



INSTITUTO



Separata Temática N° 3

Año 1 – Nro. 3

La Opacidad Fiscal

Por Ricardo Omar Guzmán

Año 2010

Buenos Aires, Argentina

Separatas Temáticas del Instituto AFIP

Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros
y de los Recursos de la Seguridad Social (AFIP)

Presidente del Instituto AFIP

Ricardo Echegaray

Director Ejecutivo

Mario J. Bibiloni

Consejo Editorial

Alejandro M. Estévez (Editor
Responsable)

Susana C. Esper

Francisco A. Pagliuca

Lucas García Aráoz

Hipólito Yrigoyen 370, (CP1086),
Capital Federal, República
Argentina. // Publicación de la
AFIP, confeccionada por el
Instituto AFIP. // Corresponde
exclusivamente a los autores la
responsabilidad por los conceptos
expuestos en los artículos
firmados, de lo cual debe inferirse
que la AFIP puede compartir las
opiniones vertidas o no. // Se
autoriza la reproducción de los
textos incluidos en la revista, con
la necesaria mención de la fuente.

Instituto AFIP

Bernardo de Irigoyen 474
(CP1072), Ciudad Autónoma de
Buenos Aires.

Correo electrónico:

instituto@afip.gov.ar

Página web:

<http://www.afip.gov.ar/instituto>

Tabla de contenidos

La Opacidad Fiscal *Por Ricardo Omar Guzmán*

3

Introducción.....	3
La opacidad fiscal planificada como conducta subyacente del fraude fiscal	4
Algunas de las cuestiones involucradas en la Opacidad Fiscal Internacional	6
1. La planificación impositiva internacional, su génesis y lógica.....	7
2. Los Paraísos Fiscales	8
3. La competencia fiscal internacional.....	11
Las posibles vías de lucha efectiva contra el fraude fiscal internacional	13
1. Recomendaciones a nivel legislativo.....	13
1.1. La simplicidad del sistema tributario.....	13
1.2. La adaptación de la legislación interna de los países a los procesos de globalización de la economía y la existencia de procesos de integración regional	14
1.3. Listas de jurisdicciones de baja o nula imposición.....	14
1.4. Aplicación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional	15
1.5. Aplicación del régimen de Precios de Transferencia	17
1.6. Aplicación de normas sobre capitalización exigua.....	20
2. Las recomendaciones sobre las mejores prácticas a seguir por las administraciones tributarias	20
2.1. El efectivo intercambio de información.....	21
2.2. Implementación de nuevos esquemas de investigación del fraude fiscal para las Administraciones Fiscales.....	23
2.3. Utilización de las técnicas vinculadas al delito de blanqueo de capitales.....	23
2.4. Creación de una oficina integral especializada en la investigación del fraude fiscal y el blanqueo de capitales	24
2.5. Creación de la policía fiscal.....	24
2.6. Rediseño de los mecanismos de denuncia penal	24
3. Recomendaciones de mejoras en los sistemas de información y control en las otras áreas del Estado.....	25
3.1. La bancarización y sus limitaciones	25
3.2. Introducción de mejoras en la cooperación en el intercambio de información entre los organismos del Estado	25
Conclusiones.....	26
Bibliografía	26

LA OPACIDAD FISCAL

Por Ricardo Omar Guzmán

Contador Público Nacional y Licenciado en Administrador (Universidad Nacional de Salta). Maestrando de la carrera de Finanzas Públicas del IEFPA. Investigador, Instituto AFIP. Actualmente, se desempeña en la Dirección Regional Salta de la Administración Federal de Ingresos Públicos. Correo electrónico: ricguzman@afip.gov.ar

Introducción

El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de los problemas de evasión y elusión en las transacciones internacionales y como a pesar del avance de la información que abre la posibilidad de procesar volúmenes de datos, inimaginables hace pocas décadas pasadas, esta posibilidad depende de que se pueda recolectar información fidedigna y correctamente clasificada. Así uno de los principales problemas en la lucha contra el fraude fiscal por parte de las administraciones tributarias de los países que aplican el criterio de la “renta mundial”, es la falta de información, que puede referirse a: 1) Información fiscal cruzada entre administraciones tributarias del país o del exterior; 2) Información financiera de las operaciones con instituciones bancarias y financieras del país y del exterior. Resulta cada vez más difícil controlar la evasión tributaria internacional, si no se dispone del auxilio de información sobre hechos económicos ocurridos total o parcialmente en el exterior, sobre personas domiciliadas en otros países y sobre bienes ubicados en el extranjero. Esta falta de información confiable y oportuna es la que consideramos como uno de los principales inconvenientes para que las administraciones tributarias puedan ejercer su función de control, combatir tramas de fraude fiscal, y por lo tanto permiten que se desarrollen conductas generadoras de opacidad fiscal .

Sin embargo también cabe señalar otro inconveniente, de mayor relevancia incluso que el primero y que tiene que ver con la falta de un marco de definiciones legislativas fundamentales que un sistema tributario debe desarrollar en materia de fiscalidad internacional, basándonos para ello, en la experiencia de Argentina y como consecuencia de la adopción del principio de tributación de “renta mundial”, mediante el cuál los contribuyentes residentes en el país pasaron a tributar, no sólo sobre sus rentas de fuente argentina sino también por aquellas resultantes de bienes situados, colocados o utilizados económicamente fuera del país y por la realización de hechos o actos susceptibles de producir beneficios fuera del territorio de la Nación .

Desde el año 1992 se produjo un cambio significativo en materia de imposición a las rentas en Argentina, al ampliar el hecho imponible del gravamen, como consecuencia de la adopción del principio de imposición sobre la renta mundial. Sin embargo, por muchos años el país careció de toda definición legislativa sobre conceptos fundamentales para un sistema tributario con criterio de imposición de “renta mundial”. Recién en el año 1998, la ley del impuesto a las ganancias introdujo las primeras definiciones básicas que debieron ser objeto de nuevas modificaciones al poco tiempo. Así durante mas de seis años la ley de Impuesto a las Ganancias omitió definir conceptos tales como: 1) el de residencia, su significado y alcance¹; 2) los tipos de renta de fuente extranjera y formas de imputación de sus resultados al período fiscal²; 3) normas contra el diferimiento de la carga fiscal sobre tales rentas³; 4) criterios para la conversión de rentas obtenidas en el exterior; 5) mayores precisiones en los precios de transferencia; 6) normas sobre créditos por impuestos análogos pagados en el exterior. En cuanto a la justificación para adoptar la tributación sobre la renta mundial tuvo sentido debido a

¹ Artículo 119 del actual texto de la Ley del Impuesto a las Ganancias. Texto incorporado por Ley 26.063 (B.O. 30/12/98);

² Artículo 133 del actual texto de la Ley del Impuesto a las Ganancias. Texto incorporado por Ley 26.063 (B.O. 30/12/98);

³ Artículo 148 y 135 del actual texto de la Ley del Impuesto a las Ganancias. Texto incorporado por Ley 26.063 (B.O. 30/12/98);

que en el esquema anterior a 1992 (con imposición exclusiva en la fuente), los contribuyentes del país tenían un claro incentivo fiscal para reinvertir sus rentas locales en el exterior, porque ello implicaba un ahorro fiscal en sí mismo. Con este nuevo esquema se buscó que el sistema tributario sea neutral respecto de la decisión de los contribuyentes de invertir el producto de su renta dentro o fuera del territorio de la Nación. Sin embargo para que se cumpla efectivamente el principio de neutralidad del sistema tributario con respecto a la tributación internacional, es necesario profundizar en los aspectos legislativos en los cuáles aún nuestro país tiene deficiencias, así como incorporar las recomendaciones de mejoras prácticas para que las Administraciones Tributarias pueda aplicar esas herramientas en la lucha contra el fraude fiscal internacional, algunas de las cuáles serán consideradas en el presente texto.

La opacidad fiscal planificada como conducta subyacente del fraude fiscal

Las conductas que generan opacidad fiscal, son aquellas prácticas que permiten ocultar o disimular la realidad económica de las operaciones comerciales, por medio de una planificación fiscal previa, que tiene presente las limitaciones legislativas de la o las jurisdicciones involucradas como las limitaciones operativas de los fiscos y otras instituciones de control de legalidad de los países involucrados.

El objetivo básico de mantener opacas determinadas operaciones comerciales y/o patrimonios, es no permitirle a las administraciones tributarias de las jurisdicciones de alta tributación (en oposición a las jurisdicciones de baja o nula tributación) conocer la verdadera naturaleza y/o cuantía de dichas operaciones, y de esa manera disminuir de manera ilegítima e ilegal la carga tributaria del negocio y/o de la riqueza, minimizando los riesgos de ser detectados por los fiscos involucrados. Se configura así verdaderos fraudes tributarios con el grave inconveniente para las jurisdicciones afectadas por estas prácticas, ante la posible generalización de tales prácticas, configurando un sistema tributario deficiente que reposa substancialmente en el cumplimiento voluntario de las obligaciones, con altas probabilidades de fracaso en materia de recaudación y fiscalización de impuestos.

El fraude tributario (fraude tributario propiamente dicho y fraude a la ley tributaria), implica desde su concepción un ardid o engaño para ocultar la verdadera naturaleza o cuantía de la obligación tributaria, y por lo tanto aparecen como conductas típicas que tienen por objetivo inmediato mantener opacas esas operaciones en su naturaleza jurídica y/o económica como en su cuantía, y de esa manera lograr el objetivo mediato de reducir la carga tributaria.

Por tal motivo se estima necesario, profundizar en algunos conceptos para comprender mejor cuáles son las conductas típicas involucradas cuando nos referimos al fraude tributario que implican a su vez, en la mayoría de los casos, conductas destinadas a producir opacidad fiscal.

Comúnmente, cuando se habla de evasión tributaria, se suele otorgar a este concepto un sentido genérico que alcanza a las diferentes modalidades destinadas a evitar el pago de impuestos. Sin embargo desde el plano teórico corresponde distinguir entre: la evasión tributaria propiamente dicha, el fraude fiscal, el fraude a la ley tributaria y la economía de opción:

- a) La *evasión tributaria propiamente dicha*, implica actividades ilegales, pero de una menor gravedad que las del fraude tributario, porque no comporta una maniobra que intenta inducir a error a la Administración Tributaria. Dentro de esta categoría comprende, aquellas conductas tales como la omisión de la presentación de la declaración jurada o la falta de pago de los impuestos determinados.
- b) En el *fraude tributario*, el hecho imponible se ha producido y, por lo tanto, ha surgido la deuda tributaria a cargo del contribuyente. Sin embargo, el mismo decide ocultar a la Administración Fiscal, la existencia o la exacta cuantía de la obligación tributaria. Se trata de engañar a través de los soportes documentales como facturas falsas, doble contabilidad, falsedades en las declaraciones juradas y ante la inspección de los

tributos. Estas conductas responden a lo que denominamos más adelante: “fraude fiscal tradicional”, por ser las más conocidas y habituales.

- c) En el *fraude a la ley tributaria*, el contribuyente lleva a cabo un negocio u operación artificiosa que no se corresponde con la realidad económica subyacente, que ha sido utilizado con la única finalidad de eludir la norma tributaria. En estos casos se produce un abuso de las formas jurídicas o una discrepancia entre la sustancia y la forma del negocio jurídico. En estos casos el contribuyente cumple literalmente con la letra de la ley pero se considera que actúa de forma abusiva porque el único propósito de su accionar es evitar o disminuir su carga fiscal.
- d) En la *elusión o economía de opción*, se refiere a la forma legal que tendrían los contribuyentes de disminuir su carga fiscal.

Si bien hemos omitido referirnos a la elusión o economía de opción, como objetivo inmediato de las maniobras destinadas a generar opacidad fiscal, no podemos dejar de mencionarlas porque en esta materia es difícil en determinado punto establecer cuáles son perjudiciales o no. Si una determinada compañía recurre a alguna maniobra para mantener opacas algunas de sus operaciones, difícilmente se puede pensar que en la planificación de la misma solo exista como objetivo inmediato una economía de opción legítima y legal, porque el planificar y ejecutar algunas de estas maniobras, implican costos y esfuerzos adicionales, que son cuidadosamente sopesados con los posibles beneficios de reducir la carga tributaria, ponderado por el riesgo de ser detectados y sancionados. Por ello nos parece oportuno transcribir una metáfora que describe bastante bien esta cuestión: “*Elusión y evasión comienzan a ser las únicas paralelas que desafían la geometría y se empiezan a tocar en algún punto*”⁴.

También nos parece oportuno agregar que tanto las conductas de evasión y de elusión pueden ser llevadas a cabo por particulares (personas físicas ó través de empresas nacionales o multinacionales), pero también por un Estado. Por lo tanto en esta materia se debe tener presente las conductas de elusión de algunos Estados y que consistirían en prácticas destinadas a capturar las rentas o patrimonios de los sujetos no residentes por medio de otorgarle inmunidad fiscal (consiste en otorgarle un espacio jurídico-administrativo exclusivo para la realización de actividades hacia el exterior por parte de los no residentes), otorgamiento de privilegios fiscales, la falta de exigencia para el desarrollo de una actividad económica real, reticencia para dar información a otras administraciones tributarias .

De igual manera, existiría evasión por parte de un Estado, como lo señala Parrondo⁵ cuando el sistema legal de ese estado ayuda al ocultamiento de rentas y riquezas que se han generado en el extranjero respecto de las jurisdicciones tributarias a las cuales pertenecen los sujetos que las obtienen. Entre los medios utilizados señala sistemas tributarios de baja o nula tributación, la existencia de secreto bancario y mercantil, aspectos que se desarrolla con mayor detalle más adelante.

Esta situación se agrava porque se observa a lo largo de las dos últimas décadas, la evolución de nuevas modalidades de fraude fiscal, que utilizan los instrumentos que surgen por la libertad de movimiento de capitales y la globalización económica. A ello se suman la generalización de instrumentos tecnológicos para la gestión y difusión del conocimiento, vinculado precisamente a complicadas ingenierías para desarrollar y replicar el fraude fiscal en distintas partes del mundo.

Por denominarlo de alguna manera, se ha agregado al fraude fiscal “tradicional”, que responde a conductas tales como la ocultación de parte o la totalidad de la renta mediante métodos como la contabilidad irregular u ocultaciones contables, la doble contabilidad y la utilización de facturas apócrifas para elevar los costos y/o gastos deducibles, entre otras, nuevas modalidades de fraude fiscal que se caracterizan por los siguientes elementos:

⁴ Ricardo Enrique Riveiro – Paraísos Fiscales – Aspectos Tributarios y Societarios – Ediciones Integra Internacional – página 17.

⁵ Alfredo Javier Parrondo, “La Administración tributaria frente a la planificación fiscal internacional en un contexto globalizado”, Buenos Aires, Boletín DGI N°26, Septiembre 1999, página 1616.

- La extensión de fórmulas de planificación fiscal agresiva que utilizan montajes jurídicos y estructuras internacionales orientadas a la no tributación de operaciones muy significativas económicamente;
- La deslocalización de los obligados tributarios; de las rentas y patrimonios;
- La presencia de redes de economía sumergida o “ en negro” que son dañinas para el desarrollo de la economía nacional y el normal cumplimiento de las normas fiscales y laborales ;
- El desarrollo de tramas defraudadoras relacionadas con fenómenos de delincuencia organizada a escala internacional ;
- Las conductas de elusión y evasión efectuada por algunos Estados;

En este marco, el presente artículo va a centrar su atención en la denominada “evasión fiscal internacional”, como un fenómeno que tiene como *agravantes* una mayor *opacidad fiscal* precisamente por la falta de información debido a que en la evasión fiscal internacional, se involucra a distintas jurisdicciones con regímenes normativos y sistemas de información disímiles, y con grandes vacíos legales (en la mayoría de las jurisdicciones por defectos técnicos jurídicos no deseados, pero también cabe señalar a las jurisdicciones que lo han planificado como parte de su política de Estado) . En este contexto los resultados derivados de la aplicación de medidas unilaterales o cláusulas antifraude llevadas a cabo por un país, por lo general, no será aceptada o reconocida en los demás países que pudieran estar relacionados con la operación. Esta situación puede obedecer a un diferente entendimiento de la figura “fraude tributario” ó en otros casos puede deberse a la falta de reconocimiento de los efectos de una medida antifraude que adopte un Estado sea por el carácter de Derecho extranjero que ésta tiene para el otro país afectado por la misma. Incluso también se produce esta falta de reconocimiento descrita en el marco de medidas bilaterales o multilaterales que persiguen instrumentar la asistencia mutua entre administraciones tributarias que luchan contra el fraude fiscal y la evasión fiscal. Por tales motivos la *falta de uniformidad*, es señalada también como otro de los principales inconvenientes en la lucha contra el fraude fiscal internacional, y pueden ocasionar un funcionamiento defectuoso de las cláusulas antifraude que pudieran haberse concertado entre varios Estados.

Algunas de las cuestiones involucradas en la Opacidad Fiscal Internacional

En este apartado se van a presentar las cuestiones involucradas en las conductas de fraude fiscal internacional, las cuáles buscan como consecuencia inmediata la opacidad fiscal, con el objetivo de minimizar los riesgos de detección de estas maniobras por los fiscos involucrados y poder lograr el objetivo superior que es disminuir la carga tributaria, con la consecuencia lógica de hacer más rentables las operaciones económicas involucradas. En este sentido es necesario analizar algunas de las cuestiones involucradas en el mundo de los negocios para comprender la lógica que siguen los inversionistas y los motivan a realizar tramas de fraude fiscal, en donde la opacidad fiscal es uno de los elementos necesarios y ponderados para cuantificar el riesgo que conlleva estas operaciones en el marco general del negocio involucrado. Como se verá al referirnos al fraude fiscal y la opacidad fiscal subyacente, la misma reviste una considerable red de causas y elementos, por lo que no podemos tener un punto de vista reduccionista para intentar comprender y proponer soluciones a fenómenos complejos. Sobre todo porque la opacidad fiscal no solo es buscada por los particulares (personas físicas y empresas), sino también bajo ciertas circunstancias por algunos Estados, que siguiendo una lógica económica han incurrido en prácticas legislativas y de protección de la información que facilitan la opacidad fiscal de las operaciones celebradas en sus jurisdicciones y que se detallan más adelante.

1. La planificación impositiva internacional, su génesis y lógica

Como adelantáramos en párrafos anteriores, tanto el fraude fiscal y la opacidad fiscal subyacente es parte de una planificación, las cuáles encuentran un terreno fértil frente a al fenómeno de la internacionalización de las operaciones comerciales entre las empresas. Esta citada planificación tiene como objeto de estudio las legislaciones (principalmente las impositivas, comerciales, bancarias, entre otras) y el funcionamiento general de las organizaciones que conforman el sistema tributario, el sistema financiero, el sistema judicial entre los principales, para el *diseño y ejecución de un plan* que tiene por *objetivo reducir la carga tributaria global* de un determinado negocio *seleccionando la mejor alternativa posible* (que puede ser dentro de la legalidad o fuera de ella), conforme al sistema jurídico de cada una de las jurisdicciones que involucra el negocio.

Detrás de esta planificación, existe una lógica que rige en el mundo de los negocios. Así desde fines del siglo XIX y con mayor celeridad y profundidad en nuestros días, se ha dado una evolución de las denominadas compañías multinacionales, modificando sustancialmente la idea de las empresas tradicionales cuya cadena de valor era el ciclo de comprar, vender, cobrar y pagar a terceros. La extensión y difusión de las industrias y el comercio a través del mundo originan miles de transacciones económicas y financieras, no solo con terceros sino compañías que pertenecen al mismo grupo de inversores y que se denominan operaciones *intercompany*. Es un tipo de compañía que desde la óptica del negocio global es un todo indivisible, pero que a su vez, se puede comprar y vender a sí misma. Por ello la utilidad, para una empresa multinacional, proviene de una única cifra y no de balances aislados y parciales. No se trata de la utilidad de la compañía ubicada en ese u otro país, sino de la suma de todas las utilidades e incluso pérdidas, si de esta manera se maximiza la rentabilidad global. Se trata de enfocar la atención en la “caja única” para lograr su maximización y con ello agregar valor a la inversión de capital de los accionistas. Se sigue la lógica de ver a la compañía en su conjunto, sin importar en que países se encuentran cada una de las sucursales o filiales que la conforman.

En este marco de razonamiento, todo tributo, representa un costo, de gran impacto por los elementos a tener presente. Por ello Adam Smith, en su obra clásica *La riqueza de las Naciones* (1776), ya establecía como uno de los objetivos deseables de cualquier sistema impositivo el hecho de que “no fuese costosa la recaudación de los impuestos y, que además, no desincentivara la actividad económica”, objetivos largamente perseguidos pero que, como demuestra la historia, no siempre han sido alcanzados. Frente a este marco y siguiendo el razonamiento del mundo de los negocios, la elaboración de un plan para reducir al máximo la carga tributaria, y aprovechar las estructuras fiscales más económicas, y elegir la mejor alternativa posible que permita la legislación de determinado país, aparece como parte del plan de negocios y de los objetivos estratégicos del mismo. Por lo tanto la planificación impositiva, legal y legítima, se nutre del conocimiento de las normas vigentes y diseña una estrategia futura para evitar hechos no deseados, dentro de reglas claras y legítimas establecidas por las leyes de los países en donde funcione una sucursal o filial de una compañía internacional.

Distinto es planificar mediante el fraude, la evasión, y el abuso del derecho y en estos términos, la planificación fiscal como parte de un plan de negocios lícitos no se pueden convertir en expresiones análogas. Antes bien, son distintas situaciones, de carácter antagónicas que frente a una misma posición de opciones legales y no legales eligen alternativas distintas, con los riesgos que ello implica. Y es frente a estos fenómenos donde las administraciones tributarias deben redoblar sus esfuerzos para transparentar la opacidad fiscal en que se desarrollan estas operaciones sobre todo si tenemos presente que una planificación fiscal “eficiente” (desde el punto de vista de los evasores), pondera también los riesgos de ser detectados por las administraciones tributarias involucradas, factor que se tiene presente en la determinación de los beneficios finales que reporta para los negocios, el armado y desarrollo de tramas de fraude fiscal.

2. Los Paraísos Fiscales

Como parte de la planificación impositiva internacional, se pondera frecuentemente la utilización de los denominados “paraísos fiscales” precisamente para aquellas personas físicas que tienen un gran capital y/o elevadas rentas y no desean pagar impuestos sobre el patrimonio y las renta que generan, y para las personas jurídicas que utilizando sociedades anónimas *off-shore* (El término *off-shore* es una expresión inglesa que se traduce en “mas allá de las costas”), realizan operaciones comerciales internacionales, con el objetivo de disminuir o eliminar la carga fiscal. Una sociedad *off-shore* básicamente es una sociedad comercial registrada en un país que ofrece una situación fiscal ventajosa cuya actividad económica no se ejerce en dicho territorio. Esto hace que ciertos Estados se conviertan en refugio o elección preferente para personas con altos ingresos o con ingresos de dudosa procedencia, o para empresas que buscan maximizar sus beneficios a costa de disminuir sus contribuciones a los Fiscos en donde operan. La expresión de paraísos fiscales cuya traducción al inglés proviene de *tax haven* y que significa refugio fiscal, se la ha utilizado para describir a ciertas jurisdicciones que conforme al Servicio de Rentas Internas de los Estados Unidos (IRS), por citar a una administración tributaria en particular, se utiliza para describir al país o localidad que no aplica ningún impuesto sobre la renta o ganancias, o bien aplica una tasa de impuesto relativamente baja en comparación con las tasas que normalmente aplican los países industrializados; o que ofrece alguna particularidad en sus leyes tributarias que asigne tratamiento favorable a personas o transacciones específicas .

Sin embargo para poder hablar de verdaderos paraísos fiscales (*tax havens*) que permitan la “opacidad” de las reales transacciones que se desarrollan en sus jurisdicciones, es necesario también la creación de centros financieros *off-shore* (CFO –*Offshore Finance Centres*–) ó sus siglas en inglés OFC. El inicio contemporáneo de los CFO, aparece en Suiza, cuando la ley bancaria Suiza en 1934, instauró *el secreto bancario con la protección de la ley penal*. La divulgación de cualquier información por los directivos bancarios suizos se consideraba un acto criminal, aun cuando fuera requerido por el propio gobierno. En los CFO, se observan el predominio de bancos de primera línea, cuyas casas matrices se hallan en los primeros puestos en los *ranking* tanto de activos, reservas y beneficios ubicados en países como Estados Unidos; Gran Bretaña; Japón; Uruguay; Argentina; etc., y que a su vez estos bancos internacionales tienen presencia masiva en estos “paraísos” financieros mediante sucursales y filiales, que son receptoras de depósitos multimillonarios y origen de estructuras e ingenierías financieras que se utilizan en las otras naciones. Por lo general están ubicados en pequeñas jurisdicciones insulares o territorios mediterráneos, y están concebidos para operar con los grandes centros financieros *on-shore* (el término *on-shore* es una expresión inglesa que se refiere a la dirección del viento que discurre desde el mar hacia la tierra), es decir con los centros financieros del lugar donde el sujeto tiene residencia. A diferencia de los bancos y demás instituciones financieras que funcionan *on shore*, estas bancas *off shore* se caracterizan por:

- están exentas de una amplia gama de reglamentos que se imponen a las bancas *on-shore*;
- Sus operaciones están libres de impuestos ;
- No tienen necesidad de constituir reservas y a menudo están ajenas a inspecciones reglamentarias sobre el volumen de reservas o de su liquidez;
- Por lo general están exentas de restricciones sobre el tipo de interés, y se observa que ofrecen mayores tasas de interés precisamente por la ausencia de regulación con respecto a las bancas que funcionan *on-shore*, en las cuales de acuerdo a ciertas estimaciones entre un 10 a 20 % de los beneficios desaparecen por el cumplimiento de las múltiples reglamentación a las cuáles están sometidas;
- El secreto bancario, que implica la no divulgación de información financiera a competidores, proveedores, acreedores;

Así en general podemos definir a los paraísos fiscales como aquellos países que aseguran legislaciones bancarias y fiscales favorables a los inversionistas extranjeros.

Según la OCDE (la Organización para el Comercio y Desarrollo Económico, con sede en París) los factores claves para identificar a los paraísos fiscales serían:

- Tasa de imposición baja o nula ;
- Falta de intercambio de información –entre las administraciones tributarias-;
- Falta de transparencia de la información financiera ;
- Falta de actividades reales sustanciales.

Por su parte el Dr. Ricardo Enrique Riveiro menciona que en los paraísos fiscales tampoco existe “...gravabilidad en los pagos a beneficiarios del exterior mediante retenciones en la fuente, y que ha desarrollado en todos los casos, como medio para llevar a cabo la radicación en su territorio de entidades o sujetos del exterior, una gran flexibilidad para la constitución, desenvolvimiento y administración de sociedades locales”⁶.

Así podemos agregar como elementos indispensable para las diversas maniobras desarrolladas a través de un paraíso fiscal estos dos factores claves adicionales a los mencionados anteriormente:

- Falta de retención en la fuente a beneficiarios del exterior ;
- Legislación muy flexible para la constitución y funcionamiento de sociedades locales ;

Con estas condiciones, para la utilización efectiva de los paraísos fiscales como medios idóneos para la elusión y/o evasión es necesario agregarle la “ingeniería fiscal” o “planificación impositiva”, y que es desarrollada por auditores y contadores que se ocupan de encontrar las mejores condiciones impositivas para sus clientes, siempre dentro o al borde de la legalidad, y que fuera descrita con más detalle en el apartado anterior. A modo de ejemplo se describe a continuación como suelen utilizar a los paraísos fiscales para evadir ó eludir el impuesto a la renta (o ganancias) de las personas físicas y el impuesto al patrimonio.

Así para el caso del impuesto sobre las rentas de las personas físicas de un determinado país, la evasión se puede realizar por medio de utilizar una sociedad que no reside en el propio país (*non resident corporation*), siendo el propietario de la misma una persona física residente, que se registra como empleado, con un salario mínimo, con lo cuál estaría exento del impuesto a las rentas en el país donde reside. Por su parte dicha compañía tendría su base legal en un paraíso fiscal y podría operar en negocios tales como el comercio internacional, servicios médicos, servicios legales, licencias de propiedad intelectual, etc. A su vez el círculo de opacidad se cierra porque los pagos que sus clientes les efectúen por sus actividades comerciales serían efectuados a cuentas bancarias abiertas a nombre de la sociedad del exterior, y que por estar radicadas dichas cuentas en paraísos fiscales, gozan de la confidencialidad de sus movimientos. Entonces cabe preguntarse frente a este sencillo ejemplo propuesto ¿Qué oportunidad tiene la administración tributaria de romper el velo de la opacidad fiscal montada por este sujeto residente en el país al que nos referimos? Mientras exista la confidencialidad por parte de las instituciones (administraciones tributarias, instituciones financieras y bancarias) radicadas en los paraísos fiscales, son pocas las oportunidades que tiene la administración tributaria de nuestro ejemplo para romper ese velo. Una de las vías a tener presente es el intercambio de información entre las Administraciones fiscales y que se desarrolla en un apartado específico más adelante.

Sin embargo una cuestión que debería tenerse presente, y que esta vinculado a otra de las recomendaciones efectuadas en esta materia, se refieren a las personas que realizan estas maniobras con el objetivo de poder luego **disfrutar de las rentas obtenidas**. Por lo tanto la atención por parte de la administración tributaria debería centrarse en **el retorno de las utilidades obtenidas por este sujeto que reside en el país**. Lo que debería considerarse además es que el retorno de las utilidades también podría desarrollarse en un marco complejo de opacidad, y para ello se suelen utilizar también a los paraísos fiscales para eludir el impuesto al patrimonio. La técnica más usual radica en poner todos los bienes propios a

⁶ Ricardo Enrique Riveiro – Paraísos Fiscales – Aspectos Tributarios y Societarios – Ediciones Integra Internacional – página 181.

nombre de diversas sociedades registradas en uno o más paraísos fiscales. El interesado es dueño de la totalidad de estas sociedades, aunque de forma confidencial, y debe tratar que las autoridades fiscales de su país no accedan a esta información de ninguna forma. Para ello utilizan un paraíso fiscal que ofrezca garantías absolutas de confidencialidad. Así la adquisición y tenencia de los inmuebles sería por medio de una sociedad ubicada en un paraíso fiscal. Esta maniobra puede tener en principio una finalidad de tipo fiscal, debido a que el adquirente real (en nuestro ejemplo la persona física) no cuenta con los ingresos suficientes a los “ojos” de la administración tributaria de su país de residencia (recordemos que en los registros de su país de residencia es solo un empleado de la sociedad, con ingresos mínimos exentos del impuesto a la renta). Así los inmuebles son adquiridos por una sociedad del exterior, por rentas obtenidas en el exterior quedando al margen del impuesto a la renta en el país de residencia de la persona física. Pero la citada maniobra también puede tener por finalidad evitar los impuestos que gravan las herencias, donaciones o transmisiones patrimoniales en forma gratuita, en las jurisdicciones que tengan vigentes estos gravámenes. Por ello siguiendo con nuestro hipotético ejemplo, algunos de los indicios que podría tener presente la administración tributaria, deberían enfocarse en premisas vinculadas a:

- Investigación sobre las estructuras societarias radicadas en paraísos fiscales, que sean titulares y/o inversionistas de capitales inmobiliarios ubicado en el país de origen ;
- Investigación a las personas físicas vinculadas a dichas sociedades, destinadas a conocer su nivel de vida real, su localización real y efectiva como así también a conocer las reales actividades económicas en el país como en el exterior;

El otro foco de atención y que esta vinculado al retorno final de las utilidades se refiere a la aplicación de tales rentas para la adquisición y/o mejoras de inmuebles. Debería tenerse presente que los inmuebles no son bienes fungibles, por el contrario la propiedad de los mismos por lo general permanecen en el tiempo, y los cambios de titularidad como sus derechos reales y sus alteraciones físicas (mejoras) están sometidas a diferentes requisitos especiales. Las transmisiones de propiedad como la constitución de derechos reales sobre los mismos se realizan a través de escrituras públicas y se inscriben por lo general en los registros de la propiedad inmueble. En los casos de mejoras, los proyectos deben estar visados por los colegios de arquitectos y/o ingenieros y aprobados por los organismos que ejercen el control de obras. Estos sujetos que intervienen tanto en la compra/venta de inmuebles como en las obras realizadas sobre los mismos, son fuentes adicionales de información a las cuáles la administración tributaria podría recurrir en busca de indicios que permitan en una etapa posterior, formular ante la Justicia la denuncia por fraude fiscal.

Otras de las modalidades desarrolladas y más conocidas vinculadas a paraísos fiscales es la utilización de sociedades como intermediarias para importar y exportar. Se trata de la interposición de una sociedad *off-shore* entre el proveedor y su cliente. En estos casos el proveedor ubicado en una jurisdicción con un elevado nivel de tributación vende y factura bienes o servicios a una sociedad *off-shore* (con la cuál está relacionado), a precios inferiores a los del mercado. De esta manera el proveedor traslada las utilidades a una sociedad ubicada en una jurisdicción de bajo nivel de tributación. Con el mismo objetivo podemos citar los casos de sociedades *off-shore* que exportan bienes o servicios a sociedades vinculadas ubicadas en jurisdicciones con un elevado nivel de tributación y lo que buscan es elevar el precio de compra del cliente con el propósito de que su posterior venta en el mercado interno del país de la sociedad compradora tribute una utilidad reducida por computar mayores costos a los reales.

En un esquema de mayor grado de complejidad, se da cuando no existe una vinculación entre el cliente y el proveedor. En estos casos la sociedad *off-shore* es utilizada para “triangular” los bienes y servicios por medio del siguiente esquema:

Tenemos una sociedad AA, ubicada en Argentina (jurisdicción con alto nivel de tributación), que despacha mercaderías (cereales) a otra sociedad BB, ubicada en México (jurisdicción con alto nivel de tributación). La sociedad BB es el verdadero cliente y es quien recibe los bienes. Sin embargo la sociedad AA factura la operación a otra sociedad My Company ubicada en las Islas Bahamas (jurisdicción incluida en el D. 1037/2000), con la cuál esta vinculada, a un precio inferior al de mercado. Luego la sociedad My Company factura la operación a la sociedad BB al precio real de exportación. Con esta maniobra de triangulación lo que se logra en la jurisdicción

de Argentina, es disminuir la base imponible del impuesto a las rentas, y para la sociedad BB con la cuál no está vinculada, la operación no representa un perjuicio porque al recibir la facturación de la sociedad My Company al valor real de exportación, podrá computar sus costos a precios reales.



3. La competencia fiscal internacional

En este apartado haremos referencia a las prácticas que realizan algunos Estados, y que completan el círculo de planificación fiscal, con la consecuente opacidad fiscal de las operaciones sujetas a gravamen en las jurisdicciones con alta tributación y de residencia de los titulares de las rentas y/o patrimonios involucrados. En el contexto internacional las relaciones de los países esta marcada por la necesidad de atraer inversiones a sus jurisdicciones, y esto produce una competencia entre los mismos para hacer más atractivos sus territorios para la radicación de inversiones. Esa competencia fiscal se la denomina "leal" cuando el Estado o jurisdicción interesada en atraer inversiones renuncia a toda o parte de la recaudación tributaria, a cambio de la realización de alguna actividad económica en su territorio. Entre los medios más utilizados figuran las zonas de libre comercio, los puertos francos, las zonas de libre exportación, las cuáles están fuera del área aduanera general y tienen la ventaja de otorgar facilidades para la importación y exportación de bienes con baja o nula tributación. Otras de las medidas que se utilizan para atraer inversiones son los planes de promoción regional a través de la concesión de créditos a tasas bajas, el diferimiento de impuesto a 10 años, el otorgamiento de tierras fiscales para el asentamiento de actividades productivas, los subsidios, la disminución del costo laboral, constituyen una serie de medidas que tienen por objetivo integrar la región a la economía nacional o incentivos fiscales a nivel nacional, que son otorgados para desarrollar la economía del país en su conjunto. Este tipo de medidas son otorgadas en su mayoría a las inversiones en bienes de capital y a determinadas actividades productivas que resulten competitivas para la región beneficiada.

Señalamos a este conjunto de medidas que se denominan competencia fiscal "leal", porque no existe colaboración de las autoridades para ocultar manifestaciones de riqueza o rentas mediante el secreto bancario o estructuras jurídicas exentas. Por lo tanto no son causas de opacidad fiscal para las administraciones tributarias que tuvieran jurisdicción sobre las personas o empresas beneficiadas por algunas de estas medidas.

Distinta son las situaciones cuando los estados o jurisdicciones procuran la atracción de inversiones extranjeras pero facilitan como contrapartida la elusión o evasión (en sus múltiples formas conforme fuera descrito en párrafos anteriores) de tributos que le corresponden a los estados de origen del inversor, por medio de abstenerse de someter a imposición a las rentas independientemente del desarrollo de actividad económica alguna. El perjuicio fiscal ocasionados a los otros estados (estados exportadores de capital), se concreta mediante el ocultamiento de las rentas (medidas activas) o a través de su legislación interna, que ayuda a concretar maniobras elusivas que producen el vaciamiento de las bases imponibles de los tributos que les corresponden a los países de residencia de los inversores. A estas prácticas se las conoce como competencia fiscal “nociva” y puede ser desarrolladas incluso por Estados (considerados de alta tributación) generando opacidad fiscal de determinadas operaciones comerciales sujetas a imposición por otros Fiscos extranjeros. En este sentido debemos señalar que las prácticas de competencia fiscal nociva, que no son exclusividad de los denominados paraísos fiscales, comprenden también aquellas políticas que buscan atraer capitales por medios de incentivos y privilegios otorgados exclusivamente a los no residentes, por medio de la inexistencia de tributos para sus actividades y la disimulación de la renta de los no residentes mediante el secreto bancario y mercantil, con fines de opacidad fiscal. Por ello Héctor C. Mc Ewan⁷ opina que caen “en la categoría de ilicitud competitiva... las *off-shore* (sociedades) especiales protegidas por ancestrales regímenes legales creados con la finalidad de la capitalización de fondos extranjeros, como son las SAFI de Uruguay...”⁸. Debido a que este tipo de sociedades tienen una influencia inmediata con nuestro país, se hará referencia a este tipo de Sociedades permitidas por la legislación Uruguaya, que ha sido objeto de críticas por generar prácticas fiscales nocivas. Estas sociedades fueron concebidas con la única finalidad de su utilización en el exterior, o de mantener bienes en el exterior, y en forma tácita, para su aplicación práctica en los países vecinos de Argentina y Brasil.

El concepto legal de estas sociedades anónimas de inversión (Ley N° 11.073 del año 1948), son aquellas “cuya actividad principal sea realizar, directa o indirectamente, por cuenta propia o para terceros, inversiones en el extranjero en títulos, bonos, acciones, cédulas, debentures, letras, bienes mobiliarios o inmobiliarios” . Por su parte el decreto reglamentario de origen establece que también serán sociedades anónimas de inversión aquellas sociedades que realicen las actividades antes señaladas y tengan invertido en el exterior el 51 % de su activo propio y/o por cuenta de terceros, así como que tengan ingresos de fuente extranjera que excedan el 50 % de los ingresos totales.

Son sociedades con actividades comerciales prohibidas en el territorio Uruguayo. Entre las obligaciones se destacan que deben presentar sus balances anuales a la Inspección General de Hacienda del Uruguay y celebrar las respectivas asambleas anuales de accionistas. No hay requisitos de residencia para los miembros del directorio, que ser constituido sin que ninguno de ellos posea residencia en el país. Entre los aspectos impositivos destacable es que las SAFI están gravadas con único impuesto, tasa o contribución, que asciende al 0,30 % (tres por mil) sobre el capital y reservas, más toda aquella parte del pasivo que exceda el doble del capital emitido en acciones y debentures más reservas al cierre del ejercicio . Lo destacable de este régimen es que las otras sociedades comerciales están sujetas a una serie de impuestos tales como el Impuesto a las Rentas de Industria y Comercio; Impuesto al Valor Agregado; Impuesto al Patrimonio.

Por ello resulta destacable una de las últimas reformas realizadas en el Uruguay y que están vinculadas a las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión (SAFI), que han sido objeto de críticas a nivel internacional, sobre todo en el contexto de lucha contra las prácticas fiscales nocivas. En este sentido la Comisión reconoció que estas sociedades caracterizadas por un régimen tributario especial, constituyen un instrumento anacrónico, inadecuado a los estándares multilaterales especializados en esta problemática. Por ello se dispuso la prohibición de la constitución de dichas sociedades especiales a partir de la entrada en vigencia de la reforma (1 de Julio de 2007), así como la adecuación de las existentes al

⁷ Hector C. Mc Ewan, citado por Lidia Carrera en el artículo denominado “La minimización del impacto fiscal sobre la inversión. Distintas alternativa.” – Los negocios y la Tributación – Edicon – Fondo Editorial consejo – Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

⁸ La bastardilla pertenece al autor del trabajo.

régimen de tributación de las sociedades, en general con un plazo máximo hasta el 31 de Diciembre de 2010 . Este ha sido un importante paso que ha dado Uruguay para obtener un reconocimiento internacional vinculado a la eliminación de practicas fiscales nocivas, aunque la postergación de la medida hasta el 31 de Diciembre de 2010 genera dudas en cuanto a que sea solamente una muestra de buena voluntad que no llegará a concretarse, por cuanto se teme que dicha vigencia sea postergada sucesivamente en el tiempo.

Otro de los temas tratado por la Comisión ha sido el vinculado al secreto bancario, entendiendo que era conveniente mantener los actuales criterios establecidos a nivel legal para su levantamiento preceptivo a efectos fiscales, criterios que se basan en la aplicación de un mecanismo vinculado a una decisión jurisdiccional. La confirmación del secreto bancario, sin dudas va a seguir posibilitando el refugio de capitales de varios países de la región, que evaden a sus Fiscos, entre ellos la Argentina y Brasil, generando situaciones de opacidad fiscal.

Por ello y como ya fue mencionado en otros párrafos, cuando nos referimos a competencia fiscal nociva no sólo debemos pensar en los denominados paraísos fiscales, sino también en países (que sin reunir todas las características para ser considerado un paraíso fiscal) , adoptan políticas que intentan captar capitales a través de incentivos y privilegios otorgados exclusivamente a los no residentes.

Las posibles vías de lucha efectiva contra el fraude fiscal internacional

Con respecto a los posibles soluciones para la lucha efectiva contra el fraude fiscal internacional, y siguiendo con la lógica que hemos planteado en la introducción del presente escrito, las mismas podrían ser clasificadas en tres grandes grupos :

1. Por medio de las definiciones legislativas;
2. Por medio de implementar las recomendaciones sobre las mejores prácticas a seguir por las administraciones tributarias, en materia de lucha contra el fraude fiscal internacional;
3. Por medio de implementar mejoras en los sistemas de información y control en las otras áreas del Estado (Creación de Unidades de Información Financiera; Información y control en el movimiento de capitales; la bancarización).

Esta distinción propuesta para presentar las posibles vías de lucha efectiva contra el fraude fiscal internacional, es a los efectos de mostrar de una manera más didáctica cuáles serían los principales focos de atención que se sugieren y se han seguido en esta materia, con la finalidad de disminuir o quitar la opacidad fiscal en que se desarrollan importantes operaciones comerciales a nivel internacional, no permitiendo a las administraciones fiscales cumplir con sus fines esenciales de recaudación y control . De ninguna manera se pretende una clasificación cerrada y con seguridad se encontrarán en las recomendaciones y soluciones adoptadas por las distintas jurisdicciones elementos entrecruzados, es decir tanto de carácter legislativo, como soluciones vinculadas a las mejores prácticas a nivel operativo de las administraciones tributarias y de las otras áreas del Estado .

1. Recomendaciones a nivel legislativo

1.1. La simplicidad del sistema tributario

Esta condición es resaltada como una de las condiciones necesarias para reducir la posibilidad de la recharacterización fiscal de las transacciones, que se agrava en presencia de un sistema

tributario complejo, conformado con diferentes tratamientos tributarios para cada una de ellas. Por lo tanto las recomendaciones en materia de definiciones legislativas es la **simplicidad**, buscando que el número de exenciones sea reducido y la definición de la base imponible sea lo más amplia posible. La excesiva y compleja legislación en materia de fiscalidad internacional por lo general es contraproducente, porque la complejidad dificulta la tarea de fiscalización y percepción de gravámenes por parte de la administración tributaria.

1.2. La adaptación de la legislación interna de los países a los procesos de globalización de la economía y la existencia de procesos de integración regional

Esta adaptación de la legislación interna de los países se logra por medio de medidas de carácter unilateral, bilateral y hasta multilateral. Lo que se busca a través de estas medidas, es dar solución a los inconvenientes que se generan para los sujetos (empresas o personas físicas) que obtienen rentas o poseen patrimonios en dos o más jurisdicciones, a fin de atenuar o eliminar la doble imposición, ya que la misma contribuiría a que los contribuyentes recurran a medidas por fuera de la legislación para evitarlas, generando situaciones de opacidad fiscal. En el caso de las medidas unilaterales, son aquellas adoptadas de modo singular por alguna jurisdicción en su legislación interna, como sería el caso de los países en vía de desarrollo que aplican el impuesto a la renta utilizando el principio de fuente territorial en forma exclusiva, porque sus residentes no sufren los efectos de la doble imposición debido a que las rentas de fuentes externas están excluidos del tributo, y por ser básicamente importadores de capitales, son excepcionales los casos de residentes que posean inversiones en el exterior. Las medidas de carácter bilateral son aquellas en las cuáles los países celebran convenios con otros, en virtud de tener vínculos comerciales y por tener tributos similares. Estos convenios deben enmarcarse en procesos de armonización fiscal internacional que permitan a su vez disminuir las diferencias en el nivel de tributación entre los países intervinientes. Uno de los principios en esta materia es el de la no discriminación. Un ejemplo de este principio serían los gastos que paga el residente de un país a un residente de otro país con el cual se firmó un convenio serán totalmente deducibles como si tales gastos fueran abonados a un residente del país.

Se destaca la necesidad de que los países miembros de bloques económicos inicien, como primera medida, un proceso de coordinación fiscal que les permitan eliminar el fenómeno de la doble imposición dentro del espacio geográfico del mercado común. Luego se debe encarar un proceso de armonización o convergencia de los sistemas tributarios de los distintos países participantes con la finalidad de eliminar las restantes distorsiones de tipo fiscal y evitar de esa manera que la localización de inversiones productivas sea efectuada sobre bases fiscales y no en base a las variables económicas más eficientes. La armonización fiscal es más imprescindible cuando menor es el proceso de integración. En el caso de los países del Mercosur, existen importantes asimetrías y que pueden generar condiciones competitivas a nivel comunitario.

1.3. Listas de jurisdicciones de baja o nula imposición

En Argentina, en este campo se ha seguido con la tendencia internacional de origen europeo de individualizar las jurisdicciones de baja o nula tributación con la finalidad de trabajar con especial cuidado la problemática de la evasión y elusión internacional en transacciones que involucren tales territorios. A nivel internacional, los antecedentes más significativos han sido los siguientes: a) La decisión de la Unión Europea de Diciembre de 1997, que llevó a la individualización de los regímenes tributarios de baja o nula tributación internacional; b) La lista de Centros Financieros Internacionales, dictada el 05 de Abril de 2000 por el Foro de Estabilidad Financiera, que clasificó a dichos centros en tres categorías, teniendo en cuenta el mayor o menor grado de cooperación en materia de intercambio fiscal, legal y de información en general; c) El informe de Jurisdicciones elaborado por el Grupo Internacional de Trabajo

contra el Lavado de Dinero –grupo afiliado a la OCDE- y que fuera creado por el grupo de los siete países que presentó un informe el 22 de Junio de 2000; d) La propia OCDE que siguiendo las recomendaciones del grupo citado anteriormente, preparo su propio listado de jurisdicciones consideradas no cooperativas en el campo de la fiscalización internacional e intercambio de información .

En Argentina la lista de jurisdicciones de baja o nula tributación, incluye a ochenta y ocho jurisdicciones. Por su parte en la Ley del Impuesto a las Ganancias se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar una lista de países con tales características. A través del decreto 1037 del año 2000, se redactó tal listado, pero se incluyeron en el mismo distintos conceptos tales como “territorios”, “régimenes tributarios especiales” e incluso “tipos societarios” adoptados por la legislación de determinados países como es el caso de las SAFI (Sociedades Anónimas Financieras de Inversión) y que fuera tratada en párrafos anteriores. El otro inconveniente que se observa con relación al citado decreto se refiere a la incertidumbre respecto al contenido y alcance del listado. Se discute si la lista es taxativa o ejemplificativa. La opinión mayoritaria de la doctrina sostiene que la misma es de carácter taxativa y como lo señala el artículo 21.7 del decreto reglamentario, al detallar la lista, prevé que su contenido se aplicará “a todos los efectos de la ley y el reglamento”. Por consiguiente todas las transacciones realizadas por entidades residentes en el país con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en esos ámbitos espaciales, no se considerarán ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, debiendo aplicarse los Precios de Transferencia (Artículo 15 de la Ley de Ganancias).

A su vez con la redacción del artículo 133 de la Ley de Ganancias, establece otra regla de excepción para los accionistas residentes en el país, quienes deberán imputar en su ejercicio anual los resultados impositivos de las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación, por las rentas pasivas⁹, que éstas obtuvieran aplicando el criterio de lo *devengado* (Aplicación del régimen de Transparencia Fiscal internacional). Debe tenerse presente que la regla general aplicable a los accionistas residentes de sociedades de capital es la señalada por el artículo 18 de la Ley del Impuesto a las Ganancias 4ª párrafo inciso a), que establece que se imputarán los dividendos de acciones y los intereses de títulos, bonos y demás títulos valores, en el ejercicio en que hayan sido *puestos a disposición*.

1.4. Aplicación del Régimen de Transparencia Fiscal Internacional (TFI)

El régimen de transparencia fiscal internacional, descrito brevemente en el apartado anterior - por su vinculación al otro elemento previo de definición legislativa como es la lista de jurisdicciones de baja o nula tributación-, consiste en imputar a las personas y entidades residentes de un país, las rentas obtenidas en el exterior mediante sociedades instrumentales radicadas en *tax havens*, con independencia de que las mismas hayan sido distribuidas o no. El objetivo del régimen es evitar el diferimiento del pago de impuesto hasta la efectiva remesa de los dividendos, que se efectúa por medio de interponer sociedades, trusts, fondos de inversión, radicados en paraísos fiscales, y mediante los cuáles se difiere el impuesto a la renta hasta la percepción de las rentas a través de dividendos o distribución de utilidades . A su vez algunas de las formas para disponer de las rentas sin utilizar la figura de dividendos o distribución de utilidades son: a) el otorgamiento de préstamos por parte del ente del exterior al residente, y que no son pagados a su vencimiento, o tienen plazos de vencimiento excesivamente largos; b) mediante la cesión de derechos; c) mediante la prestación de servicios; d) el otorgamientos de créditos con tasas de interés subvaluadas; e) la inversión de las utilidades obtenidas por el ente del exterior en bienes ubicados en el país de residencia del accionista, lo cuál equivale a la distribución de dividendos o utilidades y su disposición. La aplicación de este régimen presenta inconvenientes en el derecho público internacional, sobre todo en lo referente al equilibrio entre los principios de autolimitación del Estado y la

⁹ Las rentas pasivas son definidas por el artículo 165.8 del decreto reglamentario y son aquellas cuyo ingreso provenga de: alquiler de inmuebles; préstamos; enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales; colocaciones en entidades financieras o bancarias; títulos públicos; instrumentos y/o contratos derivados que no constituyan una cobertura de riesgo; dividendos; regalías.

ultraterritorialidad de su poder jurídico. Las legislaciones sobre el régimen de Transparencia Fiscal Internacional (TFI) se presentan bajo dos métodos de aplicación:

- *Método subjetivo*: Mediante el cual se imputa la renta al accionista o socio de una sociedad extranjera controlada (ó en sus siglas CFC), radicada en un paraíso fiscal, porque existe la presunción de que se trata de una sociedad pantalla. Como indicio a tener presente es que este tipo de sociedades carecen de una actividad económica real.
- *Método objetivo o cedular*: Por el cual se imputa al accionista o socio de sociedades constituidas en paraísos fiscales sólo las rentas pasivas que las define la ley. A su vez, en la legislación comparada se establecen determinadas condiciones a los fines de encuadrarlas en la regulación del régimen de TFI como : 2a) condiciones subjetivas de las entidades : como el porcentaje de impuesto pagado en el país donde se halla ubicada la entidad ; por comparación entre el impuesto abonado por la entidad y lo que hubiera correspondido abonar por aplicación de la legislación del residente ; por encontrarse en jurisdicciones consideradas paraísos fiscales conforme a las listas elaboradas por cada una de las jurisdicciones. 2b) condiciones objetiva del residente: como que el mismo controle directa o indirectamente a la entidad, tomando como parámetro la participación en el capital (por lo general el 50 % o más), en los resultados o en los derechos a voto. 2c) condiciones objetivas respecto al tipo de rentas obtenidas por la entidad: A los fines de aplicación del régimen se consideran a las denominadas rentas pasivas. A los fines de evitar la doble imposición por la aplicación de este régimen se permite al residente computar como crédito de impuesto, en función de su participación, el impuesto análogo abonado por la entidad. Incluso en algunas legislaciones existe la posibilidad de aportar prueba en contrario, para que el contribuyente pueda demostrar que la entidad del exterior no tiene por objeto diferir, eludir o evadir el impuesto.

La legislación de la Argentina utiliza el *método objetivo o cedular* en forma *parcial* y que fuera tratado en el apartado anterior al analizar el artículo 133 de la ley del Impuesto a las Ganancias. Es de carácter parcial porque el régimen de TFI resulta solo aplicable a las sociedades por acciones, quedando fuera del mismo las participaciones en sociedades de personas, agrupaciones no societarias, condominios, fideicomisos, *trust*, y fondos comunes de inversión, en los casos en que pueda acreditarse la conformación de un fondo genuino . Lo destacable en este punto es señalar que la aplicación parcial del régimen se contraponen al principio de equidad y neutralidad antes señalado, porque permite, mediante la elección de una figura excluida, evitar la aplicación del régimen. Tampoco se ha previsto porcentajes de participación o manifestaciones de control o dirección en la entidad del exterior para la aplicación del régimen de TFI. Por lo tanto ante una mínima participación resulta aplicable el régimen. Pero en esto radica también el origen de los inconvenientes que se observa para la obtención de la información necesaria para la correcta determinación del impuesto por parte del accionista residente que no tiene el nivel de control necesario sobre la entidad del exterior. Otro de los requisitos necesarios para la aplicación del régimen es que las sociedades ubicadas en paraísos fiscales obtenga rentas pasivas que supere el 50 % de las rentas totales, definidas como rentas pasivas de acuerdo con las disposiciones del impuesto análogo al impuesto a las ganancias que se aplique en la jurisdicción donde se halla constituida o situada la sociedad del exterior. En caso de ausencia de legislación impositiva, se aplicará sobre los resultados brutos determinados conforme a la normativa contable del país, y que surja de los estados contables certificados por profesional habilitado. Sin embargo cabe la posibilidad de que en esas jurisdicciones no se exija la confección de estados contables, en esos casos el fisco no podrá exigir la presentación de los mismos. Por lo tanto esto genera otra situación de inequidad y falta de neutralidad con respecto a inversionistas argentinos que posean inversiones en jurisdicciones con impuestos análogos al de ganancias o que exijan la confección de estados contables, con respecto otro donde no existan dichas obligaciones. Otro de los aspectos controvertidos respecto al régimen aplicable en Argentina es que debería aplicarse para las rentas originadas en la enajenación de obligaciones negociables, comercial papers, certificados de plazo fijo, certificados de participación o títulos representativos de deuda en fideicomisos financieros, operaciones de pase, aceptaciones bancarias, ganancias que derivan de la

titularidad de inmuebles o derechos reales, transmisión de bienes y derechos mobiliarios, y las provenientes de ciertas actividades, como financiera, aseguradora, prestación de servicios (consultoría, marketing, publicidad, centro de distribución de gastos) .

1.5. Aplicación del régimen de Precios de Transferencia

Los precios de transferencia, en un mercado libre, son aquellos precios a los que un comprador está dispuesto a pagar, y un vendedor esta dispuesto a vender. Sin embargo, cuando las operaciones comerciales se realizan entre sujetos vinculados, el precio de las transacciones deben respetar el principio denominado en inglés *arm's length*, que significa la regla del "brazo extendido". Sino se respetara esta condición se crea un mercado imperfecto (porque no respeta la libre fuerza entre la demanda y la oferta), en las transacciones celebradas entre compañías vinculadas, donde al existir comunidad de intereses, el precio de la transacción suele ser más bajo o más elevado, según sea a que compañía beneficie en relación a la legislación impositiva y/o aduanera vigente en los estados en donde operan estas empresas multinacionales.

Por lo tanto, en teoría, los precios de transferencia son los que deberían pagarse entre partes independientes. Y los mismos adquieren importancia desde el punto de vista fiscal, porque afectan las bases imponibles, según el estado en donde se ubiquen las distintas filiales de las compañías multinacionales y afectando directamente los intereses fiscales de las jurisdicciones en donde se hallan ubicadas las citadas filiales. Por lo tanto la erosión de una base imponible de un determinado país, se realiza en detrimento de la otra jurisdicción que no tiene relación alguna entre sí. La manipulación de los precios de transferencia es aprovechada para aumentar las utilidades de las transacciones entre las compañías relacionadas, por medio de disminuirlas en aquellas jurisdicciones en donde la tasa efectiva del impuesto a los beneficios o renta sea superior al del resto de las jurisdicciones donde se ubican compañías del mismo conjunto económico.

El problema a resolver consiste en conocer cuál es ese precio, en aquellas situaciones en donde el mismo no ha sido pactado como entre partes independientes. Se busca precisamente un "precio *en igualdad de condiciones*", esto significa que debe encontrarse el precio usado en una transacción idéntica o comparable y que se haya celebrado entre partes independientes, bajo condiciones iguales o substancialmente similar. Sin embargo, debido a que la determinación de precios no es una ciencia exacta, se darán numerosas situaciones en que la aplicación de método o métodos más apropiados produzca una gama de figuras, todas las cuales son de manera relativa igualmente confiables.

Para poder aplicar este régimen resulta necesario definir que se entiende por empresas **vinculadas**. En este sentido el artículo 9 del modelo de convenio de la OCDE señala como empresas asociadas cuando una empresa de un Estado contratante (es decir que ha celebrado un convenio) participa directa o indirectamente en la dirección, el control o en el capital de la otra empresa (ubicada en el otro Estado contratante). También existen empresas vinculadas cuando las mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de empresas ubicadas en distintos Estados contratantes. Incluso el concepto de vinculación se extiende a aquellas situaciones en las cuales las relaciones comerciales o financieras existentes entre ambas difieran a las que suceden entre empresas independientes. Por su parte el artículo 1º a continuación del artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias de Argentina, establece que habrá **vinculación económica** entre las sociedades de capital o cualquier otro tipo de sociedad constituida en el país e incluso un establecimiento permanente ubicado en el país con personas, entidades o establecimientos, domiciliados, constituidos o ubicados en el exterior, con los cuales realicen transacciones, si están sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas . Incluso la vinculación económica se configura cuando por su participación en el capital o su grado de acreencias, o por sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, les permitan poder de decisión para orientar o definir las actividades de estas sociedades, establecimientos u entidades.

También se aplica este régimen cuando los establecimientos estables domiciliados o ubicados en el país ó las sociedades de capital u otros tipos de sociedades constituidas en el país realicen operaciones con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicada en países de baja o nula tributación, porque el segundo párrafo del artículo 15 de la ley de Ganancias, establece la presunción que tales operaciones no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes, invirtiendo la carga de la prueba a los contribuyentes involucrados en tales operaciones. A su vez el artículo 21 del Decreto Reglamentario de la Ley de Ganancias establece que el régimen de precios de transferencia será aplicable para las operaciones de exportación e importación, aun cuando no se configure los supuestos de vinculación del artículo 15 de la ley (vinculación económica entre sujetos), cuando el exportador o el importador según sea el caso, sea una persona física o jurídica domiciliada, constituida o ubicada en jurisdicciones de baja o nula tributación, invirtiendo la carga de la prueba a los contribuyentes involucrados en tales operaciones .

Con respecto a la determinación de los precios de transferencia la tipología de métodos más utilizado es el denominado *métodos de precios comparables como entre partes independientes*, que es el adoptado por la legislación argentina, en virtud del cual las operaciones celebradas entre empresas integrantes de un mismo conjunto económico no resultan impugnables en cuanto se ajusten a condiciones de mercado entre partes independientes. Con relación a este método, se considera que respeta el principio de coherencia internacional y la competitividad de las empresas en el concierto internacional. Es el criterio mayoritariamente adoptado por otros países y permite a las autoridades fiscales locales armonizar los criterios de fiscalización internacional y preservación de la base imponible frente a las autoridades fiscales de otros países con similares legislaciones. Para la aplicación de este método es relevante que las transacciones sean *comparables*. Y por comparable, implica que las diferencias no modifican el precio o el margen de utilidad, o de lo contrario, se pueden efectuar los ajustes necesarios para eliminar los efectos de las diferencias (Art. 2 s/nª a cont. Del art. 21 del D.R. de la Ley de Ganancias). Para la correcta aplicación de este método es necesario aplicarlo a cada transacción y el análisis debe efectuarse para cada una de ellas, respetando la forma contractual elegida, salvo que corresponda aplicar el principio de la realidad económica.

El artículo 1 s/nª a continuación del artículo 21 del Decreto Reglamentario de la Ley de Ganancias describe los métodos utilizables a fin de determinar el precio de transferencia en los supuestos antes señalados.

El primer método es el denominado **Precio Comparable entre partes independientes**. Consiste en aplicar el precio que se hubiera pactado en operaciones celebradas entre partes independientes en transacciones comparables.

El segundo método planteado es el denominado **Precio de reventa entre partes independientes**. Se trata de determinar el precio de adquisición de un bien o servicio que se pacta entre partes relacionadas, por medio de determinar en primer término el precio de venta de la operación que se pacta entre partes independientes en operaciones comparables y restarle el margen de utilidad bruta que se hubiera pactado entre partes independientes en operaciones comparables, a fin de llegar a ese precio de adquisición que se hubiera pactado entre partes independientes. A los efectos de determinar el margen de utilidad bruta se debe calcular el coeficiente (margen de utilidad bruta/ventas).

El tercer método planteado es el denominado **Costos más beneficios**. Surge de multiplicar al costo de los bienes o servicios, el porcentaje de utilidad bruta. Dicho margen de utilidad bruta se calcula para transacciones comparables y celebradas entre partes independientes. A los efectos de determinar el margen utilidad bruta se debe calcular el coeficiente (margen de utilidad bruta/costos de ventas).

El cuarto método planteado es el denominado **División de Ganancias**. Se aplica para la asignación de ganancias obtenidas entre partes vinculadas. Lo que se busca es determinar la proporción de ganancia que le correspondería a cada parte si la operación se hubiera pactado entre partes independientes. Para ello se deberá determinar la ganancia global por medio de sumar las ganancias asignadas a cada una de las partes vinculadas involucradas en la transacción bajo análisis. Luego se procede a la determinación de la ganancia que le

corresponde a cada parte vinculada en función de considerar los activos, costos y gastos de cada una de ellas, con relación a las transacciones que hubiera realizado entre las mismas.

El quinto método planteado es el denominado **Margen neto de la transacción**. Se trata de determinar cual es el margen neto aplicado en operaciones comparables celebradas con otros sujetos no vinculados o celebrados entre partes independientes, a fin de aplicarlo a la operación celebrada con sujetos vinculados. A los fines de determinar dicho margen se puede aplicar distintos *ratios* tales como: utilidad/activos; utilidad/ventas; utilidad/costos; utilidad/gastos; utilidad/flujos monetarios.

Por su parte el art. 3 s/n^a a continuación del artículo 21 del D.R. de la Ley del Impuesto a las Ganancias establece una serie de pautas a fin eliminar las diferencias que pudieran existir a los efectos de la comparabilidad de las operaciones celebradas entre partes independientes. Al solo efecto de hacerlos más didácticos, se ha agrupado estas pautas señaladas en los siguientes ítems:

- Componentes financieros de la operación: plazo de pago; la tasa utilizada por el proveedor; las comisiones; gastos administrativos; otros conceptos incluidos en la financiación;
- Componentes comerciales: descuentos y bonificaciones por cantidad; cargos por promoción; propaganda o publicidad; costos de intermediación; acondicionamiento, fletes y seguros;
- Componentes monetarios: Por la diferencia en la fecha de celebración de las transacciones se debe tener en cuenta las variaciones en el tipo de cambio; como las variaciones en el Índice de precios al por mayor nivel general;
- Componentes físicos: Se debe tener en cuenta los diferentes costos de producción de bienes y servicios;

Con respecto a las exportaciones el artículo 15 de la ley del Impuesto a las Ganancias, establece que tratándose de exportaciones efectuadas a sujetos vinculados, y que tengan por objeto bienes tales como cereales, oleaginosas, y demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y en general, bienes que posean una cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el **valor de cotización del bien en el mercado transparente** correspondiente al día de la carga de la mercadería, cualquiera sea el medio de transporte, y sin considerar el precio que se hubiera pactado con el intermediario internacional. Sin embargo el párrafo siguiente aclara que en caso que el precio convenido con el intermediario sea mayor al precio de cotización vigente a la fecha de la carga de la mercadería, se deberá tomar el mayor, es decir el precio convenido con el intermediario. Este método es utilizado por las administraciones aduaneras también para determinar los derechos de exportación, y en este punto cabe citar algunas reflexiones vinculadas a nuestra legislación y que debería ser objeto de redefinición según la opinión de algunos autores. En primer término, el criterio de ajuste de precios de transferencia en materia de importación y exportación de mercaderías tomando como base a los precios mayoristas en los mercados de origen (importaciones) ó destino (exportaciones), se apartaría del principio de coherencia internacional por lo siguiente: 1) se aplica entre partes independientes (ver art. 11 – 1^a párrafo del DR de la Ley del Impuesto a las Ganancias), situaciones donde no resulta posible la manipulación de los precios de transferencia ni el riesgo de la erosión de la base imponible; 2) el mencionado ajuste puede no reflejar un precio comparable como entre partes independientes. En la misma línea de pensamiento se señala como crítica que la aplicación del régimen de precios de transferencia a transacciones entre partes independientes cuando una de ellas está ubicada en una jurisdicción de baja o nula tributación– 2^a párrafo del art. 15 de la ley de ganancias presume de pleno derecho que tales operaciones no serán consideradas ajustadas a las prácticas de mercado como entre partes independientes.

1.6. Aplicación de normas sobre capitalización exigua

Se considera que existe subcapitalización cuando una empresa es “aparentemente” financiada con capital de terceros, pero en la realidad, la financiación es con capital propio. Debe tenerse presente que el financiamiento a través del capital de terceros es más económico desde el punto de vista tributario, porque se permite la deducción de los intereses pasivos en la determinación del impuesto a las rentas o ganancias. Así las filiales de las empresas multinacionales ubicadas en países con altos niveles de tributación suelen ser financiadas mediante filiales o matrices ubicadas en jurisdicciones de baja o nula tributación (*tax haven*). En los casos en que existan convenios para evitar la doble imposición entre dos jurisdicciones, los intereses podrían no estar sujetos a retención en la fuente ó aplicarse tasas reducidas, esto implicaría que los intereses pagados por la filial que recibe el préstamo no debería aplicarle la retención por los intereses girados a la filial o matriz del exterior, que ha otorgado el préstamo. Y aún en los casos en que no exista un convenio (CDI), por lo general, la tasa de retención en la fuente es menor para los intereses que para los dividendos. El motivo fundamental de la subcapitalización, esta dado básicamente por el diferente tratamiento fiscal que se sigue a los intereses y a los dividendos. Los intereses son deducibles en el balance fiscal de la deudora y se encuentran sometidos a tasas de retención reducidas en el caso de existir un CDI, mientras que los dividendos no son deducibles. La subcapitalización es un mecanismo de planificación fiscal, y que produce opacidad fiscal, en relación a los reales costos por el financiamiento obtenido por las empresas. Para combatir estas prácticas fiscales nocivas, la ley 25.063 introdujo por primera vez en la Ley del Impuesto a las Ganancias de Argentina, un régimen de capitalización exigua como test necesario para determinar la deducibilidad o no de los intereses resultantes del endeudamiento de carácter financiero . La citada norma luego ha sido modificada por la Ley N° 25.784/2003. Estas normas de capitalización exigua no se aplican a las entidades financieras locales regidas por la ley N° 21.526, como tampoco a los intereses de deudas correspondientes a préstamos otorgados por personas físicas o sucesiones indivisas del país. Tampoco se aplican a los préstamos del exterior sujetos a una retención en la fuente del 35 %, que es la alícuota máxima del impuesto a las ganancias en la Argentina (esto surge por aplicación del artículo 93 inciso c apartado 2 de la ley de impuesto a las Ganancias que fija una presunción para los intereses provenientes de préstamos cuando el acreedor sea una entidad bancaria o financiera radicada en jurisdicciones consideradas de nula o baja tributación, estableciendo que tales pagos corresponden a un 100 % a ganancias de fuente argentina y tributa sobre la tasa máxima del impuesto que es del 35,00 %).

Así los intereses no alcanzados por las referidas exclusiones están sujetos a las normas sobre capitalización exigua, y no serán deducibles en el balance impositivo en la proporción que supere:

El monto del pasivo que los origina al cierre del ejercicio, y que exceda a 2 (dos) veces el importe del Patrimonio Neto valuado también al cierre del ejercicio. Este parámetro corresponden a la modificación introducida por la Ley N° 25.784/2003.

El excedente de intereses tendrá el tratamiento de dividendos, resultando no deducibles.

2. Las recomendaciones sobre las mejores prácticas a seguir por las administraciones tributarias

En este apartado se harán referencias sobre las recomendaciones vinculadas a las mejoras prácticas a seguir por las administraciones tributarias, en la lucha contra el fraude fiscal internacional.

2.1. El efectivo intercambio de información

El intercambio internacional de informaciones tributarias, es un factor clave, para que las administraciones tributarias puedan cumplir eficazmente sus funciones de control del cumplimiento de las obligaciones tributarias. Es ampliamente reconocido que cada vez resulta más difícil controlar la evasión tributaria si no se dispone del auxilio de la información sobre los hechos económicos ocurridos en el exterior, o sobre personas domiciliadas en otros países, o sobre bienes ubicados en el extranjero. Si no se cuenta con esta información cruzada, las herramientas legislativas elaboradas por los países como los analizados en los párrafos anteriores, se transformarían en letra muerta.

En este sentido si bien es necesario destacar los avances producidos, es necesario destacar que muchas de las jurisdicciones denominadas *tax haven* o *paraísos fiscales*, se caracterizan por carecer de un auténtico sistema informativo, con lo cual los compromisos asumidos por algunas de ellas, pueden quedar como meras declaraciones de intenciones respecto al intercambio efectivo de información. Por su parte, no es posible desconocer que hay países y territorios que no son calificados habitualmente como *tax haven*, pero que incorporan rasgos relacionados con la falta de cooperación en la práctica o de ausencia de un sistema de información lo suficientemente avanzado, todo lo cual atenta para una solución satisfactoria al problema del uso de los *tax haven*. El intercambio de información en el plano internacional puede producirse de manera informal, sin que exista un compromiso formal, casi por la actitud de cortesía o solidaridad entre los países. Esta forma de intercambio de la información, que no deja de ser útil en determinadas circunstancias, presenta como principal inconveniente de no contar con el suficiente respaldo jurídico, aparte de ser por lo general de carácter esporádica e inarticulada y sujeta a todas las limitaciones legales internas del país informante, como a su buena voluntad en lo relativo a la oportunidad, extensión y forma de ser presentada la misma. Por ello se ha planteado a nivel internacional la necesidad de celebrar acuerdos internacionales de intercambio de información que posibilite a los Estados contratantes el acceso de informaciones que no podrían haber obtenido utilizando sus medios internos. La forma más utilizada para celebrar convenios de intercambio de información ha sido a través de cláusulas incorporadas en los tratados amplios para evitar la doble imposición internacional. En este sentido el modelo de convenio de la OCDE, establece en su artículo 26 una cláusula referida al intercambio de información, del cuál destacamos los siguientes aspectos sustanciales:

“1. Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los artículos 1 y 2.”

De la lectura del artículo señalado surge que el intercambio de información no esta sujeta únicamente a los impuestos objeto del convenio sino que puede ser relativa a: *“a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por el Estados contratantes”*. Esto representa un avance importante con respecto al artículo original de este modelo, en el cual se limitaba el intercambio de información únicamente a los impuestos que han sido objetos de un convenio para evitar la doble imposición. Incluso el intercambio de información no estará sujeto a las limitaciones del artículo 1 que se refiere a las personas comprendidas en un determinado convenio (un convenio solo se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes). Esto último también ha sido modificado con respecto a redacciones anteriores del artículo e implica un avance significativo en el intercambio de información, porque como hemos señalado en algunos de los ejemplos vistos a lo largo del presente trabajo, las operaciones de planificación fiscal involucran a distintas personas residentes o no de los países afectados. Por lo tanto para poder romper las tramas de fraude y de opacidad fiscal, es necesario contar con un amplio espectro de información, y la anterior limitación referida únicamente a las personas residentes de los países contratantes representaba un serio obstáculo para poder conocer la realidad económica subyacente.

“2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación a los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.”

Con relación a esta previsión de mantener el mismo grado de reserva la información obtenida de un Estado contratante, que la información propia, no debería verse como una limitación. Por el contrario, esta cláusula es la que da el marco de seguridad jurídica y legitimidad a la información obtenida del exterior, de ser tratada de igual manera que la información interna.

“3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, a de las del otro Estado contratante;

c) Suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.”

En este apartado, lo que se busca es darle el marco de legalidad y legitimidad a este intercambio de información, precisamente para que la información recibida no sea cuestionada por ser violatoria de disposiciones legales vigentes en el derecho interno de cada uno de los países involucrados. Incluso señala que no sea contrario a las prácticas administrativas del Estado, preservando la legitimidad de la información y de las fuentes para acceder a las mismas.

“4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente Artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés doméstico en la misma.”

En este apartado se sienta otros de los principios que debería regir en los convenios de intercambio de información y que esta basado en el principio de solidaridad entre los Estados contratantes. Esto significa para el Estado informante, que debería proporcionar esa información al otro Estado contratante que lo solicite, aún cuando dicha información no reviste interés inmediato para sus intereses internos.

“5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.”

Este último apartado, a nuestro criterio resume uno de los principios que debe prevalecer en materia de intercambio de información para combatir el fraude fiscal internacional y la opacidad fiscal que se crea a partir del mismo. A fin de darle una denominación la llamaremos el principio de la *Integralidad*¹⁰ de la información. En el sentido de brindar información sustancial no solo de carácter estrictamente fiscal, que por lo general es la información que suministran los

¹⁰ En contabilidad la Integralidad de la información se refiere a que la misma debe incluir todo lo necesario para una representación fidedigna del fenómeno que pretende describir.

contribuyentes a sus fiscos, a través de las declaraciones juradas ó los regímenes de información, sino también información provenientes de otras fuentes como es la proveniente del sistema financiero. Son numerosas las experiencias exitosas en materia de detección del fraude fiscal por medio de seguir la “ruta del dinero”, y esta información obra en poder de los bancos e instituciones financieras. En este sentido los Estados contratantes deberían implementar estos sistemas de intercambio de información desde un punto de vista integral abarcando las distintas áreas de control que ejercen en el ejercicio de sus potestades, por medio de arbitrar los medios que les permitan compartir información de distinta índole y que analizadas en su conjunto y vinculadas con la información de carácter estrictamente fiscal, puedan romper el velo montado por los defraudadores, que por el carácter de autodeclaración y autodeterminación en la mayoría de los sistemas tributarios, esta sujeta a las limitaciones que les impongan precisamente los sujetos pasivos de la tributación como son los contribuyentes .

Otra de las vías vinculadas al tema de intercambio de información, es la celebración de *tratados específicos de intercambio de información*, sobre todo si tenemos presente el incremento de la magnitud y complejidad de las relaciones económicas internacionales como consecuencia de la globalización, y por ello se hace necesario la celebración de tratados específicos, desvinculado de la necesidad de evitar únicamente la doble imposición, y que tenga por objetivo específico el combate a la evasión y elusión tributarias. Se ha observado que los convenios de intercambio de información celebrados en el marco de evitar la doble imposición, son de carácter limitado porque responden a ese objetivo principal y con excepción a la redacción que hemos transcrita del artículo 26 del Modelo de la OCDE del año 2000, que contempla una mayor apertura para su aplicación a los otros impuestos, los otros modelos o convenios celebrados se restringen a los impuestos a la renta y el patrimonio, que son los tributos que mayores problemas representan en materia de doble imposición internacional .

2.2. Implementación de nuevos esquemas de investigación del fraude fiscal para las Administraciones Fiscales

En este apartado se hará referencia sobre algunas de las mejores prácticas recomendadas para las administraciones tributarias en la investigación del fraude tributario con la finalidad de aportar nuevos puntos de vistas para afrontar este problema. En este sentido y a nivel general de todas las administraciones tributarias, sus sistemas de información responde a las necesidades generales del modelo tributario, pero no está orientado a los objetivos propios de hacer inteligencia fiscal. Lo que se debe propender a conseguir es a la *detección precoz de los fenómenos fraudulentos*, y para ello se requiere de instrumentos de análisis y de información, centrados en el propio desenvolvimiento de esas actividades, que actualmente se desarrollan en redes delictivas altamente planificadas y organizadas. De igual manera que los sistemas de información, los sistemas de control que se sustentan en los primeros, son adecuados para la verificación de los cumplimientos de los contribuyentes de sus obligaciones tributarias, incluso de la verificación contable, pero son deficientes como fuente de información para el conocimiento de las nuevas modalidades emergentes de fraude.

Por tal motivo entre las recomendaciones sugeridas están el desarrollo de instrumentos operativos e informáticos para la detección precoz del fraude y la evaluación de riesgos. También se sugiere la implementación de sistemas de análisis estratégicos de la información, tanto de los sistemas desarrollados por la administración tributaria, como la derivada de las investigaciones desarrolladas con métodos policiales.

2.3. Utilización de las técnicas vinculadas al delito de blanqueo de capitales

En este punto se analiza la opinión de diversos expertos, quienes sostienen que en la lucha contra el fraude fiscal las administraciones tributarias deberían fijar su atención en las técnicas utilizadas para cometer el blanqueo de capitales, porque se ha observado como nuevas

modalidades para cometer fraude fiscal la utilización de los paraísos fiscales, de testaferros, sociedades interpuestas, entre otros, siendo éstas prácticas comunes que se utilizan tanto en las redes de defraudación fiscal y como en las redes que blanquean capitales producto de otras actividades ilícitas como el narcotráfico, terrorismo entre otras, en las cuáles, también existe la necesidad del retorno de las utilidades obtenidas en el exterior, y han sido opacadas de la visión del fisco para no tributar o tributar menos (casos de fraude fiscal), o de la visión del poder de policía del Estado (en casos vinculados a delitos como el narcotráfico, terrorismo, etc.).

2.4. Creación de una oficina integral especializada en la investigación del fraude fiscal y el blanqueo de capitales

Estrechamente vinculado a lo mencionado en el ítem anterior, en este apartado se hace referencias a la recomendación efectuada por diversos organismos internacionales que de manera insistente señalan la colaboración entre los órganos de lucha contra el fraude fiscal y contra el blanqueo de capitales. Así en algunos países es un único órgano el que se encarga de ambas funciones. En otros países se intenta reforzar la coordinación y unidad de actuaciones en este ámbito. En general, las experiencias internacionales recomiendan que la unidad de inteligencia fiscal esté muy estrechamente relacionada con los órganos de inteligencia financiera que combaten el blanqueo de capitales, disponiendo a través de la policía fiscal de accesos operativos a los antecedentes de los sujetos implicados y estableciendo contactos permanentes con los órganos de contralor del sistema financiero. En este sentido existe una tendencia internacional a la creación de centros especializados integralmente en inteligencia fiscal y financiera, cuya misión no es únicamente la detección de fraudes fiscales a través de circuitos económicos y financieros, sino también la lucha contra el blanqueo de capitales. Entre las ventajas de esta unificación se señalan las siguientes: 1) facilita el establecimiento de planes integrales y estrategias a nivel nacional; 2) se integra la investigación del fraude fiscal y del blanqueo de capitales para los cuáles se utilizan similares medios para llevarlos a cabo cuando no idénticos; 3) favorece a una colaboración intensa y eficiente con la Administración de Justicia;

2.5. Creación de la policía fiscal

La creación de una policía fiscal tiene sus fundamentos en la experiencia internacional. Precisamente la carencia de la misma, constituye una de las dificultades para el desarrollo de actuaciones de investigación que aborden en forma estructural el fenómeno del fraude organizado. La policía fiscal debería tener una doble condición: policía administrativa especial de apoyo a las actuaciones de investigación administrativa (esto es en el ámbito de actuación de las administraciones tributarias) y la policía judicial para la investigación en sede judicial de los delitos tributarios.

2.6. Rediseño de los mecanismos de denuncia penal

Esta recomendación si bien esta basada en la experiencia de la Administración Tributaria Española, es aplicable a otras Administraciones Tributarias. Dentro del Plan de Prevención del Fraude Fiscal (2005) se señalaba que la Administración Tributaria Española no había desempeñado un papel lo suficientemente activo en el impulso de los procedimientos penales, por no haber acudido a los tribunales con un "plan de trabajo o investigación idóneo" para lograr el esclarecimiento de los hechos, por medio de aportarle a la autoridad judicial de las recomendaciones en materia probatoria que sean idóneas para la resolución del caso. Si bien parece pacífica la opinión de que la etapa de investigación previa a la denuncia penal corresponda a la Administración Tributaria, al efectuar esta la denuncia penal debería presentar

obligatoriamente propuestas de planes de trabajo para la continuación de las actuaciones en sede judicial, que le permitan al Juez un desarrollo adecuado de las diligencias a realizar para obtener las pruebas y garantizar la responsabilidad de los presuntos implicados.

3. Recomendaciones de mejoras en los sistemas de información y control en las otras áreas del Estado

En este apartado haremos una breve referencia vinculada a recomendaciones sobre las otras áreas del Estado que deberían trabajar en cooperación en defensa de los intereses generales, en estrecha colaboración con las Administraciones Tributarias, los Bancos Centrales y los organismos de control del Mercado de Capitales. A continuación se hará referencias algunas medidas implementadas para el control del sistema financiero y sus resultados a la luz de la experiencia adquirida por los países que la desarrollaron.

3.1. La bancarización y sus limitaciones

En fechas recientes se ha establecido la bancarización en el Ecuador a través de la Reforma Tributaria llevada a cabo en este país. La reforma estableció que en operaciones de más de US\$ 5.000 es obligatorio utilizar una institución del sistema financiero para realizar pagos, a través de giros de transferencias de fondos, tarjetas de crédito y débito y cheques. El incumplimiento de esta obligatoriedad conlleva a los efectos fiscales la imposibilidad de deducir como costos o gastos, cada operación superior a los US\$ 5000 en la determinación del Impuesto a la Renta (IR), y la imposibilidad de computar el crédito tributario en el Impuesto al Valor Agregado (IVA). Para la utilización como deducción o crédito, según corresponda, es necesaria la utilización de los medios de pagos antes citado, con cuya constancia y el comprobante de venta correspondiente a la adquisición, justificará la deducción o el crédito tributario. Si bien se señaló como fundamentos de esta reforma, la pretensión de evitar transacciones ficticias que tienen por finalidad la evasión tributaria, la realidad implica que el objetivo esencial es formalizar las transacciones para evitar la evasión fiscal.

Este sistema al que se lo denominó bancarización, ya había sido implementado por varios países del continente (Argentina, Chile, Guatemala, Perú, entre otros), y el objetivo ha sido lograr formalizar las transacciones económicas y de esta manera, al dejar rastro en el sistema bancario, facilitar el control por parte de las Administraciones Tributarias de las transacciones que pasaran por el sistema bancario y no fueran declaradas ante el Fisco. No obstante de esta intención, cabe mencionar que la Justicia de muchos países ha sido renuente a evitar la deducción de gastos o al cómputo del crédito fiscal ante la falta de una transacción financiera, alegando que ello vulnera las garantías constitucionales, porque el sistema actual se basa en desconocer la veracidad de las operaciones que se realizan fuera del sistema financiero para otorgar los beneficios fiscales (como la deducción de gastos en los impuestos sobre las rentas o del crédito fiscal en el IVA). Sobre todo es objetado en la Justicia cuando se probó que la transacción se efectuó, por lo que esta estrategia ha tenido serias dificultades de aplicación en los países que la adoptaron.

3.2. Introducción de mejoras en la cooperación en el intercambio de información entre los organismos del Estado

Se trata de poner en funcionamiento estructuras de cooperación e intercambio de información que englobe a las autoridades fiscales, los órganos de supervisión financiera, el Ministerio de Justicia, los servicios de inteligencia, la Unidad de información financiera y los órganos de represión de delitos. Resulta necesario también implementar y coordinar con la investigación

fiscal desarrollada por la administración tributaria o por unidades especiales conforme a las recomendaciones antes efectuadas, la investigación financiera.

Conclusiones

A través del presente trabajo se ha procurado presentar las distintas facetas involucradas en las tramas de fraude fiscal y que tienen como efecto subyacente buscar la opacidad fiscal de esas operaciones precisamente para garantizar que tales operaciones no sean descubiertas por las administraciones fiscales, neutralizando de esta manera los riesgos que implican efectuar negocios al margen de la legalidad. Resulta por lo tanto casi ineludible cuando nos referimos al tema de fraude fiscal, no hacer referencia a que tales tramas llevan en forma intrínseca una planificación y estudio previo de los mecanismos existentes para que tales operaciones permanezcan opacas a los sistemas de detección de fraude y/o evasión fiscal desarrollados por las administraciones tributarias involucradas en determinado negocio. Y se puede advertir en forma casi inmediata que los mecanismos de lucha contra el fraude fiscal deben comenzar precisamente por medio de romper el velo de la opacidad de las operaciones, patrimonios y rentas involucradas como paso inicial para combatir el fraude fiscal organizado. El “correr el velo” de la opacidad fiscal de estas operaciones, patrimonio y rentas, hábilmente tapadas por las tramas de fraude constituye un reto de enormes proporciones, que abarca un sinnúmero de situaciones, y verdaderas ingenierías fiscales, que aprovechan cualquier vestigio de vacío en el control por parte de los Estados. Dichos vacíos en el control pueden ser de carácter legislativo, como también de carácter operativo e incluso la falta de una real y eficiente cooperación y asistencia mutua entre los Estados para combatir el flagelo del fraude fiscal y de la evasión como resultado del mismo. En estos momentos todo parece sugerir que existe un fuerte consenso en el concierto internacional sobre la necesidad de reforzar e intensificar la cooperación y la asistencia internacional entre los Estados para poner límites a la multiplicidad de herramientas utilizadas para desarrollar estas tramas de fraude fiscal. Sin embargo, también se ha querido dejar plasmado que previo a enfocarse cada uno de los Estados a tareas de cooperación con otros Estados, es necesario la coordinación y el trabajo integral de los distintos organismos de cada Estado en la lucha contra este flagelo. Porque no solo nos referimos a cuestiones estrictamente fiscales, sino también a otras vinculadas a los sistemas financieros y económicos de los países.

Bibliografía

- Paraísos Fiscales – Aspectos Tributarios y Societarios de Ricardo Enrique Riveiro – Editorial Integra Internacional.
- Fiscalidad y Cohesión Social – Sistemas Tributarios de América Latina (situación actual, reformas y políticas para promover la cohesión social) por Darío González; Carol Martinoli; José Luis Pedraza – Instituto de Estudios Fiscales – España (Edición 2009).
- Impuestos sobre el Comercio Internacional de Víctor Uckmar; Alejandro C. Altamirano; Heleno Taveira Torres (Coordinadores) – Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Los negocios y la tributación de Jorge Gustavo Páez; Lidia Carrera y Helena Tarris – Editorial Edicon (Fondo Editorial Consejo) – Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires .
- La Evasión Fiscal y los Acuerdos de Internacionales de Colaboración por Humberto Bertazza – XIII Encuentro Internacional de Administradores Tributarios en Argentina.
- Uruguay – Paraísos Fiscales: ¿Elusión o Evasión? – de Alba Betina Peña Delgado; María Eugenia Cabral Trebino; Marcia Sylvia Grostein Orzuj – XXIV Conferencia Interamericana de Contabilidad .
- Los nuevos mecanismos de fraude fiscal. Algunas propuestas para un modelo de investigación por Juan Manuel Vera Priego. Fundación Alternativas. – Documento de trabajo 131/2008.