

14° Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto de 2012

Comisión N° 2: “Aspectos controvertidos para una reforma tributaria”

Andrés Edelstein

I – Introducción

Hacia fines del pasado año se dio a conocer a través de los medios la existencia de un proyecto de ley elaborado por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y que se ha dado en denominar “Plan Antievasión III”.

El proyecto en cuestión incluye importantes y trascendentes cambios en materia fiscal, propiciando la introducción de reformas a las legislaciones de diversos gravámenes, entre otras la del Impuesto a las Ganancias, Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, Impuesto sobre los Bienes Personales, Impuesto al Valor Agregado e Impuestos Internos.

Tratándose de un verdadero paquete de medidas fiscales, la propuesta nos brinda la posibilidad de abordar el análisis de una muy variada gama de cuestiones.

En el presente trabajo nos referiremos a las modificaciones que se proponen para la Ley del Impuesto a las Ganancias (en adelante “LIG”) y la Ley de Procedimiento Tributario (en adelante “LPT”), especialmente en lo que respecta a las potenciales implicancias que las mismas traerían aparejadas para las operaciones internacionales.

Sobre el mencionado tópico, podemos observar que los cambios que se contemplan tienen los siguientes ejes centrales:

- La modificación del tratamiento de las ganancias de capital obtenidas por sujetos beneficiarios del exterior por ventas de acciones y demás títulos valores;
- Las transacciones celebradas con personas o entidades radicadas en países o jurisdicciones de baja o nula tributación, para las cuales se establecen una serie de medidas tendientes a desincentivar la utilización de sociedades constituidas en los denominados “paraísos fiscales”, incluyendo el mero empleo de cuentas bancarias abiertas en entidades financieras radicadas en dichas jurisdicciones;
- Las operaciones celebradas con entidades vinculadas del exterior y la temática de precios de transferencia. Sobre el particular, se propone modificar la LPT para introducir la figura de los denominados Acuerdos Anticipados de Precios que podrán celebrar los contribuyentes con la Administración Federal de Ingresos Públicos.

II – Operaciones internacionales - implicancias

Seguidamente abordaremos el análisis de las referidas cuestiones vinculadas a las operaciones internacionales.

i. Ganancias de capital obtenidas por beneficiarios del exterior

Tratamiento vigente:

En la actualidad, las ganancias que obtienen los beneficiarios del exterior al enajenar acciones de sociedades argentinas no se encuentran sujetas a imposición en nuestro país.

Este tratamiento se basa en las disposiciones del Decreto 2284/91, cuyo articulado establece, en lo que resulta relevante para nuestros fines, lo siguiente:

Artículo 78: “Exímese del impuesto a las ganancias a los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, bonos y demás títulos valores obtenidas por personas físicas, jurídicas y sucesiones indivisas beneficiarios del exterior (en cuyo caso no será de aplicación la limitación del Artículo 21 de la Ley de Impuesto a las Ganancias — texto ordenado en 1986—).”

Sin el ánimo de adentrarnos en una discusión que excede el propósito del presente trabajo, puede decirse que la citada dispensa también resultaría

aplicable cuando la titularidad de las acciones corresponda a sociedades del exterior que pudieran encuadrar en la categoría de sociedades “*offshore*”, esto es aquéllas que por su naturaleza jurídica o sus estatutos tienen por actividad principal realizar inversiones fuera de la jurisdicción del país de constitución y/o no puedan ejercer en la misma ciertas operaciones y/o inversiones expresamente determinadas en el régimen legal o estatutario que las regula.

La interpretación antes esbozada estaría en línea con lo afirmado oportunamente por la Procuración del Tesoro de la Nación, cuando se expidiera por la no aplicabilidad de las reformas introducidas por la Ley 25.414 y el Decreto 493/01, todo ello a partir de la vigencia de la Ley 25.556¹.

Proyecto de reforma:

El proyecto de reforma que nos ocupa, en lo que concierne a la LIG, establece en su artículo 19 la derogación lisa y llana del artículo 78 del Decreto 2284/91, alternando radicalmente el tratamiento de las ganancias de capital obtenidas por beneficiarios del exterior, principalmente las derivadas de ventas de acciones de sociedades argentinas.

En tal sentido, adviértase que se mantienen las restantes exenciones para las ganancias derivadas de títulos, acciones, cédulas, letras, obligaciones y demás valores emitidos o que se emitan en el futuro por entidades oficiales cuando exista una ley general o especial que así lo disponga o cuando lo resuelva el Poder Ejecutivo (artículo 20 inciso k) de la LIG).

Por otra parte y en lo que concierne a los resultados provenientes de la enajenación de acciones, el proyecto introduce una modificación a la exención contemplada por el artículo 20 inciso w) de la LIG, cuyo primer párrafo reproduce el texto incorporado por el Decreto 493/01 y que quedaría redactado de la siguiente manera:

"los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas, en tanto no resulten comprendidas en las previsiones del inciso c), del artículo 49, excluidos los originados en las citadas operaciones, que tengan por objeto acciones que no coticen en bolsas o mercados de valores, cuando los referidos sujetos sean residentes en el país."

Evidentemente esta limitación de la exención actualmente vigente (o derogación parcial de la misma), sumada a la ampliación del objeto del gravamen que se propone a través de la modificación del artículo 2° y por la cual se añaden al

¹ Dictamen PTN 351/2003.

concepto de ganancias los resultados obtenidos por la enajenación de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores y de bienes muebles amortizables, cualquiera fuera el sujeto que los obtenga, tiene por objeto someter a imposición las ganancias de personas físicas argentinas cuando se trata de acciones que no cotizan en bolsas o mercados.

En lo que respecta a las personas físicas y sucesiones indivisas que revistan la condición de beneficiarios del exterior, una primera consideración nos llevaría a concluir que la citada limitación no resulta aplicable, por así disponerlo la parte final del primer párrafo del inciso w) del artículo 20.

De esta manera, para estos sujetos se mantendría el tratamiento exentivo, sin importar si las acciones que se enajenan cotizan en bolsas o mercados. No obstante, al derogarse el artículo 78 del Decreto 2284 se tornaría plenamente aplicable el artículo 21 de la LIG (transferencias de ingresos a fiscos extranjeros), y la exención no producirá efectos, total o parcialmente, en la medida de la tributación que le corresponda al sujeto del exterior en su país de residencia.

En caso de producirse la mencionada transferencia, esto es que el país del individuo extranjero titular de las acciones argentinas someta a imposición los beneficios producidos por la enajenación de las mismas, el impuesto argentino resultará aplicable, situación que en principio también afectaría a las acciones que cotizan en bolsas o mercados de valores. Advertimos que esta circunstancia generaría una distorsión con respecto al tratamiento de otros instrumentos financieros colocados por oferta pública, tales como las obligaciones negociables o los títulos emitidos por fideicomisos financieros, los cuales están sujetos a regímenes especiales que establecen la exención del gravamen para los intereses y los resultados de compraventa, cambio, permuta, conversión y disposición obtenidos por beneficiarios del exterior, y al mismo tiempo disponen la no aplicación del artículo 21 de la LIG².

Si no se introdujeran cambios a la propuesta (a nuestro entender sería conveniente la revisión del proyecto dada la existencia de diversas cuestiones que requerirían precisiones adicionales y adecuaciones, que más adelante puntualizaremos), el impuesto correspondiente deberá ser satisfecho a través de la retención con carácter de pago único y definitivo a practicar por el adquirente o pagador, la cual debería calcularse, en principio, de acuerdo a las siguientes pautas:

² Nos referimos concretamente a las disposiciones de las Leyes 23.576 y 24.441 que regulan el tratamiento impositivo para las obligaciones negociables y fideicomisos financieros, respectivamente.

- En el caso de empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior, aplicando la alícuota del 17.5% sobre el monto de la operación.

Dicho porcentaje surge de aplicar la alícuota de impuesto del 35% sobre el 50% de ganancia neta presunta que establece el artículo 93 inciso g) de la LIG para el caso de transferencia a título oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país. A opción del beneficiario, podrá aplicarse la alícuota del 35% sobre la ganancia real obtenida³.

- En el caso de personas físicas o sucesiones indivisas, residentes en el exterior (como vimos anteriormente, sólo en caso que exista transferencia de ingresos a fiscos extranjeros y hasta la concurrencia con el monto de la citada transferencia, según las constancias aportadas por el beneficiario de la renta), aplicando la alícuota del 31.5% sobre el monto de la operación, porcentaje que surge de aplicar la alícuota de impuesto del 35% sobre la ganancia neta presunta del 90% prevista para beneficios no expresamente contemplados.

Lo comentado en último término con respecto a las personas físicas del exterior podría ser consecuencia de un error involuntario, ya que no parece ser éste el efecto buscado a través de la reforma que se impulsa.

Para concluir, cabe señalar que el proyecto establece que las nuevas disposiciones tendrán aplicación para los hechos imponibles que se perfeccionen a partir de la fecha de entrada en vigencia de la ley, la cual ocurriría el día de su publicación en el Boletín Oficial.

Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional

Resulta necesario considerar las disposiciones de estos convenios, toda vez que las mismas podrían limitar la potestad tributaria de nuestro país de someter a imposición las ganancias de capital bajo análisis cuando el vendedor es residente de un país con el cual Argentina ha suscripto un acuerdo de esta naturaleza.

³ El anteúltimo párrafo del artículo 93 de la LIG establece para las ganancias contempladas en los incisos f) y g) que los beneficiarios podrán optar entre la presunción dispuesta en dichos incisos o la suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación.

El siguiente cuadro permite apreciar cómo resultaría afectado el tratamiento general dispensado por nuestra legislación doméstica, en caso de aprobarse el proyecto que nos ocupa.

Cabe mencionar que nuestro país ha decidido recientemente denunciar los Convenios celebrados con Chile y España, por lo que sus disposiciones dejarán de tener efecto, en la mayoría de los casos, a partir del 1° de enero de 2013.

PAIS	LIMITACION	DISPOSICION
Alemania	Sin limitación	Artículo 13 apartado 3
Australia	Sin limitación ⁴	Artículo 13 apartados 2 y 5
Bélgica	Sin limitación	Artículo 13 apartado 4
Bolivia	Sin limitación	Artículo 12
Brasil	Sin limitación	Artículo 13 apartado 1
Canadá	Sin limitación	Artículo 13 apartado 1
Chile	Sin limitación	Artículo 12
Dinamarca	10% ó 15% de la ganancia ⁵	Artículo 13 apartado 5
España	10% ó 15% de la ganancia ⁶	Artículo 13 apartado 4
Finlandia	Sin limitación	Artículo 13 apartados 2 y 4
Francia	Sin limitación	Artículo 13 apartado 4
Gran Bretaña e Irlanda del Norte	10% ó 15% de la ganancia ⁷	Artículo 13 apartado 6
Italia	Limitación total	Artículo 13 apartado 4
Noruega	Limitación ⁸	Artículo 13 apartados 4, 5 y 6
Países Bajos	10% ó 15% de la ganancia ⁹	Artículo 14 apartado 5
Suecia	10% ó sin limitación ¹⁰	Artículo 13 apartado 2

⁴ Las disposiciones sobre el particular pueden dar lugar a interpretaciones diversas. En este sentido, es claro que la potestad tributaria de nuestro país no resulta limitada cuando se trata de acciones o cualquier otra participación en el capital de una sociedad cuando el valor de sus activos pueda atribuirse principalmente a bienes inmuebles situados en Argentina (según lo dispone el apartado 2. del artículo 13).

⁵ 10% en caso de una participación directa en el capital no menor al 25 por ciento; 15% en los restantes casos

⁶ Idem nota 5.

⁷ Idem nota 5.

⁸ Nuevamente las disposiciones en esta materia pueden dar lugar a interpretaciones diversas. La potestad tributaria de nuestro país resulta limitada cuando se trata de acciones u otras participaciones sociales poseídas por una persona física de Noruega que no haya sido residente fiscal de Argentina (según lo dispone el apartado 4. del artículo 13).

⁹ Idem nota 5.

¹⁰ 10% en caso de una participación no menor al 25%.

Otros comentarios:

El tratamiento que se propicia (nos referimos exclusivamente a la imposición sobre las ganancias de capital para sujetos del exterior) encuentra apoyo en la legislación comparada.

La legislación fiscal de los Estados Unidos de América no aplica impuesto sobre las ganancias de capital obtenidas por sujetos no residentes, a menos que el patrimonio de la sociedad cuyas acciones se enajenan esté compuesto preponderantemente por bienes inmuebles (régimen instaurado por la *Foreign Investment Real Property Tax Act o FIRPTA*). Esta disquisición es sumamente relevante, ya que determinadas razones de política fiscal (incluida la aplicación de disposiciones emergentes de Convenios de Doble Imposición) pueden llevar a no someter a imposición las ganancias de capital obtenidas por no residentes, pero esta dispensa cesa cuando, en la realidad de los hechos, se está en presencia de una transferencia de propiedad inmueble radicada en el país fuente.

Otras legislaciones establecen la gravabilidad de las ganancias de capital para los sujetos no residentes, pero solamente en la medida que el mismo posea una participación en el capital social superior a un determinado parámetro. A manera de ejemplo, en Francia las ganancias de capital obtenidas por no residentes se encuentran alcanzadas por un gravamen del 19% en caso de participaciones superiores al 25%, mientras que en Holanda se aplica la alícuota del 25% si el accionista posee más del 5% y en Luxemburgo el impuesto asciende al 28.8% si las acciones que se enajenan representan al menos 10% del capital y han sido poseídas por un período inferior a seis meses.

En América Latina son varios los países que someten a imposición este tipo de transacciones, a saber:

- en México se aplica una retención del 25% sobre el importe bruto de la operación, aunque cumpliendo ciertos requisitos puede aplicarse la alícuota general del 30% sobre la ganancia real obtenida en la operación;
- en Chile, las ganancias están sujetas a un impuesto del 35%; si las partes no son relacionadas, el enajenante no es habitualista y la venta se realiza luego de transcurrido el plazo de un año desde la fecha de adquisición de las acciones, la alícuota se reduce al 18.5%;
- en Brasil, la alícuota efectiva de imposición en estos casos es del 15%;

- en Colombia, se aplica una retención del 33% sobre las ganancias de capital obtenidas por sujetos del exterior.

Sin perder de vista el objetivo de política fiscal que el cambio propuesto persigue, entendemos que debería profundizarse el análisis de determinados aspectos en aras de lograr una mejor aplicación del régimen que se propone implementar, contemplando a tal fin lo que al respecto establecen otras legislaciones más desarrolladas en la materia.

En este sentido, entre las cuestiones que consideramos oportuno revisar podemos mencionar las siguientes:

- Porcentaje de ganancia neta presunta específico para este tipo de transacciones, el cual debería contemplar tanto el caso de empresas o entidades como el supuesto de personas físicas beneficiarios del exterior;
- Alícuota máxima para las ganancias obtenidas por personas físicas no residentes cuando las acciones hayan permanecido durante cierto tiempo en su patrimonio (por ejemplo por un período superior a un año);
- Tratamiento especial para acciones con cotización en bolsas o mercados de valores;
- Normas específicas que permitan actualizar el costo de adquisición y medir la ganancia sujeta a impuesto en moneda constante.
- Procedimiento a seguir para la determinación e ingreso del gravamen en aquellos casos donde tanto comprador como vendedor resultan ser sujetos del exterior;
- Tratamiento para ciertas enajenaciones de acciones u otras participaciones de entidades del extranjero que a su vez posean, directa o indirectamente, participación en entidades argentinas (operaciones conocidas como “transferencias indirectas”).

ii. Transacciones celebradas con personas o entidades radicadas en países o jurisdicciones de baja o nula tributación

La temática vinculada a los denominados “paraísos fiscales” ha sido en los últimos años materia de debate internacional, especialmente a partir de un reporte

elaborado hace casi ya una década por el Comité de Asuntos Fiscales de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)¹¹.

El mencionado informe señala que las jurisdicciones de baja o nula tributación han generado una competencia tributaria perjudicial para los estados miembros de la Organización. Esta competencia no está exclusivamente ceñida a la falta total o parcial de tributación, sino a un marco regulatorio que contribuye a la falta de transparencia en las actividades económicas y a la ausencia de intercambios de información tributaria con otros países que permita un adecuado control de las obligaciones fiscales, entre otros factores.

De la misma manera, la Comunidad Económica Europea ha requerido de sus países miembro (incluidos los territorios afiliados a éstos) la eliminación de políticas fiscales injustas (“*unfair tax competition*”)¹².

Si bien existen motivos genuinos para la utilización de entidades en paraísos fiscales (protección de activos, secreto bancario, etc.), es cierto también que estos países son utilizados con frecuencia para canalizar fondos provenientes de actividades ilícitas (lavado de dinero, sobornos, etc.), o bien con el ánimo de ocultar ingresos y/o patrimonios para fines fiscales. De allí que usualmente se tienda un manto de sospechas sobre las entidades ubicadas en estos sitios que, como toda generalización, puede resultar injustificada en numerosas oportunidades.

Los pronunciamientos de la OCDE brindan un marco de referencia para la adopción, por parte de los países miembros, de posibles medidas de defensa coordinadas contra estas jurisdicciones, tales como las siguientes:

- restricciones para la deducción de pagos a residentes de dichos países o jurisdicciones;
- normas de capitalización exigua específicas;
- auditorías especiales;
- no celebración de tratados de doble imposición.

Estos lineamientos, adoptados generalmente por los sistemas tributarios de los países desarrollados, no son extraños en nuestras latitudes, toda vez que

¹¹ “*Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*”, OECD 1998.

¹² *The EU Code of Conduct on Business Taxation*.

encontramos cada vez con más frecuencia en la legislación comparada de países latinoamericanos regulaciones fiscales específicas tendientes a desalentar el empleo de tales jurisdicciones.

En México, la legislación fiscal no acude más al concepto de lista negra, sino que considera la existencia de un “régimen fiscal preferente” en aquellas situaciones entre otras circunstancias, el impuesto a la renta pagado es menor al 75% del gravamen que se hubiera tributado en México.

En Chile existe un listado taxativo de países o territorios considerados paraísos fiscales o regímenes fiscales preferentes nocivos¹³. La ley del impuesto a la renta contiene una serie de disposiciones que buscan gravar de modo más oneroso los pagos realizados a países considerados como paraísos fiscales, entre las que pueden mencionarse:

- a. Se consideran empresas relacionadas para fines de las normas de precios de transferencia.
- b. Impide constituir una sociedad “Plataforma de Inversiones” si algún accionista dueño de más del 10% de participación social es residente o está domiciliado en un país considerado paraíso fiscal.
- c. No son aplicables las tasas reducidas para asesorías, servicios de ingeniería o técnicos y regalías.
- d. Se considera parte relacionada para efectos de normas de exceso de endeudamiento (*thin capitalization*).
- e. Los pagos en cumplimiento de contratos de derivados no deben realizarse a un residente o domiciliado en un paraíso fiscal, ya que de lo contrario se consideran un gasto rechazado afecto a un impuesto multa del 35%.

En el caso de Brasil, la legislación provee una lista de jurisdicciones consideradas como paraísos fiscales¹⁴. Las consecuencias fiscales de operar con entidades radicadas en las mismas consisten básicamente en la de someterse los pagos a alícuotas de retención más elevadas (usualmente la del 25% en lugar del 15% aplicable para diversas situaciones) y objetarse la deducción de los cargos respectivos, a menos que puedan reunirse ciertos extremos. Por su parte, una segunda lista de regímenes fiscales privilegiados que también genera implicancias incluye a las Sociedades Anónimas Financieras de Inversión o SAFI de Uruguay (dejaron de existir a fines del 2010), las *Limited Liability Companies* o LLC de los Estados Unidos de América –en la medida que fueran poseídas por no

¹³ Decreto 628/2003 del Ministerio de Hacienda de Chile.

¹⁴ Instrucción Normativa 1037/2010 emitida por la autoridad fiscal de Brasil.

residentes de dicho país-, las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros o ETVE de España (luego excluidas de la lista), entre otras.

Tratamiento vigente:

La legislación fiscal argentina, al igual que la normativa que ha sido dictada por otros países, ha abordado esta temática especialmente durante la última década. Ello por cuanto se ha advertido el uso de paraísos fiscales por sujetos argentinos para eludir o disminuir el pago de tributos sobre rentas o patrimonios.

Además de las normas contenidas en la LPT (disposiciones introducidas por la Ley N° 25.795 en el año 2003 dentro del denominado Plan Antievasión) y de algunas referencias a la ausencia de nominatividad en la Ley del Impuesto sobre los Bienes Personales, puede decirse que LIG es la que más ha avanzado sobre este fenómeno, abordando esta problemática desde distintos ángulos.

En este sentido, nuestra legislación también ha optado por identificar a los países o jurisdicciones considerados como de “baja o nula tributación” a través del listado de 87 –originalmente 88- países, dominios, jurisdicciones, territorios o regímenes tributarios preferenciales¹⁵, previendo asimismo consecuencias especiales cuando se realizan operaciones con sujetos o entidades radicadas en las mismas, las que a continuación comentaremos.

- Transparencia fiscal internacional - normas “antidiferimiento”

En virtud de aplicarse en nuestro país el criterio de “renta mundial”, por el cual los residentes argentinos tributan el impuesto a las ganancias sobre las rentas obtenidas en el país y en el extranjero, en ciertos casos la interposición de una sociedad extranjera podría servir a los fines de evitar o mitigar el gravamen argentino, en este caso sobre los beneficios obtenidos fuera de nuestro país.

En general, un accionista argentino recién tributa el gravamen sobre los resultados que le corresponden por su participación en una sociedad extranjera cuando recibe un dividendo, por lo que podría diferir indefinidamente el pago del impuesto a las ganancias en la medida que los fondos permanezcan en el extranjero.

En lugar de efectuar la inversión en forma directa podría aportar los fondos a una sociedad constituida en un paraíso fiscal, para que ésta sea quien realice la colocación financiera del caso.

¹⁵ Conforme artículo 21.7 del Decreto Reglamentario de la LIG.

La ley argentina se ha visto entonces en la necesidad de establecer normas “antidiferimiento” que ataquen este tipo de esquemas, lo cual fue hecho a fines del año 1999 a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 25.239.

El concepto de la norma, plasmada en el artículo 133 inciso a) de la LIG y demás disposiciones complementarias, es sencillo: las rentas pasivas -intereses, dividendos, regalías, alquileres, etc.- obtenidas por sociedades constituidas en países incluidos en el listado deben ser reportadas por el accionista residente de nuestro país –individuo o empresa- de manera corriente y con independencia de su efectiva distribución, ya que lo que se le ordena imputar en cada año fiscal es el resultado impositivo de la sociedad extranjera, o el contable en caso que la tributación sobre la renta en el país de que se trate fuera nula.

Dicho de otra manera, si se verifican ciertos extremos que habilitan la aplicación del método de imputación especial, se desconoce a fines fiscales la existencia de la sociedad extranjera, aplicándose el gravamen como si el resultado fuera obtenido en forma directa por el sujeto residente argentino.

- Restricciones para la deducción de conceptos provenientes de paraísos fiscales

A efectos de evitar que una sociedad argentina realice transacciones con empresas constituidas en paraísos fiscales con el objeto de disminuir artificialmente su base imponible, las normas vigentes establecen la necesidad de justificar especialmente los valores de tales operaciones, en el marco de las disposiciones relativas a los denominados precios de transferencia. En este sentido, el artículo 15 de la LIG, también luego de los cambios operados en 1999, dispone en su segundo párrafo que las transacciones realizadas con personas físicas o jurídicas domiciliadas, constituidas o ubicadas en los países de baja o nula tributación incluidos en el listado antes mencionado, no serán consideradas ajustadas a las prácticas o a los precios normales de mercado entre partes independientes.

Por otra parte y como norma de alcance más general, el artículo 18 de la LIG establece que la deducción de cargos facturados por personas o entidades de estas jurisdicciones sólo tendrá lugar en la medida que se produzca el pago del concepto de que se trate, esto es con el objetivo de que hacer coincidir el momento de la deducción con la fecha de ingreso del impuesto vía retención en la fuente practicada por el sujeto pagador de nuestro país.

Proyecto de reforma:

Las modificaciones que se impulsan a través del proyecto de reforma apuntan básicamente al segundo de los aspectos referido a las restricciones sobre los pagos realizados a “paraísos fiscales”.

En este sentido, se propone:

- Incorporar el inciso n) al artículo 88 de la LIG (deducciones no admitidas), estableciendo la imposibilidad de deducir *“las sumas pagadas a personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en países de baja o nula tributación, a que alude el segundo párrafo in fine del artículo 15, cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate.”*
- Modificar el último párrafo del artículo 18 de la LIG, para que resulte consistente con la limitación absoluta que ahora plantea la nueva redacción del artículo 88.
- Aplicar una retención del 35% sobre los pagos realizados por transacciones, operaciones y/o contrataciones de cualquier naturaleza (incluida la mera intermediación) realizadas con personas o entes ubicados en estas jurisdicciones, así como también los realizados a otros sujetos del exterior en la medida que se utilicen cuentas abiertas en entidades bancarias o financieras radicadas en países de baja o nula tributación.

A tal fin, se incorpora un artículo a continuación del artículo 93 de la LIG, a través del cual se presume para estos casos y sin admitirse prueba en contrario, que el 100% de las sumas pagadas constituye ganancia neta de fuente argentina, presunción de renta que tiene prioridad sobre las que disponen para situaciones específicas los artículos 9, 10, 11, 13 y 93 de la LIG.

Resulta evidente que el propósito que se persigue es el de avanzar con mucho más rigor y tornar en la práctica inviable, por las implicancias fiscales sumamente adversas que se generarán, la realización de negocios con sujetos o entidades radicadas en paraísos fiscales, incluyendo la utilización de cuentas bancarias en dichas jurisdicciones.

Por su parte, en lo que atañe a la lista de jurisdicciones de baja o nula tributación, se proponen ciertas modificaciones reglamentarias, a saber:

- Dejarán de tener tal consideración las jurisdicciones, territorios, estados asociados o regímenes tributarios especiales cuyos gobiernos suscriban con nuestro país un convenio para evitar la doble imposición internacional con cláusula de intercambio de información, o bien un acuerdo de esta naturaleza en materia tributaria y siempre que se haga efectivo dicho intercambio (esta última salvedad parece ser el cambio más relevante que se introduce).
- Se faculta a la AFIP para suscribir en representación del Gobierno Nacional acuerdos de intercambio de información en materia tributaria, teniéndose por aprobados los ya suscriptos por la citada repartición.

Recientemente y a través de las Leyes 26.747, 26.748, 26.749 y 26.750 fueron aprobados los acuerdos oportunamente suscriptos por la AFIP con las autoridades competentes de Costa Rica, Bahamas, San Marino y del Principado de Andorra.

Existen otros tratados de la misma naturaleza que deberán seguir similar tratamiento parlamentario, tales como los celebrados con Bermudas, Islas Caimán, China, Estado de Guernesey, Jersey, Principado de Mónaco y el más reciente y de mayor difusión suscripto con la República Oriental del Uruguay.

- La evaluación y análisis del cumplimiento de los diversos acuerdos de intercambio de información serán efectuados por la AFIP al 31 de octubre de cada año, tarea que permitirá mantener actualizada la lista de jurisdicciones de baja o nula tributación.

iii. Acuerdos Anticipados de Precios

En este acápite nos referiremos a la temática de los precios de transferencia, y específicamente a los denominados Acuerdos Anticipados de Precios (en inglés conocidos como *Advance Pricing Agreements* o APAs).

Según las guías de la OCDE, el APA puede ser definido como un procedimiento que permite determinar, antes de que se efectúe una transacción entre partes relacionadas, un criterio apropiado para la determinación del precio de transferencia para tal clase de transacciones durante un plazo determinado. Es iniciado por un contribuyente, y requiere una negociación entre dicho

contribuyente, una o más empresas vinculadas, y una o más administraciones fiscales¹⁶.

Estos acuerdos permiten a los contribuyentes y administraciones fiscales contar con una vía alternativa que procura lograr certidumbre, evitando la existencia de divergencias y conflictos en una materia que, por su naturaleza e importancia, suele generarlos con frecuencia.

Las empresas multinacionales pueden conseguir a través de los APAs obtener de manera anticipada una definición sobre la posición fiscal acerca de su política de precios de transferencia. Una vez que se concluye el acuerdo, es de esperar que no se produzcan controversias o dificultades entre las partes en lo que respecta a la valoración otorgada para el intercambio de bienes o servicios, siempre y cuando las transacciones hayan sido efectuadas conforme a las circunstancias, antecedentes y demás hechos relevantes tenidos en cuenta al momento de solicitarse el convenio.

Como ya fuera mencionado, el contribuyente es quien inicia este procedimiento antes de realizar las operaciones con partes relacionadas que serán objeto del acuerdo, proveyendo de manera anticipada y voluntaria a la administración fiscal información de detalle sobre las actividades que planea desarrollar. Sin lugar a dudas el elemento central de esta presentación lo constituye el método de precios de transferencia que el contribuyente considera como el más adecuado y su pertinente explicación.

Los Acuerdos Anticipados de Precios pueden ser de alcance unilateral o bilateral (en algunos casos pueden ser también multilaterales). Los primeros tienen lugar entre un contribuyente y la administración fiscal del país donde está radicado el mismo, mientras que en los segundos intervienen dos o más administraciones fiscales.

Si bien los acuerdos unilaterales son menos costosos y más sencillos de implementar, presentan la desventaja de no evitar el riesgo de doble tributación internacional, toda vez que se conoce de antemano la posición de un fisco pero no la de la otra administración fiscal que podría tener interés en el asunto y pretender objetar los precios de transferencia aplicados por la empresa vinculada que está bajo su órbita de control.

Por estas razones tanto la OCDE como el *Internal Revenue Services* de los Estados Unidos de América y la doctrina privilegian la celebración de acuerdos

¹⁶ *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (OECD Guidelines)*.

bilaterales o multilaterales. En este sentido, prestigiosa doctrina ha manifestado que “cuando no existe acuerdo anticipado de precios, el contribuyente que opera en diferentes países por medio de partes asociadas (especialmente las más grandes compañías multinacionales), estará comúnmente expuesto a doble tributación, toda vez que sus precios no pueden, al mismo tiempo, cumplir con las normas de precios de transferencia de los diversos países involucrados”¹⁷.

En lo que respecta a la legislación comparada, Estados Unidos de América fue el primer país en emitir una serie de pautas procesales para la celebración de acuerdos vinculantes para las partes, lo cual tuvo lugar en el año 1991.

En este país, la experiencia recogida en la materia es abundante. La administración tributaria emite reportes anuales sobre el funcionamiento del programa de APA, siendo interesante comentar algunos datos que surgen de los informes elaborados por los años 2010 y 2011:

- Durante el 2010, las solicitudes presentadas fueron 144 (46 de ellas para acuerdos unilaterales y 98 para bilaterales), habiendo sido autorizados 69 acuerdos en el mismo período.
- La demanda por la celebración de APAs ha ido en aumento. La cantidad de presentaciones alcanzó un récord en el período 2008-2010, cayendo luego en el 2011.
- El tiempo promedio para completar el procedimiento era de 37.2 meses en el 2010, incrementándose a 40.7 meses en el 2011. Este plazo está influido por el mayor tiempo que demanda la celebración de acuerdos bilaterales.
- En cuanto al inventario de APAs, al 2011 existían 305 activos mientras que 445 se encontraban pendientes.
- Los APAs aprobados desde el año 1991, fecha del inicio del programa, ascendían a 973 a fines del 2010.

El mecanismo fue implementado también en países de diferentes tradiciones y niveles de desarrollo. En efecto, encontramos la posibilidad de celebrar un APA en gran cantidad de países de Europa (España, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Suiza), en Australia, Nueva Zelanda, Tailandia, Taiwán, China, India, Japón, Canadá, México, entre otros.

¹⁷ “Advanced Pricing Agreements: a global analysis”, Kluwer International Law, The Netherlands, 1998, pág 128.

En Sudamérica, podemos mencionar la existencia del régimen en Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela. En Chile, una reciente propuesta de reforma fiscal propone implementar este mecanismo. No obstante, cabe señalar que el régimen es muy novedoso en la región, toda vez la Dirección General Impositiva de Uruguay celebró, en diciembre de 2011, el primer Acuerdo Anticipado de Precios de Sudamérica¹⁸.

Por lo general, la legislación comparada establece períodos de duración de los acuerdos que varían entre 3 y 5 años.

Tratamiento vigente:

En nuestro país, las regulaciones en materia de precios de transferencia introducidas por la Ley N° 25.063 a fines del año 1998 no contemplaron la posibilidad de celebrar este tipo de acuerdos.

Tampoco la LPT establece específicamente un procedimiento de este tipo. Si bien el artículo incorporado a continuación del artículo 4° establece el régimen de consulta vinculante, reglamentado en la actualidad por la Resolución General (AFIP) 1948, no encontramos en la normativa vigente ni en sus predecesoras ninguna disposición concreta que permita inferir el empleo de esta figura para la determinación de los precios de transferencia del contribuyente.

Sin perjuicio de lo expuesto, en teoría resulta posible afirmar que la celebración de acuerdos bilaterales tiene sustento en las previsiones de los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional suscriptos por nuestro país.

A los efectos de superar la incertidumbre sobre la ocurrencia de situaciones de doble imposición internacional como consecuencia de la política de precios de transferencia adoptada por una empresa multinacional, los Convenios establecen una serie de mecanismos. Entre ellos, se encuentran los ajustes correlativos que siguen la fórmula del artículo 9 párrafo 2 del Modelo de Convenio de la OCDE, el procedimiento amistoso (en inglés *Mutual Agreement Procedure* o *MAP*) consagrado en el artículo 25 de dicho Modelo, y el arbitraje contemplado especialmente por algunos convenios.

Es el procedimiento de acuerdo mutuo que usualmente contienen estos Convenios el que puede permitir que las autoridades competentes de ambos estados contratantes adopten decisiones en materia de precios de transferencia.

¹⁸ En el marco de lo dispuesto por el artículo 15 bis del Decreto N° 56/009 incorporado por el artículo 7° del Decreto N° 392/009.

Al respecto, la OCDE sostiene que la posibilidad de celebrar un APA multilateral se encuentra incluida dentro de las previsiones del artículo 25 de su Modelo de Convenio.

Proyecto de reforma:

El proyecto propone incluir como segundo artículo sin número continuación del artículo 4° de la LPT, lo siguiente:

“Establécese un régimen especial mediante el cual los contribuyentes o responsables podrán solicitar la celebración de “Acuerdos Anticipados de Precios” con la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS de los cuales da lugar los tributos y metodología aplicables para la determinación de sus precios, montos de contraprestaciones o márgenes de utilidad de las transacciones a que alude el Artículo 15 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, el cual se registrá por lo siguiente:

- a) *La solicitud deberá presentarse antes de iniciado el período fiscal en el que se realizarán las transacciones que comprenden el Acuerdo.*
- b) *Su presentación no implicará suspensión del transcurso de los plazos ni justificará el incumplimiento de los obligados respecto de las obligaciones a su cargo.*
- c) *La solicitud del Acuerdo será resuelta por la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS dentro del plazo de TRESCIENTOS SESENTA (360) días corridos prorrogable por un lapso de CIENTO OCHENTA (180) días corridos, y resultará de aplicación para las períodos fiscales que se establezcan, los que no podrán exceder de TRES (3) contados a partir del inmediato siguiente al de la solicitud, inclusive.*
- d) *El criterio fiscal y la metodología para la determinación de los precios, montos de contraprestaciones o márgenes de utilidad contenidos en el Acuerdo Anticipado de Precios, convenido en base a las circunstancias, antecedentes y demás datos suministrados, tenidos en cuenta hasta el momento de presentarse la solicitud vincularán exclusivamente al contribuyente o responsable y a la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS. La vigencia y aplicación del Acuerdo estarán sujetas a la condición resolutoria de que las transacciones se efectúen según los términos expuestos en el mismo y se demuestre que los precios, montos de contraprestaciones o márgenes de ganancia establecidos son los que hubieran utilizado partes independientes en operaciones comparables.*

La ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS reglamentará la forma, plazo, requisitos y demás condiciones relativas al cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

Asimismo, dicho Organismo podrá suscribir acuerdos a los efectos de establecer la metodología referida en el primer párrafo con las autoridades competentes de uno o más países con los que se hubiere suscripto un convenio para evitar la doble imposición internacional.”

Como puede apreciarse, la primera parte de la propuesta se refiere a los acuerdos unilaterales, estableciendo las condiciones que deberá reunir la solicitud

a presentar por el contribuyente que voluntariamente decida someterse a este régimen, así como también el plazo que tendrá la AFIP para resolver y el período máximo de vigencia del acuerdo al que se arribe.

El hecho de incorporarse este régimen inmediatamente a continuación del articulado que regula lo concerniente a la consulta vinculante permite intuir que la idea de la administración fiscal es que el mecanismo que se propicia tenga características bastante similares, al menos en lo que atañe a su funcionamiento e implicancias.

Siendo así, la propuesta no parece inclinarse a favor de la teoría contractualista, la que de alguna manera introduce la posibilidad de entablar una negociación que permita arribar a valores concordados por ambas partes, pero distintos a los propuestos originalmente por el contribuyente.

Por otra parte, el proyecto también se refiere a los acuerdos bilaterales, facultando a la AFIP para que los suscriba con las autoridades competentes de otros países, siempre y cuando exista un Convenio para evitar la Doble Imposición Internacional entre ambos estados contratantes.

Si bien se pueden enumerar una serie de desventajas que presentan los APAs, entre las cuales encontramos lo costoso que puede resultar el procedimiento, su falta de flexibilidad frente a cambios en las variables consideradas y su monitoreo posterior, etc., las ventajas que se observan, fundamentalmente la reducción de la incertidumbre y los mejores resultados que tanto el contribuyente como la administración fiscal pueden obtener siguiendo un esquema cooperativo en lugar de uno confrontativo (con los consiguientes ahorros de tiempos y costos de auditorías exhaustivas y litigios), y la experiencia recogida por aquellos países que ya han aplicado el régimen parecerían inclinar la balanza en favor de su adopción.

Habiendo transcurrido en nuestro país más de una década desde la introducción de las disposiciones de precios de transferencia, lo cual ha permitido a la AFIP acumular una interesante experiencia en la materia, coincidimos con la doctrina al expresar que “ha llegado el tiempo en el cual la República Argentina, habiendo incorporado a su ordenamiento jurídico tributario diversos aspectos de la problemática sobre precios de transferencia debiera también emprender el esfuerzo de diseñar algún procedimiento tendiente a posibilitar la celebración de estos Acuerdos Anticipados de Precios”¹⁹.

¹⁹“Precios de transferencia: Acuerdos anticipados para establecerlos”, Atchabahian, Adolfo.

Las virtudes resultantes de este tipo de acuerdos se han ido afirmando con las experiencias recogidas por diversos países, habiendo encontrado tanto los contribuyentes como las administraciones tributarias ventajas recíprocas.

Asimismo, por las razones ya expuestas consideramos también conveniente la facultad que expresamente se le propone conferir a la AFIP para la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales.