta y su sujeción a tributación local, de los resultados positivos obtenidos por su Controlada establecida en el País Y, pero que, al mismo tiempo, no permita el computo de los resultados negativos (pérdidas) eventualmente obtenidos por la Controlada?*”.

No sería posible que una norma inhiba la posibilidad de deducir los resultados negativos obtenidos por la controlada, pues se afectaría el principio de capacidad contributiva, además del de reciprocidad y coherencia, en clara referencia a la que debe imperar en todo tributo. No parece admisible que se ordene incorporar a la declaración jurada de una sociedad constituida en la Argentina la renta obtenida por su controlada en otro país y al mismo tiempo se impida a la sociedad constituida en Argentina deducir las pérdidas que pudieren haberse generado en la sociedad que controla y constituida en el otro país, o limitarlas.

El citado art. 133 prevé el sistema de imputación de ganancias y gastos. A estos –y aquí los cito por estar más relacionado con la cuestión en responde– se les suma los arts. 131 y 132 relativos al concepto de ganancia neta y ganancia neta sujeta a impuesto y también los arts. 134 sobre quebrantos y el art. 136 general para todos los gastos.

Debe preverse que, cuando el art. 131 indica que la reglamentación establecerá las disposiciones legales que no resultan de aplicación para determinar la mencionada ganancia neta, esta limitación no puede ser ni arbitraria ni extralimitada del marco del principio de legalidad.

⁴² MOSCHETTI, Francesco “*El principio de capacidad contributiva*”, Instituto de Estudios Fiscales de Madrid, España 1980, p. 74, señala que “La potencia económica debe considerarse como condición necesaria pero no suficiente de la capacidad contributiva y debe estar, por tanto, calificada a la luz de los principios constitucionales fundamentales”.

La ley del Impuesto a las Ganancias prevé en el art. 134 que la ganancia neta de fuente extranjera se obtiene compensando los resultados obtenidos dentro de cada una y entre las distintas categorías, considerando a tal efecto los resultados provenientes de todas las fuentes ubicadas en el extranjero y los provenientes de los establecimientos estables indicados en el artículo 128. Si esa compensación diera como resultado una pérdida, ésta podrá deducirse de las ganancias netas de fuente extranjera que se obtengan en los cinco (5) años inmediatos siguientes (igual norma del art. 19 de la ley para los quebrantos generados por empresas locales) Transcurrido el último de esos años, el quebranto que aún reste no podrá ser objeto de compensación alguna.

Sin embargo, si la sociedad en cuestión se encuentra en país de baja o nula tributación y obtengan ganancias pasivas tales como intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras similares *“sólo podrán imputar los quebrantos de fuente extranjera provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, contra las utilidades netas de la misma fuente que provengan de igual tipo de operaciones. En el caso de las sociedades por acciones antes citadas, los accionistas residentes no podrán computar otros quebrantos de fuente extranjera a los fines de esta ley”* (arg. art. 135). Rige, en este caso, también el límite temporal de 5 años inmediatos siguientes para efectuar la compensación.

También se establece la limitación a la compensación de quebrantos de fuente argentina originados en venta de acciones, cuotas y participaciones sociales, fondos comunes de inversión, los que no pueden imputarse contra ganancias netas de fuente extranjera proveniente de la enajenación del mismo tipo de bienes ni ser objeto de deducción. Sin menoscabo de la lógica de la norma indicada, encastrarla en ciertas situaciones de hecho puede resultar antifuncional para la economía de la empresa, y por tanto injusta.

3) Tercera cuestión tratada

La tercera cuestión planteada por el II Coloquio expresó: *“¿Puede la ley del País X, en el que tiene su sede la Controlante, imponer criterios de determinación del resultado obtenido por la Controlada en el País Y, a los fines de la tributación en el País X, o los resultados obtenidos en el País Y solamente pueden ser sometidos a imposición en el país X exac-*

tamente en la forma como lo determina la legislación del País Y?”.

Es evidente que por la soberanía de los Estados en la configuración del sistema tributario pueden imponer criterios propios de determinación de la renta gravada. De hecho, como hemos observado en el repaso de la legislación argentina, este fenómeno se produce en nuestra legislación.

Ello no obstante, estos criterios propios que devienen de la soberanía en materia de imposición, deben armonizar respecto del impacto tributario concreto en el país –en el ejemplo de la pregunta Y– de la renta alcanzada en el país X de manera que se observen tres datos insoslayables: (i) que se neutralice toda doble imposición, (ii) que no exista un trato discriminatorio para el sujeto pasivo o que implique una efectiva transferencia a fisco extranjero y (iii) que no se comprometa el principio constitucional de igualdad.

Además corresponde tener en consideración que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación –aunque en un marco normativo diferente al que nos ocupa– sentenció (respecto de paraísos fiscales) que las legislaciones de estos no pueden proyectarse sobre nuestro ordenamiento en tanto no lo recoja expresamente la ley.⁴³

⁴³ Trebas S.A., CSJN, 14.9.1993, Fallos 316:1979.