

Polémico rol del treaty shopping en la actualidad tributaria

*Cuestionamiento jurídico-económico del
abuso de convenios para evitar la doble imposición*

Carla Yael Olsztajn*

*Autora del Trabajo Finalista
del Primer Premio Académico Latinoamericano IFA*

RESUMEN EJECUTIVO

El *treaty shopping* es una práctica que ha obtenido un desarrollo significativo a nivel internacional, especialmente aplicada por grandes compañías en procesos minuciosos de planificación fiscal. Consiste en el empleo de un CDI -que prevé la reducción de la carga fiscal en los Estados contratantes- por parte de un sujeto residente de un tercer Estado que no es parte en dicho convenio, quien no tiene derecho a invocar ni valerse de él, a fin de obtener los beneficios fiscales que derivan de sus disposiciones, mediante la interposición de sociedades en uno de los Estados contratantes.

A lo largo del presente trabajo -desde un análisis económico de la situación jurídica-, nos guiaremos en la búsqueda de una respuesta a los siguientes interrogantes: ¿puede encuadrarse esta práctica en el concepto de “externalidad negativa”? ¿Quién afronta en última instancia el costo que el particular cree ahorrar? ¿Qué soluciones se plantean actualmente a fin de prevenir su ocurrencia o bien develar la realidad económica?

Pese al desacuerdo en doctrina sobre el encuadre jurídico -especialmente, en lo concerniente a su licitud y a la denominada “economía de

* Contadora Pública y Abogada por la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Docente en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Senior en Tax & Legal - International Tax Services en PricewaterhouseCoopers, Argentina.

opción”, se asienta en la conclusión que la figura del *treaty shopping*, es decir, esta adquisición de convenios con meros fines fiscales, empleando formas jurídicas sin contenido o sustancia económica, conlleva un grave perjuicio a los Estados contratantes, en detrimento de las arcas fiscales. Es por ello que se requiere la concientización acerca de las formas actuales de combatirla.

1. INTRODUCCIÓN

Imaginemos un sujeto situado en un centro de compras que debe seleccionar cada uno de los productos que consumirá a lo largo de su próxima semana. Como todo ser humano encontrará que sus recursos son escasos y que debe asignarlos del mejor modo posible en procura de la satisfacción de sus necesidades y de sus deseos. No resultará sencilla la decisión. Deberá tener en cuenta toda restricción que limite su libertad de elección.

Ahora supongamos que no se trata de un simple sujeto. Estamos ante una gran compañía que debe tomar decisiones de inversión. Considerará para ello la escasez de los recursos de que dispone y el abanico de opciones sobre el que debe centrar su atención.

En lugar de hallarnos ante un consumidor de bienes y servicios nos encontramos ante un “consumidor de normas”. La compañía tendrá ante sí diversos convenios que le proporcionarán distintas vías de planificación de su próximo negocio, o bien le auxiliarán en la selección de la estructura que mejor se adapte a la misión propuesta.

La compañía deberá efectuar su compra. No obstante, cuando se encuentra ante el mostrador, la máquina detecta una falla. La etiqueta del producto había sido sustituida: el convenio seleccionado originalmente no estaba a disposición del consumidor.

Este breve relato permitirá adentrarnos en el concepto del *treaty shopping*.

La globalización, fenómeno de incuestionable relevancia en los últimos tiempos, ha estimulado la celebración de negocios internacionales, aprovechando las ventajas de la comunicación y de los desarrollos tecnológicos. Multiplicándose de este modo la cantidad de transacciones y las relaciones entre los diversos países, las legislaciones han tenido que adaptarse a las nuevas estructuras empresariales a nivel internacional.

A raíz de la proliferación y la expansión de actividades en esta “aldea global”, los Estados desplegaron una vasta red de convenios a fin de posibilitar el intercambio entre los mismos, creando condiciones favorables a la circulación de bienes, servicios y personas fuera de sus fronteras. A su vez, los Estados recurrieron a los tratados internacionales con el propósito de evitar una doble carga negativa sobre la actividad de los particulares, reduciendo consecuentemente sus costos de administración.

Prácticamente todos los países establecen impuestos a la renta. Para quien esté más familiarizado con el concepto en Argentina, éste es nuestro Impuesto a las Ganancias. Tras el desarrollo de operaciones internacionales, los sujetos que desenvuelven su actividad económica sufrirían una doble tributación sobre sus ganancias si no se aplicara un sistema que distribuyera la base sujeta a imposición en cada Estado.¹

Los convenios para evitar la doble imposición (CDIs) son acuerdos bilaterales que impiden la superposición de potestades tributarias sobre iguales objetos de tributación. En la mayoría de los casos, prevén alícuotas reducidas de imposición en beneficio de los sujetos a quienes dichos acuerdos resultan aplicables. No obstante la prolijidad con la cual los tratados definen a dichos sujetos (en base al concepto de residencia, al que haremos referencia en el presente trabajo), se ha generado una práctica de burla a dicha estipulación. En este sentido, sujetos excluidos de sus alcances han recurrido a formas artificiosas a fin de encuadrarse en el ámbito de aplicación de los CDIs. Esta práctica ha sido comúnmente denominada “*treaty shopping*”.

El impuesto a la renta es un ingreso primordial que obtiene el Estado para solventar su funcionamiento. Cuando un Estado celebra un convenio con otros, esto trae consigo costos de transacción altos, debido a que ninguno de ellos, en principio, decidirá voluntariamente renunciar a su potestad tributaria sin exigir a cambio cierta renuncia por parte de los otros. Dichas renunciaciones se efectúan en relación a un marco de aplicación del tratado, es decir que, cuando los Estados deciden voluntariamente que una cierta ganancia resulte gravada por el impuesto a la renta del “Estado fuente”,² por ejemplo, y prevén al mismo tiempo

¹ Existen otros mecanismos de orden interno, como las exenciones al impuesto a la renta de fuente extranjera, los créditos locales por el impuesto análogo abonado en el exterior y las deducciones locales de dicho monto. Esto excede los alcances del presente trabajo.

² Se denomina de este modo al Estado en que se origina la renta.

que las disposiciones del tratado sean aplicadas únicamente a los residentes de los Estados que lo han firmado, evidentemente no tienen la intención de renunciar a un ingreso sin beneficio alguno para sus residentes. Se entiende que, si los residentes son quienes desarrollan actividades entre ambos Estados parte del CDI, los beneficios que pierde el Estado en forma de ingresos por impuestos, los obtiene a su vez la misma sociedad a través de una reducción de la carga impositiva. En cambio, la renuncia de un beneficio sin ser compensado acarrea un costo social.

El costo social devenido de la práctica del *treaty shopping*, como se pretenderá corroborar en el presente trabajo, es una externalidad negativa generada por la actividad del sujeto que, sin hallarse realmente dentro del ámbito de aplicación del CDI, genera una maniobra artificiosa para encuadrarse en el mismo.

Se analizará, por lo tanto, el accionar elusivo de los contribuyentes al emplear los CDIs en el impuesto sobre la renta únicamente con fines fiscales, excluyendo la referencia a otros gravámenes, intentando demostrar que la práctica denominada *treaty shopping* consiste en un actuar abusivo y perjudicial para los Estados que conciertan la celebración de CDIs.

En este trabajo se desarrollará el estudio del *treaty shopping* desde dos perspectivas fundamentales: en un primer momento, detendremos la mirada en las preferencias y beneficios del sujeto individual que planifica su posición fiscal, analizando el encuadre de su conducta de acuerdo con la doctrina vigente, y, posteriormente, nos adentraremos en el concepto económico de las externalidades, es decir, profundizaremos sobre los costos sociales que las prácticas artificiosas acarrearán. Arribaremos por último a las medidas que se aplican actualmente como posibles soluciones legislativas a las maniobras desplegadas por parte de los particulares.

Cabe destacar que primordialmente se utilizará el enfoque del análisis económico del derecho, es decir, se aplicarán las herramientas que provee la microeconomía al derecho. Específicamente tomaré en cuenta los conceptos de costos, beneficios y externalidades, excluyendo para ello la adopción de otras teorías económicas, entre ellas la teoría de juegos. Su investigación y aplicación al presente asunto podrá ser analizado en trabajos posteriores.

2. ANÁLISIS CRÍTICO

2.1. Puerta de entrada al estudio del *treaty shopping*

*“Y quien adquiere un tratado, en términos de dominio, es porque no se considera parte de él hasta esos momentos; no se halla comprendido en el convenio. La «pertenencia» del tratado alcanza a las personas residentes en los Estados que han suscripto el CDI, y ninguna de estas personas tendría necesidad de «adquirir o comprar» un tratado, puesto que les pertenece por ley, por derecho propio, pues cumplen con las condiciones necesarias que establece el artículo primero (...)”*³

Antes de examinar en qué consiste la práctica del *treaty shopping* que -como ha quedado dicho en la introducción- se vincula directamente con el empleo de los CDIs, es preciso definir a los mismos y a aquéllas cláusulas modelo que se hallan vinculadas con el propósito de este trabajo.

2.1.1. Los CDIs y el concepto de residencia

A raíz del incremento en la magnitud de las transacciones internacionales acaecido en las últimas décadas, la tributación internacional ha ascendido a una posición privilegiada en la planificación empresarial. Como señala JULIÁN MARTÍN, *“este hecho ocasionó una erosión de los recursos financieros de los Estados de residencia de estos inversores, creando a la vez condiciones de competencia desleales para las empresas locales”*⁴

Ante estos cambios económico-sociales, los Estados debieron reorganizar su estructura financiera, reformando su sistema de percepción de tributos y recurriendo a nuevas formas de atraer capitales -y, junto con ellos, contribuyentes- a través de la adjudicación de ventajas fiscales.

A su vez, a medida que los individuos acrecentaron sus actividades fuera de las fronteras de sus países, las acciones de gobierno se comenzaron a ver limitadas por las políticas adoptadas por otras jurisdicciones, mientras que los cambios en los marcos normativos causa-

³ RIVEIRO, Ricardo Enrique. *Paraísos fiscales, aspectos tributarios y societarios*. Integra International, Buenos Aires: 2001, p. 97.

⁴ MARTÍN, Julián. “Elusión Fiscal Internacional”. En: *Convenios para evitar la doble imposición internacional, aspectos controvertidos*. Director García, Fernando D., La Ley, Buenos Aires: 2010, Capítulo VI, p. 112.

ban efectos transfronterizos.⁵

Según JULIÁN MARTÍN, las jurisdicciones comenzaron a competir ofreciendo paquetes de beneficios fiscales, pudiendo consistir en la asignación de un beneficio extrafiscal al Estado que renunciaba a la carga tributaria, o bien en la atracción de capitales generando evasión de impuestos en el país de proveniencia del inversor.⁶

El fenómeno de la doble o múltiple imposición internacional consiste en la sujeción a impuesto en dos o más jurisdicciones de una misma renta obtenida por un mismo sujeto, por idénticos o similares tributos, en un mismo período de tiempo.⁷ Se ha dicho: “*La doble o múltiple imposición se presenta cuando existen jurisdicciones con poder tributario superpuesto*”.⁸

Una solución convencional consistió en la celebración de tratados bilaterales para evitar la doble imposición (los CDIs), los cuales otorgaban ventajas a los residentes de los países firmantes, permitiendo reducir su carga fiscal y propiciando las inversiones entre esos países.

El Modelo de la OCDE⁹ establece, en lo concerniente al ámbito de aplicación subjetivo del CDI, lo siguiente: “*El presente Convenio se aplica a las personas **residentes** de uno o de ambos Estados Contratantes*” (art. 1, el destacado es propio). Nótese que se menciona el concepto de residencia cuya calificación debe ser examinada en el mismo convenio. Así, el art. 4 agrega: “*1. A los efectos de este Convenio, la expresión «residente de un Estado contratante» significa toda persona que, **en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo***

⁵ MARTÍN, Julián. *Ibíd.*, p. 113.

⁶ MARTÍN, Julián. *Ibíd.*, p. 114.

⁷ En este sentido se expidió el Comité de Asuntos fiscales de OCDE. GUTIÉRREZ, Mariana. *Tendencias de equidad en el derecho tributario internacional*. AAEF, p. 13; LAMAGRANDE, Mariana L. “Utilización abusiva de los convenios para evitar la doble imposición internacional («treaty shopping»)”. En: IMP2001-A, 832.

⁸ GARCÍA, Fernando D. “Introducción al análisis de los tratados para evitar la doble imposición internacional”. En: *Convenios para evitar la doble imposición internacional, aspectos controvertidos*. Director García, Fernando D., La Ley, Buenos Aires: 2010, Capítulo I, p. 11.

⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Es una organización de cooperación internacional, cuyo objetivo consiste en coordinar las políticas económicas y sociales de los países miembros.

también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión **no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo**".¹⁰ (El resaltado es propio).

La doctrina ha dicho: "La residencia de la persona es el punto de conexión básico utilizado en la actualidad por los sistemas fiscales modernos y supone una **dependencia socioeconómica** que implica presencia física temporal o permanente de la persona en el territorio del Estado".¹¹ (El resaltado es propio). ALBERTO MASTANDREA alude a su vinculación con la "presencia real y concreta en el Estado parte".¹²

Nótese que el concepto de residencia previsto en el Modelo de Convenio de la OCDE es amplio, excepto por restricciones vinculadas a la ubicación de la fuente de ganancias o de los bienes. Dada la ausencia de mayores limitaciones, ha sido empleado por sujetos no abarcados inicialmente por el mismo que, no obstante ello, han creado estructuras societarias que, cumpliendo literalmente sus condiciones, han resultado vacías de contenido y sin finalidad fuera de la participación en las disposiciones de un CDI.

2.1.2. Breve referencia a la conceptualización doctrinaria del *treaty shopping*

Las definiciones de *treaty shopping* son similares entre los autores. Se lo ha precisado como "la utilización incorrecta o abusiva de los tratados para evitar la doble imposición mediante la utilización de sus be-

¹⁰ Luego agrega un método para determinar la residencia a los fines del convenio cuando una persona física es residente de ambos Estados contratantes, en cuyo caso se la considera residente del Estado donde tenga una vivienda permanente a su disposición; o bien donde mantenga relaciones personales y económicas más estrechas (centro de intereses vitales); si esto no ocurriese, el Estado donde viva habitualmente; sino, su nacionalidad; caso contrario, el caso será resuelto por las autoridades. Cuando se trata de una persona jurídica, si ésta se considera residente de ambos Estados, lo será de aquél en donde se halle su sede de dirección efectiva.

¹¹ ALESSI, Verónica. *Treaty shopping - Abuso a los convenios internacionales*. AAEF, <[http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/\\$FILE/Doctrina0103.pdf](http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/$FILE/Doctrina0103.pdf)>, última captura 30 de octubre de 2010, p. 1.

¹² MASTANDREA, Alberto. "La planificación y el *treaty shopping*". En: *Convenios para evitar la doble imposición internacional, aspectos controvertidos*. Director García, Fernando D. La Ley, Buenos Aires: 2010, Capítulo VII, p. 170.

neficios por parte de persona que según los propios términos del convenio, no tiene derecho al mismo".¹³ ADRIÁN GRÓPPOLI, en igual sentido, agrega que, a dichos beneficios, "*no habrían tenido derecho de actuar directamente*".¹⁴

Aparece así la figura de un tercero interpuesto entre el inversor y la fuente, que recibe y transfiere la renta extraída de ésta.

También se ha dicho que es el esfuerzo premeditado de tomar ventaja de una red de tratados y la cuidada selección del más favorable a un propósito específico.¹⁵

JULIÁN MARTÍN resalta la postura de PASQUALE PISTONE, quien opina que los abusos se producen cuando un sujeto, con el objeto de obtener un ahorro fiscal -concepto que se desarrollará más adelante-, requiere los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación.¹⁶

De las definiciones mencionadas se desprende que existe un nuevo sujeto no abarcado originariamente por el ámbito de aplicación del tratado, acarreado como consecuencia el fracaso del principio de reciprocidad y la ruptura del equilibrio de sacrificios o concesiones consentidos por los Estados.¹⁷ Esto se analizará en el ap. 4.2.

Se distinguen tres formas de explotación de los CDIs: aquella que tiene como finalidad la eliminación de una carga fiscal, la que resulta en violación directa de una disposición del tratado y la violación indirecta. Esta última -que es la que nos incumbe-, es definida por los autores del siguiente modo: "*es el caso de un sujeto que busca un país con una red favorable de tratados fiscales a fin de establecer una estructura jurídica que le permita aprovechar indirectamente las ventajas de un*

¹³ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 117.

¹⁴ GRÓPPOLI, Adrián. *Convenios para evitar la doble imposición internacional, aspectos controvertidos*. Director García, Fernando D., La Ley, Buenos Aires: 2010, Capítulo X, p. 212.

¹⁵ GRÓPPOLI, Adrián. *Ibíd.*, p. 212. En igual sentido DE BROE, Luc. *International Tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies*. IBFD, 2008, p. 5, quien hace referencia a ROSENBLUM, H.D. "Tax Treaty Abuse: Problems and Issues". En: *15 Law and Policy in International Business*, 1983, p. 766.

¹⁶ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 117.

¹⁷ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 117. En el mismo sentido Michigan Law, p. 6

convenio con un tercer país que de otro modo no se habría aplicado".¹⁸

De acuerdo a la clasificación de VERÓNICA ALESSI, el *treaty shopping* consiste en la violación indirecta de un tratado, dado que éste es empleado por un sujeto que no se encuentra dentro de su ámbito de aplicación, pero que configura una transacción internacional que abarca la actuación de una persona residente en un Estado contratante, a fin de gozar de los beneficios del CDI dispuestos a favor de los residentes de dicho Estado. La autora aclara que, en este caso, **no se viola norma alguna, sino el espíritu del tratado**.¹⁹

2.1.2.1. *Profundización sobre sus principales caracteres*

En primer lugar, **se emplean CDIs**. Éstos prevén en general alícuotas reducidas de imposición u otorgan una exención en el país de la fuente, distribuyendo la base imponible del Impuesto a las Ganancias entre los dos Estados contratantes.

El segundo elemento a considerar son los **sujetos residentes de un tercer Estado** no contratante. En cualquier estructura de *treaty shopping* existen tres sujetos: el inversor, el tercero interpuesto y la fuente.²⁰

Esta persona que no reside en ninguno de los Estados parte del CDI **no tiene derecho a invocarlo** ni valerse de él en su propio beneficio.

A fin de lograr que el CDI le sea aplicable a una renta en particular, procede a la **interposición de sociedades** en uno de los Estados contratantes.

El propósito evidentemente es la **obtención de los beneficios** que otorga el CDI, que de otro modo no hubiera podido obtener. En general se prevé la reducción de la carga impositiva.

Ante una estructura de *treaty shopping* se observa las siguientes particularidades: el beneficiario efectivo no reside en el país en que la entidad es creada, la compañía interpuesta tiene una actividad econó-

¹⁸ CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. *El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales*. La Ley, Buenos Aires: 2000, p. 73.

¹⁹ ALESSI, Verónica. Op. Cit., p. 2.

²⁰ CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. Op. Cit., pp. 74-75.

mica mínima en la jurisdicción en que reside y la renta sujeta a impuesto también es mínima o nula en dicho Estado.²¹

2.1.2.2. Medios empleados para el desarrollo del treaty shopping

En la actualidad se reconocen dos formas primarias de *treaty shopping*: por un lado, la interposición de compañías conducto (“*conduit companies*”) entre el país de residencia de los titulares de la renta y el país donde se ubica su fuente y, por el otro, la ubicación de las comúnmente denominadas sociedades trampolín (“*stepping stone companies*”) en un tercer Estado, que firmó CDI con el Estado fuente, transfiriéndose el crédito a aquéllas contra la entidad situada en el país de la fuente. En este último caso, se logra reducir la base imponible a través de deducciones, evitando la tributación en el país en que se ubica la sociedad cesionaria del crédito.²²

VERÓNICA ALESSI cita a BARNADAS MOLINS, quien establece las condiciones que caracterizan al buen Estado “puente” (es decir, al Estado contratante con el Estado fuente, en el que se ubica la compañía interpuesta entre éste y el Estado en que reside el beneficiario de la renta). Éstas son: “*tener una buena red de convenios internacionales, dar un trato especial a los pagos y cobros de rentas procedentes del exterior, tener un buen sistema bancario y financiero, una buena red de comunicaciones, estabilidad política y una buena tradición en prestaciones de servicios de intermediación*”.²³

2.2. Cuestionamiento jurídico del treaty shopping. Revisión literaria

“Si existen dos formas de realizar la misma operación, impedir que el

²¹ HJI PANAYI, Christiana; AVI-YONAH, Reuven S. *Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union*. January 4, 2010, U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper N° 10-002, U of Michigan Public Law Working Paper N° 182, <<http://ssrn.com/abstract=1531192>>, última captura 23 de junio de 2010, p. 5.

²² ALESSI, Verónica. Op. Cit., pp. 5-6, siguiendo a Becker y Wurm, establece que existen otras formas -aunque se discute su inclusión en el concepto de *treaty shopping*-, como ser la estructura holding y el quinteto (que únicamente se ocurre en Alemania, donde los beneficios a los dividendos distribuidos a una compañía extranjera se aplican sólo si ésta tiene menos del 25% de la entidad distribuidora de los mismos).

²³ BARNADAS MOLINS, Francesc. *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*. Ediciones Gestión 2000 S.A., 2da. Edición, Barcelona: 1997, citado en ALESSI, Verónica. Op. Cit., p. 5.

contribuyente elija aquélla menos onerosa, implicaría, en otras palabras, su obligación de elegir la más gravada, lo que carece de sentido”.²⁴

En la introducción se ha efectuado una analogía entre la actividad de un consumidor de bienes y un supuesto “consumidor de normas”. Se ha discutido en doctrina acerca de la licitud del *treaty shopping*. En el presente apartado se procurará realizar una breve síntesis de los desarrollos intelectuales en la materia. Esta revisión de la literatura sólo llevará unos renglones mas permitirá adentrarse en el tema.

2.2.1. La elusión. Discusión doctrinaria acerca de su licitud

LETICIA BARRERA se refiere a la elusión tributaria en los siguientes términos: “(...) *todo intento de prevenir a través de medios legales el nacimiento o de reducir la obligación tributaria que de otro modo tendría efectos tributarios, basándose en la ventaja que proporciona alguna disposición normativa o la ausencia de ella*”. En particular, considera que la elusión es lícita cuando no se incurre en abuso de las formas jurídicas.²⁵ Agrega que la conducta elusiva “rodea el hecho imponible” evitando que éste se perfeccione.²⁶ La autora prefiere utilizar el término “evasión” para referirse a las conductas ilícitas y reservar la “elusión” para distinguir el empleo de medios lícitos.

Otros autores, en el mismo sentido, hacen notar la existencia de una elusión lícita.²⁷ Cabe citar a ALBERTO MASTANDREA:²⁸ “*se trata de un concepto que comprende la práctica de actos lícitos, abordados en el ámbito de la esfera de la libertad, en procura de una organización más racional de los intereses del contribuyente frente a una pluralidad de regímenes fiscales existentes*” (El destacado es propio). Agrega: “*precisamente la facultad y la libre elección que tienen los contribuyentes respecto del sistema tributario al que someterán sus operaciones, es uno de los pilares sobre los cuales reposa la Planifica-*

²⁴ GOTLIB, Gabriel. *Vicios y mitos de la Interpretación tributaria*. Depalma, 2005: p. 73, citado por MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 154.

²⁵ BARRERA, Leticia. *La elusión tributaria y las normas antiabuso*. AAEF, <[http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/e8f58ce29d4cd46d03256d6c00050901/\\$FILE/Doctrina1202.pdf](http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/e8f58ce29d4cd46d03256d6c00050901/$FILE/Doctrina1202.pdf)>, última captura 30 de octubre de 2010, pp. 2-3.

²⁶ BARRERA, Leticia. Op. Cit., p. 5.

²⁷ MASTANDREA, Alberto (quien cita para ello a XAVIER, Alberto. *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*. Universidad Austral, Ed. 2005, p. 245). Op. Cit., pp. 150-151.

²⁸ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 151.

ción Fiscal Internacional”.

De la definición que proporciona el mencionado autor se extraen dos ideas principales. En primer lugar, la elusión puede ser lícita. En segundo lugar, el sujeto goza de un ámbito de libertad que le habilita a organizar su empresa de la manera más conveniente a sus intereses, pudiendo seleccionar el más favorable a éstos entre los regímenes fiscales vigentes.

JULIÁN MARTÍN justamente vincula a esta elusión lícita con la “economía de opción”, ya sea por tratarse de una situación de no sujeción al impuesto o bien por configurar un tratamiento más favorable sin que para ello se haya utilizado un carácter simulado.²⁹ Sobre este asunto volveremos en el ap. 3.2.

CÉSAR LEVENE prefiere denominar lo antedicho “mitigación fiscal”, debido a que entiende que este término hace referencia al ámbito de lo permitido, mientras que la elusión parte de la existencia de una obligación que ha sido evitada con astucia.³⁰

La planificación fiscal es definida por ALBERTO MASTANDREA como *“la reducción legítima de la tributación por parte de los contribuyentes, (...) cualquier decisión del obligado tributario que le permite disminuir sus obligaciones tributarias y que no se opone, ni siquiera indirectamente, a lo dispuesto por la normativa tributaria. Objetivo este que se logra a través de una organización más conveniente de los negocios, aprovechando las ventajas de las estructuras tributarias existentes, sin burlar ni disimular la realidad económica de las operaciones”*.³¹

Esta planificación implica la minimización de la carga tributaria, como lo señala LETICIA BARRERA, pero no se trata de un proceso específicamente destinado a ello, sino que constituye un elemento que integra la economía productiva de la empresa.³²

En cambio, cuando existe simulación se encuadra la situación dentro

²⁹ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 115.

³⁰ LEVENE, César. “El concepto de beneficiario efectivo”. En: *Interpretación económica de las normas tributarias*. Coordinador Casás, José Osvaldo, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Universidad Austral, Buenos Aires: 2004, Capítulo XVIII, p. 731.

³¹ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 151.

³² BARRERA, Leticia. Op. Cit., p. 5.

de la figura de evasión fiscal,³³ en razón de que se encubre el carácter de un acto bajo la apariencia de otro o bien se transmiten derechos a personas interpuestas que no son aquéllas para quienes en realidad se realiza dicha transmisión.³⁴

JULIÁN MARTÍN distingue la planificación fiscal o elusión -en las cuales entiende que existe una minimización de la carga fiscal a la cual se arriba a través del aprovechamiento de mecanismos previstos y permitidos por la ley- de la evasión, en cuyo caso, con el propósito de no pagar un impuesto, el sujeto despliega maniobras ilegales.³⁵

En cambio, VERÓNICA ALESSI encuadra al *treaty shopping* como un ejemplo de simulación en fraude a la ley. Aclara que, si bien la elusión no constituye un delito, al aplicar normas contenidas en un tratado se desnaturaliza su finalidad.

El Modelo de OCDE no contiene definición alguna del abuso.

De acuerdo a JULIÁN MARTÍN resulta de aplicación el principio de *pacta sunt servanda*, en las siguientes condiciones: “*las ventajas del convenio deben asegurarse incluso a quien hace uso impropio o incorrecto, a menos que contenga cláusulas que lo impidan*”³⁶ (art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).³⁷ La doctrina prevé como violaciones a dicho principio el *treaty override*, es decir, la aplicación del derecho interno aún frente a la existencia de normas internacionales³⁸ y el *rule shopping* que consiste en la creación de una transacción que, cambiando su encuadre jurídico, goza de un tratamiento más beneficioso en el convenio.³⁹

En síntesis, la doctrina se encuentra dividida en este punto; mientras

³³ En este sentido, el art. 955 del Código Civil dispone: “*La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten*”. (El destacado es propio).

³⁴ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 115.

³⁵ MARTÍN, Julián. *Ibíd.*, p. 126.

³⁶ MARTÍN, Julián. *Ibíd.*, p. 116.

³⁷ El art. 26 dispone: “*«Pacta sunt servanda». Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

³⁸ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 116.

³⁹ MARTÍN, Julián. *Ibíd.*

algunos autores distinguen la existencia de elusión lícita de la ilícita, otros prefieren diferenciarlas con términos distintos. No obstante, lo que aquí interesa no es la literalidad de la palabra empleada sino la calificación de la conducta de aquellos sujetos que desarrollan una maniobra intencional destinada específicamente a la reducción de impuestos, en razón de su licitud o ilicitud. Como se ha observado, algunos juristas sostienen la licitud de la elusión atento a que conciben un ámbito de libertad de acción del contribuyente amplio, es decir, un derecho a elegir el tratamiento fiscal más adecuado a sus propósitos. Por ello, en el ap. 3.2 se analizará si existe un derecho tal en cabeza del contribuyente.

2.2.2. La planificación fiscal internacional, ¿un derecho del contribuyente?

Aquí cabe hacer referencia a la frase manifestada por GABRIEL GOTLIB expuesta al iniciar el ap. 3. En el mismo sentido se expresa ALEJANDRO MESSINEO, citando a VOGEL,⁴⁰ quien afirma: “*es una máxima bien establecida del derecho tributario que los contribuyentes son libres de administrar sus asuntos económicos de la manera que consideren más beneficioso para ellos*”.

VERÓNICA ALESSI opina que el *treaty shopping* demuestra un esfuerzo premeditado a fin de obtener beneficios de una red de tratados seleccionando el más favorable, pero agrega: “*(...) si no existen cláusulas antiabusos estamos ante una elusión fiscal, o sea una elección jurídicamente correcta y que por lo tanto no importa violación punible a las leyes*”.⁴¹

Es bien sabido que los sujetos conservan las libertades que no han restringido a favor del Estado a través del hipotético contrato social y que éste debe encargarse de resguardar. Éstas son reconocidas por la legislación tanto interna como internacional, especialmente por la Constitución Nacional y los tratados que gozan de igual jerarquía en Argentina. No obstante, así como todo derecho no es absoluto, tampoco lo son las libertades de los sujetos. El derecho a elegir la forma de realizar una operación debe atender ciertos límites vinculados direc-

⁴⁰ VOGEL, Klauss. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Kluwer, Boston: 1991, p. 51, citado por MESSINEO, Alejandro. “El principio de la realidad económica y el «treaty shopping»”. En: *Interpretación económica de las normas tributarias*. Coordinador Casás, José Osvaldo, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Universidad Austral, Buenos Aires: 2004, Capítulo XVI, p. 638.

⁴¹ ALESSI, Verónica. Op. Cit., p. 14.

tamente con la vida en sociedad. Particularmente, se está ante sujetos que persiguen ciertos beneficios fiscales y por ello artificiosamente intentan convencer a los organismos fiscales locales acerca de su aptitud para encuadrarse en el ámbito de aplicación del CDI. No se trata de una mera planificación empresarial, sino que se crean situaciones ficticias que a primera vista resultan acordes a la letra de los tratados, pero que -con un estudio más profundo- implican un ataque a su espíritu y finalidad.

Es correcta la apreciación de los doctrinarios en cuanto a que, si no existen normas antiabuso, la decisión del contribuyente no resulta punible. De hecho, nuestra Ley Fundamental así lo esgrime: *“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”* (art. 19, Constitución Nacional). Sin embargo, tiene dicho en reiteradas ocasiones la jurisprudencia que la interpretación no debe atenerse sólo a la letra de la ley (además, luego se analizará si estas acciones humanas perjudican económicamente a terceros). Cabe aclarar que la ausencia de sanción no implica que todo accionar sea lícito. En lo concerniente al *treaty shopping*, tanto las legislaciones internas como los mismos tratados intentan evitar esas prácticas, aunque a veces no resultan suficientes y eficaces. En el ap. 5 se considerarán algunas soluciones propuestas y/o aplicadas actualmente en los CDIs.

2.2.3. La finalidad exclusivamente fiscal. El fraude a la ley en materia tributaria

ALBERTO MASTANDREA aclama que no toda estructura de *treaty shopping* debe ser tildada de fraudulenta. *“(...) Cuando la estructura persiga un propósito de negocio, cuando exista una clara y evidente actividad económica en los Estados en los cuales se desarrollan tales negocios, negar la posibilidad que los particulares estructuren de manera de pagar la menor cantidad de tributos, es quebrar todo andamiaje jurídico”* (el destacado es propio).⁴²

Se exige, en este sentido, para gozar de los beneficios emergentes de un CDI, un fin económico y no meramente fiscal.

⁴² MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 154.

El mismo autor mencionado⁴³ determina que existe *treaty shopping* “cuando se diseña una estructura jurídica con el **único propósito de acceder a los beneficios** de algún tratado que fue celebrado por el Estado donde se sitúa la fuente generadora de la riqueza”. (El resaltado es propio). A través de esta práctica se elimina, se reduce o se difiere la carga fiscal en el Estado fuente, siendo éste el único objeto de la forma jurídica empleada. Agrega: “la estructura que se proponga debe subordinarse y ser congruente con la estructura empresarial, de manera que pueda justificarse por beneficios organizativos, estratégicos y económicos”.⁴⁴

Es razonable la postura de este autor en tanto aclara que el empleo de una estructura jurídica con una finalidad más extensa que la simple reducción de la carga fiscal, no puede ser tildado de ilícito. Ello debería ser tenido en cuenta al aplicar estrictos *tests* para excluir la aplicación de los CDIs respecto de determinados sujetos.

La aplicación que contraría la finalidad del CDI consiste en el disfraz de una operación con meros fines fiscales. No se trata, entonces, de la planificación de la forma más favorable para realizar las transacciones, sino de la utilización de artilugios ocultando la realidad.

ALBERTO MASTANDREA⁴⁵ afirma que “*las contingencias disminuyen considerablemente*” en tanto la compañía persiga algún propósito de negocio y declare una utilidad de mercado acorde a las funciones y a los riesgos asumidos. Es decir, si la compañía realmente tiene una sustancia y no se constituye una forma jurídica engañosa, evidentemente no debería correr riesgo alguno con respecto a su situación fiscal.

Se considera que existe fraude a la ley en materia tributaria cuando se emplean formas jurídicas a fin de lograr una finalidad distinta a aquélla para la cual fueron previstas por el legislador. Así, se obtiene la desgravación o reducción impositiva a través de la utilización de figuras societarias impropias. El fraude requiere un elemento subjetivo en la conducta del contribuyente, la intención de escapar a la obligación tributaria. ALBERTO MASTANDREA lo conceptualiza como “el ahorro fiscal” al cual se arriba a través de un acto artificioso o impropio.⁴⁶

⁴³ MASTANDREA, Alberto. *Ibíd.*, p. 149.

⁴⁴ MASTANDREA, Alberto. *Ibíd.*, p. 152.

⁴⁵ MASTANDREA, Alberto. *Ibíd.*, p. 160.

⁴⁶ MASTANDREA, Alberto. *Ibíd.*, p. 161.

Se denomina “*business purpose test*” a la observación del propósito del negocio, a fin de detectar si la única finalidad del mismo consiste en obtener un beneficio fiscal y, en su caso, proceder a la desestimación y recalificación de las operaciones.

Cuando los sujetos constituyen una sociedad en un Estado contratante únicamente con fines fiscales, se vulnera el objetivo del tratado de lograr la neutralidad de la carga tributaria, es decir, “*la implementación de un sistema neutral de normas donde las decisiones de inversión se realicen en base a razones «no tributarias»*”⁴⁷ MARIANA LAMAGRANDE aclara que no sólo se ven perjudicadas las arcas estatales, sino que además se genera competencia desleal por los sujetos que violan el espíritu del CDI.

2.3. Análisis económico del empleo abusivo de los CDIs

“La injusticia de la utilización del treaty shopping se basa primordialmente en que las concesiones recíprocas de los dos Estados contratantes, mediante sacrificios mutuos, son aprovechadas también por el residente de un tercer Estado que no ha cedido absolutamente nada”.⁴⁸

Ya hemos apreciado que el *treaty shopping* es una figura que consiste en la utilización de formas jurídicas con el sólo fin de aplicar un CDI que prevé un beneficio fiscal al cual originariamente no se tenía acceso. También se ha analizado si se trata de una práctica elusiva lícita (o de mitigación) o bien de un artilugio. Se ha visto que debe tacharse de ilícita una operación cuando ésta únicamente persigue fines fiscales, sin contar con una estructura que registre un propósito económico o de negocios. Hasta aquí se ha provisto del marco en que se debate la licitud o ilicitud de este tipo de prácticas. Pero, más allá de su factibilidad legal, ¿resulta económicamente conveniente al Estado el respeto al *treaty shopping*? ¿Se afecta de algún modo el equilibrio económico del tratado? Si este es el caso, en el ap. 5 serán detalladas algunas soluciones para evitar la ocurrencia del *treaty shopping*.

2.3.1. Hacia la maximización de los beneficios

Retornemos al concepto de la compañía consumidora de normas. Ésta selecciona los CDIs que son de su preferencia. En analogía con el individuo, la compañía tiende a maximizar su utilidad. De este modo, analizando los costos y los beneficios emergentes del desempeño de su

⁴⁷ LAMAGRANDE, Mariana L. Op. Cit.

⁴⁸ RIVEIRO, Ricardo Enrique. Op. Cit., p. 98.

actividad en distintos Estados, una compañía “consumirá” en mayor medida normas que le proporcionen una utilidad más significativa, es decir, desarrollará sus transacciones en el Estado que provea del marco legislativo más favorable a sus intereses.

La teoría económica establece que, en una situación de equilibrio, cuando disminuye el precio de los bienes, la cantidad demandada de los mismos aumenta. Ahora nótese que el “bien” que analizamos es una norma. Si una norma ofrece mejores beneficios fiscales, reduciendo la carga fiscal de la compañía, ésta querrá que se le aplique. Por ello, planificará su estructura empresarial a fin de aprovechar el tratado que mayores ventajas le proporciona. Es decir, realizará más actividad en los Estados que hayan celebrado CDIs favorables a sus intereses (en analogía, consumirá más bienes del Estado que tenga un precio más bajo, es decir, más ventajoso a la economía empresarial).

Esto ocurre ante una situación de equilibrio de mercado, en que todos los Estados “compiten” o, en otras palabras, ofrecen condiciones a las sociedades para que las inversiones o actividad económica en los mismos aumenten.⁴⁹ En relación con lo expresado en apartados anteriores, nótese que si una compañía selecciona un Estado para fijar su residencia en razón de finalidades no meramente fiscales sino para desarrollar sus negocios, el equilibrio de mercado se mantiene. La compañía consume normas que son más afines a los propósitos de negocios en conjunto, sin utilizar estructuras engañosas.

De este modo, la conducta de una compañía que adopta una estructura jurídica para desarrollar sus negocios, seleccionando un Estado que ofrece un régimen fiscal favorable a través de sus normas -llámense CDIs-, no afecta el equilibrio natural del mercado.

No obstante, cabe preguntarse qué ocurre cuando la compañía opta por un Estado por sus ventajas fiscales únicamente o cuando lo hace empleando estructuras jurídicas que no condicen con la finalidad verdadera de sus operaciones. En el primer caso considero que no se generaría efecto alguno, siempre que la compañía no adopte una forma artificial para obtener los beneficios garantizados por las normas, sino que realice actividades en dicho Estado. Las razones pueden encontrarse en el ap. 3.2 -el contribuyente puede elegir la mejor opción para desarrollar sus negocios, es decir, la menos gravosa- y en que el Es-

⁴⁹ Las razones que explican por qué conviene a los Estados aceptar inversiones y desarrollar una potente actividad económica no se detallarán en el presente trabajo por exceder sus fines.

tado ha ofrecido, dentro de su abanico de normas, estos regímenes especiales ventajosos, sin bloquear su acceso a compañías extranjeras. Es cierto que hemos dicho que la inexistencia de sanción no hace lícita una conducta que contraría el espíritu de una norma, pero en este caso no se establece limitación alguna -llámese cláusula de residencia, u otra- cuyo obstáculo deba “saltar” la sociedad a fin de hallarse comprendida por su ámbito de aplicación.

El inconveniente surge, entonces, cuando el equilibrio de mercado -determinado por la oferta y la demanda- se quiebra. Entre las fallas de mercado es posible mencionar a las externalidades que a continuación serán analizadas.

2.3.2. Externalidades negativas, ¿quién afronta el costo “ahorrado”?

Ha sido mencionado el ahorro fiscal anteriormente, pero aún no se ha definido su concepto. ¿Qué se entiende por los términos “ahorro fiscal”? LETICIA BARRERA⁵⁰ se refiere a la evitación fáctica de la carga tributaria. Ya se ha puesto de manifiesto que el ahorro en sí mismo no es una práctica ilícita, dado que el contribuyente no tiene obligación de desarrollar sus negocios de la manera más gravosa. Únicamente es dañino el empleo de formas jurídicas vigentes a fin de evitar o reducir la carga fiscal cuando dichas formas o estructuras de negocios han sido previstas con propósitos distintos respecto de aquellos para los cuales han sido empleadas.

En economía se denomina “externalidades” a aquellos beneficios o costos que no son soportados efectivamente por el sujeto empresario, sino que se trasladan a terceros. MICHAEL PARKIN lo define como aquel costo o beneficio que surge del consumo, que recae sobre una persona distinta al consumidor y que, por lo tanto, impone un costo externo.⁵¹

¿Podríamos acaso entender que las compañías trasladan parte de su costo a la sociedad a raíz de la utilización abusiva de convenios internacionales que originariamente no les son aplicables?

LETICIA BARRERA⁵² concibe, entre las implicancias del *treaty shopping*, que las ventajas de un tratado se extienden a terceros residentes en

⁵⁰ BARRERA, Leticia. Op. Cit., p. 4.

⁵¹ PARKIN, Michael. *Economía*. 6ta Edición, Ed. Pearson Educación, 2006, pp. 410 y 424.

⁵² BARRERA, Leticia. Op. Cit., p. 14.

un Estado no contratante, **sin que las partes hayan expresado su voluntad en este sentido**. “Cuando los estados celebran un convenio, hacen concesiones recíprocas con el objeto de beneficiar a los residentes de ambos estados, no previéndose su extensión a residentes de terceros Estados”.⁵³

JULIÁN MARTÍN tiene dicho que “(...) la armonización tributaria puede acarrear una disminución de ingresos fiscales y por tanto ocasionar sacrificios en gastos sociales, lo cual traerá aparejado costos políticos importantes para el gobierno que lleve adelante el proceso”.⁵⁴

Se entiende, por lo tanto, que el Estado contratante ha concedido una reducción a los residentes en ambos países parte del CDI, sacrificando el monto de tributos percibidos respecto de dichos contribuyentes. Cuando un sujeto de un tercer Estado, que en principio no se hallaba bajo el paraguas del CDI interpone una sociedad sin sustancia real para obtener sus beneficios, la voluntad del Estado es burlada y los costos políticos y los económicos que ha perdido de ganar se trasladan a ese Estado, generándose un costo externo.

RODRÍGUEZ ONDARZA⁵⁵ lista una serie de razones para considerar al *treaty shopping* como práctica abusiva:

- 1) Cuando dos Estados negocian un convenio tienen como fin acoger exclusivamente a los sujetos residentes en ambos Estados. Si una persona que reside en un tercer Estado puede tomar provecho del convenio, este tercer Estado se beneficiará del convenio, aunque no ha participado del proceso de negociación y no ha efectuado concesión alguna. La práctica del *treaty shopping* viola el principio de reciprocidad y el equilibrio de sacrificios.⁵⁶
- 2) Cuando un Estado concede beneficios a otro lo hace suponiendo que la base imponible quedará en tal Estado.

⁵³ CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. Op. Cit., p. 73.

⁵⁴ Martín, Julián. Op. Cit., p. 114.

⁵⁵ RODRÍGUEZ ONDARZA, José Antonio. *Los efectos de la fiscalidad en el marco de los convenios de doble imposición internacional. Análisis del caso español*. Instituto de Estudios Fiscales, PT N° 3/97, p. 14, citado por CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. Op. Cit., p. 74.

⁵⁶ LAMAGRANDE, Mariana. Op. Cit., y el Comité de Asuntos fiscales de la OCDE (mencionado por ALESSI, Verónica. Op. Cit., p. 6).

- 3) Desincentiva la celebración de convenios a aquellos Estado cuyos contribuyentes pueden emplear los convenios firmados por otros Estados sin necesidad de contraprestación.

MARIANA GUTIÉRREZ aclara que el proceso de negociación de un acuerdo de esta índole *“implica el otorgamiento recíproco de concesiones por parte de los Estados involucrados, resultando en un equilibrio de ventajas mutuas”*.⁵⁷

CHRISTIANA HJI PANAYI y REUVEN S. AVI-YONAH señalan que los CDIs se basan en un percibido nivel de equilibrio de las actuales y potenciales rentas y movimientos de capitales entre un Estado y el otro. Cuando existe abuso, el nivel de equilibrio de flujos se distorsiona, resultando en una distorsión de la parte de los ingresos gravables canalizada a cada Estado.⁵⁸

En base a todo lo dicho, el accionar de la compañía que interpone una sociedad en un país firmante de un CDI, a los fines de encontrarse amparada por sus términos, genera un costo externo a este Estado equivalente a los costos⁵⁹ en que ha incurrido -realizando concesiones al firmar el tratado- y quiebra, consecuentemente, el equilibrio del “mercado de convenios”.

⁵⁷ GUTIÉRREZ, Mariana. Op. Cit., p. 17.

⁵⁸ HJI PANAYI, Christiana; AVI-YONAH, Reuven S. Op. Cit., p. 7. Por ello, se suele decir que *“un tratado generoso con un socio comercial se vuelve un tratado con el mundo”* (traducción propia).

En la p. 8, los autores intentan desvirtuar este principio, al concebir la posibilidad de que los Estados asuman concesiones unilateralmente. Además, agregan que la sola existencia de reciprocidad no garantiza que exista un equilibrio justo, ya que el tratado puede estar celebrado a favor del país con más poderío económico. Agregan, con respecto a la pérdida de rentas gravables y las distorsiones económicas, que estos hechos no han sido comprobados, en razón de la dificultad que existe en calcular los beneficios y los costos para un Estado contratante. También asevera que la ausencia de un sistema impositivo neutral hace difícil afirmar que las distorsiones son causadas por el *treaty shopping*. En este sentido puede decirse que su falta de neutralidad crea un incentivo para “adquirir tratados”, es decir, “los tratados generan el *treaty shopping*”, por lo cual podría considerarse a esta práctica como una ayuda para remover los impedimentos que la inadecuada red de tratados impone.

⁵⁹ En algunos costos cabe aclarar que el Estado incurrió directamente, como ser los vinculados a las negociaciones, mientras que en otros son costos de oportunidad (los tributos dejados de percibir que habrían tenido el carácter de ingresos para el fisco han sido desechados al seleccionar la alternativa de firmar un CDI).

La externalidad tiene como efecto que el costo privado de la compañía en equilibrio sea distinto al costo social (costo total, que incluye al externo), por lo cual el particular se verá incentivado a “consumir más normas”, es decir, a realizar más transacciones que las que el equilibrio de “mercado de convenios” permite.

Es por ello que se deben hallar soluciones para “internalizar la externalidad”, es decir, impedir esta falla de mercado. La forma más usual consiste en disuadir a las compañías para que no efectúen este tipo de prácticas (solución anterior al hecho), o bien exigir la compensación del impuesto dejado de pagar (solución posterior al hecho).

2.4. Soluciones destacadas. Un desafío para nuestros legisladores, jueces y juristas

“(…) La estructura organizacional (…) debe ser compatible con la actividad que se realiza. En el ámbito de una planificación fiscal lícita, descartamos toda posibilidad de instrumentar estructuras artificiosas que no posean la sustancia acorde al tipo de negocio”.⁶⁰

2.4.1. Prevención de las prácticas abusivas en la aplicación de los CDIs

Existen distintas cláusulas que se estipulan en los CDIs a los fines de impedir la aplicación de los mismos a ciertos sujetos o en determinadas ocasiones. Se reconoce una vinculación entre la limitación del ámbito de aplicación de los tratados y el propósito de suprimir las prácticas perjudiciales de *treaty shopping*.

2.4.1.1. La vaguedad del concepto “beneficiario efectivo” (beneficial ownership)

En lo concerniente a la cláusula del beneficiario efectivo (“*beneficial ownership*”), doctrinariamente se ha intentado hallar un sentido unívoco, aunque aún no ha sido plasmado en los CDIs. El concepto no se encuentra definido en el Modelo de la OCDE. Su art. 3.2 establece que su significado se determinará en base a la definición que tenga en el momento relevante en la legislación doméstica.⁶¹

⁶⁰ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 154.

⁶¹ SEKAR, K. R. “No consensus on beneficial ownership”. En: *International Tax Review*. May 2008, Vol. 19 Issue 4, p. 59-61, 3 p., Business Source Complete, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=32484331&lang=es&site=ehost-live>>, última captura 23 de junio de 2010.

CÉSAR LEVENE propone una definición para incluir en los CDIs que celebre Argentina: “*El término «beneficiario efectivo» refiere al acreedor de la renta, o -si éste estuviere actuando en nombre propio pero por cuenta y orden de un tercero (sean o no partes relacionadas)- al tercero por el cual el acreedor está actuando. A esto fines, «acreedor» es quien posee el título o derecho que origina la renta. A fin de determinar si el acreedor actúa por cuenta y orden de un tercero debe ponderarse su efectivo poder, legal o de hecho, para disponer del pago*”.⁶²

FÉLIX ALBERTO VEGA BORREGO expresa que se debe ser beneficiario efectivo del rendimiento -no se refiere a la participación, préstamo o derecho de propiedad intelectual o industrial que genera el dividendo, interés o canon-, es decir, basta con ser el beneficiario efectivo de la renta y no es necesario ser el titular del activo que la origina.⁶³ Entiende que no tienen esta condición quienes jurídicamente actúan por cuenta de un tercero atento a que no perciben el rendimiento para sí mismos.⁶⁴ Por otro lado, dicho autor trae a colación la definición que brinda el Modelo de Convenio de Estados Unidos de 1996 en su *Technical Explanation* (párrafo 140): “*el beneficiario efectivo es la persona residente en un Estado contratante a quien ese Estado atribuye la renta a efectos tributarios*”.⁶⁵ Concluye en que no debe observarse únicamente quién es el titular formal del rendimiento, sino que también debe investigarse cuál es el sujeto que dispone económicamente del mismo (debe analizarse la forma y la sustancia de la operación).⁶⁶

JUAN J. IMIRIZALDU, por su parte, exige dos supuestos para la configuración del beneficiario efectivo: “*poder de disposición sobre el título que da derecho al rendimiento y sobre el rendimiento mismo -respecto a cómo debe utilizarse-*”.⁶⁷

ALBERTO MASTANDREA⁶⁸ le adjudica dicha calidad a quien tiene la libertad para disponer de los rendimientos y detenta la propiedad jurí-

⁶² LEVENE, César. Op. Cit., p. 742.

⁶³ VEGA BORREGO, Félix Alberto. *El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición*. Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Autónoma de Madrid, DOC. N° 8/05, p. 9-10.

⁶⁴ VEGA BORREGO, Félix Alberto. *Ibid.*, p. 13.

⁶⁵ VEGA BORREGO, Félix Alberto. *Ibid.*, p. 14.

⁶⁶ VEGA BORREGO, Félix Alberto. *Ibid.*, p. 15.

⁶⁷ IMIRIZALDU, Juan J. *Convenios para evitar la doble imposición*. ERREPAR, Mayo 2006, Tomo XXVI.

⁶⁸ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 70.

dica, es decir, el sujeto debe ser capaz de decidir libremente el destino de los fondos, asumir los riesgos de la cosa, tener la facultad de administrar y disponer de ella y de sus frutos y no gozar de un dominio su-peditado a una cláusula temporal.

FERNANDO GARCÍA explica que la legislación interna argentina tiene normas que facilitan la aplicación del concepto de beneficiario efectivo, tal el art. 18 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (el beneficiario no es quien percibe los fondos sino el verdadero acreedor) y la presunción de propiedad por registración en el régimen de nominatividad accio-naria.⁶⁹

En opinión de JULIÁN MARTÍN “*si bien nuestro país tiene prevista la cláusula de beneficiario efectivo en la mayoría de los convenios celebrados especialmente con países europeos, consideramos que la no inclusión de dicha cláusula no implica no remitirnos al cumplimiento de tal requisito pues la esencia del convenio es su aplicación a quienes sean efectivamente los beneficiarios*”.⁷⁰

2.4.1.2. Otras cláusulas propuestas

La cláusula de abstinencia impide la celebración de tratados con países considerados paraísos fiscales. Convendría definir de manera bi-lateral las condiciones necesarias para calificar como paraíso fiscal a un Estado, o bien enumerar dichos países (lista que deberá ser revisa-da periódicamente).

La cláusula de transparencia (*look-through approach*) consiste en la aplicación de los beneficios únicamente cuando el capital social perte-nece a sujetos residentes. Se evita, de este modo, otorgar ventajas a sujetos controlados por residentes de otro Estado. ALBERTO MASTAN-DREA agrega que debe aplicarse con cautela para no impedir a los con-venios el logro de sus propósitos (“*favorecer e incentivar los movimien-tos transnacionales de personas, capitales, bienes y servicios*”).⁷¹ Por ello, recomienda limitar su aplicación respecto de determinados suje-tos. Es conveniente, a su vez, que los Estados se dispongan a homoge-neizar conceptos.

La cláusula de exclusión (“*exclusion approach*”) prevé la sustracción

⁶⁹ GARCÍA, Fernando D. Op. Cit., pp. 28-29.

⁷⁰ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 128.

⁷¹ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 173.

del ámbito de aplicación del CDI a ciertos tipos societarios -que cuentan con regímenes preferenciales- o áreas fiscales de privilegio.

La cláusula del tránsito (“*channel approach*”) permite no aplicar los beneficios emergentes del tratado, cuando existe una situación de control por parte de un tercer Estado, si un cierto porcentaje -por ejemplo, más del 50%- de la renta percibida se remite a este último en concepto de gastos.⁷²

La cláusula de buena fe consiste en que debe contarse con motivos razonables de negocios para realizar el hecho económico,⁷³ no meros propósitos fiscales. NORBERTO PABLO CAMPAGNALE, SILVIA GUADALUPE CATINOT y ALFREDO JAVIER PARRONDO⁷⁴ exigen ciertas condiciones: la existencia de motivos razonables para la interposición de sociedades, el desarrollo de una actividad empresarial, el pago de impuestos en el Estado de residencia, el registro de acciones en una bolsa de valores oficial. Asimismo, el contribuyente debe demostrar que sus operaciones están justificadas por razones extrafiscales.

La cláusula de sujeción efectiva al impuesto (“*subject-to-tax approach*”) establece que los beneficios emergentes del tratado en el Estado fuente únicamente se otorgan si la renta se encuentra gravada en el Estado de residencia.

La cláusula de la actividad (“*activity test*”) exige el desarrollo de actividades comerciales de importancia en el Estado de residencia y que la reducción de impuestos en el otro Estado contratante se deba a una renta vinculada con aquéllas.

La cláusula de la cuantía de los impuestos (“*amount-of-tax test*”) habilita a obtener los beneficios del tratado cuando la reducción de impuestos no excede el monto que efectivamente se paga en el Estado de residencia.

La cláusula de la cotización en bolsa (“*Stock Exchange test*”) consiste en la aplicación del CDI a aquellas compañías registradas y que cotizan en un mercado de valores conocido.

⁷² CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. Op. Cit., p. 80.

⁷³ Previsto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23/05/1969. Entró en vigencia el 27/01/1980.

⁷⁴ CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. Op. Cit., p. 81.

La cláusula de la reducción o del alivio alternativo (“*alternative relief provision*”) consiste en la no aplicación de otras cláusulas antiabuso cuando se trata de una sociedad cuyos accionistas son residentes de un Estado que ha celebrado con el Estado fuente un CDI en el que reconoce una reducción de impuestos no menor.

La cláusula de limitación de beneficios (“*limitation on benefits provisions*”) posibilita usar el CDI sólo a quienes cumplan alguno de estrictos *tests* o requisitos a satisfacer (son considerados “residentes calificados”).⁷⁵ Los tratados recientes celebrados por Estados Unidos prevén esta cláusula con el fin de denegar los beneficios del tratado a los sujetos que tienen insuficiente nexo económico y de negocios con respecto a los Estados parte.⁷⁶

Los códigos de conducta también pueden ser útiles a fin de disminuir las prácticas abusivas.

ALBERTO MASTANDREA alerta que los Estados deben tener en cuenta -al contratar- la legislación interna de aquéllos con quienes negocian CDIs, dado que la interposición de compañías a fin de gozar de reducciones o exenciones impositivas se vincula íntimamente con la existencia de regímenes tributarios flexibles.⁷⁷ Entonces, uno de los primeros puntos a considerar por el Estado contratante debe ser las condiciones tributarias que establece el ordenamiento interno de la otra parte.

MARIANA GUTIÉRREZ propone como medida a adoptar, la acción coordinada de los Estados a fin de atacar la planificación fiscal internacional realizada para lograr el *treaty shopping*.⁷⁸

JULIÁN MARTÍN considera que se debe acordar regímenes informativos de operaciones internacionales, fiscalización internacional y evitar concluir CDIs con países que otorguen beneficios fiscales preferenciales.⁷⁹

⁷⁵ LORENZO, Armando; EDELSTEIN, Andrés; CALCAGNO, Gabriel. *Impuesto a las Ganancias. Convenios para aliviar o evitar la doble imposición internacional*. Errepar, T. XXIV, p. 44, enero 2003.

⁷⁶ KAWANO, Akemi; TANENBAUM, Edward. “Treasury Department releases its «Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties»”. En: *Corporate Business Taxation Monthly*. Feb 2008, Vol. 9 Issue 5, p. 9-34, 4 p., UNITED States Office of Tax Policy, <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=30036537&lang=es&site=ehost-live>>, última captura 23 de junio de 2010, p. 34.

⁷⁷ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 162.

⁷⁸ GUTIÉRREZ, Mariana. Op. Cit., p. 31.

⁷⁹ MARTÍN, Julián. Op. Cit., pp. 144-145. También propone adoptar el concepto

2.4.2. Interpretación ex post facto

La interpretación posterior por parte del órgano administrativo o judicial de una situación que puede ser encuadrada como *treaty shopping*, puede ocurrir con más frecuencia cuando los Estados contratantes no han previsto cláusulas en los CDIs que celebraron (o bien no han previsto una calificación autónoma de sus términos). Así, en lugar de no aplicar los beneficios del tratado desde el inicio del desarrollo de una determinada actividad, con posterioridad a la adjudicación de la venta, luego de inspecciones y determinaciones impositivas, se descubre que debajo de la apariencia de operación con sustento económico, no existía ese fin realmente, registrándose un mero propósito fiscal.

2.4.2.1. La sustancia sobre la forma. Apelación a la realidad económica de las operaciones

ALBERTO MASTANDREA⁸⁰ lista una serie de indicios acerca de la existencia de una estructura ilegítima, entre ellos: inexistencia de una estructura organizacional, restricción a la propiedad de la cosa que proporciona los frutos, limitación en la decisión sobre el destino de dichos frutos, existencia de capital social exiguo y ausencia de requisitos societarios, contables o de otra índole. Adicionalmente detalla otros elementos más específicos: distribución inmediata de la renta obtenida al Estado de residencia de sus titulares, vinculación estructural o funcional con la compañía ubicada en dicho Estado, utilidad mínima o inexistente, inexistencia de otras operaciones económicas, estructura operacional reiterada en el tiempo, entre otros.⁸¹

CÉSAR LEVENE sostiene que no debe emplearse el principio de realidad económica en la interpretación del significado del término beneficiario efectivo por varias razones: por un lado, no tiene significado en la legislación interna (sólo podría definirse por vía secundaria a través del concepto de realidad económica previsto en el art. 2 de la Ley de Procedimiento Tributario),⁸² no puede recurrirse a legislación correspon-

de beneficiario efectivo restringido al domicilio de los accionistas de la sociedad beneficiaria y aplicar alguna de las cláusulas que recomienda la OCDE.

⁸⁰ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 164.

⁸¹ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 166.

⁸² "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuada-

diente a tributos ajenos al convenio y no cabe aplicar una norma anti-elusión que no ha sido acordada por los Estados parte y sobre la cual el otro Estado no ha tenido oportunidad de ponderar.⁸³

GRACIELA SARMIENTO expone la postura de un sector de la doctrina: si ambos Estados contratantes tienen normas internas que desconocen la transacción cuando se interpreta que la finalidad es abusiva, entonces corresponde no aplicar el convenio, atento a que se puede suponer que ambos Estados quieren aplicar sus reglas al marco del CDI. Trae a conocimiento la opinión de VOGEL según el cual *“una transacción artificial debe ser juzgada de conformidad con su naturaleza (sustancia) no sólo en atención a su forma. Éste es un principio general reconocido por todas las naciones civilizadas y debe ser aplicado en las relaciones entre los Estados parte de un CDI. En consecuencia, las obligaciones de derecho internacional que surgen de un CDI, con respecto al otro Estado contratante, están sujetas a un principio general de «sustancia sobre forma» basado en el derecho internacional”*.⁸⁴

Las teorías sobre la aplicación de las normas antiabuso previstas en el derecho local han ido evolucionando desde aquellas en que se les negaba efecto si no se expresaban en el convenio, hasta la situación actual en que no se requiere confirmación por el convenio de los principios generales antiabuso que se observan en el ordenamiento local de cada uno de los Estados contratantes.⁸⁵

En “Aiken Industries, Inc. v. Commissioner” (56 TC 925, 1971), una compañía estadounidense (A) tomó un préstamo de una compañía de Bahamas (B). Ésta asignó dicho préstamo a su subsidiaria en Honduras (C), por lo cual A pagó intereses a C que luego fueron remitidos a B. Antes de la asignación del contrato a C, los intereses hubieran estado sujetos a retención en Estados Unidos, mas luego, por aplicación del CDI celebrado entre Estados Unidos y Honduras, se hallaban exen-

mente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

⁸³ LEVENE, César. Op. Cit., p. 723.

⁸⁴ SARMIENTO, Graciela F. “Convenios de doble imposición firmados por Argentina. Su relación con la legislación tributaria interna en materia de empresas vinculadas. Precios de transferencia. Errepar, T. XXVII, diciembre 2006.

⁸⁵ SARMIENTO, Graciela. *Ibíd.*

tos. La Tax Court sostuvo que la compañía hondureña no poseía el dominio y control de los intereses pagados por la compañía estadounidense y no existía propósito económico sustancial para realizar la operación.⁸⁶

2.4.2.2. *Debate sobre la aplicabilidad de la legislación interna*

Existen algunos mecanismos internos para atacar el abuso de tratados. Por ejemplo, el establecimiento de un determinado nivel de endeudamiento (tope en relación con el patrimonio neto). Asimismo existe el quiebre de tratados, es decir, la inaplicabilidad de los mismos por disposiciones de orden interno.

JULIÁN MARTÍN explica que el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE se opuso en sus comienzos a la aplicación de normas internas anti-abuso, en razón de que se estaría desconociendo la existencia de un tratado internacional y transgrediendo los términos del art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.⁸⁷ En 1992 cambió de criterio, considerando que las cláusulas locales no son incompatibles con el espíritu y el propósito de los CDIs. La doctrina critica esta medida dado que se afecta la seguridad jurídica ante los cambios de legislación interna de los Estados (que es uno de los fines de los CDIs) y la uniformidad.

ALBERTO MASTANDREA apoya la previsión de normas en el ordenamiento interno, siempre que se siga el procedimiento especial que prevé el modelo de OCDE (art. 25.3) sobre la resolución de las dificultades o dudas mediante acuerdo amistoso.⁸⁸

⁸⁶ MARTÍN, Julián. Op. Cit., pp. 118-9. Asimismo véase: PETKEVICA, Julija; LESTRADE, Edward. *Tax Treaty Shopping - Perspectives from Latvia*. Doing Business in Europe Series, Forthcoming, <<http://ssrn.com/abstract=929311>>, última captura 23 de junio de 2010.

“Gregory v. Helvering” (293 U.S. 465, 1935) es uno de los casos más reconocidos que aplica la doctrina de la sustancia económica. La Suprema Corte aclaró que la minimización del impuesto es aceptable en tanto sea consistente con la intención o propósito del Congreso. Véase LEDERMAN, Leandra. “W(h)ither Economic Substance?”. En: *Iowa Law Review*, July 8, 2009, Vol. 95, p. 389, 2010, Indiana Legal Studies Research Paper N° 128, <<http://ssrn.com/abstract=1345388>>, última captura 23 de junio de 2010, pp. 402-404.

⁸⁷ MARTÍN, Julián. Op. Cit., p. 136. El art. 27, primera parte, dispone: **“El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”**.

⁸⁸ MASTANDREA, Alberto. Op. Cit., p. 179.

CÉSAR LEVENE se refiere a la aplicación conjunta del art. 31 y del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que brinda rango supralegal a los tratados. Aclara que en principio debe recurrirse a la letra del convenio y, en caso de que no se haya previsto expresamente, puede dirigirse a la norma interna.⁸⁹

El mismo convenio puede prever una remisión acotada a las normas de fuente interna cuando haya términos no expresamente definidos en aquél. Esta posibilidad de recurso al derecho local de los Estados permite evitar la negociación de un sinnúmero de definiciones que la tornaría en dificultosa⁹⁰ y lenta.

Por último, AVERY JONES propone utilizar el significado de los términos que establece el país fuente, debido a que es el primero en aplicar el tratado.⁹¹

3. CONCLUSIÓN

*“Si bien, al menos en su concepción teórica, el objetivo de estos tratados es el de evitar la doble imposición es claro (...) que los mismos no resultan imprescindibles, destacándose que se afirma, en la actualidad, que los mismos han sido reducidos a meros productos listos para ser usados por quien consume servicios de asesores impositivos internacionales”.*⁹²

Se ha investigado a lo largo del presente trabajo si la práctica del *treaty shopping* trae aparejada una externalidad negativa que implica un costo social generado por la actividad de un sujeto que, siendo originariamente ajeno al ámbito de aplicación del CDI, logra encuadrarse en el mismo a través de una maniobra artificiosa. Se ha corroborado su veracidad en mérito de las premisas que se reiteran a continuación.

El concepto de residencia introducido en los CDIs es amplio, por lo cual queda un extenso espacio abierto a la inclusión de casos que contrarían el espíritu de sus disposiciones. En consecuencia, y en razón de

⁸⁹ LEVENE, César. Op. Cit., p. 715.

⁹⁰ En este sentido LEVENE, César. *Ibíd.*, p. 717.

⁹¹ AVERY JONES, J.F. “The 1992 OECD Model Treaty: Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: Treaty Interpretation”. En: *European Taxation*, vol. 33, n° 8, 1993, p. 252, citado por MESSINEO, Alejandro. Op. Cit., p. 658.

⁹² FIGUEROA, Antonio H. “Los tratados amplios para evitar la doble tributación internacional”. En: *IMP 2001-B*, 2340.

los beneficios fiscales que provee el tratado, se desarrolla la práctica del *treaty shopping* que consiste en un esfuerzo premeditado por parte de un sujeto de un tercer Estado -no firmante- quien, sin tener derecho a valerse de un CDI, para encuadrar dentro de su ámbito de aplicación las rentas obtenidas en un Estado parte, interpone una sociedad en el otro Estado parte, obteniendo los ventajas fiscales del convenio.

Desde un punto de vista económico, el sujeto puede elegir libremente entre las normas alternativas, aquellas que le proporcionen el mayor beneficio. Así, se le reconoce el derecho a planificar su posición fiscal, el cual no es absoluto. Por ello, si se contraría el ordenamiento interno o internacional, la conducta no debe ser considerada lícita.

Los Estados al contratar un CDI realizan concesiones recíprocas. Cuando el sujeto tiene meros propósitos fiscales sin sustancia económica alguna (o bien emplea formas jurídicas sin sustento económico) se genera un desequilibrio, debido a que el costo -o supuesto "ahorro fiscal" del sujeto privado, generado por las negociaciones políticas del acuerdo y el costo de oportunidad relativo a la percepción de los tributos dejados de pagar- resulta en un costo externo que recae sobre el Estado que ha contratado. A este costo transferido se lo denomina externalidad.

En razón de ello, se requiere la internalización de las externalidades, es decir, que el sujeto que ha logrado artificioosamente la aplicación del convenio, pague los costos. Así, surgen distintas soluciones para evitar la práctica del *treaty shopping*. Algunas se aplican *ex ante* y consisten en cláusulas que deben ser incorporadas a los CDIs a fin de que, desde el comienzo, el sujeto conozca que el convenio no le será de aplicación y le sea imposible realizar maniobras ilícitas -ocultando la realidad económica- a fin de encuadrarse en aquél. Por otro lado, se analizaron modos de interpretación de la actividad del sujeto empleados para determinar si está "adquiriendo" un tratado que no le pertenece: la realidad económica (sustancia sobre forma) y la posibilidad de aplicación del derecho interno, la cual se halla controvertida.

En lo concerniente a la interpretación de los CDIs, existen cuestiones por resolver que quedarán para su análisis en posteriores trabajos, en razón de que exceden el marco de este trabajo de investigación. Entre ellas, cabe mencionar al *treaty override*,⁹³ la problemática resultante

⁹³ Es un aspecto conflictivo del *treaty shopping* que consiste en que un Estado emite legislación que anula o sobrepasa lo que ha acordado mediante un tratado. En este sentido, MESSINEO, Alejandro. Op. Cit., p. 635.

de la existencia de varias versiones -en relación a la prevalencia de una de ellas- y de la interpretación estática o dinámica -a la legislación de qué momento se debe recurrir⁹⁴ y la duda acerca de la obligatoriedad en la aplicación del comentario de OCDE como medio de interpretación.⁹⁵

Se ha visto que la doctrina no es coincidente asimismo en cuanto a la definición del concepto de elusión y a su clasificación en práctica lícita e ilícita. No obstante, en base a la investigación, resulta indiscutible que el accionar del sujeto que desarrolla el *treaty shopping* resulta en un costo para el Estado que convino un CDI, que no ha debido ni podido prever su aplicación a sujetos extraños al espíritu de aquél.

Las autoridades de los países deben abocarse al estudio de medidas que permitan contrarrestar la práctica del *treaty shopping*. La problemática acerca de cuál solución es la más adecuada, debe ser considerada en el caso concreto, teniendo en cuenta las condiciones del Estado con el cual se está celebrando el CDI y los sujetos a quienes se procure beneficiar.

*“Es inevitable que una norma antielusiva sacrifique en cierto grado la seguridad jurídica con el fin de evitar el daño a las arcas públicas que ocasionarían, fácilmente, conductas elusivas de algunos contribuyentes. El problema que presenta este conflicto de intereses es encontrar un grado de sacrificio de la seguridad jurídica que sea razonable (art. 28, Cons. Nac.), y que la norma antielusiva no pueda utilizarse por la Autoridad Fiscal para violar de hecho el principio de legalidad”.*⁹⁶ Agrega CÉSAR LEVENE: *“por ejemplo, una norma antielusión no puede crear una inseguridad jurídica tal que lleve a los contribuyentes a una situación en la cual, si no eligen el camino más gravoso posible para efectuar su legítimo negocio, estén asumiendo una posición con gran incertidumbre desde el punto de vista tributario”.*⁹⁷

Es interesante la propuesta de ANTONIO FIGUEROA: *“en realidad cabe preguntarse si no es más lógico intentar desarrollar nuevas estructuras tributarias que, con base en una adecuada asignación o distribución*

⁹⁴ LEVENE, César. Op. Cit., p. 721.

⁹⁵ Esto se debe a que Argentina no es miembro de dicha organización, no obstante lo cual al acordar un CDI basado en el modelo de la OCDE con un Estado que es miembro no puede serle totalmente ajeno y, en caso de querer desconocerlo, debe hacerlo expresamente. LEVENE, César. Op. Cit., p. 729.

⁹⁶ LEVENE, César. *Ibíd.*, p. 740.

⁹⁷ LEVENE, César. *Ibíd.*, p. 740.

de las rentas internacionales, faciliten el desarrollo de las actividades empresarias sin afectar los recursos fiscales propios de cada jurisdicción nacional".⁹⁸

FERNANDO D. GARCÍA afirma que "(...) *originalmente los CDI fueron bilaterales, pero la doctrina promueve el cambio a CDI del tipo multilateral (al menos inicialmente), de carácter regional sobre la estructura del Modelo OCDE sobre el que se basan ya gran parte de los convenios bilaterales*".⁹⁹

En lo referente al conflicto entre la libertad de organización y el abuso de convenios, coincido con ALEJANDRO MESSINEO en que se debe promover el intercambio de bienes y personas pero preservando el Estado de derecho, sin erosionar injustamente la base recaudatoria, a fin de llegar a una tributación equitativa.¹⁰⁰

Por último, cabe agregar, que la práctica del *treaty shopping* puede traer aparejadas consecuencias sobre la negociación de tratados. CHRISTIANA HJI PANAYI Y REUVEN S. AVI-YONAH sostienen que esta práctica genera un desincentivo para negociar tratados tributarios, dado que los países pueden obtener beneficios de imposición reducida para sus residentes sin necesidad de celebrar un tratado, por lo que los Estados que cumplen con sus obligaciones de cooperación fiscal se encontrarán en desventaja competitiva.¹⁰¹

Buenos Aires, octubre de 2011.

⁹⁸ FIGUEROA, Antonio H. Op. Cit.

⁹⁹ GARCÍA, Fernando D. Op. Cit., p. 16.

¹⁰⁰ MESSINEO, Alejandro. Op. Cit., p. 661.

¹⁰¹ HJI PANAYI, Christiana; AVI-YONAH, Reuven S. Op. Cit., p. 7.

4. BIBLIOGRAFÍA

4.1. Artículos

- ALESSI, Verónica. “Treaty shopping - Abuso a los convenios internacionales”. AAEF. <[http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/\\$FILE/Doctrina0103.pdf](http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/$FILE/Doctrina0103.pdf)>. Última captura 30 de octubre de 2010.
- BAILEY, Bryan; SHAFER, Jeffrey. “Treaty shopping - the next chapter”. *International Tax Review*. Sept 2007, Vol. 18 Issue 8, pp. 92-92, 1/3 p., (AN 27079573), Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=27079573&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- BARRERA, Leticia. “La elusión tributaria y las normas antiabuso”, AAEF. <[http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/e8f58ce29d4cd46d03256d6c00050901/\\$FILE/Doctrina1202.pdf](http://www.aef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/e8f58ce29d4cd46d03256d6c00050901/$FILE/Doctrina1202.pdf)>. Última captura 30 de octubre de 2010.
- BAISTROCCHI, Eduardo A. “The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications”. *British Tax Review*. (September 24, 2008), N° 4, 2008. <<http://ssrn.com/abstract=1273089>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- DAGAN, Tsilly. “The Tax Treaties Myth”. *Journal of International Law and Politics*. Vol. 32, N° 939, 2000. <<http://ssrn.com/abstract=379181>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- DE BROE, Luc. “International Tax planning and prevention of abuse: a study under domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies”. *IBFD*. 2008.
- EDELSTEIN, Andrés. “Recientes pronunciamientos sobre el concepto de beneficiario efectivo”. *Errepar, Consultor tributario*. p. 27, julio 2008.
- EDEN, Lorraine; KUDRLE, Robert. “Tax Havens: Renegade States in the International Tax Regime?”. *Law & Policy*. Jan 2005, Vol. 27 Issue 1, pp. 100-127, 28 p., Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=15456571&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.

- FIGUEROA, Antonio H. “Los tratados amplios para evitar la doble tributación internacional”. *IMP* 2001-B, 2340.
- GUTIÉRREZ, Mariana. “Tendencias de equidad en el derecho tributario internacional”. *AAEF*. <[http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/d1cdffeb1c6b9d0303256d6c0011d323/\\$FILE/Doctrina0702.pdf](http://www.aaef.org.ar/websam/aaef/aaefportal.nsf/5d46eff27858d04903256d60003cd7ff/d1cdffeb1c6b9d0303256d6c0011d323/$FILE/Doctrina0702.pdf)>. Última captura 30 de octubre de 2010.
- HENRY, Trent; SMITH, Jennifer. “Treaty Shopping”. *CA Magazine*. Jan/Feb 2007, Vol. 140 Issue 1, pp. 44-46, 3 p., (AN 23778642), Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=23778642&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- HJI PANAYI, Christiana; AVI-YONAH, Reuven S. “Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union” (January 4, 2010), U of Michigan Law & Econ, Empirical Legal Studies Center Paper N° 10-002, U of Michigan Public Law Working Paper N° 182. <<http://ssrn.com/abstract=1531192>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- IMIRIZALDU, Juan J. “Convenios para evitar la doble imposición”. *ERREPAR*. Mayo 2006, Tomo XXVI.
- LI, Jinyan. “«Beneficial Ownership» in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”. (DRAFT), Osgoode Hall Law School of York University, Canada, Conference in Honor of John Avery Jones, 22nd and 23rd April 2010, AAEF.
- KAWANO, Akemi; TANENBAUM, Edward. “Treasury Department releases its «Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties»”. *Corporate Business Taxation Monthly*. Feb 2008, Vol. 9 Issue 5, pp. 9-34, 4 p., UNITED States Office of Tax Policy. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=30036537&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- LAMAGRANDE, Mariana L. “Utilización abusiva de los convenios para evitar la doble imposición internacional («treaty shopping»)”. *IMP* 2001-A, 832.
- LEDERMAN, Leandra. “W(h)ither Economic Substance?” (July 8, 2009), *Iowa Law Review*, Vol. 95, p. 389, 2010, Indiana Legal Stu-

dies Research Paper N° 128. <<http://ssrn.com/abstract=1345388>>. Última captura 23 de junio de 2010.

- LINARES LUQUE, Alejandro. “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, como prevención de la elusión fiscal internacional”. *Rev. Arg. De Derecho Tributario*. (RADT) 2003 (octubre-diciembre), 865.
- LOOMER, G. T. “Tax Treaty Abuse: Is Canada Responding Effectively?” (March 25, 2009). <<http://ssrn.com/abstract=1330418>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- LORENZO, Armando; EDELSTEIN, Andrés; CALCAGNO, Gabriel. “Impuesto a las Ganancias. Convenios para aliviar o evitar la doble imposición internacional”. *Errepar*, T. XXIV, p. 44, enero 2003.
- MILLER, Michael J. “Accessing U.S. Income Tax Treaties: Current Trends in the Limitation on Benefits Article”. *International Tax Journal*; May/Jun2007, Vol. 33 Issue 3, pp. 5-10, 6 p., UNITED STATES Dept. of the Treasury, Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=24908795&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- NAYAK, Rajendra; RAO, Srinivasa. “Stopping treaty shopping change”. *International Tax Review*. May 2008, Vol. 19 Issue 4, pp. 53-55, 3 p., 1 Color Photograph, Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=32484329&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- NUÑEZ, Adriana S. “Renta mundial y los efectos colaterales de su implementación”. *Periódico Económico Tributario*. N° 175, 1999.
- PARRONDO, Alfredo J. “La administración tributaria frente a la planificación fiscal internacional en un contexto globalizado”. *Boletín AFIP* N° 26, 01 de Septiembre de 1999, p. 1611, 01 de Septiembre 1999. <[http://biblioteca.afip.gob.ar/gateway.dll/Otras%20Publicaciones/Doctrinas/doc_c_000045_1999_09_01.xml?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0\\$q=\\$uq=\\$x=\\$up=1](http://biblioteca.afip.gob.ar/gateway.dll/Otras%20Publicaciones/Doctrinas/doc_c_000045_1999_09_01.xml?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0$q=$uq=$x=$up=1)>. Última captura 23 de junio de 2010.
- PETKEVICA, Julija; LESTRADE, Edward. “Tax Treaty Shopping - Perspectives from Latvia”. *Doing Business in Europe Series*, Forthcoming, <<http://ssrn.com/abstract=929311>>. última captura 23 de junio de 2010.

- RIXEN, Thomas. "From Double Tax Avoidance to Tax Competition: Explaining the Institutional Trajectory of International Tax Governance" (April 13, 2010), Review of International Political Economy, Forthcoming. <<http://ssrn.com/abstract=1589132>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- RIXEN, Thomas. "The Institutional Design of International Double Taxation Avoidance" (August, 07 2008), WZB Discussion Paper N° SP IV 2008-302. <<http://ssrn.com/abstract=1210402>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- SARMIENTO, Graciela F. "Convenios de doble imposición firmados por Argentina. Su relación con la legislación tributaria interna en materia de empresas vinculadas. Precios de transferencia", *Errepar*. T. XXVII, diciembre 2006.
- SEKAR, K. R. "No consensus on beneficial ownership". *International Tax Review*. May2008, Vol. 19 Issue 4, p. 59-61, 3 p., Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=32484331&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- RUBINGER, Jeffrey L. "Treaty Shopping: Is It Still a Viable Option?". *Corporate Business Taxation Monthly*. May 2007, Vol. 8 Issue 8, pp. 13-44, 11 p., 4 Diagrams, (AN 24749426), Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=24749426&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- TROSSMAN, Jeffrey; HEALE, Amanda. "Tax authorities take on the treaty shoppers". *International Tax Review*. Dec 2005/ Jan 2006, Vol. 17 Issue 1, pp. 71-73, 3 p.; (AN 19515794), Business Source Complete. <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=bth&AN=19515794&lang=es&site=ehost-live>>. Última captura 23 de junio de 2010.
- VEGA BORREGO, Félix Alberto. "El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición". Instituto de Estudios Fiscales, Universidad Autónoma de Madrid, DOC. N° 8/05.

4.2. Libros

- *Convenios para evitar la doble imposición internacional, aspectos controvertidos*. Director D. García, Fernando, La Ley, Buenos Aires: 2010.

- CAMPAGNALE, Norberto Pablo; CATINOT, Silvia Guadalupe; PARRONDO, Alfredo Javier. *El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales*. La Ley, Buenos Aires: 2000.
- *Interpretación económica de las normas tributarias*. Coordinador Casás, José Osvaldo, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Universidad Austral, Buenos Aires: 2004.
- PARKIN, Michael. *Economía*. 6ta Edición, Ed. Pearson Educación, 2006.
- RIVEIRO, Ricardo Enrique: *Paraísos fiscales, aspectos tributarios y societarios*. Integra International, Buenos Aires: 2001.

4.3. Normas y modelos

- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ONU), 23/05/1969.
- Ley de Procedimiento Fiscal N° 11.683, t.o. 1998 y modificaciones.
- Model Tax Convention on Income and on Capital (OECD), version 2008.

4.4. Páginas de Internet

- <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=9408&context=expresso>>, última captura 23 de junio de 2010.
- <http://www.fifoost.org/litauen/steuern/dba_us-lith/node35.php>, última captura 23 de junio de 2010.
- <<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/dtmanual/dt19939n.htm>>, última captura 23 de junio de 2010.
- <<http://visar.csustan.edu/aaba/Rixen2008.pdf>>, última captura 23 de junio de 2010.