

Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Escuela de Estudios de Posgrado

CARRERA DE ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTACIÓN

TRABAJO FINAL INTEGRADOR

Tratamiento fiscal de las estructuras híbridas en Argentina.
Reglas anti-abuso vigentes y propuesta de reforma.

AUTOR: M. FLORENCIA FERNÁNDEZ SABELLA (DNI 32.593.306)

TUTOR: JUAN CARLOS PEÑA

ABRIL 2019

Índice

1. Glosario de abreviaciones	3
2. Introducción	4
3. Marco teórico	7
3.1. Estructuras Híbridas	7
3.1.1. Clasificación de las estructuras híbridas en función de su tipo	7
3.1.2. Estructuras híbridas y su utilización en la planificación fiscal agresiva. Clasificación en función de sus efectos tributarios.	8
3.1.3. Recomendaciones del plan BEPS para combatir el abuso fiscal mediante la utilización de estructuras híbridas	11
3.1.3.1. Determinación de la existencia de instrumentos financieros híbridos y reglas específicas para combatirlos.	13
3.1.3.2. Regla aplicable a pagos deducibles provenientes de una entidad híbrida.	14
3.1.3.3. Pagos que dan lugar a una situación de doble deducción por ser el pagador una entidad híbrida.	15
3.1.3.4. Pagos que dan lugar a una situación de doble deducción por ser el pagador un doble residente tributario.	16
3.1.4. El caso colombiano: legislación específica para combatir la utilización de estructuras híbridas en la planificación fiscal agresiva.	16
3.1.5. El caso mexicano: legislación específica para combatir la utilización de estructuras híbridas en la planificación fiscal agresiva.	17
3.2. El principio de realidad económica	19
3.2.1. El principio de realidad económica, situaciones que provocan su aplicación.	21
3.2.2. El principio de realidad económica previsto en la ley 11.683, su aplicación e interpretación en antecedentes jurisprudenciales	22
3.3. Las reglas anti-abuso contenidas en la Ley del Impuesto a las Ganancias a partir de la reforma de la Ley 27.430	23
3.3.1. La regla de capitalización exigua (artículo 81 inciso a)	24
3.3.2. La regla de transparencia fiscal (artículo 133 incisos d, e y f)	24
3.3.3. La regla de deducibilidad al momento del pago (artículo 18)	26
3.3.4. El requisito de vinculación del gasto de fuente extranjera con ganancias de fuente argentina (artículo sin número incorporado a continuación del 80)	27
3.3.5. La regla de dividendos fictos (artículo sin número a continuación del 46)	28
3.3.6. Las reglas de precios de transferencia (artículo 15)	29
4. Diagnóstico	30

4.1. Utilización del principio de realidad económica para combatir las estructuras híbridas en Argentina. Sus límites.	30
4.2. Suficiencia de las normas anti-abuso incorporadas por la ley 27.430 para mitigar el efecto de la utilización de estructuras híbridas en Argentina	31
4.3. Principales desafíos que se generarían a partir de la inclusión de las recomendaciones de la OCDE en nuestra norma local.	33
5. Propuesta de introducción de normas anti-abuso en las normas locales para combatir las estructuras híbridas en Argentina	34
5.1. Propuesta de modificación legal	39
6. Conclusión	42
7. Referencias jurisprudenciales, bibliográficas y bibliografía	43
7.1. Referencias jurisprudenciales	43
7.2. Referencias bibliográficas y bibliografía	43
8. Anexos	45
8.1. Anexo 1 Cuadro de recomendaciones de la acción 2 del plan BEPS	45
8.2. Anexo 2 Resumen de las limitaciones al alcance que presentan las cláusulas anti-abuso contenidas en la legislación argentina en relación a las estructuras híbridas	46

1. Glosario de abreviaciones

BEPS	Plan de acción para evitar la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (por sus siglas en inglés: <i>Base erosion and profit shifting plan</i>)
CDI	Convenio para evitar la doble imposición internacional
CFC	Compañía del exterior controlada (por sus siglas en inglés: <i>controlled foreign company</i>). Se refiere a aquellas sociedades constituidas en el exterior que tienen como principal objetivo el de diferir indefinidamente el pago de impuestos.
GAAR	Reglas anti elusivas generales (por sus siglas en inglés: <i>General Anti Avoidance Rules</i>)
LOB	Medida anti-elusiva que busca la limitación de los beneficios de los CDI (por sus siglas en inglés: <i>limitation of benefits rule</i>)
MNE	Empresa multinacional transfronteriza
MOCDE	Modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional propuesto por la OCDE
OCDE	Organización para la cooperación y el desarrollo económico
PPT	Medida anti-elusiva que busca identificar aquellas situaciones donde el principal propósito de una operación es el utilizar beneficios derivados de CDI (por sus siglas en inglés: <i>principle purposes test rule</i>)
SAAR	Reglas anti elusivas específicas (por sus siglas en inglés: <i>Specific Anti Avoidance Rules</i>)

2. Introducción

El avance en las formas de desarrollar los negocios y la globalización de la economía provocó un crecimiento exponencial en la realización de negocios transfronterizos. Una de las particularidades que presentan estos negocios –desde una óptica fiscal- es que generan consecuencias tributarias en dos o más jurisdicciones que derivan del tratamiento particular que cada legislación les otorga.

La posibilidad de relocalizar los negocios entre distintos estados gracias a la gran integración de las economías regionales y los desafíos que presentan los servicios digitales han provocado que los distintos gobiernos de los diferentes países deban poner nuevamente en agenda los temas tributarios.

En este contexto es donde surge lo que la doctrina ha denominado como estructuras híbridas, que pueden definirse como aquellas situaciones que permiten a los contribuyentes aprovechar las ventajas tributarias que derivan de un tratamiento tributario disímil que dos o más jurisdicciones brindan a una misma operación o entidad.

Estas ventajas tributarias habitualmente se traducen en una reducción del nivel de imposición global del grupo económico, lo que redundará en una pérdida de recaudación para uno o más estados. En (OECD, 2012) se concluyó que si bien resulta difícil identificar qué país es el que efectivamente pierde la recaudación por la aplicación de una estructura híbrida, la utilización de estas genera un riesgo colectivo respecto de la base imponible sujeta a imposición en cada uno de los países donde dicha estructura genera efectos impositivos. Es por este riesgo colectivo en la erosión de la base global así como por sus efectos negativos en la eficiencia y la justicia de un sistema tributario que las estructuras híbridas deben ser controladas.

Las ventajas tributarias generadas a partir de la aplicación de una estructura híbrida han sido clasificadas por la OCDE como situaciones que generan una deducción / no inclusión; situaciones de doble deducción; o situaciones indirectas de deducción / no inclusión. Estas situaciones se detallan y ejemplifican en el punto **3.1.2**.

Esta problemática internacional fue abordada in extenso en OECD (2015) en donde se ha propuesto una guía para que los países incorporen normas domésticas que permitan neutralizar los efectos tributarios nocivos provenientes de la aplicación de estructuras híbridas como herramientas de la planificación fiscal agresiva.

Lo que puede observarse en un análisis preliminar es que los efectos de las estructuras híbridas en la tributación de un estado generan consecuencias transversales al conjunto del sistema tributario de un país. Lo que pretendo decir es que esta dislocación en el tratamiento que dos o más países realizan sobre una misma situación puede provocar consecuencias tributarias no sólo en lo que hace al impuesto a las ganancias sino respecto de cualquier otro impuesto –podemos pensar en situaciones de sujetos híbridos en donde por cuestiones de residencia / no residencia queden o no sujetos al pago de determinados impuestos patrimoniales-. Por una cuestión de relevancia en la recaudación tributaria argentina, en este trabajo se analizan exclusivamente las consecuencias que podrían generarse en el impuesto a las ganancias a partir de la aplicación de una estructura híbrida.

El abuso de la aplicación de estructuras híbridas en la planificación fiscal como mecanismo empleado por diferentes empresas para reducir su carga tributaria total derivó en que la OCDE dedique una acción específica (la número 2) dentro del plan BEPS. En dicho capítulo la OCDE ha alentado a que los países adopten medidas para evitar estas situaciones sin embargo la Argentina ha decidido no incluir previsiones respecto de estructuras híbridas en la última reforma tributaria introducida por la ley 27.430¹.

Hasta la entrada en vigor de la reforma tributaria de finales del año 2017 y debido a la falta de actualización de nuestras normas, el fisco argentino contaba con limitadas herramientas para combatir este fenómeno. Este contexto provocó que en numerosos antecedentes el fisco argentino se valiera de la utilización del principio de realidad económica contenido en el artículo 2 de la ley 11.683² como mecanismo de neutralización de ciertas estructuras híbridas.

Con la entrada en vigencia de la ley 27.430 se implementaron en nuestra legislación numerosas medidas anti-abuso en línea con las recomendaciones de la OCDE excluyendo la referida a estructuras híbridas. Es la intención de este trabajo analizar: (i) la suficiencia de las reglas anti-abuso que se han adoptado en la ley 27.430 para combatir situaciones de utilización de estructuras híbridas, en particular aquellas estructuras que generan situaciones de deducción / no inclusión; (ii) si el principio de realidad económica contenido en el artículo 2 de la ley 11.683 es el recurso más adecuado en nuestra legislación para mitigar situaciones de estructuras híbridas y cuáles son sus limitaciones; y (iii) en particular, desarrollar una propuesta de modificación legal que permita mitigar los efectos nocivos que estas estructuras híbridas pueden causar en la recaudación tributaria argentina.

Anticipo mi opinión en el sentido de que si bien la normativa actual contiene numerosas cláusulas anti-abuso que permiten tratar los efectos de las estructuras híbridas de una manera indirecta las mismas no resultan suficientes. En este contexto y como se desarrolla en extenso en **4.1**, la aplicación del principio de realidad económica se limita a cuestiones en donde la estructura híbrida se vale de una estructura jurídica que es manifiestamente inadecuada extremo que no necesariamente se verifica ante la presencia de una estructura híbrida. Por otro lado, y tal como se describe en **4.2**, las normas anti-abuso contenidas en la ley del impuesto a las ganancias presentan limitaciones a la hora de analizar su alcance ante situaciones de deducción / no inclusión mediante la utilización de estructuras híbridas.

En este orden de ideas, y anticipando mi conclusión, el alcance limitado del principio de realidad económica y las cláusulas anti-abuso incorporadas por la ley 27.430 para mitigar los efectos de deducción / no inclusión que pueden derivar de la utilización de una estructura híbrida motiva la necesidad de una modificación legal que incluya una cláusula anti-abuso en línea con las sugerencias efectuadas por la OCDE en la acción 2 del plan BEPS.

Es necesario que existan normas internas que neutralicen la utilización de estas estructuras híbridas de forma taxativa de modo tal que el principio de realidad económica

¹ B.O.: 27/12/2017

² B.O. 12/01/1993 (texto ordenado mediante Decreto 821/98).

tome un lugar de último recurso ante situaciones de manifiesta planificación fiscal agresiva no reguladas específicamente.

3. Marco teórico

3.1. Estructuras Híbridas

Las estructuras híbridas se pueden definir como el abuso por parte de los contribuyentes del tratamiento disímil que las legislaciones de dos o más jurisdicciones realizan sobre un mismo hecho, sujeto o instrumento con el principal propósito de obtener como resultado una liberación, morigeración o diferimiento a largo plazo de impuestos.

Tal como se ha definido en (GUTIERREZ, 2016) las estructuras híbridas son aquellas que pueden ser vistas de forma diferente desde una y otra jurisdicción generando que en pleno cumplimiento de la legislación vigente en cada una de ellas se pueda obtener un beneficio tributario derivado de la propia diferencia de criterio.

Como puede observarse entonces existen dos elementos fundamentales que dan lugar a una estructura híbrida: (i) la aplicación de un criterio diferente respecto de una misma situación por parte de dos o más jurisdicciones; y (ii) la obtención de un beneficio tributario que no existiría si el criterio de las distintas jurisdicciones fuera coincidente.

Siguiendo lo establecido en (OECD, 2015) una forma de comprobar la existencia de una diferencia de criterio resulta de comparar los efectos fiscales que un mismo pago tendría en las diferentes jurisdicciones que intervienen en la operación.

El perjuicio en términos de recaudación tributaria que la utilización de estas herramientas en la planificación fiscal agresiva ha provocado a los distintos países motivó que en (OECD, 2013) se le dedicara un capítulo especial –el plan de acción 2–. Este plan de acción, como desarrollaremos en 4.1.3 derivó en un informe del año 2015 de 454 páginas con sugerencias vinculadas a la implementación de normas anti-abuso que servirían como herramientas a incluir en las legislaciones domésticas por los estados para ayudar a evitar los efectos no deseados de la aplicación de estructuras híbridas. Dicho informe también sugiere cláusulas anti-abuso a ser incorporadas en los Convenios para Evitar la Doble Imposición, cuestión que por su extensión no será abarcada en este trabajo.

3.1.1. Clasificación de las estructuras híbridas en función de su tipo

Las estructuras híbridas pueden adoptar diferentes clasificaciones. La primera clasificación que se analizará en este punto es la que se puede obtener si nos concentramos en el tipo de estructura utilizada. Otra clasificación posible es en función del efecto impositivo generado a partir de la estructura híbrida y se desarrollará en el punto 3.1.2 a continuación.

Siguiendo la clasificación en función del tipo de estructura híbrida que propone (GUTIERREZ, 2016) y basado en (OECD, 2012) nos encontraremos que las estructuras más comunes utilizadas son:

- **Entidades híbridas:** son entidades, por lo general compañías, que son tratadas como transparentes para una jurisdicción y como “opacas” por la otra. Una compañía es “opaca” cuando reconoce los ingresos y gastos de su actividad y efectúa las determinaciones tributarias a nombre propio, es decir, no son sus socios los que

deben reconocer sus resultados e incorporarlos en su propia determinación de impuestos personales.

- **Entidades con doble residencia:** son entidades que para efectos fiscales se consideran residentes tributarios en dos jurisdicciones de forma simultánea.
- **Instrumentos financieros híbridos:** Es aquel instrumento financiero que en una jurisdicción es entendido como deuda mientras que en otra es entendido como capital de forma simultánea.

Según (OECD, 2015) existe un instrumento financiero híbrido cuando la disparidad en el tratamiento proviene directamente de los términos del propio instrumento financiero. Cuando la disparidad no puede atribuirse a los términos del acuerdo sino al status del contribuyente o al contexto o a las circunstancias externas del instrumento financiero, entre otros, no existe una figura híbrida.

- **Transferencias híbridas:** Son transacciones transfronterizas entendidas en una jurisdicción como el traspaso de activos mientras que, en otra, se clasifican como préstamos con garantía.

En el punto a continuación desarrollaremos como este tipo de estructuras híbridas pueden dar lugar a estrategias de planificación fiscal agresiva y se clasificarán de acuerdo a los efectos fiscales que cada una de ellas puede generar.

3.1.2. Estructuras híbridas y su utilización en la planificación fiscal agresiva. Clasificación en función de sus efectos tributarios.

Siguiendo lo establecido en (OECD, 2015) y en (OECD, 2017) los desajustes que pueden provocar la utilización de las estructuras híbridas en dos o más jurisdicciones pueden clasificarse en función del impacto impositivo generado como sigue:

- a. Pagos que dan derecho a una deducción en una jurisdicción por pagos que representan ingresos no alcanzados por impuestos en otra jurisdicción (**situación de deducción / no inclusión**).

Antes de ejemplificar esta situación en particular, es oportuno mencionar que esta disparidad en el tratamiento debe tener un carácter permanente, es decir, no debe provenir de diferencias temporales de imputación.

Este tipo de estructuras híbridas pueden ejemplificarse mediante el supuesto de aplicación de un instrumento financiero híbrido. Supongamos el caso de emisión de bonos corporativos de deuda en donde: (i) la jurisdicción donde reside la entidad emisora de dichos bonos considera los intereses pagados como deducibles ya que entiende que dichos bonos corporativos deben considerarse como un elemento del pasivo; mientras que (ii) la jurisdicción donde reside la sociedad que suscribió dichos bonos corporativos considera el rendimiento de dichos bonos como un dividendo por entender que los mismos constituyen un elemento del patrimonio neto.

Si adicionalmente la jurisdicción donde reside la sociedad que percibe el rendimiento de los bonos posee alguna regla que exima de su impuesto a la renta a los dividendos obtenidos o no los someta a imposición, estaremos frente a una situación de un instrumento financiero híbrido que provoca una situación de deducción / no inclusión.

Dicho en otras palabras, mientras que por un lado la sociedad emisora de los bonos podrá deducir de su base sujeta a impuesto los intereses pagados como un gasto, por el otro, la sociedad suscriptora de los bonos tendrá un rendimiento que no estará sujeto a tributación.

Si consideramos que esta situación puede verificarse dentro de un mismo grupo económico, estaremos entonces ante una situación de disminución en la carga impositiva total del grupo mediante la aplicación de un instrumento financiero híbrido puesto que la base imponible total del grupo se habrá visto erosionada en la medida de los intereses.

Es importante aclarar que una situación de deducción / no inclusión puede originarse también a partir de la aplicación de una estructura que no necesariamente es híbrida y que no necesariamente tengan carácter financiero. Podríamos pensar, por ejemplo, en la contratación de un servicio deducible como gasto en el país pagador y no sujeto a impuestos en la jurisdicción de residencia por no aplicar dicha jurisdicción el criterio de renta mundial; en la medida que dicho contrato de servicios se perfeccione entre dos sujetos de un mismo grupo económico.

b. Pagos que pueden considerarse gastos deducibles en más de una jurisdicción **(situación de doble deducción)**.

Esta situación puede ejemplificarse a partir de considerar el caso de una entidad híbrida conforme la clasificación realizada en el punto 4.1.1. Tal como se ejemplifica en (GUTIERREZ, 2016) puede existir una situación en donde la sociedad A, residente tributario en la jurisdicción A tiene presencia en la jurisdicción B mediante, por ejemplo, una sucursal A1. La jurisdicción A considera a la sucursal A1 una entidad transparente mientras que la jurisdicción B considera a la sucursal A1 una entidad jurídica independiente de la sociedad A. Esta situación podría dar lugar a una situación de doble deducción por doble consolidación, partiendo del ejemplo donde la sociedad A toma un préstamo con un banco para financiar a su sucursal A1.

En la medida que las normas de la jurisdicción B admitan que la sucursal considere como un gasto los intereses por el préstamo y, por ende, admita su deducción de la base imponible sujeta a impuesto habrá una situación de doble deducción si las normas de la jurisdicción A –que deben consolidar resultados– prevén que el resultado de la sucursal se considere conforme las normas extranjeras y además admitan el gasto por el préstamo tomado con el banco –tercero independiente- como deducible.

c. Pagos que dan lugar a una situación indirecta de deducción/no inclusión **(situación de deducción / no inclusión indirecta)**

Al igual que lo expresado en el punto a. la disparidad final en el tratamiento de la operación debe generar diferencias permanentes en términos de base imponible de impuestos. Son situaciones de deducción / no inclusión indirecta, por ejemplo, aquellas en

donde el pagador puede considerar un gasto deducible y el beneficiario de ese pago puede compensarlo sobre la base de un instrumento híbrido.

Estas situaciones de aplicaciones indirectas pueden dispararse a partir de una situación de aplicación de una estructura híbrida entre dos países (el país A y el país B) que no tienen reglas efectivas para evitar la aplicación híbridos. Los efectos de dicha estructura híbrida (que pueden provocar una situación de deducción/no inclusión o una situación de doble deducción) pueden trasladarse a otra sociedad de otro país (el país C, que aplica o no medidas para evitar la utilización de estructuras híbridas) mediante la concertación, por ejemplo, de un simple préstamo.

En este sentido, el país C puede sufrir las consecuencias de la aplicación de una estructura híbrida que se implementa en terceros países y que llegan a él mediante una operación genuina.

Siguiendo el ejemplo de la situación descrita en a. respecto de la posibilidad de que la emisión de bonos corporativos se convierta en un instrumento financiero híbrido podría suceder lo siguiente: el país A es donde se encuentra ubicada la sociedad A emisora de los bonos; el país B es donde se encuentra ubicada la sociedad B suscriptora de los bonos que trata a los rendimientos como dividendos y no los somete a tributación; ni el país A ni el país B contienen normas para evitar la implementación de estructuras híbridas; la sociedad A le presta dinero a la sociedad C con una tasa y por un monto equivalentes a los bonos corporativos emitidos, ubicada en el país C; el país C posee reglas para evitar las situaciones de híbridos, excepto situaciones de aplicaciones indirectas; la sociedad A considerará los intereses ganados por el préstamo a la sociedad C como sujetos a tributación mientras que la sociedad C considerará los intereses pagados como un gasto deducible.

Del ejemplo anterior se desprende que la sociedad C estará habilitada a efectuar una deducción por los intereses del préstamo, mientras que la sociedad A no tendrá efectos impositivos (pues compensará los intereses ganados por el préstamo con el gasto de los intereses pagados por la emisión de los bonos corporativos) y la sociedad B no pagará impuestos por el rendimiento de los bonos corporativos toda vez que serán asimilables a dividendos (exceptuados de pagar impuestos en dicha jurisdicción).

Si las sociedades A, B y C pertenecen al mismo grupo económico, mediante la aplicación indirecta de un instrumento financiero híbrido habrán sorteado la aplicación de las reglas anti-elusivas del país C y habrán obtenido una disminución en la carga tributaria total del conjunto económico.

- d. Disparidades en las reglas de atribución de ingresos / gastos entre la jurisdicción de la sucursal versus la jurisdicción de la residencia de la sociedad.

Estas situaciones se generan cuando se producen inconsistencias en las normas de cada jurisdicción vinculadas a la determinación de los ingresos y gastos que deben ser considerados como atribuibles a una sucursal o a cuándo el desarrollo de actividades en un país debe ser considerado como el establecimiento de un establecimiento permanente allí. Este análisis fue incorporado al desarrollo de los instrumentos híbridos planteado por la OCDE en el informe (OECD, 2017).

A modo de ejemplo, el país de residencia de la sociedad puede establecer que la sociedad debe tributar el impuesto a la renta sobre un criterio de renta mundial, es decir, sobre todos sus ingresos incluyendo aquellos obtenidos en sucursales del exterior. A la vez, dicho país le otorga una exención a la sociedad respecto de las rentas obtenidas por la sucursal de manera tal de evitar una situación de doble imposición en las rentas de fuente extranjera.

En este contexto, el país en donde se encuentra ubicada la sucursal trata a dicha sucursal como una empresa separada y la somete a imposición conforme su norma interna solamente respecto de los ingresos y gastos que obtiene la sucursal.

En un principio, esta situación parece ser compatible, pues busca que el total de ingresos de una sociedad queden sujetos al pago del impuesto a la renta, otorgando prioridad respecto de las ganancias de la sucursal al país de la fuente.

Sin embargo, si el país de la residencia de la sociedad y el país de la sucursal poseen criterios dispares respecto a la determinación de la ganancia de la sucursal, esto puede derivar en que determinados ingresos no queden sujetos a imposición. Basta considerar, por ejemplo, el caso de que el país de residencia de la sociedad considere determinados ingresos atribuibles a la sucursal –y en consecuencia los exima– mientras que el país de residencia de la sucursal no los considere atribuibles a ella –y por lo tanto no los grave–.

Este análisis se suma a las disparidades en materia de sucursales que pueden causar también los efectos no deseados detallados en a., b. y c. tal como se detalla en alguno de los ejemplos desarrollados en **3.1.3.**

3.1.3. Recomendaciones del plan BEPS para combatir el abuso fiscal mediante la utilización de estructuras híbridas

Como se ha anticipado, la utilización abusiva de estas estructuras híbridas como herramientas en la planificación fiscal agresiva ha derivado en la inclusión del plan de acción 2 en el proyecto BEPS.

Tal como se enuncia en (OECD, 2015) el principal objetivo del plan de acción 2 es dotar a los estados de herramientas y mecanismos que les permita controlar y evitar la utilización de las estructuras híbridas que generan una reducción en la recaudación de sus impuestos.

Estas recomendaciones van en el sentido de implementar modificaciones en los CDI firmados entre los distintos países de modo tal de asegurarse que tanto los instrumentos híbridos como las entidades híbridas no se utilicen para tomar ventaja de los beneficios de dichos convenios, así como también de implementar modificaciones en la legislación doméstica de cada país.

Si bien la reforma tributaria que ha introducido nuestra legislación mediante la ley 27.430 a fines de 2017 ha receptado numerosas recomendaciones propuestas por la OCDE en los planes de acción del proyecto BEPS, la Argentina ha decidido no incorporar las recomendaciones que en materia de estructuras híbridas contiene la acción 2 del citado proyecto.

Siguiendo con el objeto de este trabajo, se tratarán exclusivamente las recomendaciones de modificaciones a la legislación doméstica de cada país. Estas recomendaciones están orientadas a: (i) evitar exenciones o liberaciones de impuestos de rentas obtenidas en un país que puedan significar un gasto deducible en el país pagador; (ii) rechazar la posibilidad de deducir un gasto en un país cuando este no representa una ganancia gravada para el perceptor del pago (excepto que quede sujeto a impuesto en cabeza de otra entidad del grupo si le resulta aplicable alguna regla de CFC); o (iii) rechazar la posibilidad de efectuar una deducción respecto de un gasto que también resulta en un gasto deducible en otro país.

Para evitar una posible situación de doble imposición jurídica, las reglas para evitar la utilización de estructuras híbridas fueron planteadas por la OCDE con un sentido jerárquico. La prioridad en aplicar la regla anti-abuso la tiene la jurisdicción del sujeto pagador, estas reglas se denominaron reglas primarias (*primary response rules*); si la jurisdicción pagadora no prevé reglas para evitar la utilización de estructuras híbridas entonces es la jurisdicción que recibe el ingreso quien deberá aplicarlas, estas son las reglas de defensa (*defensive rules*). Adicionalmente, siguiendo la aclaración de (GUTIERREZ, 2016) se prevé una inversión en la carga de la prueba, en el sentido que será el contribuyente el que una vez configurada la hipótesis de existencia de una estructura híbrida deba demostrar lo contrario.

Este sentido jerárquico en la aplicación de las reglas de anti-elusivas podría llevar a una imposible aplicación práctica si consideramos que el fisco de la jurisdicción que deba aplicar la regla de defensa (la jurisdicción que recibe los ingresos, por ejemplo) debería obtener información concreta respecto de la jurisdicción pagadora en el sentido de conocer si aplicó o no la regla primaria; además debería capacitar a sus funcionarios no solo respecto de sus normas internas sino también respecto de normas de otras jurisdicciones, pudiendo todo esto desencadenar en malos entendimientos o interpretaciones incorrectas de una norma extranjera respecto de la cual no podrían expedirse tribunales judiciales de esa jurisdicción si la situación se discutiera eventualmente en la justicia. Estas son, en mi opinión, limitaciones a la aplicación de las reglas sugeridas en (OECD, 2015) que deberían ser superadas por la norma anti-elusiva en concreto que las distintas jurisdicciones decidan adoptar en su ordenamiento interno.

Además, en línea con el análisis realizado por (GUTIERREZ, 2016) y lo mencionado en (OECD, 2015) las reglas recomendadas deben estar enfocadas en todos los casos en neutralizar los efectos híbridos de forma proporcionada, evitando situaciones de doble tributación.

En el caso particular argentino, la implementación de estas normas para evitar efectos nocivos derivados de estructuras híbridas es una tarea muy difícil si se considera: (i) que Argentina posee muy pocos CDI firmados y; (ii) el hecho de que las normas de defensa impliquen la comunicación y revisión constante entre países. No obstante las dificultades y los desafíos prácticos, implementar estas normas internas anti-abuso colocaría a Argentina en una mejor posición frente a estas estructuras respecto de su posición actual –desarrollada en el punto 4.1. y en el punto 4.2.–.

Como se verá más adelante, la norma argentina vigente comparte, al menos, el mismo riesgo de doble tributación que el que se asumiría de incorporar normas específicas para evitar estructuras híbridas pero además obliga a que el fisco incurra en costos de recaudación altísimos para detectar estas situaciones (debido a que los ajustes de este estilo, comenzarían por una objeción fundada por el fisco aplicando el principio de realidad económica u otra medida anti-abuso prevista en la ley del impuesto a las ganancias, con la litigiosidad que ello suele significar) y no garantiza la recaudación efectiva y oportuna de impuestos.

Otra de las dificultades que podrían presentar las reglas anti-abuso recomendadas por la OCDE es la de su compatibilización con las reglas de no discriminación que algunos CDI suscriptos por Argentina pueden contener. En particular correspondería analizar si puede sostenerse la aplicación de una regla de no discriminación prevista en un CDI por sobre estas disposiciones anti-abuso referidas a estructuras híbridas; ello ya que algunas reglas de no discriminación contenidas en CDI firmados por Argentina admiten la deducción de un pago a un extranjero en las mismas condiciones que si ese pago hubiera sido efectuado a un argentino.

A continuación, se describen en particular las recomendaciones de incorporación de reglas anti-abuso en la legislación doméstica según (OECD, 2015) y (OECD, 2017) para cada tipo de estructura híbrida.

3.1.3.1. Determinación de la existencia de instrumentos financieros híbridos y reglas específicas para combatirlos.

Estas recomendaciones han sido analizadas en (OECD, 2015) en los Capítulos 1 y 2 y se vinculan al control de los instrumentos financieros híbridos que generan situaciones de **deducción / no inclusión** exclusivamente.

En primer lugar, corresponde definir el ámbito de aplicación de las reglas, es decir, que se entienda por instrumento financiero híbrido y cuáles son las situaciones que debería evitar la norma.

En este sentido, las operaciones a las que nos referimos como instrumentos financieros híbridos son aquellos acuerdos financieros que pueden ser tratados impositivamente como deuda, patrimonio o instrumentos derivados y que prevén un rendimiento ya sea como un interés o distribución de utilidad.

El carácter de “híbrido” de estos instrumentos puede provenir de un instrumento financiero que fue originalmente celebrado entre las partes en cuestión o bien originarse en transferencias de instrumentos financieros, que se han denominado en (OECD, 2015) como “*hybrid transfers*”.

Existe una transferencia híbrida de instrumentos financieros cuando se verifica cualquier transferencia de un instrumento financiero que por las características de su economía y la forma en la que se encuentra estructurado provoca que las normas de dos jurisdicciones tengan reglas opuestas en el sentido de establecer quién es el verdadero titular de los beneficios de dicho instrumento financiero.

En (OECD, 2015) se sugiere limitar el alcance de la aplicación de esta regla exclusivamente a instrumentos financieros híbridos entre partes relacionadas y a acuerdos en donde el contribuyente respecto del cual se analiza la aplicación de la regla es parte.

Por último: (i) las recomendaciones de (OECD, 2015) admitirían una flexibilización en la aplicación de la regla de defensa si la exención o liberación se limita proporcionalmente a los importes que han dado lugar a un crédito tributario por retención en la fuente; y (ii) se debe evitar aplicar esta regla si alguna de las jurisdicciones aplica una regla de CFC que evitaría por sí sola los efectos tributarios no deseados del instrumento financiero híbrido en cuestión.

Una vez verificado que el instrumento financiero híbrido cumple con las premisas para la aplicación de la regla anti-abuso, la regla específica que se sugiere adoptar para limitar su aplicación consiste en lo siguiente:

- a. Regla primaria que debe ser aplicada por la jurisdicción pagadora de los rendimientos: Negar la posibilidad de deducir los pagos efectuados como gasto en la medida que den lugar a una situación de **deducción / no inclusión**.
- b. Regla de defensa que debe ser aplicada por la jurisdicción que recibe el beneficio: Solamente en el caso de que la jurisdicción pagadora no aplique reglas primarias, la jurisdicción que recibe los rendimientos debe impedir la aplicación de exenciones –o liberaciones de impuestos– a dividendos que provengan de pagos de instrumentos financieros que puedan dar lugar a gastos deducibles en la jurisdicción pagadora.

Tanto la regla primaria como la regla de defensa debería entenderse también en el sentido de limitar la aplicación de medidas para evitar la doble imposición contenidas en CDI que puedan redundar en un alivio fiscal respecto de estos dividendos.

3.1.3.2. Regla aplicable a pagos deducibles provenientes de una entidad híbrida.

El objetivo de esta regla, prevista en (OECD, 2015) en el capítulo 3, es evitar que se den situaciones en donde un pago puede ser considerado como deducible conforme las normas domésticas de la jurisdicción pagadora al mismo tiempo que no es reconocido como un ingreso sujeto a impuestos conforme las normas de la jurisdicción receptora del pago en cuestión.

A diferencia de la situación mencionada en **3.1.3.1**, las operaciones aquí desarrolladas no surgen a partir de la existencia de instrumentos financieros híbridos, sino que comprenden aquellas operaciones que generan pago deducible conforme las normas de la jurisdicción pagadora que provoca una situación de deducción / no inclusión debido a que la entidad radicada en la jurisdicción pagadora califica como una entidad híbrida.

Los pagos deducibles pueden originarse en servicios, regalías, rentas, intereses y cualquier gasto que pueda ser descontado de los ingresos gravados ordinarios. Lo que deriva en la aplicación de esta regla anti-abuso es la existencia de una entidad híbrida.

Esta regla solo se deberá aplicar sobre aquellos pagos considerados como deducibles que no generen como contraposición la existencia de un ingreso gravado en la jurisdicción receptora de los pagos. A modo de ejemplo se puede plantear el caso de la sociedad A radicada en el país A que posee una sucursal A1 en el país B. La sociedad A factura regalías a su sucursal A1 que, según las normas de la jurisdicción B pueden ser consideradas como un gasto deducible en la sucursal A1.

Si las normas de la jurisdicción A consideran como transparente a la sucursal A1 respecto de la sociedad A y desconocen a los fines tributarios las operaciones realizadas entre A1 y A (las regalías del ejemplo), esta regla resultaría de aplicación respecto de los montos de regalías considerados deducibles por la sucursal A1 en la medida que esa deducción pueda ser trasladada a la sociedad A1 sin desconocerla o compensarla con un ingreso gravado por las regalías facturadas.

Cabe mencionar además, que de igual manera que lo indicado para la regla del punto anterior, las transacciones en cuestión deben verificarse respecto de un mismo grupo económico.

Una vez verificadas las situaciones que dan lugar a la aplicación de esta regla, la recomendación es:

- a. Regla primaria que debe ser aplicada por la jurisdicción pagadora de los gastos deducibles: Negar la posibilidad de deducir los pagos efectuados como gasto en la medida que den lugar a una situación de **deducción / no inclusión**.
- b. Regla de defensa que debe ser aplicada por la jurisdicción que recibe el beneficio: Solamente en el caso de que la jurisdicción pagadora no aplique reglas primarias, la jurisdicción que recibe los rendimientos neutralizar el efecto impositivo mediante el reconocimiento de un ingreso gravado equivalente al monto no compensado de los pagos deducibles.

3.1.3.3. Pagos que dan lugar a una situación de doble deducción por ser el pagador una entidad híbrida.

Siguiendo lo ejemplificado en el inciso b) del punto **3.1.2.** existen situaciones en donde la existencia de una entidad híbrida puede dar lugar a la doble deducción de un mismo gasto; es decir, que una única erogación por parte de un grupo multinacional pueda ser descontada de la base imponible sujeta a impuesto de dos entidades que lo conforman.

Para combatir estas situaciones, en el capítulo 6 de (OECD, 2015) se plantea una regla anti-abuso que invierte el orden jerárquico para la aplicación de las reglas respecto del mencionado en **3.1.3.1** y **3.1.3.2**.

- a. Regla primaria que debe ser aplicada por la jurisdicción donde reside la casa matriz: Negar la posibilidad de deducir los gastos que den lugar a una situación de **doble deducción**.
- b. Regla de defensa que debe ser aplicada por la jurisdicción que realiza el pago: Solamente en el caso de que la jurisdicción donde reside la casa matriz no aplica

estas reglas anti-abuso; entonces la jurisdicción pagadora debe negar la deducción de estos gastos.

Del mismo modo que en los ejemplos antes mencionados, las transacciones en cuestión deben verificarse respecto de un mismo grupo económico.

3.1.3.4. Pagos que dan lugar a una situación de doble deducción por ser el pagador un doble residente tributario.

La diferencia entra la situación aquí desarrollada y la mencionada en el punto anterior radica exclusivamente en que la situación de doble deducción se origina como consecuencia de la existencia de un doble residente tributario en lugar de originarse en la existencia de una entidad híbrida.

Estas situaciones fueron desarrolladas en (OECD, 2015) en el Capítulo 7 y debido a que no puede establecerse una prelación entre las jurisdicciones que intervienen –porque todas consideran como residentes tributarios a un mismo sujeto- la regla sugerida es que todas las jurisdicciones donde se verifica la residencia tributaria limiten la deducción de gastos que puedan dar lugar a situaciones de doble deducción.

En relación a los abusos que en la práctica se han verificado a partir de empresas con doble residencia tributaria, es menester aclarar que en el Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición publicado por la OCDE en 2018 y precisamente en el artículo 4 que trata las definiciones de residencia, se ha determinado que el método para evitar la doble imposición en el caso de sociedades debe definirse de mutuo acuerdo entre las administraciones tributarias que intervengan. Esto reemplaza el criterio histórico de privilegiar el lugar de efectiva dirección de la sociedad.

3.1.4. El caso colombiano: legislación específica para combatir la utilización de estructuras híbridas en la planificación fiscal agresiva.

Siguiendo el análisis realizado por (GUTIERREZ, 2016) se puede observar que una de las principales cuestiones sensibles en la legislación colombiana es que según sus normas toda persona jurídica debe ser considerada como un contribuyente separado. Respecto de este punto, la norma colombiana presenta deficiencias muy similares a las que presenta hoy nuestra norma argentina, tal como se desarrollará en el punto siguiente.

Ahora bien, en materia de instrumentos híbridos financieros la norma colombiana los califica impositivamente como deuda mientras que contablemente podrían llegar a calificar como un elemento integrante del patrimonio neto si se verifican determinadas características como la inexistencia de un cupón o rendimiento financiero fijo, la definición del rendimiento en función de las utilidades, etc. En este contexto sostiene (GUTIERREZ, 2016) que deben analizarse los instrumentos financieros híbridos en Colombia.

Sin perjuicio de esa dualidad entre el tratamiento impositivo y el contable, (GUTIERREZ, 2016) concluye que esa calificación contable no es suficiente para darle el tratamiento de dividendo al pago que se efectúa por el rendimiento del instrumento financiero híbrido conforme la norma colombiana, pues el derecho a cobrar un dividendo

deriva de la calidad de accionista y como consecuencia de una distribución de utilidades, situaciones que no necesariamente se verifican en un caso de instrumento financiero híbrido.

Existe en la normativa colombiana una norma vinculada al régimen de precios de transferencia que le brinda la potestad al fisco colombiano de recalificar operaciones de préstamos entre contribuyentes colombianos y sus vinculados económicos del exterior en la medida que sus términos o condiciones no sean propias o no concuerden con las de las prácticas de mercado.

En este sentido y como lo sostiene (GUTIERREZ, 2016) si el instrumento financiero híbrido se estructura a partir de términos que no son de mercado o condiciones que no sean las típicas o habituales entre terceros independientes, existiría la potestad de que el fisco colombiano quede habilitado a recalificar esta operación.

Esta norma colombiana actúa de igual manera que podría actuar el principio de realidad económica argentino y la Instrucción General (AFIP) 747/2005 que establece los indicios que la AFIP puede considerar para recalificar pasivos³.

Tal como concluye (GUTIERREZ, 2016) y me anticipo a concluir ni la norma tributaria colombiana ni la argentina resultan suficientes para combatir los instrumentos financieros híbridos ya que basta con que los documentos se encuentran pactados en condiciones de mercado –para el caso colombiano– o que además de encontrarse en condiciones de mercado se verifiquen los parámetros de la Instrucción General 747/2005 – en el caso argentino– para que estas reglas ya no sean eficaces, ergo no puedan evitarse los efectos no deseados del instrumento financiero híbrido en cuestión.

3.1.5. El caso mexicano: legislación específica para combatir la utilización de estructuras híbridas en la planificación fiscal agresiva.

A diferencia del caso colombiano, a partir del año 2014, la ley del impuesto sobre la renta mexicana⁴ ha incorporado reglas específicas para combatir las estructuras híbridas.

Puntualmente, la ley del impuesto a la renta mexicana incorporó dos reglas: la prevista en la fracción XXIX del artículo 28 que tiene por objetivo evitar situaciones de

³ Los parámetros que se enuncian como indicios de que no existe un préstamo son: (i) Se carece de un instrumento público o privado de fecha cierta (art. 2246, CC a fin de probar la existencia del contrato de mutuo); (ii) No solo no existe un plazo expreso de devolución, sino que en los hechos tampoco ha habido, restitución alguna; (iii) Resulta evidente que el dador no espera la devolución de las remesas efectuadas; (iv) La cuantía de los fondos obtenidos no guarda una proporción razonable con los activos amortizables; (v) Falta documentación respaldatoria del ingreso de los fondos al país.

Por otro lado y en relación a los indicios para que ese “no préstamo” sea recalificado en un aporte de capital se debe verificar: (i) 'la intención que debe primar entre las partes' (si por lo ingresado en la sociedad no se espera una participación societaria sino la devolución del mismo aporte u otra contraprestación diferente, no hay aporte, habrá préstamo u otra prestación similar); (ii) 'Vocación de permanencia' (debe existir una vocación de permanencia tanto por la conducta del aportante como para el receptor. El primero ejerce un derecho subjetivo y no espera la devolución. La sociedad recibe el aporte porque desea recomponer el patrimonio o regularizar la insuficiencia del capital actual); y (iii) 'Sujeción al riesgo empresarial' (una vez realizado el aporte, el inversionista asume los riesgos por el capital, por el beneficio y por la liquidez, cuando el prestamista comparte efectivamente los riesgos de la empresa prestataria, es otro aspecto a tener en cuenta para dilucidar si un préstamo puede tratarse como aporte de capital y sus intereses como dividendos)".

⁴ D.O.F.: 11/12/2013 y Reforma publicada en el D.O.F.: 30/11/2016

doble deducción de gastos y la prevista en la fracción XXXI del mismo artículo que tiene por objetivo evitar situaciones de deducción y no inclusión.

La regla para evitar la doble deducción de gastos establece que no serán considerados gastos deducibles:

“Los pagos que efectúe el contribuyente cuando los mismos también sean deducibles para una parte relacionada residente en México o en el extranjero. Lo dispuesto en esta fracción no será aplicable cuando la parte relacionada que deduce el pago efectuado por el contribuyente, acumule los ingresos generados por este último ya sea en el mismo ejercicio fiscal o en el siguiente.”

Mientras que la regla para evitar situaciones de deducción y no inclusión establece que no serán considerados gastos deducibles:

“Cualquier pago que cumpla con el inciso a), que además se efectúe por alguno de los conceptos señalados en el inciso b) y que se encuentre en cualquiera de los supuestos del inciso c):

a) Que el pago se realice a una entidad extranjera que controle o sea controlada por el contribuyente.

Se entenderá por control, cuando una de las partes tenga sobre la otra el control efectivo o el de su administración, a grado tal, que pueda decidir el momento de reparto o distribución de los ingresos, utilidades o dividendos de ellas, ya sea directamente o por interpósita persona.

b) Que el pago se efectúe por alguno de los siguientes conceptos:

1. Intereses definidos conforme al artículo 166 de esta Ley.

2. Regalías o asistencia técnica. También se considerarán regalías cuando se enajenen los bienes o derechos a que se refiere el artículo 15-B del Código Fiscal de la Federación, siempre que dicha enajenación se encuentre condicionada al uso, disposición o productividad de los mismos bienes o derechos.

c) Que se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:

1. Que la entidad extranjera que percibe el pago se considere transparente en términos del artículo 176 de esta Ley. No se aplicará este numeral, en la medida y proporción que los accionistas o asociados de la entidad extranjera transparente estén sujetos a un impuesto sobre la renta por los ingresos percibidos a través de dicha entidad extranjera, y que el pago hecho por el contribuyente sea igual al que hubieren pactado partes independientes en operaciones comparables.

2. Que el pago se considere inexistente para efectos fiscales en el país o territorio donde se ubique la entidad extranjera.

3. Que dicha entidad extranjera no considere el pago como ingreso gravable conforme a las disposiciones fiscales que le sean aplicables.

Para los efectos de este inciso c), un pago incluye el devengo de una cantidad a favor de cualquier persona y, cuando el contexto así lo requiera, cualquier parte de un pago.”

Como puede observarse, la norma mexicana ha optado por un mecanismo de limitación de gastos cuando se verifican determinadas situaciones que pueden dar indicios de la aplicación de una estructura híbrida.

Del análisis de la norma mexicana en conjunto con las directivas establecidas por la OCDE en (OECD, 2015) y (OECD, 2017) puede observarse que la misma presenta varias deficiencias como, por ejemplo:

- El hecho de que la normativa mexicana se limita únicamente a analizar la deducción del gasto, pero no contempla mecanismos que permitan evitar la generación de situaciones de doble tributación por aplicación de estas reglas.
- No se desprende, al menos del propio texto legal, la posibilidad para el contribuyente de ofrecer prueba en contrario frente a eventuales situaciones que puedan quedar encuadradas en las reglas mexicanas pero que no representen verdaderas estructuras híbridas.
- La precisión en la definición de las situaciones que generan la aplicación de las reglas anti-abuso mexicanas atenta contra la variedad de situaciones que desencadenan en estructuras híbridas provocando que las reglas en cuestión puedan no llegar a ser efectivas.

A modo de ejemplo de lo anterior, si pensamos en la regla de la fracción XXIX la norma no resulta aplicable cuando la parte relacionada del exterior que deduce el pago acumula los ingresos generados por el sujeto pagador. Esta limitación en el alcance provoca que la regla no se aplique al caso de sucursales mexicanas de sociedades del exterior que consolidan resultados pero que –como se ha ejemplificado en el punto 3.1.2. b) de este trabajo– incluso en estas condiciones se verifica la posibilidad de implementar estructuras híbridas que deriven en una situación de doble deducción.

3.2. El principio de realidad económica

El principio de realidad económica se encuentra previsto en la normativa argentina en el artículo 2 de la ley 11.683 y fue incorporado a partir del año 1946. Dicho artículo establece que *“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 adecuadamente 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”*.

Tal como lo sostiene (Braccia, 2013) en su estudio de derecho tributario comparado el principio de realidad económica que contiene la ley 11.683 fue construido a partir del modelo que como clausula anti-elusiva contenía la ordenanza tributaria alemana de 1919. Según sostiene dicho autor, la cláusula tomada a partir del modelo anti-causalista alemán a un sistema causalista como es el argentino precisó que el principio de realidad económica deba ser sustancialmente modificado para poder adaptarse a la realidad argentina.

Siguiendo la definición que realiza (Braccia M. , 2012) el principio de realidad económica contemplado en el artículo 2 de la ley 11.683 se puede entender como un principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma. Dicho en otros términos, lo que plantea el principio de realidad económica es una especie de equilibrio en la interpretación de las leyes tributarias: ni se debe atender lisa y llanamente a las formas jurídicas adoptadas; ni resulta coherente prescindir de las formas y analizar concretamente la sustancia de cada hecho económico.

La dificultad de mantener este equilibrio es lo que ha provocado –en mi opinión– malos usos o abusos del principio de realidad económica en reiteradas oportunidades.

Respecto de la aplicación práctica de esta regla anti-abuso de carácter general, (Vicchi, 2001) ha sostenido que para su aplicación las autoridades competentes deben prestar especial atención a los propósitos económicos perseguidos por los contribuyentes y los vínculos económicos existentes entre ellos. Luego agrega, que esta regla aplicará cuando los contribuyentes en la celebración de sus acuerdos utilicen estructuras o instrumentos provistos por las normas vigentes que no resulten los más convenientes para expresar sus intenciones económicas verdaderas. Solo cuando se verifican esos extremos, sostiene (Vicchi, 2001), las autoridades fiscales o los jueces podrán desestimar la estructura empleada por el contribuyente y aplicar para resolver la cuestión la estructura más apropiada para conseguir sus objetivos económicos.

En el mismo sentido (Gotlib, 2005) menciona que hay dos posiciones distintas y extremas respecto del alcance de la aplicación del principio de realidad económica. Una limita su aplicación al extremo de dejar la regla vacía de contenido y otra que le permitiría a un juez apartarse de la aplicación literal de la norma tributaria cuando su aplicación genere consecuencias que a su parecer son injustas. En su trabajo, el autor sostiene que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado en términos generales por la acepción más restrictiva en cuanto a su aplicación.

En el trabajo de (Gotlib, 2005) se destaca una posible solución intermedia a la discusión teórica que implican las dos posturas extremas antes mencionadas. Esta posición le da contenido a la regla del principio de realidad económica asumiendo su aplicación únicamente cuando las normas sean manifiestamente inadecuadas a la real intención económica de los contribuyentes, no exclusivamente por lograr el mismo resultado económico mediante otras vías jurídicas que no sean las definidas como hecho imponible en la ley. Además, bajo esta teoría, el principio de realidad económica no debería limitarse a la aplicación respecto de actos simulados, fiduciarios o indirectos, sino también a cualquier otro acto de similar alcance, en que, ya fuera intencionalmente o por error, inadvertencia o ignorancia, se encubra al verdadero y real acto, negocio o contrato celebrado, al que a su vez la ley tributaria le acuerde el carácter de hecho imponible.

El objetivo de este apartado es realizar un análisis de la aplicación del principio de realidad económica en la determinación de los hechos imposables en el sistema tributario argentino para luego concluir en el punto 4.1. si el mismo resulta una herramienta suficiente para combatir los efectos tributarios no deseados provocados por estructuras híbridas en argentina.

3.2.1. El principio de realidad económica, situaciones que provocan su aplicación.

La utilización del principio de realidad económica y su eficacia a la hora de evitar abusos en la planificación fiscal ya fue estudiado tal como señala (Braccia, 2013) para el caso norteamericano. En dicho estudio, uno de los resultados más significativos fue que el principio de realidad económica no parece ser tan efectivo como método anti-abuso por las posibilidades de manipulación que ofrece tanto a los contribuyentes como al propio gobierno. De hecho, el estudio citado concluye que deberían incorporarse dentro del texto legal mecanismos anti-abuso alternativos desprovistos de cualquier análisis subjetivo fundado en la intención del contribuyente.

En particular, (Braccia M. , 2012) ha intentado conceptualizar una metodología para la aplicación del principio de realidad económica y la ha esquematizado en los siguientes pasos: (i) aplicar prioritariamente el principio de realidad económica; (ii) analizar críticamente la operatoria bajo análisis; (iii) identificar la forma o estructura jurídica que provoca el resultado tributario pretendido por el contribuyente; (iv) ponderar la revalidación jurídica de la administración, sobre la base de la realidad objetiva del caso y sus condiciones; y (v) destacar la relación entre el principio de realidad económica y las disposiciones específicas relevantes.

Por otra parte (O'DONNELL, 2016) ha indicado que el principio de realidad económica es un *“método -si bien subsidiario y excepcional- para que los intérpretes, funcionarios fiscales y jueces analicen las actividades, los actos, contratos y las operaciones que llevan a cabo los contribuyentes; ello en orden a lograr la verdad jurídica objetiva, fin primordial de toda la actividad administrativa”*.

Adicionalmente, la misma autora ha sostenido que el principio de realidad económica se aplica exclusivamente ante actos o contratos fraudulentos o de evasión o ante *“estructuras manifiestamente inadecuadas”* tal como lo indica el artículo 2 de la ley 11.683, agregando que las controversias en la aplicación de la herramienta han versado básicamente en la delimitación de su alcance.

Por el contrario, en (Gotlib, 2005) se ha mencionado que existen posiciones que sostienen que el alcance del principio de realidad económica es más amplio y se puede aplicar a cualquier caso en donde se encubra el verdadero y real acto y ello genere evasión. Si bien entendemos esta posición, creemos que para el caso de los instrumentos híbridos la complejidad de la estructura y la dificultad que le supondría a los fiscos detectar esa evasión provocan que la regla del principio de realidad económica no sea el más adecuado.

En este orden de ideas, es posible concluir que el principio de realidad económica tiene un alcance limitado a situaciones en donde la estructura jurídica adoptada para la

operación económica sujeta a revisión presenta una manifiesta discrepancia con su sustancia, su verdadera esencia económica.

En este sentido y en relación a la problemática de las estructuras híbridas y su erosión de la base imponible, se puede anticipar que el principio de realidad económica solo podrá ser utilizado como herramienta para evitar sus abusos tributarios en la medida que pueda probarse que se está frente a una estructura jurídica manifiestamente inadecuada.

3.2.2. El principio de realidad económica previsto en la ley 11.683, su aplicación e interpretación en antecedentes jurisprudenciales

En el caso particular argentino, existen numerosos antecedentes en donde tanto contribuyentes como el fisco han pretendido aplicar el principio de realidad económica.

A continuación, se detallarán siguiendo un orden cronológico las conclusiones de los antecedentes judiciales más relevantes a efectos de analizarlos y concluir respecto del alcance del principio en línea con lo sostenido por (O'DONNELL, 2016).

En lo que hace a la aplicación del principio de realidad económica y su alcance, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en varias oportunidades a lo largo de la vigencia de esta herramienta desde el año 1946.

En el año 1973, el principio de realidad económica también definido como teoría de la penetración o teoría del órgano fue analizado por el más Alto Tribunal en los autos “Parke Davis y Cía. De Argentina SAIC” en donde se lo definió como la herramienta que permite considerar el fondo real de la estructura jurídica adoptada a los efectos de la determinación de la obligación tributaria.

Años después, el mismo tribunal, en los autos “Parfum Francais SRL” se ha expedido en el mismo sentido indicando que la aplicación del principio de realidad económica es fundamental para la interpretación armónica de las leyes tributarias ya la aplicación del mismo permite que prevalezca *“la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva”*.

En los autos “Autolatina Argentina SA”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconociendo la importancia de esta herramienta, limitó su alcance estableciendo que la aplicación del mismo *“no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria”* ya que ello implicaría vulnerar otro principio tributario como es el principio de legalidad o de reserva de ley. En el caso planteado, el fisco haciendo una interpretación extrema de las disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado y del principio de realidad económica, pretendió desconocer los precios de las operaciones que habían pactado las partes y aplicar el valor corriente en plaza para determinar el gravamen.

En el mismo año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también se expidió en los autos “San Buenaventura SRL” limitando las facultades del fisco en la aplicación del principio de realidad económica estableciendo que *“no hay elementos que hagan suponer que los contratos de cesión de las parcelas del cementerio privado no se adecuen a la*

realidad económica de las operaciones realizadas entre la actora y sus clientes o que sean manifiestamente inadecuados para reflejar la cabal y efectiva intención perseguida por los contratantes. Por lo tanto, su tratamiento impositivo debe examinarse sobre la base de lo acordado entre las mencionadas partes”.

En una causa reciente, “Consortio de empresas mendocinas Potrerillos SA”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación volvió a expedirse respecto de los límites al alcance del principio de realidad económica. En este antecedente, el más Alto Tribunal recordó que si bien el principio de realidad económica es una herramienta que le permite a la administración fiscal recalificar los actos de los contribuyentes conforme su situación económica real y con prescindencia de su estructura jurídica esta facultad solo puede ser válidamente ejercida cuando resulta manifiesta la discordancia entre la sustancia económica del acto o negocio con la forma o estructura que los contribuyentes le han asignado. Ello ya que, como principio, salvo que se presente esa manifiesta discordancia, *“debe darse prioridad a las estructuras jurídicas utilizadas por los particulares”*.

En materia de tributación internacional, la procuradora fiscal Laura Monti se ha expedido en su Dictamen de fecha 27 de diciembre de 2017 en la causa “Molinos Rio de la Plata” en el sentido de que el principio de realidad económica no podía ser aplicado en el caso para evitar situaciones de doble no imposición internacional en la medida que el CDI no recepte en su texto la norma anti-abuso doméstica.

Tal como se ha observado de los precedentes mencionados es menester que se pruebe la manifiesta discordancia entre la estructura jurídica adoptada por los contribuyentes versus la realidad de los negocios. Esta situación debe ser probada por el fisco siempre que de su aplicación derive un incremento en la carga tributaria que debe soportar el contribuyente.

3.3. Las reglas anti-abuso contenidas en la Ley del Impuesto a las Ganancias a partir de la reforma de la Ley 27.430

Las disposiciones de la Ley 27.430 entraron en vigencia para los ejercicios fiscales iniciados a partir del 1/1/2018.

Esta ley significó una profunda reforma tributaria, previsional y laboral y fue anunciada como la herramienta necesaria para promover la inversión, la competitividad y el empleo de calidad. Además, pretendió ser un avance hacia un sistema tributario más equitativo, eficiente y moderno.

Sin perjuicio de ello, puede observarse que la Ley 27.430 tuvo un objetivo adicional implícito: compatibilizar nuestras normas tributarias alineadas por última vez con las directivas de la OCDE en 1998.

En este sentido, se incorporaron y modificaron numerosas cláusulas anti-abuso en la Ley del Impuesto a las Ganancias. A los efectos de este trabajo solamente se analizarán aquellas que –aunque indirectamente– podrían mitigar los efectos no deseados de las estructuras híbridas en Argentina.

3.3.1. La regla de capitalización exigua (artículo 81 inciso a)

La Ley 27.430 introdujo cambios en la regla de capitalización exigua, que hasta su entrada en vigencia aplicaba únicamente a determinadas deudas financieras que los sujetos locales mantenían con empresas vinculadas del exterior cuando aquellas superaban en más de dos veces el patrimonio neto de la sociedad argentina.

La nueva versión de la regla de capitalización exigua aplica a un universo más amplio de situaciones. En este sentido, se limita la deducción de los intereses originados en deudas de carácter financiero que se contraigan tanto con sujetos vinculados argentinos como del exterior.

Tales intereses serán deducibles en la porción que exceda el importe de los intereses activos devengados en el mismo ejercicio fiscal y hasta monto que surja de considerar el mayor entre un monto fijo a establecerse por la reglamentación versus el 30% de la ganancia impositiva neta del ejercicio antes de deducir los intereses sujetos a tope y las amortizaciones impositivas.

Los intereses excedentes que no puedan deducirse en determinado ejercicio fiscal podrán deducirse en los cinco ejercicios fiscales inmediatos siguientes en la medida que existan excedentes de topes computables. En el mismo sentido, si existen remanentes de topes deducibles (por ser inferiores los intereses sujetos a dicho tope), esos importes podrán utilizarse en los tres ejercicios fiscales inmediatos siguientes.

Es importante señalar que existen algunas excepciones a la aplicación de la regla de capitalización exigua. A modo de ejemplo, dicha regla no resulta aplicable en la medida que pueda probarse fehacientemente –conforme lo determine la reglamentación– que:

- (i) la relación entre los intereses sujetos a tope y el resultado impositivo antes de las amortizaciones impositivas y los intereses sujetos a tope es menor que la proporción de endeudamiento con terceros que posee el grupo económico al que pertenece; o bien
- (ii) que el beneficiario de los intereses sujetos a tope pagó el impuesto a las ganancias argentino “efectivamente”.

En relación a su aplicación como mecanismo que permite evitar los efectos tributarios no deseados de las estructuras híbridas, es posible concluir que si bien esta regla mitigaría los efectos derivados de un instrumento financiero híbrido –pues limitaría la deducción de los intereses en Argentina que excedan determinado tope– la misma no resulta suficiente pues en la medida que los intereses del instrumento híbrido en cuestión respeten determinada proporción del resultado impositivo de la sociedad tomadora del préstamo, los mismos generarían un ahucamiento en la base imponible argentina.

3.3.2. La regla de transparencia fiscal (artículo 133 incisos d, e y f)

La Ley 27.430 modificó el régimen de transparencia aplicable a las participaciones que las personas humanas argentinas posean en entidades del exterior adecuando las disposiciones del artículo 133 de la ley del impuesto a las ganancias.

Siguiendo los conceptos desarrollados por la OCDE en su informe final de la acción 3 del plan BEPS denominado “Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces” del año 2015, la Ley 27.430 introdujo una modificación sustancial en el concepto de transparencia fiscal.

A partir de esta modificación, el régimen de transparencia implica el desconocimiento de las estructuras jurídicas en el exterior y la incorporación en el impuesto a las ganancias del titular residente argentino de las rentas de las sociedades o entes del exterior en los mismos términos que si las hubiera obtenido en forma directa.

Esto implica aplicar los mecanismos de imputación, exenciones, tasas reducidas y otras particularidades del impuesto que corresponden a cada tipo de renta desconociendo que fueron obtenidas por una sociedad en el exterior y sin perjuicio de la aplicación de las normas de imposición o reconocimiento de resultados que puedan aplicar en la jurisdicción de residencia de la CFC.

El test de transparencia fiscal consiste en validar si la entidad en el exterior cumple o no los parámetros requeridos para calificar dentro de alguno de los grupos que la norma define como sujetas al régimen de transparencia fiscal.

Los grupos son los que se detallan a continuación:

Grupo I (inciso d del artículo 133): está conformado por trust, fundaciones de interés privado, fideicomisos y estructuras análogas en el exterior incluyendo contratos o acuerdos que tengan como objeto administrar activos.

Para calificar dentro de este grupo, la relación entre el accionista argentino y el ente del exterior tiene que ser de control. Existe control cuando hay evidencias de que los activos del ente se mantienen en su poder y/o son administrados por él.

Grupo II (inciso e del artículo 133): está conformado por entidades en el exterior –de cualquier tipo– que no poseen personalidad fiscal en la jurisdicción en la que están constituidas, domiciliadas o ubicadas.

Grupo III (inciso f del artículo 133): Son todas las entidades en el exterior que no pueden ser incluidas en el Grupo I o en el Grupo II.

Una entidad en el exterior calificará como CFC en la medida que cumpla concurrentemente los requisitos indicados como 1, 2 y 3 del cuadro a continuación. Como se puede observar cada uno de los requisitos puede considerarse como cumplido si se verifica alguno (cualquiera) de los parámetros indicados en la columna “Supuestos que verifican cada requisito”:

#	Requisito	Supuestos que verifican cada requisito
1	Requisito de control	Participación mayor o igual al 50% en el patrimonio, resultados o derechos de voto de la entidad no residente por parte del contribuyente por sí o en conjunto con: (i) entidades sobre las que posea control o vinculación; (ii) el cónyuge o el conviviente;

		(iii) parientes en línea ascendente, descendente o colateral por afinidad o consanguinidad, hasta tercer grado.
		El accionista o titular de la sociedad del exterior posee el derecho a disponer de los activos del ente –a cualquier título–, puede elegir la mayoría de directores o administradores o removerlos o integren el directorio o consejo de administración y sus votos son los que definen las decisiones que se toman, o posee un derecho actual sobre los beneficios del ente.
		Cuando en cualquier momento del ejercicio anual, haya más de un 30% sobre el total del patrimonio compuesto por inversiones financieras consideradas de fuente argentina y exentas para beneficiarios del exterior.
2	Requisito de actividades desarrolladas	Más del 50% de los ingresos del ejercicio de la entidad en el exterior provienen de rentas pasivas.
		La entidad del exterior obtiene ingresos de cualquier tipo que generan en forma directa o indirecta gastos deducibles fiscalmente para contribuyentes argentinos.
		La entidad del exterior posee cualquier tipo de ingresos y no dispone de la organización de medios materiales y personales necesarios para realizar su actividad.
3	Requisito de situación fiscal	El ente en el exterior está domiciliado, constituido o radicado en una jurisdicción de baja o nula tributación o jurisdicción no cooperante, conforme las nuevas disposiciones establecidas por la reforma.
		El impuesto a la renta ingresado por la entidad del exterior es inferior al 75% del impuesto societario que correspondería ingresar de acuerdo con la ley del impuesto a las ganancias.

Respecto del segundo requisito de actividades desarrolladas, es importante mencionar que las reglas de transparencia fiscal solamente serán aplicables a los ingresos que califiquen dentro de cada uno de los supuestos allí indicados exclusivamente.

Se desprende del mecanismo de transparencia fiscal introducido por la ley 27.430 que esta herramienta permitirá como cláusula anti híbridos indirecta evitar algunas situaciones de estructuras híbridas en donde el sujeto argentino sea el sujeto que recibe los fondos que dieron lugar a una situación de deducción / no inclusión o doble deducción.

Como contrapartida de ello, se puede observar una importante limitación respecto de aquellas situaciones en donde el sujeto argentino es el que efectúa el pago. Esto se desarrollará in extenso en el apartado 4.2.

3.3.3. La regla de deducibilidad al momento del pago (artículo 18)

La ley del impuesto a las ganancias en su último párrafo introduce una norma anti abuso que se basa en condicionar la deducción de determinados gastos al hecho de que los mismos se encuentren pagos.

En concreto, el texto legal reza lo siguiente “*tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para personas o entes del extranjero con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o para personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación*”.

En resumen, esta regla limita la deducción de un gasto originado en una operación con un sujeto vinculado del exterior cuando el mismo importe una renta gravada de fuente argentina para aquel. En este orden de ideas, lo que pretendió el legislador fue garantizar la recaudación como requisito fundamental de admitir la deducción de tales gastos considerando que la existencia de una renta de fuente argentina deriva en la aplicación de la retención a beneficiarios del exterior con los parámetros que prevé el artículo 93 de la ley del impuesto a las ganancias.

Como se desarrollará más adelante, esta regla constituye un importante obstáculo para aquellas situaciones en donde lo que se pretende es generar una situación de deducción del gasto en argentina y no inclusión de la renta en la sociedad vinculada del exterior, pero su alcance se ve limitado a aquellas operaciones que den lugar a una retención del impuesto a las ganancias en la fuente.

3.3.4. El requisito de vinculación del gasto de fuente extranjera con ganancias de fuente argentina (artículo sin número incorporado a continuación del 80)

En contraposición a la regla descrita en el apartado anterior que trata de asegurar la recaudación del fisco argentino ante la existencia de determinados gastos que deban ser retenidos en la fuente surge la regla prevista en el artículo sin número agregado a continuación del artículo 80.

Este artículo propone como regla general que los gastos realizados en Argentina se presumen vinculados con rentas de fuente argentina mientras que los gastos realizados en el extranjero se presumen vinculados con rentas de fuente extranjera.

La excepción a esta regla general consiste en admitir la deducción de gastos realizados en el exterior de rentas de fuente argentina en la medida que se demuestre “debidamente” que están destinados a obtener, mantener y conservar ganancias de ese origen.

No es objeto de este trabajo precisar conceptualmente cómo debe probarse “debidamente” la correlación entre un gasto realizado en el exterior y la obtención de una renta de fuente argentina, pero si es posible anticiparse en concluir que este requisito pareciera ser una aproximación de la legislación argentina a requerir un “test de necesidad” tal como el que se propone al final de este trabajo.

3.3.5. La regla de dividendos fictos (artículo sin número a continuación del 46)

La figura del dividendo ficto, incorporada en el artículo agregado a continuación del artículo 46 de la ley del Impuesto a las Ganancias, nace con el objeto de evitar diferimientos en el ingreso del Impuesto a las Ganancias en virtud de una postergación de un documento formal que apruebe la distribución de utilidades cuando, en los hechos, los accionistas o titulares de dichas sociedades ya están haciendo efectivo uso de las mismas.

Para determinar en qué situaciones corresponde la aplicación de esta figura, debe analizarse lo siguiente:

- Existencia de un hecho generador
- Sujetos que intervienen en la operación
- Límite de utilidades pendientes de distribución

Si para una transacción se verifican los 3 parámetros, como consecuencia de aplicar esta ficción los importes respectivos deben ser considerados como dividendos puestos a disposición para los accionistas o titulares en cuestión.

A continuación se analizará en detalle cada parámetro.

a) Existencia de un hecho generador

Entendiendo como tales aquellas situaciones que habilitan la aplicación de la figura del dividendo ficto, y que son las siguientes:

- Retiros de fondos de la sociedad sin causa, en cuyo caso el dividendo ficto será equivalente al monto retirado.
- Utilización o goce –a título gratuito o a título oneroso– de activos de la sociedad. El dividendo ficto será: (i) en el caso de inmuebles, el 8% del valor de mercado; (ii) para el resto de bienes, el 20% del valor de mercado. En operaciones a título oneroso, el dividendo ficto será la diferencia entre el valor antes mencionado versus lo pagado, si lo pactado es inferior; si lo pactado es superior, no aplica la figura.
- Bienes afectados a garantías ejecutadas directas o indirectas de los titulares. El dividendo ficto será el valor de plaza de los bienes hasta el límite de lo garantizado.
- Ventas o compras de bienes a titulares por debajo o por encima de su valor de mercado. El dividendo ficto será la diferencia en defecto o en exceso, según corresponda.
- Gastos realizados por la sociedad en favor de sus titulares, siempre que no respondan a operaciones realizadas en interés de la empresa. Los dividendos fictos serán equivalentes al importe de los gastos. El ejemplo por excelencia para este hecho generador es el Impuesto sobre los Bienes Personales, que las sociedades deben ingresar en su carácter de responsables sustitutos por sus accionistas en la medida que ellas se hagan cargo y no soliciten el reintegro del impuesto pagado por los titulares.

- Sueldos, honorarios y otras remuneraciones de las que no pueda probarse la efectiva prestación del servicio; o que la retribución pactada sea acorde a la naturaleza de los servicios prestados; o que el importe no sea superior al que se le pagaría a un tercero. En este caso, el artículo incorporado a continuación del artículo 46 no aclara cual debería ser el importe del dividendo ficto. Entendemos que una interpretación razonable es considerar el importe de la diferencia versus la comparación de mercado.

b) Sujetos que intervienen en la operación

La norma en cuestión resulta de aplicación para los titulares, propietarios, socios, accionistas, cuotapartistas, fiduciarios o beneficiarios de los sujetos comprendidos en el artículo 69 de la ley del Impuesto a las Ganancias.

Ahora bien, con relación al concepto de “titulares”, de igual modo que en otras cláusulas que pretenden evitar abusos impositivos como la venta indirecta de bienes en Argentina (artículo sin número a continuación del artículo 13), la Ley del Impuesto a las Ganancias considera un criterio amplio. Tan amplio, que queda cumplido el requisito de sujeto en la medida que las operaciones detalladas en a) se verifiquen respecto de sus titulares, así como también respecto de su cónyuge, conviviente o sus ascendientes o descendientes en primer o segundo grado de consanguinidad.

c) Límite de utilidades pendientes de distribución

Los dividendos fictos se considerarán como tales hasta el límite de las utilidades acumuladas (pendientes de distribución) al último ejercicio fiscal cerrado, afectadas por el porcentaje de participación que el accionista o titular que verifica el hecho generador posea en la sociedad.

Los dividendos fictos que excedan el límite antes mencionado estarán sujetos a la presunción contenida en el artículo 73 de la ley del Impuesto a las Ganancias que también ha sido modificada por la ley 27.430.

Como puede observarse esta regla podría mitigar efectos de estructuras híbridas que no respeten precios de mercado o que no se vinculen con el negocio de quien paga por determinados gastos en la medida que las operaciones se realicen entre la sociedad y sus titulares.

Si bien ya en una primera aproximación parecería que existen herramientas mucho más eficientes –aunque indirectas- para mitigar efectos no deseados de estructuras híbridas, es oportuno mencionar esta regla anti abuso pues su aplicación resulta tanto de aplicación para operaciones con titulares de sociedades argentinas residentes en el exterior como residentes argentinos.

3.3.6. Las reglas de precios de transferencia (artículo 15)

El artículo 15 de la ley del impuesto a las ganancias es el que introduce las normas de precios de transferencias a nuestro ordenamiento tributario.

Este artículo presume que las operaciones que las empresas domiciliadas en el país realizan con sus vinculadas del exterior o con sociedades del exterior radicadas en

jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación no se ajustan a las prácticas o precios normales de mercado entre partes independientes.

En este sentido, los contribuyentes deben probar mediante el método que resulte más apropiado al tipo de transacción realizada que los precios pactados en las referidas operaciones son coherentes con los que hubieran pactado en transacciones no controladas.

Como se ha podido observar, las normas de precios de transferencia están orientadas a probar que el valor económico de las operaciones realizadas dentro de un grupo económico guarda relación con el valor que hubieran pactado terceros independientes.

Si bien las normas de precios de transferencia generan un efecto indirecto de control en la utilización de estructuras híbridas como herramientas de planificación fiscal agresiva, limitando el monto de la deducción que generaría la erosión de la base hasta el importe que representa un precio de mercado, queda en evidencia que estas normas no son las apropiadas para combatir los efectos tributarios no deseados de la utilización de estructuras híbridas pues se limitan a la valorización de las transacciones pero no concluyen en su análisis respecto de la erosión de la base imponible que pueda provocar determinada transacción.

4. Diagnóstico

4.1. Utilización del principio de realidad económica para combatir las estructuras híbridas en Argentina. Sus límites.

Siguiendo el enfoque teórico del principio de realidad económica que se ha efectuado en el apartado 3.2. podemos concluir que este principio rector funciona como una regla general anti-abuso en la normativa doméstica argentina (o como GAAR siguiendo las siglas en inglés).

Como se ha sostenido en (TEIJEIRO, 2018), las GAARs se aplican habitualmente para interpretar correctamente las normas tributarias, así como también para caracterizar a los contribuyentes y sus transacciones mientras que las SAARs (reglas específicas anti-abuso) suelen diseñarse luego de una GAAR para enfatizar su aplicación en ciertos contextos o para mecanizar situaciones que una GAAR trataría de modo conceptual.

Aquí es donde podría detectarse la primera limitación del principio de realidad económica como regla para combatir las estructuras híbridas, ya que el accionar de esta regla quedaría limitado por su naturaleza de GAAR en el sentido funcionar como una regla residual, no automática y que además requiere de la interpretación de alguna de las partes de la obligación tributaria respecto de determinada transacción.

La segunda limitación que se puede identificar guarda relación con la hipótesis de hecho que dispara la potencial aplicación de la regla, que es la existencia de una atipicidad en la estructura jurídica adoptada por las partes que es “manifiestamente” inadecuada con la “cabal” “intención económica” e “intención efectiva” de los contribuyentes (los textos entre comillas corresponden a extractos del artículo 2 de la ley 11.683).

Como ya se ha mencionado, el hecho generador de una estructura híbrida abusiva no es la elección de un velo jurídico inadecuado para ocultar una transacción económica entre contribuyentes sino el aprovechamiento de la diferencia en la caracterización que dos o más legislaciones tributarias realizan sobre un mismo hecho jurídico.

La tercera limitación deviene de que el accionar del fisco se encuentra limitado respecto de la actitud del contribuyente que es residente en Argentina. Dicho en otras palabras, considerando que existe una inadecuada utilización de una estructura jurídica en determinada estructura híbrida, la atipicidad debe verificarse en el contribuyente argentino ya que si la misma se verifica exclusivamente respecto del sujeto vinculado del exterior el principio de realidad económica argentino no permitirá la recalificación de la operación.

Por último, como cuarta limitación, sobre la base de que el fisco pueda demostrar lo inadecuada de la estructura jurídica respecto del contribuyente argentino, la aplicación del principio de realidad económica lo habilitaría a su recalificación conforme la verdadera intención económica de las partes (de las partes argentinas). En este contexto, cabe advertir que la recalificación de la operación bajo el principio de realidad económica no garantizaría la eliminación de los efectos no deseados de las estructuras híbridas en los hechos, pues tal extremo exige que el fisco conozca los efectos tributarios de la mencionada operación en otras jurisdicciones.

En el Anexo II se resumen las conclusiones a las limitaciones de esta regla.

4.2. Suficiencia de las normas anti-abuso incorporadas por la ley 27.430 para mitigar el efecto de la utilización de estructuras híbridas en Argentina

En el apartado 3.3. se han analizado diferentes específicas anti-abuso (o SAARs por sus siglas en inglés), algunas de ellas si bien presentes en nuestra ley del impuesto a las ganancias desde hace varios años han sido actualizadas por la ley 27.430 mientras que otras fueron incorporadas con efectos a partir de ejercicios fiscales iniciados desde el 1ro de enero de 2018 mediante la citada ley.

Específicamente se han analizado aquellas reglas anti-abuso que podrían llegar a generar frenos en la utilización de estructuras híbridas en Argentina por parte de los contribuyentes. Tales reglas son: (i) la de capitalización exigua; (ii) la de transparencia fiscal; (iii) la de reconocimiento del gasto con su pago si estos generan rentas de fuente argentina para sujetos vinculados del exterior; (iv) la necesidad de justificar gastos de fuente extranjera si se vinculan con rentas de fuente argentina; (v) las reglas de dividendos fictos; y (vi) las reglas de precios de transferencia.

En primer lugar, referido a la regla de capitalización exigua, tal como se desprende del análisis efectuado en el apartado 3.3.1. la regla será de aplicación en la medida que estemos frente a una operación que pueda calificar como de préstamo financiero conforme la normativa argentina. Esto representa una primera limitación a la aplicación de esta regla para combatir estructuras híbridas, pues se estaría limitando su aplicación como regla primaria para el caso de instrumentos financieros híbridos en la medida que los mismos califiquen como instrumentos de deuda desde la óptica argentina.

Adicionalmente, la norma admite la deducción de los intereses y diferencias de cambio originadas en estos pasivos financieros hasta un 30% del resultado neto sujeto a impuestos antes de restarle las amortizaciones impositivas y los intereses financieros sujetos a la regla. Este umbral habilitaría la deducción de todos aquellos conceptos cuyos montos no lo superan y que pueden originarse en instrumentos financieros híbridos.

En segundo lugar, me refiero a la regla de transparencia fiscal contenida en los incisos d), e) y f) del artículo 133 de la ley del impuesto a las ganancias que se ha desarrollado en 3.3.2. Básicamente esta regla desconoce la personalidad de determinadas estructuras en el exterior que son poseídas por sujetos residentes fiscales argentinos.

Tal como puede observarse esta regla se limita a relaciones entre titulares residentes fiscales argentinos respecto de sus participaciones en el exterior, no comprendiendo a las participaciones en argentina. Luego, esta regla se limita a los resultados que esta entidad del exterior obtiene, pero no comprende aquellas transacciones que se puedan perfeccionar entre el titular argentino y la sociedad del exterior. En este sentido, su aplicación se vería reducida a eventuales situaciones de doble deducción de sucursales cuando la casa matriz sea un residente fiscal argentino.

En tercer lugar, es menester analizar la regla prevista en el último párrafo del artículo 18 que aplica a pagos efectuados a sujetos vinculados del exterior (o radicados en jurisdicciones de baja o nula tributación o países no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal) que representan ganancias de fuente argentina para tales entes. En estos casos, la deducción del gasto por el sujeto pagador residente fiscal argentino procederá en el ejercicio de su devengamiento si tal pago (y eventual retención del impuesto a las ganancias a beneficiarios del exterior) se realiza antes del vencimiento del plazo para la presentación de la declaración jurada del impuesto a las ganancias del periodo fiscal de devengamiento o en su defecto, podrá ser deducido en el ejercicio en que se produzca su pago.

Al igual que la regla de transparencia, esta previsión de limita a situaciones que se verifican entre un sujeto residente fiscal argentino con un sujeto residente del exterior, es decir, no comprende transacciones entre residentes fiscales argentinos.

Mas allá de ello, la limitación mas importante se refiere al hecho de que su aplicación se encuentra supeditada a la existencia de un pago que genere una renta de fuente argentina para el sujeto del exterior. En este sentido, quedan fuera de su alcance todos aquellos pagos que no representen una ganancia sujeta a impuesto en argentina para el sujeto del exterior que la percibe.

En cuarto lugar, es oportuno analizar la regla prevista en el artículo sin número a continuación del artículo 80 que exige una vinculación demostrable cuando se pretende efectuar una deducción de un gasto de fuente extranjera contra una ganancia de fuente argentina. Nuevamente, esta regla se limita a transacciones entre un sujeto argentino con un sujeto del exterior, excluyendo del análisis operaciones entre sujetos locales.

Adicionalmente, esta regla requiere probar la vinculación de un gasto de fuente extranjera para conservar, mantener u obtener ganancias de fuente argentina. Esta prueba de necesidad del gasto se limita precisamente a eso: a demostrar la motivación que indujo a la

empresa argentina a soportar el gasto así como también su cuantía sin indagar respecto del tratamiento tributario al que dicho pago estará sometido en la jurisdicción receptora.

En quinto lugar, en lo que hace a la regla de dividendos fictos contenida en el artículo sin número agregado a continuación del artículo 46 de la ley del impuesto a las ganancias puede observarse que esta es quizás la regla menos efectiva de las aquí analizadas. Ello se debe al hecho de que esta regla tiene un objetivo claro que es evitar que mediante entregas de dinero o disposición de bienes los accionistas dispongan de utilidades líquidas y disponibles generadas por la sociedad sin ingresar el correspondiente impuesto aplicable a los dividendos.

Por último y en sexto lugar, las reglas de precios de transferencia buscan evitar que en una transacción entre partes vinculadas internacionalmente (y en los casos asimilables a vinculación) se obtengan beneficios tributarios a través de las manipulaciones de precios, los que son utilizados como vehículos para transferir utilidades a otras jurisdicciones. Es por ello, que las reglas de precios de transferencia exigen que en operaciones entre partes vinculadas los precios sean equivalentes a los que hubieran pactado terceros independientes en condiciones similares de mercado, y cuando esto no se verifica, corresponde hacer un ajuste para establecer la magnitud de la renta de fuente argentina.

Tal como puede observarse, esta regla se limita a analizar el precio de las transacciones y si la decisión de realizar determinada operación responde a una decisión de un operador independiente pero no cubre aspectos que podrían derivar de utilidades de estructuras híbridas.

En el Anexo II se resumen las conclusiones referidas a las limitaciones que presentan cada una de estas reglas anti-abuso.

4.3. Principales desafíos que se generarían a partir de la inclusión de las recomendaciones de la OCDE en nuestra norma local.

Antes de analizar los desafíos que se generarían a partir de incorporar las recomendaciones de la OCDE en materia de estructuras híbridas en el sistema tributario argentino, es oportuno recordar que el capítulo 9 de (OECD, 2015) ha establecido una serie de principios que deberían guiar la definición de las reglas para combatir la utilización de estructuras híbridas.

Respetar las recomendaciones y crear una regla que permita mitigar los efectos tributarios no deseados de estructuras híbridas representa el desafío que se quiere desarrollar en este apartado.

A continuación, repasaremos cada una de las recomendaciones de la OCDE y se plantearán los desafíos que estas recomendaciones generan para su incorporación en la legislación interna argentina:

- Las reglas deben tener como principal objetivo neutralizar las estructuras híbridas y no obtener una mayor recaudación impositiva derivada de su aplicación. Es decir, que los estados deben asegurarse alcanzar exclusivamente aquellas situaciones que

generan una verdadera erosión de la base imponible consolidada del grupo económico y evitar incidir con impuestos transacciones respecto de las cuales no se posee soberanía tributaria.

- Deben ser comprensivas en el sentido de abarcar la mayor cantidad de casos de estructuras híbridas posibles. En este sentido, la recomendación es que la regla para evitar los efectos tributarios no deseados de estructuras híbridas sea comprensivo de cualquier situación que derive en una situación de deducción / no inclusión o doble deducción y no debe limitarse a un tipo de estructura híbrida particular.
- Debe aplicar automáticamente y evitar situaciones de doble imposición. En mi opinión la recomendación de aplicación automática debe entenderse a partir de que exista una regla clara que limite y precise el alcance de la herramienta para evitar la utilización de estructuras híbridas. Va en contrario de esta recomendación pretender mitigar los efectos no deseados de las estructuras híbridas a partir del principio de realidad económica, pues como ya se ha desarrollado implica la producción de prueba por parte del fisco a partir de un análisis pormenorizado de las actividades particulares de cada contribuyente.
- Deben ser claras, precisas, transparentes y compatibles con las legislaciones internas.
- Deben ser lo suficientemente flexibles para compatibilizar con las normativas internas de cada jurisdicción.
- Poder ser administrables y no incrementar los costos en los que deben incurrir los contribuyentes para cumplir con las mismas ni incrementar los costos de recaudación en cabeza de los fiscos para poder aplicarlas. Este quizás es uno de los mayores desafíos a los que se enfrentan los estados a la hora de delinear reglas que permitan mitigar los efectos no deseados de las estructuras híbridas. Ello debido a que el hecho de que estas estructuras generen efectos fiscales nocivos en dos o más estados requiere –ya sea de parte del fisco o del contribuyente- un trabajo de investigación o producción de prueba que permita concluir sobre su existencia o no en determinadas transacciones.

5. Propuesta de introducción de normas anti-abuso en las normas locales para combatir las estructuras híbridas en Argentina

Habiendo analizado el funcionamiento y alcance de la aplicación de las distintas reglas que prevé la legislación argentina para combatir esquemas de planificación fiscal agresiva es posible concluir que, incluso luego de la entrada en vigencia de la Ley 27.430, la utilización de estas herramientas anti-abuso para combatir los efectos no deseados de estructuras híbridas es limitada a una serie de casos puntuales y que su alcance no resulta suficiente.

Esta insuficiencia se explica a partir de que las reglas previstas en nuestra legislación actual tienen como principal objetivo combatir otros esquemas de planificación fiscal agresiva (por ejemplo, endeudamiento excesivo, utilización de formas jurídicas inadecuadas, diferimiento de impuestos mediante interposición de sociedades en el exterior, etc.) y su aplicación a las estructuras híbridas funciona con carácter indirecto y residual.

En lo que hace al caso particular de las estructuras híbridas, e independientemente de su tipificación, los efectos no deseados provocados por las mismas en la recaudación tributaria pueden definirse como el ahucamiento de la base imponible consolidada de un grupo de empresas multinacionales mediante la realización de una operación que permite que: (i) dos o más jurisdicciones consideren un mismo gasto como deducible; o que (ii) se autorice en una jurisdicción la deducción de un gasto que representa un ingreso no sujeto a imposición en la jurisdicción que recibe los fondos.

Antes de avanzar en el diseño particular de una regla anti-abuso que permita controlar y evitar los efectos no deseados de estructuras híbridas, resulta oportuno analizar cuáles son los desafíos y dificultades de índole práctica que puedan significar una limitación a la regla que se pretende implementar.

En mi opinión y luego de analizar las sugerencias vertidas por la OCDE y la experiencia en otros países, las limitaciones más significativas para el diseño de una regla que permita controlar situaciones de estructuras híbridas son las que se detallan a continuación:

- La dificultad que supondría para el fisco argentino conocer y acceder a la información respecto del pago de impuesto de sociedades o entes residentes tributarios en el exterior.
- Los límites de competencia territorial que delimitan el accionar del fisco. Según los cuales, tal como se menciona en (FRAGA, 2011) una Administración Tributaria no podría exigir a un sujeto bajo su jurisdicción el aporte de datos de otro individuo (más allá de la relación que pudiese existir entre dichos administrados) que no posee vinculación de carácter tributario con esa entidad política.
- La superposición de reglas –tal como se han desarrollado en los puntos 4.1 y 4.2– previstas en nuestra legislación para atacar determinadas situaciones de planificación fiscal agresiva y que eliminarían, como consecuencia indirecta, los efectos no deseados de las estructuras híbridas.

Entendiendo las limitaciones antes mencionadas y considerando que es posible detectar la posible utilización de una estructura híbrida a partir de: (i) la deducción de un gasto proveniente de un ente vinculado del exterior o un vinculado argentino, o (ii) el ingreso de fondos provenientes de una operación con un ente vinculado del exterior o un ingreso de fondos proveniente de una operación con un vinculado argentino; la primera cuestión a precisar está relacionada con la definición del hecho generador que tendrá como consecuencia la aplicación de la regla anti-abuso.

Bajo la premisa de que es en el momento de la deducción del gasto cuando se materializa la erosión en la base imponible consolidada del grupo, la propuesta es incorporar una modificación legal que actúe limitando la deducción de un gasto para el contribuyente argentino en la medida que el mismo pueda derivar de potenciales situaciones de estructuras híbridas.

Este enfoque, que se encuentra alineado con las reglas defensivas sugeridas por la OCDE, se plantea inicialmente como similar al de las reglas introducidas en la legislación mexicana con dos diferencias bien marcadas: (i) la primera vinculada a la posibilidad de que el contribuyente ofrezca prueba en contrario a la presunción establecida en la regla anti-abuso; y (ii) la segunda referida a que la regla que se propone debe contener previsiones que busquen evitar y neutralizar situaciones de doble tributación.

Una segunda cuestión a considerar es el alcance de la regla anti-abuso respecto de los sujetos que intervienen en la operación. En este sentido, se propone que la regla comprenda las operaciones realizadas entre un sujeto contribuyente argentino con otro sujeto vinculado que puede ser residente argentino o sujeto del exterior.

La sugerencia de ampliar el alcance de la regla incluso a las operaciones desarrolladas entre dos contribuyentes argentinos se fundamenta en que: las estructuras híbridas también pueden generar efectos no deseados dentro de una misma jurisdicción cuando existen regímenes tributarios especiales (por ejemplo, en argentina, el régimen especial de la ley 19.640 o determinados regímenes de promoción a sectores de actividad) o ; y que el hecho de que la regla sea aplicable también a los nacionales argentinos impediría que los contribuyentes pretendan ampararse en las cláusulas de no discriminación de los CDI para evitar su aplicación a los casos concretos de operaciones con sujetos del exterior.

La existencia de vinculación entre el contribuyente argentino y el sujeto del exterior u otro contribuyente argentino será la que surja de considerar las pautas establecidas en el artículo sin número agregado a continuación del artículo 15 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, que se transcribe a continuación:

“Art. ... - A los fines previstos en esta ley, la vinculación quedará configurada cuando un sujeto y personas u otro tipo de entidades o establecimientos, fideicomisos o figuras equivalentes, con quien aquél realice transacciones, estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas humanas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades.

La reglamentación podrá establecer los supuestos de vinculación a los que alude el párrafo precedente.”

Por otra parte, y respecto de los sujetos del exterior comprendidos, la regla deberá ser aplicable a cualquier ente del exterior con prescindencia de su tipo legal, considerando incluidas en dicha regla las sociedades a las que pertenezcan las sucursales argentinas.

En lo que hace a los pagos sujetos a esta regla, la misma debería limitarse a los pagos que se realicen por servicios recibidos –incluyendo servicios financieros de deuda, intereses pagados-, derechos adquiridos o explotados o intangibles similares entendiendo que estas son las operaciones que permiten la utilización de estructuras híbridas. Es decir, no debería aplicarse a los pagos por adquisiciones de bienes materiales.

La prueba respecto del tratamiento tributario aplicable en la jurisdicción de residencia del ente receptor de los fondos del pago se considerará satisfecha de pleno derecho si se configurara alguna situación que le garantice la recaudación al fisco argentino. En este sentido, se consideraría garantizada la recaudación cuando:

- (a) Los pagos hayan estado sujetos al pago del impuesto a las ganancias argentino. En aquellos casos en donde el sujeto receptor del pago goce de exenciones o tratamientos preferenciales que impliquen una carga en el impuesto a las ganancias menor a la soportada como regla general por el universo de contribuyentes, se sugiere admitir su deducción en la medida que el contribuyente que pretende efectuar la misma pueda probar la necesidad del gasto y su precio como entre partes independientes.

Siguiendo las pautas sugeridas en (LAIUN, 2015) respecto de las metodologías que deberían adoptarse para definir si un gasto cumple con el requisito previsto en el artículo 80 de la ley del impuesto a las ganancias, la reglamentación debería prever: (i) un test de beneficio, que permita demostrar la necesidad de incurrir en el gasto; (ii) un test de valor, que permita demostrar que el precio pactado respecta el criterio *arm's length*; un (iii) test de efectiva prestación del servicio que se contrata; y (iv) un test de no duplicación mediante el cual se pueda probar que el servicio que se contrata no se realiza con recursos propios o contratando a un tercero independiente en simultáneo.

En relación al test de beneficio (i) cabe mencionar que esta prueba ha sido incorporada en la ley del impuesto a la renta en Perú y se entiende satisfecha en la medida que se pueda probar que el servicio prestado proporciona valor económico o comercial para el destinatario del servicio, mejorando o manteniendo su posición comercial, lo que ocurre si partes independientes hubieran satisfecho la necesidad del servicio, ejecutándolo por sí mismas o a través de un tercero. Además, la norma peruana exige que la documentación del servicio evidencie la prestación efectiva del servicio, la naturaleza del servicio, la necesidad real del servicio, los costos y gastos incurridos por el prestador del servicio, así como los criterios razonables de asignación de aquellos.

El test de no duplicación (iv) fue sugerido en (OECD Guidelines, 2017) y busca evitar que un mismo servicio sea facturado por una compañía del grupo mientras que la compañía que recibe el gasto se encuentra desarrollando ese servicio para sí misma con recursos propios o contratándolo a un tercero. La única excepción a esta regla debería provenir de procesos de reorganización de funciones donde la duplicación sea una cuestión meramente temporal.

- (b) Los pagos efectuados como consecuencia del gasto deducible se encuentren sujetos a retención conforme lo establece el título V de la Ley del Impuesto a las Ganancias. En estos casos, la regla anti-abuso aplicable es la contenida en el último párrafo del artículo 18 de la Ley del Impuesto a las Ganancias debido a que los gastos del sujeto local representan ganancias de fuente argentina para sujetos vinculados del exterior, estando su deducción condicionada al efectivo pago.

También debe considerarse garantizada la recaudación cuando –por aplicación de un Convenio para Evitar la Doble Imposición- no existiera impuesto a las ganancias argentino retenido en la fuente, ya que para estos casos los CDI suelen prever reglas anti-abuso de limitación de beneficios (o LOB por sus siglas en inglés). Respecto de aquellas situaciones en donde los CDI prevean la aplicación de tasas reducidas, la recaudación debería entenderse garantizada también pues en estas situaciones la regla anti-abuso de aplicación es la del beneficiario efectivo prevista en los distintos CDI redactados bajo el Modelo OCDE.

- (c) Los pagos efectuados como consecuencia del gasto deducible en Argentina son realizados a entes o sociedades del exterior que se encuentran sometidas al régimen de transparencia que propone el artículo 133 de la ley del impuesto a las ganancias en sus incisos d), e) o f).

En estos casos, los contribuyentes deberán informar al fisco tal situación aportando información respecto de los titulares argentinos que tributan el impuesto a las ganancias por las rentas originadas en tales entes del exterior.

En aquellas situaciones en donde no se pueda probar que existe una recaudación garantizada para el fisco argentino, se propone que la deducción del gasto esté supeditada a que el contribuyente argentino pueda probar (i) que dicha operación ha sido calificada como un ingreso tributario conforme las normas de la jurisdicción receptora; y (ii) que dicho ingreso tributario ha pagado efectivamente el impuesto a la renta análogo vigente en dicha jurisdicción.

Respecto de la prueba enunciada en (ii) se sugiere que la misma se considere cumplida de pleno derecho cuando la jurisdicción que recibe los fondos por los pagos efectuados no sea considerada una jurisdicción de baja o nula tributación conforme la definición que realiza el segundo sin número agregado a continuación del artículo 15 de la ley del impuesto a las ganancias. Ello debido a que la caracterización de jurisdicción de baja o nula tributación prevé la existencia de regímenes tributarios especiales y considera como parámetro un nivel de imposición mínimo para la renta empresaria medido como el 60% de la tasa que establece el artículo 69 de la ley del impuesto a las ganancias.

Debido a que la prueba del tratamiento tributario aplicable en la jurisdicción de residencia es un parámetro que se verifica fehacientemente en el momento del pago y a efectos de evitar cualquier diferencia temporal por criterios de imputación de renta, es que se sugiere que la ley prevea un mecanismo de imputación especial para estos gastos.

En este sentido, los mismos se deberían imputar a los ejercicios fiscales en los que se produce su pago o en el ejercicio en el que se devengan si el pago se realiza antes del plazo de vencimiento fijado para presentar la declaración jurada del impuesto a las ganancias, con un criterio similar al adoptado en el último párrafo del artículo 18 de la ley del impuesto a las ganancias.

En lo que hace específicamente a la producción de la prueba indicada como (i) –y la prueba (ii) cuando corresponda-, se propone en primer lugar que las misma se produzcan en oportunidad de realizar el estudio de precios de transferencia cuando se trate de operaciones realizadas con sujetos del exterior y en oportunidad de presentar las declaraciones juradas de ganancias para el caso de operaciones con sujetos locales. Mientras que el estudio de precios de transferencia permitirá concluir si los precios de esas operaciones fueron pactados como entre terceros independientes, particularmente respecto de las operaciones que puedan dar lugar a estructuras híbridas el estudio de precios de transferencia se complementará con un informe adicional aportado por el contribuyente en relación a las pruebas que habiliten la deducción.

Se sugiere incorporar un mínimo de tolerancia, que permita que pequeños contribuyentes o contribuyentes con operaciones poco significativas queden dispensados de realizar estas pruebas para considerar la deducción del gasto.

Finalmente, se propone que la reglamentación liste de manera enunciativa determinadas metodologías que le permitirían al contribuyente probar que un pago que representa un gasto deducible en argentina fue considerado por la jurisdicción receptora de los fondos como un ingreso tributario y que ha estado sujeto al pago de impuestos –cuando así corresponda-.

5.1. Propuesta de modificación legal

En este apartado intentaré esbozar una propuesta de modificación sea compatible con las distintas reglas anti-abuso de aplicación indirecta a las estructuras híbridas y que se encuentran previstas hoy en la ley del impuesto a las ganancias y en la ley de procedimiento tributario.

La reforma se propone como una modificación a la regla prevista en el último párrafo del artículo 18 que actualmente tiene la siguiente redacción:

“Tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que resulten ganancias de fuente argentina para personas o entes del extranjero con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o para personas o entes ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación”.

Siguiendo lo expuesto en el apartado anterior de este trabajo, la nueva redacción de dicho último párrafo se propone como sigue:

“Tratándose de erogaciones efectuadas por empresas locales que redunden en gastos deducibles para ellos y que representen un ingreso de fondos para: (i) sujetos comprendidos en el artículo 69 de esta ley o entes del exterior con los que dichas empresas se encuentren vinculadas o; (ii) para entes del exterior ubicados, constituidos, radicados o domiciliados en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación, su deducción estará supeditada al cumplimiento de alguno de los siguientes requisitos:

- 1) *En el caso de erogaciones que representen un ingreso de fondos para alguno de los referidos entes del exterior que deba calificar como una renta de fuente argentina para estos, la imputación al balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando se paguen o configure alguno de los casos previstos en el sexto párrafo de este artículo o, en su defecto, si alguna de las circunstancias mencionadas se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación.*

Adicionalmente, la deducción queda condicionada a que se practique la retención que corresponda conforme el artículo 91 de esta ley o conforme los Convenios para Evitar la Doble Imposición suscriptos por la República Argentina antes del vencimiento de la declaración jurada en la que se pretende efectuar su deducción. De no acreditarse este extremo, la deducción será procedente en el ejercicio en que se practique la correspondiente retención.

- 2) *Cuando la erogación represente un ingreso de fondos para un ente del exterior y dicho ingreso quede sometido al criterio de imputación de rentas que prevén los incisos d), e) y f) del artículo 133 para sus titulares residentes en el país, la deducción podrá realizarse en el ejercicio en que se devengue o en el ejercicio en que se pague según la calificación que el ingreso represente en cada una de las categorías de rentas previstas en esta ley.*
- 3) *Cuando la erogación represente un ingreso de fondos para un sujeto del artículo 69) de esta ley, la deducción será procedente en la medida que se acredite que dichos ingresos han tributado el impuesto de esta ley a la tasa prevista en el referido artículo.*
- 4) *En los casos no previstos en los puntos 1, 2 y 3 procedentes, la deducción se admitirá en la medida que se encuentre garantizada la recaudación de la operación tributaria.*

Se entiende que la recaudación cuando, según la ubicación, domicilio o radicación del ente que recibe los fondos se verifique lo siguiente:

Tratamiento fiscal de las estructuras híbridas en Argentina. Reglas anti-abuso vigentes y propuesta de reforma.

- a) *Para el caso de erogaciones que representen ingresos de fondos para entes comprendidos en el artículo 69 de la Ley del impuesto a las ganancias, el contribuyente que pretende efectuar la deducción del gasto deberá probar que:*
- (i) La efectiva vinculación del gasto con sus ganancias gravadas entendiéndose que dicho gasto es necesario para mantener, conservar u obtener tales ganancias y que de no poder proveerlo la sociedad vinculada lo hubiera requerido de un tercero independiente; y*
 - (ii) Que el precio de la operación representa el precio que hubieran pactado terceros independientes en condiciones similares de mercado; y*
 - (iii) Que la erogación deviene de una prestación de un servicio o de una locación efectivamente realizada. El contribuyente deberá probar la existencia de la operación; y*
 - (iv) Que los servicios o locaciones que originan el gasto deducible no son realizadas por personal propio del contribuyente o no es contratada a terceros independientes en adición a la contratación al sujeto vinculado.*
- b) *Para el caso de erogaciones que representen ingresos de fondos para entes situados en el exterior, el contribuyente que pretende efectuar la deducción del gasto deberá acreditar que:*
- (i) Que dicha operación ha sido calificada como un ingreso tributario conforme las normas de la jurisdicción receptora de los fondos en cuestión; y*
 - (ii) Que dicho ingreso tributario ha tributado efectivamente el impuesto a la renta análogo vigente en dicha jurisdicción.*

El requisito indicado en el punto (ii) del inciso b) se considerará cumplida de pleno derecho si el ente que recibe los fondos no se encuentra domiciliado, ubicado o constituido en una jurisdicción considerada como de baja o nula tributación.

No quedan comprendidos en esta regla los costos deducibles que se originen en compras o importaciones de bienes a sujetos vinculados.

Tampoco quedarán alcanzadas por estas disposiciones aquellas erogaciones de fondos que no superen los límites que a tales efectos establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos⁵.

⁵ Se sugiere que el monto mínimo de tolerancia quede establecido mediante Resolución General de modo tal que el mismo pueda ser actualizado o indexado cuando la oportunidad lo amerite sin necesidad de efectuar una modificación en el texto legal.

6. Conclusión

Partiendo de la premisa que en la actualidad muchas empresas multinacionales se valen de estructuras societarias complejas para reducir las tasas efectivas de impuesto abonadas de forma global, este trabajo se ha centrado en analizar el fenómeno de la deducción / no inclusión mediante estructuras híbridas que fue desarrollado por la OCDE en el segundo plan de acción del proyecto BEPS.

Reconociendo que la utilización de una estructura híbrida puede dar lugar a situaciones de deducción / no inclusión en Argentina, generando de esta manera una reducción en términos de recaudación, a lo largo de este trabajo he intentado identificar si la normativa argentina vigente a la fecha contiene medidas generales o específicas que puedan servir para frenar los efectos nocivos que tal utilización puede provocar.

En primer lugar, se ha analizado la posibilidad de aplicar la regla general anti-elusión contenida en la ley de procedimiento tributario, usualmente conocida como “Principio de Realidad Económica” pudiendo observarse que esta regla presenta limitaciones debido al hecho de que la utilización de una estructura híbrida no presupone la existencia de una estructura jurídica manifiestamente inadecuada.

En segundo lugar, a partir de la reforma tributaria introducida por la ley 27.430 se ha intentado identificar si las distintas reglas específicas anti-abuso contenidas en la ley del impuesto a las ganancias resultan de utilidad para evitar ese tipo de maniobras. Del análisis de las disposiciones actuales contenidas en la ley del impuesto a las ganancias puede observarse que no existen herramientas suficientes que permitan evitar la utilización de estructuras híbridas como instrumentos de planificación fiscal agresiva en Argentina. Las limitaciones identificadas para cada una de las reglas específicas anti-abuso se resumen en el Anexo II que forma parte del presente trabajo.

En este sentido, es posible concluir que ha sido desafortunada la decisión de los legisladores argentinos de no receptar dentro de las reformas introducidas por la ley 27.430 cláusulas direccionadas a evitar la utilización de estructuras híbridas como herramienta de planificación en Argentina.

Es por este motivo, que siguiendo las sugerencias plasmadas por la OCDE en su plan de acción número 2 del proyecto BEPS y la experiencia de México, se ha esbozado en el punto 5 del presente trabajo el proyecto de reforma legal que permita *aggionar* nuestra legislación de forma tal de poder combatir tales estructuras híbridas.

7. Referencias jurisprudenciales, bibliográficas y bibliografía

7.1. Referencias jurisprudenciales

- AUTOLATINA ARGENTINA S. A. c. Dirección Gral. Impositiva (1996), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27 de diciembre de 1996 [319:3208]
- CONSORCIO DE EMPRESAS MENDOCINAS POTRERILLOS SA (TF 24.929-I) C/DGI (2017), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31 de octubre de 2017.
- PARFUM FRANCAIS SRL (1992), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de Junio de 1992 [315:1284]
- PARKE DAVIS Y CIA DE ARGENTINA SAIC (1973), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31 de julio de 1973 [286:97]
- SAN BUENAVENTURA (2006), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23 de Mayo de 2006 [329:1812].

7.2. Referencias bibliográficas y bibliografía

- BRACCIA, M. F. (2013), *Derecho tributario comparado: estudios cuantitativos de la elusión tributaria en los Estados Unidos de América* Periódico Económico Tributario, PET 2013 (enero-506), Buenos Aires.
- BRACCIA, M. F. (2012), *Método para aplicar el principio de realidad económica*, PET 2012 (febrero-485), Buenos Aires.
- CARRERO, J. M. y OTROS (2017), *Una aproximación al concepto de “planificación fiscal agresiva”*, Revista de Tributación Nro. 33, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES EN TRIBUTACIÓN (2008), *75 Aniversario de la ley Nro. 11.683*, Homenaje de la Facultad de Ciencias Económicas Universidad de Buenos Aires, Edicon, Buenos Aires.
- DAMARCO, J. H. (2008), *La elusión fiscal y los medios para evitarla*, Revista de Tributación Nro. 12, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires.
- DÍAZ, V. O. (2013), *El debido equilibrio entre las facultades del Fisco y los derechos del sujeto pasivo. Primera Parte*, Revista de Tributación Nro. 26, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires.
- ESTATHIO, V. (2014). *La aplicación del principio de la realidad económica. Algunas reflexiones a la luz de la doctrina norteamericana de la sustancia económica*, II Jornadas de Tributación Internacional, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires.
- FRAGA, D. N. (2011), *Tratado de la información tributaria – 1ra. Edición*, La Ley 736 p., Buenos Aires.
- GAMBERG, G. (2016), *Acerca de los límites al principio calificador del presupuesto de hecho: a propósito de un reciente fallo del Tribunal Fiscal de la Nación*, La Ley IMP 2016-12, 52, Buenos Aires.
- GOTLIB, G. (2005), *Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

- GOTLIB, G. Y VAQUERO, F. M. (2011), *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina Estudio Teórico – Práctico 2da.* Edición, La Ley, Buenos Aires.
- GUTIÉRREZ, M. ST., QUIÑONES N. Y OTROS (2016), *Resultados del Plan de Acción BEPS y su aplicación en Colombia*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá.
- INSTRUCCIÓN GENERAL (AFIP) 747/2005
- LAIUN, M. F. (2015), *La deducción de los gastos efectuados en el exterior*, Editorial La Ley, Buenos Aires.
- Ley 11.683 de procedimiento tributario (t.o. Decreto 821/1998). Argentina.
- Ley 20.628 del impuesto a las ganancias (t.o. Decreto 649/1997). Argentina.
- Ley del Impuesto Sobre la Renta (Publicada en el Diario Oficial de la República de la Federación el 11/12/2013 con la modificación publicada el 30/11/2016). México.
- MARTÍN, J. A. (2017), *BEPS. Situación Actual. Implicancias Locales y Mundiales*, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) XXXVIII, Buenos Aires.
- OECD (2012), *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues*, OECD Publishing.
http://www.oecd.org/ctp/aggressive/HYBRIDS_ENG_Final_October2012.pdf
- OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>
- OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>
- OECD (2017), *Neutralising the Effects of Branch Mismatch Arrangements, Action 2: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264278790-en>
- O'DONNELL, A. (2016), *El principio de la realidad económica y el de la inoponibilidad de la personalidad societaria como límites de la planificación*, Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) Tomo XXXVII, Buenos Aires.
- RAJMILOVICH, D. (2013), *Planificación Fiscal Internacional 1ra Edición*, La Ley, Buenos Aires.
- TEIJEIRO, G. O. (2013), *Ficciones Jurídicas y jurisdicción tributaria internacional*, Revista de Tributación Nro. 25, Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires.
- TEIJEIRO, G. O. (2018), *Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules*, Argentinian Branch Report, Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, Seúl.
- VICCHI, J. C. (2001), *Argentina National Reporter*, Cahiers de Droit Fiscal International, International Fiscal Association, San Francisco,

8. Anexos

8.1. Anexo 1 | Cuadro de recomendaciones de la acción 2 del plan BEPS

Tipo de estructura híbrida que se pretende combatir	Regla Primaria	Regla de Defensa	Alcance
Instrumento financiero híbrido	No admitir la deducción del gasto si ese ingreso no tributará en cabeza del beneficiario	Considerar como gravados los rendimientos obtenidos que hayan sido considerados deducción en la jurisdicción pagadora	Aplicable exclusivamente a instrumentos financieros híbridos entre sujetos vinculados o acuerdos estructurados en donde el contribuyente es una parte.
Entidad híbrida que origina una deducción / no inclusión	No admitir la deducción del gasto si ese ingreso no tributará en cabeza del beneficiario	Equiparar el importe que dio lugar a un gasto deducible (y podría generar una situación de deducción / no inclusión) con un monto equivalente que debe considerar ingreso gravado.	Aplicable a operaciones realizadas entre sujetos vinculados que darían lugar a una situación de deducción / no inclusión por la existencia de una entidad híbrida.
Entidad híbrida que origina una doble deducción	No admitir la deducción del gasto en cabeza de la casa matriz (la regla la aplica la jurisdicción receptora del pago)	No admitir la deducción del gasto si la jurisdicción de la casa matriz no aplicó reglas anti-abuso.	Aplicable a operaciones realizadas entre sujetos vinculados que darían lugar a una situación de doble deducción por la existencia de una entidad híbrida.
Doble residente tributario	Las jurisdicciones que consideran a la entidad como residente tributario deben negar la deducción de aquellos gastos que podrían originar una situación de doble deducción sin orden jerárquico de aplicación		Alcance amplio de la regla.

8.2. Anexo 2 | Resumen de las limitaciones al alcance que presentan las cláusulas anti-abuso contenidas en la legislación argentina en relación a las estructuras híbridas

Número de Norma	Descripción de la regla	Alcance como regla anti híbrido indirecta	Limitaciones en su alcance
Art. 81 a) LIAG	Regla de Capitalización Exigua	Limita la deducción de intereses por operaciones financieras con sujetos vinculados –argentinos o del exterior- cuando exceden determinado tope. Puede evitar la utilización de determinados instrumentos financieros híbridos.	Su aplicación se limita a operaciones de préstamos de carácter financiero. Los intereses que no superen el tope del 30% del EBITDA podrán ser deducidos sin perjuicio del tratamiento impositivo otorgado en el país que recibe los fondos.
Art. 133 LIAG	Régimen de CFC	Limita la aplicación de estructuras híbridas que generen –mayormente- efectos de doble deducción debido a que en la medida que la sociedad del exterior sea considerada como una CFC la misma será transparente a efectos del inversor argentino.	Su aplicación se limita a determinados casos de CFC donde la sociedad argentina es la receptora de los fondos. Se refiere a transacciones con sociedades vinculadas del exterior y no comprende las transacciones locales.
Art. 18 LIAG	Imputación de gastos por operaciones con vinculadas del exterior	Limita la deducción del gasto para aquellas operaciones que representen una renta gravada por el impuesto a las ganancias para sociedades vinculadas del exterior.	Su aplicación está supeditada a que el gasto que pretende deducirse constituya una renta de fuente argentina para el sujeto del exterior. Además solo comprende el universo de operaciones realizadas con vinculados del exterior.
Art. 80.1 LIAG	Vinculación entre gastos de fuente extranjera con rentas de fuente argentina	Si bien no surge claramente de la norma, lo que propone la regla es una especie de “test de necesidad” como condicionante para la deducción de un gasto de fuente extranjera.	Una vez cumplido el test de necesidad, no se requiere acreditar que dicho gasto represento un ingreso sujeto a imposición para el vinculado del exterior. Nuevamente solo se refiere a operaciones con vinculados del exterior y no alcanza transacciones locales.
Art. 46.1 LIAG	Presunción de dividendos distribuidos	Presume la existencia de dividendos distribuidos cuando determinadas transacciones entre sociedades argentinas y sus titulares no se ajustan a parámetros de mercado entre partes independientes.	Es quizás la regla menos eficaz de las aquí detalladas para combatir estructuras híbridas. Se refiere exclusivamente a operaciones entre sociedades y sus titulares sin objetar las operaciones con otras sociedades vinculadas.
Art. 15 LIAG	Normas de precios de transferencia	Ajusta los precios de las operaciones con sujetos vinculados del exterior conforme los que hubieran pactado terceros independientes en condiciones similares de mercado.	Sólo cubre aspectos referidos a la determinación del valor para operaciones con sujetos vinculados del exterior.
Art. 2 Ley 11.683	Principio de realidad económica	Evitaría las utilidades de estructuras híbridas con figuras jurídicas manifiestamente inadecuadas.	No es una herramienta eficaz cuando la figura jurídica es la adecuada pero genera efectos fiscales nocivos.