

Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT

Conferencia Técnica

**“ASPECTOS CLAVES EN LAS ACCIONES DE CONTROL
DE LAS ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS”**

Tema 3.1

**DEFINICIÓN Y UTILIZACIÓN DE PARAÍDOS FISCALES
Y MEDIDAS DE COMBATE**

**Dirección General de Impuestos de
Portugal**

**Lisboa, Portugal
29 septiembre al 2 de octubre de 2003**

TEMA 3.1 **PARAÍDOS FISCALES: FORMAS DE UTILIZACIÓN Y MEDIDAS DE COMBATE A LA EVASIÓN FISCAL**

Maria Teresa Barbot Veiga de Faria

Investigadora-Economista
Centro de Estudios Fiscales
Dirección General de Impuestos
(Portugal)

SUMARIO: 1. Consideraciones Generales.- 2. Definición de Paraíso Fiscal.- 3. Formas de Utilización de los Paraísos Fiscales.- a) Precios de transferencia.- b) Sociedades de base (“base companies” o “sociétés écran”).- c) Uso abusivo de los convenios para evitar la doble tributación (“treaty shopping”).- d) Sociedades de servicios.- e) Subcapitalización.- 4. Medidas de Combate a la Evasión Fiscal.- a) Medidas unilaterales.- i. Precios de transferencia.- ii. No celebración de acuerdos para evitar la doble tributación.- iii. La adopción del principio de la sustancia sobre la forma.- iv. Sociedades extranjeras controladas (CFC - “Controlled Foreign Corporations”).- v. Subcapitalización.- vi. Otras medidas.- b) Medidas bilaterales.- c) Medidas multilaterales.- 5. Portugal.- 5.1 Definición de paraíso fiscal.- 5.2 Norma general antiabuso.- 5.3 Precios de transferencia.- 5.4 Sociedades extranjeras controladas (CFC - “Controlled Foreign Corporations”).- 5.5. Subcapitalización.- 5.6. Pagos a entidades no residentes sujetas a régimen fiscal privilegiado.- 6. Conclusión.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Aunque se pueden encontrar manifestaciones remotas de la práctica de la evasión tributaria internacional,¹ “su verdadera dimensión” en la expresión usada por Levine, surge con el desarrollo de las relaciones comerciales y financieras internacionales.²

En las últimas décadas, el fenómeno denominado como globalización, se manifestó con la eliminación de las barreras que trababan los flujos de personas y capitales, y acelerado por el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, tuvo un impacto extraordinario en la economía mundial y en particular en el área de la gerencia y de la decisión empresarial.

¹ En este trabajo utilizaremos el concepto de evasión tributaria en sentido amplio, abarcando ya sea la elusión tributaria (evasión tributaria lícita), o el fraude tributario.

² Pierre LEVINE “La lutte contre l’évasion fiscale de caractère international en l’absence et en présence de conventions internationales”, Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1988, pág. 29 y Luis MENEZES LEITÃO, “Evasão e fraude fiscal internacional”, in Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Centro de Estudios Fiscales, Ministerio de Finanzas, 1993, pág. 303 y ss.

El impacto especialmente fue sentido en las llamadas “móviles”, como es el caso de las financieras y de ciertos servicios, donde, eliminados los factores que restringían esa movilidad, el elemento tributario pasó a adquirir una nueva y relevante importancia en su localización geográfica.

Esta movilidad se relaciona a los individuos, a las empresas y a los capitales:

- A los individuos como es el caso de los ingenieros, contadores, médicos, artistas, deportistas, para citar solamente algunos, cuya actividad se desarrolla en varios países y zonas del mundo.
- A las empresas cuya internacionalización se aceleró, aumentando la dimensión de las empresas multinacionales y la distribución del proceso productivo, en sentido amplio, por diversos Estados. Los flujos financieros se han “tornado autónomos” en relación a los flujos económicos y, más allá de las empresas multinacionales en el sentido clásico, las pequeña y medianas empresas surgen como agentes activos en el contexto internacional. El incremento de la dimensión y la cada vez más fuerte competencia tienen como efecto una creciente sofisticación de los medios de gestión.
- A los capitales, en particular en el dominio de las actividades financieras, permitiendo la realización de operaciones las 24 horas del día y su transferencia casi instantánea para diversos puntos del globo.

Siendo la actividad económica conducida en el sentido de obtener el máximo beneficio global, el recurso a las prácticas de evasión tributaria para la reducción del coste tributario es cada vez más intenso.

Sin embargo, los paraísos fiscales que se caracterizan por la existencia de un régimen tributario muy favorable, en materia de impuestos sobre la renta, asociado a una legislación societaria y financiera flexible, ausencia de controles y restricciones cambiarias, secreto bancario y comercial, y ausencia del intercambio de información, complementado por un buen sistema de comunicaciones y estabilidad política y social; pasaron a constituir un instrumento fundamental del planeamiento tributario internacional.

De hecho, se registra en los últimos tiempos un crecimiento asombroso de estas actividades, en particular, en zonas insulares y desprovistas de recursos de valor económico significativo y sustentado,³ que de esta forma obtienen un medio para aumentar substancialmente sus ingresos.

³Cf., entre otros, Maria Teresa Barbot VEIGA DE FARIA, “A diferenciação de tratamento fiscal como instrumento de desenvolvimento das economias isoladas e de pequena dimensão” in ver. Economia e Prospectiva, nº13/14, Jul/Dic 2000.

En el informe publicado en 1998 por la OCDE, “Competencia Tributaria Nociva - Un tema global emergente,”⁴ que pasaremos a denominar como Informe de 1998, señala, por ejemplo, que la inversión directa extranjera de los países del G7 en el conjunto de jurisdicciones del Caribe y las islas del Sur del Pacífico, consideradas como paraísos fiscales, han aumentado cinco veces entre 1985 y 1994, a más de 200 mil millones de dólares.

En este ambiente global, los gobiernos que ven afectadas sus bases imponibles confrontan la necesidad de encontrar un equilibrio entre, por un lado, la defensa y la reconstitución de su base imponible y, por otra parte, evitar que una carga de impuesto excesiva ahuyente a los agentes económicos y a la inversión.

Es en este contexto que se inserta la problemática que trataremos, comenzando por la consideración del concepto de paraíso fiscal. Iremos más adelante a indicar algunas de las formas de uso de los paraísos fiscales con vista a la evasión tributaria. Finalmente, se destacarán las medidas adoptadas en el combate a esta evasión.

Dado la extensión de la materia hubo que restringir el alcance de este trabajo. Trataremos básicamente de la evasión tributaria internacional de los impuestos a las sociedades y sobre la renta.

2. DEFINICIÓN DE PARAÍSO FISCAL

Es un hecho reconocido que no existe una definición rigurosa y única de paraíso fiscal.⁵ Por regla general se atribuyen a los paraísos fiscales las características que enumeramos en el punto anterior: la existencia de un régimen fiscal muy favorable en materia de impuestos sobre la renta, asociada a una legislación societaria y financiera flexible, la ausencia de control y restricciones cambiarias, secreto bancario y comercial y ausencia de intercambio de información, complementado por un buen sistema de comunicaciones y estabilidad política y social.⁶

El carácter fiscal favorable de estos regímenes puede provenir de la inexistencia histórica de impuestos sobre la renta, lo que puede justificarse por la bajísima renta per capita de la jurisdicción respectiva, por el bajo nivel de los

⁴ Título original en inglés: , “Harmful Tax Competition: an emerging global issue”. Este informe aprobado en 1998 por el Comité des Asuntos Fiscales de la OCDE, fue elaborado como consecuencia del trabajo que fue encomendado por los Ministros y por los Jefes de Estado del G7, en 1996: “desarrollo de medidas para combatir los efectos de distorsión de la competencia tributaria nociva en la inversión y en las decisiones financieras y las consecuencias para las bases tributarias nacionales”.

⁵ En el informe de la OCDE, «L’ évacion et la fraude fiscales internacionales - quatre études», 1987, que pasaremos a designar como Informe de la OCDE de 1987, pág.21 se dice que se puede sostener “que el concepto de paraíso fiscal tiene un carácter de tal modo relativo que no tendría ninguna utilidad dedicar esfuerzos para intentar definirlo”.

⁶ Vg. entre otros, OCDE, «L’ évacion et la fraude fiscales internacionales - quatre études», 1987.

impuestos sobre la renta, por la adopción de un concepto restrictivo de territorialidad o, en un sentido amplio, por adopción de regímenes fiscales muy favorables para ciertas compañías o actividades.⁷

Para algunos autores estos elementos no son bastantes para la calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal. Habría que agregar un elemento subjetivo a ellos, que consiste en la intención de atraer capitales⁸ y que esta intención tenga por fundamento el factor fiscal.

Ese elemento es esencial, pues la mera ausencia de impuestos sobre la renta se puede justificar, entre otras razones, por la existencia de otros recursos para atender necesidades presupuestarias, de ello no extrayéndose otras consecuencias.

El propósito de evasión fiscal surge del propio concepto. Las características con que están dotadas estas jurisdicciones, en el campo del secreto bancario y comercial, puede suscitar la atracción de capitales sin considerar la economía fiscal.⁹ Por otra parte, algunas jurisdicciones que no adoptaron el impuesto sobre la renta, nunca se perfilaron como polos regionales de atracción de capitales ni nunca desempeñaron este papel.

Algunos autores distinguen aun entre los paraísos fiscales generales y los paraísos fiscales especializados. Los paraísos fiscales generales se distinguirían por su carácter incentivador global (ejemplo Mónaco, Jersey, Vanuatu, etc.). Los especializados por su carácter incentivador parcial,¹⁰ por ejemplo, trátase de jurisdicciones con un régimen fiscal aproximado, en sus características esenciales, a los países desarrollados pero que desarrollaron nichos de no tributación respecto a ciertos sectores de actividad o regiones (ejemplo Luxemburgo para las compañías "holding").

A veces se utiliza la expresión tradicional de paraíso fiscal. El informe de la OCDE de 1987 lo define de la manera siguiente: "pueden ser considerados como países que se presentan abiertamente como paraísos fiscales, permitiendo escapar al impuesto que sería normalmente debido en los países de tributación relativamente elevada". El informe atribuye a estos paraísos las características a las que hicimos inicialmente referencia.¹¹

⁷ Algunos autores incluyen por ejemplo Luxemburgo, con relación a las actividades *holding*, en el ámbito de los paraísos fiscales.

⁸ LEVINE se refiere a este elemento subjetivo como la intencionalidad de atraer capitales y "permitir su reciclaje internacional operando a su paso una punción fiscal que, si bien no es significativa del punto de vista cuantitativo, permitirá aumentar de forma no despreciable sus recursos públicos". Cf. ob. cit., pág. 5 y 61.

⁹ El secreto comercial y bancario es también un aspecto decisivo para la detección de ciertas prácticas ilícitas, como el blanqueo de capitales, en algunos paraísos fiscales.

¹⁰ Cf. , entre otros Pierre LEVINE, ob. cit., pág.63 y ss.

¹¹ OCDE, Informe de 1987, pág.21 y ss.

En la legislación y las normas administrativas de varios países es frecuente el recurso al concepto más amplio de territorio de régimen fiscal privilegiado, u otro análogo, tomando como criterio el nivel de los impuestos aplicados. Se cita el informe del Comité de Asuntos Fiscales de OCDE "L'évasion et le fraude fiscale internacionales - quatre études", que pasaremos a designar como informe de 1987, donde se dan como ejemplos: ¹² "... la legislación belga menciona los países en que el nivel de tributación es "notoriamente más ventajoso" que en Bélgica y, tratándose de sociedades holding, a los países en los cuales ellas se benefician de un régimen fiscal que "exceda la ley común". En Francia, la legislación hace referencia a la noción de Estado o territorio extranjero "con régimen fiscal privilegiado" (el artículo 238 A del Code Général des Impôts), es decir, que los beneficios o las rentas no se gravan o están sometidos a " impuestos notoriamente menos elevados" que en Francia. Japón tiene un criterio análogo. Las disposiciones de la legislación alemana definen paraíso fiscal como país que tributa a una tasa inferior al 30 por ciento las rentas que pasan por su intermedio. La legislación del Reino Unido habla de un "nivel de impuesto inferior" que se define como implicando una carga de impuesto que representa la mitad del impuesto que sería pagado al Reino Unido por parte de una sociedad residente en el país.

También, algunos países para facilitar la aplicación de su legislación han establecido listas de países o territorios considerados como paraísos fiscales o de regímenes fiscales privilegiados.¹³

En el informe de la OCDE de 1998 se establecen los criterios que determinan la calificación de una determinada jurisdicción como paraíso fiscal.

En una primera fase el Informe¹⁴ circunscribe el concepto de paraíso fiscal "a los países que consiguen financiar sus servicios públicos con bajos o nulos impuestos sobre la renta apropiada y que se ofrecen a sí mismos como lugar a ser utilizado por no residentes para escapar a los impuestos en su país de residencia". Los países que consiguen ingresos importantes de impuestos sobre la renta pero cuyo sistema fiscal tiene aspectos de competencia fiscal nociva, se califican como países con regímenes preferenciales nocivos, pero no como paraísos fiscales.

En el desarrollo del concepto de paraíso fiscal se identifican cuatro criterios:

- ausencia o baja tributación en impuesto sobre la renta;
- ausencia de intercambio de información efectivo;
- carencia de transparencia;
- ausencia de actividades substanciales.

El primer criterio —ausencia o baja tributación en impuestos sobre la renta— era considerado como el punto de partida para la calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal.

¹² Idem nota 11.

¹³ En el caso del Reino Unido fue creada una lista de países que no son considerados paraísos fiscales.

¹⁴ Véase parág.42, pág20.

La verificación de este criterio o condición es inmediata cuando se trata de una jurisdicción que no aplique impuestos sobre la renta. Sin embargo, cuando hay impuestos sobre la renta pueden surgir dudas, pues el parámetro “baja tributación” incorpora en sí mismo la noción de relatividad y presupone la predefinición de un parámetro de tributación normal o adecuada. Sin embargo, este parámetro suscita controversia y no fue definido.

La existencia nula o la baja tributación del impuesto sobre la renta no es por sí mismo condición bastante, si bien necesaria, para la calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal. En efecto, puede darse el caso de que, especialmente, esa jurisdicción tenga suficientes recursos de otras fuentes para satisfacer sus necesidades presupuestarias, careciendo del elemento subjetivo de que habla Levine.¹⁵

El uso de otros criterios puede complementar las dificultades de apreciación que este primer filtro puede suscitar.

El segundo criterio —ausencia de intercambio de información efectivo— se refiere a las condiciones que obstaculizan la tributación en el país de residencia. Estas condiciones se pueden establecer en el marco legal o administrativo. La existencia de secreto comercial y bancario, la aceptación de “cuentas anónimas” facilitan la evasión fiscal. Por otra parte, cuando no se tributa la renta, no se desarrolla la estructura necesaria para la obtención de datos confiables de las compañías y de las personas físicas, lo cual imposibilita el intercambio de información. Cabe hacer notar, que muchos paraísos fiscales corresponden a territorios pequeños, sin capacidad de desarrollar la estructura administrativa necesaria y adecuada para la implementación de un impuesto sobre la renta.

El tercer criterio, carencia de transparencia del sistema fiscal consiste en la ausencia de reglas claras de funcionamiento del sistema legislativo, de las normas jurídicas y de las prácticas administrativas. De allí deriva la dificultad de que otros países puedan tomar el conocimiento de la situación concreta, del régimen fiscal efectivamente aplicado.

El último criterio —ausencia de actividades substanciales— constituye un elemento adicional indicador de que la jurisdicción pretende solamente atraer inversión o transacciones inducidas por razones de la naturaleza meramente fiscal.

De acuerdo con los criterios de calificación adoptados en este informe, el régimen fiscal de las “holdings 1929” luxemburguesas, no integran esta categoría sino la de régimen fiscal preferencial nocivo.

15 Pierre LEVINE, cf. nota 4.

De expuesto cabe resaltar lo que inicialmente fue comentado: la relatividad y la carencia de unicidad en la determinación de un concepto de paraíso fiscal.

De este hecho, también resultan como veremos, dificultades en la puesta en práctica de medidas unilaterales del combate a la evasión fiscal, pues del uso de diferentes criterios y después definiciones, pueden surgir efectos indeseables como doble tributación o ausencia total de tributación.

Sin embargo, cabe hacer notar que, por primera vez un organismo internacional —la OCDE— fijó un sistema de criterios que tienen el propósito de la calificación de una jurisdicción como paraíso fiscal, pudiendo extraer de ello conclusiones que iremos a comentar y que son de gran importancia.

3. FORMAS DE UTILIZACIÓN DE LOS PARAÍDOS FISCALES

Los paraísos fiscales pueden ser usados para diversos fines que no son solamente el de la reducción de la carga tributaria global: ocultar perjuicios, ocultar rentas particularmente a los acreedores, blanqueo de capitales, etc.

Es obviamente imposible tipificar todas las formas de evasión fiscal.

Tomando como criterio el elemento de conexión, puede distinguirse entre evasión fiscal subjetiva y evasión fiscal objetiva.¹⁶ La primera consiste en el desplazamiento para un paraíso fiscal de un elemento de conexión subjetivo como la residencia o el domicilio.

Con esa transferencia se pretende que el sujeto pasivo quede solamente sujeto a las reglas fiscales de la jurisdicción donde se va a localizar, reduciendo así substancialmente su factura fiscal, no obstante mantenga lazos estrechos con el país de residencia original.

La segunda, se refiere a un elemento objetivo como el lugar del ejercicio de la actividad, del pago, de la localización de un establecimiento permanente, u otro.

Entre los instrumentos que más comúnmente son utilizados se destacan los siguientes:

a) Precios de transferencia.

Genéricamente, los precios de transferencia son los valores atribuidos a los bienes y servicios por los agentes económicos en los intercambios que efectúan entre sí, incluyendo las transferencias de bienes y servicios que tienen lugar en el ámbito de los establecimientos y de las divisiones que

¹⁶ Cf. Alberto XAVIER, "Direito Tributário Internacional", Livraria Almedina, 1993, pág. 293 y ss.

integran una misma unidad de económica.¹⁷ Trátase de un concepto neutro en sí mismo. Sin embargo, en la práctica los contribuyentes que guardan entre sí relaciones especiales, en particular las empresas multinacionales, pueden manipular los precios de transferencia para dislocar sus beneficios imponibles, sin ninguna dislocación del capital, para zonas de menor tributación.

A título meramente de ejemplo, la creación de compañías intermediarias situadas en paraísos fiscales, que adquieren el bien a precio bajo y lo revenden a un precio elevado a otra compañía del mismo grupo, situada en otro territorio, permite el vaciamiento de la base imponible en el país de origen y en el país de la destinación final, acumulando la utilidad contable-tributaria en esas compañías intermedias.

b) Sociedades de base (“Base companies” o “sociétés écran”).

Como comenta Alberto Xavier,¹⁸ las sociedades de base nacen de un desmembramiento de una misma actividad, ciclo o proceso por diversos territorios sujetos a ordenamientos tributarios distintos, de tal manera que la tributación global del conjunto sea inferior a la que resultaría si la misma actividad se desarrollara íntegramente dentro de un mismo Estado. Estas sociedades o desarrollan una parte, variable, del proceso productivo global (parte del proceso de fabricación, comercialización de productos, la prestación de servicios, control de marcas y patentes, u otros), o centralizan los resultados obtenidos por otra u otras pertenecientes al mismo grupo.

De acuerdo con el mismo autor¹⁹ este “concepto presupone los siguientes requisitos: trátase de sociedades extranjeras, o sea, instaladas en país diferente al de la sociedad madre, el país de domicilio es un país de tributación inferior, son controladas por personas individuales o colectivas domiciliadas en otro país, y ejercen su actividad operacional en un tercer país”. Se califican como típicas aquellas en que la sociedad madre y la sociedad operacional se localizan en diferentes países y atípicas cuando la empresa operadora funciona en el Estado de la sociedad madre a que pertenece.

Frecuentemente estas sociedades se constituyen para acumular ingresos (intereses, rentas y utilidades) durante varios años. Estos ingresos no son tributados en el país de residencia del contribuyente, que de esa forma se podrá substraer a la tributación a nivel mundial, dada la interposición de la sociedad de base. Podrán apenas quedar sujetas a tributación en el país de la fuente pero, normalmente, la tributación de estos ingresos es moderada. Si esas ganancias acumuladas fueran distribuidas en la forma de dividendos, la ventaja fiscal inicial podría perderse. Pero ellas podrán ser

¹⁷ Cf., entre otros, Maria Teresa VEIGA DE FARIA, “Preços de Transferência – Problemática geral”, in *Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade*, Centro de Estudos Fiscais, Ministerio de las Finanzas, 1993, pág.399 y ss.

¹⁸ Alberto XAVIER, “Direito Tributário Internacional”, Livraria Almedina, 1993, pág.300 e segs.

¹⁹ Alberto XAVIER, ob. cit., pág.300 y OCDE, 1987, ob. cit., pág. 27 e 66 e ss.

reinvertidas en terceros países, o transferidas vía préstamos, pago de salarios, u otro medio, en un momento en que la entidad receptora revele pérdidas o podrán simplemente mantenerse hasta el momento de liquidación de la sociedad, en el que los socios, eventualmente, serían tributados por plusvalías, generalmente a tasas más reducidas.²⁰

El trabajo de la OCDE, citado en nota anterior, distingue las siguientes modalidades de sociedades de base:

- Sociedades de administración de bienes. Son las más frecuentes. El contribuyente transfiere para la sociedad bienes generadores de rentas como acciones, obligaciones, patentes, marcas, etc.
- Sociedades que sirven de “pivot financiero”. Sirven de soporte a las actividades internacionales de gran dimensión. Pueden ser sociedades holding, centros regionales de empresas multinacionales y sociedades constituidas para emitir préstamos o para reagrupar otras actividades.

Tratándose, específicamente, de sociedades holding ellas pueden tener como objeto exclusivo (holdings puras) o no (holdings mixtas) la gestión de una cartera de participaciones sociales teniendo en vista el control de las participadas.²¹ El holding mixto puede ejercer otras actividades como la prestación de servicios al grupo, funciones de tesorería y mantenimiento de activos intangibles (marcas, patentes, etc.) del grupo.

No obstante, la creación de sociedades holding tenga como fundamento el ejercicio de una gestión más eficaz, por ser una actividad con un factor elevado de movilidad, el factor fiscal influye fuertemente en su localización.

La localización en paraísos fiscales busca evitar la tributación de las rentas de participaciones sociales (dividendos y plusvalías) ya sea en la sociedad, o ya sea cuando se distribuyan.

Es también frecuente en los holdings que gestionan los activos intangibles del grupo, la manipulación de los precios de transferencia en el sentido de absorber rentas que de otro modo serían tributadas en la jurisdicción en que se localiza la sociedad a quien el activo fue cedido.

- Sociedades operacionales. Su actividad está asociada a actividades industriales o comerciales ejercidas en otro país. Es el caso de una empresa que apenas ejerce funciones de venta y facturación o de una sociedad que recibe las rentas de la actividad profesional de un artista que se constituye como su asalariado (rent a star company).

En este caso los dispositivos de evasión fiscal pueden ser agravados por la manipulación de precios de transferencia.

²⁰ Cf. Alberto XAVIER, ob. cit., pág.300 y OCDE, 1987, ob. cit., pág.68 e ss.

²¹ Cf. entre otros, “Les holdings – Guide juridique et fiscal” Dossiers Pratiques, Francis Lefebvre, 2ª ed., 1995, pág. 15 y ss.

- Otras sociedades.

c) Uso abusivo de los convenios para evitar la doble tributación (“treaty shopping”)

Los convenios para evitar la doble tributación pueden ser abusivamente usados mediante la creación de sociedades en un Estado, que es parte de un convenio, con la finalidad de hacer pasar por ella una renta, que de un punto de vista económico, es obtenida por una persona domiciliada en un tercer Estado y que, indebidamente, va a disfrutar de las ventajas del convenio.

Se distinguen dos estrategias para la obtención del resultado: directa o “del trampolín”.

En la estrategia directa un residente de un Estado C (EC) que no tiene convenio con el Estado A (EA), va sacar partido del convenio celebrado entre EA y el Estado B (EB) estableciendo una sociedad en EB, donde la tributación es nula o muy baja y por donde hará pasar intereses, dividendos o royalties que debe recibir, provenientes de EA. Invocando el convenio, la tributación en la fuente será nula o limitada.

En la estrategia de trampolín, el planeamiento es idéntico con una alteración: porque la tributación en EB es elevada se crea una sociedad en otro Estado D, de baja o nula tributación, para donde son transferidas las rentas de EB por vía de costos allí deducibles fiscalmente: pagos de comisiones, salarios, remuneraciones de servicios, etc.

d) Sociedades de servicios.

El informe de la OCDE, ya mencionado, se refiere a estas sociedades en los términos siguientes: “ «Sociedades de servicios» que realizan aparentemente funciones de gestión de actividades no industriales, se establecen en los paraísos fiscales para escapar a la tributación, para reducir ciertos costos de funcionamiento y evitar controles administrativos. La técnica más empleada para transferir utilidades de un país de fiscalidad relativamente elevada para un paraíso fiscal es el pago de un royalty por servicios prestados.”²²

e) Subcapitalización.

Cuando el socio es una sociedad residente en un paraíso fiscal, en el caso extremo, con tributación cero y la participada es otra sociedad residente en un país con fuerte tributación, el financiamiento bajo la forma de préstamos es, por regla general, notoriamente más favorable del punto de vista fiscal que el financiamiento a través de capitales propios.²³ Tal situación conduce a que bajo

²² OCDE, 1987, ob. cit., pág.28.

²³ Los intereses, y no los dividendos, serán deducibles fiscalmente reduciendo la base imponible de la empresa tomadora del préstamo, y serán a lo mucho tributados por retención en

la forma de préstamos, se efectúen verdaderas dotaciones de capitales, lo que conduce a porcentajes de endeudamiento desproporcionalmente elevados, con evidente perjuicio para el Estado de la fuente de las rentas.

4. MEDIDAS DE COMBATE A LA EVASIÓN FISCAL

Como mencionamos, la eliminación de las barreras que trababan los flujos de personas y capitales, el desarrollo de las tecnologías y de las comunicaciones tuvo, entre otros efectos, la aparición de la competencia fiscal entre los diversos países y el aumento exponencial de la evasión fiscal internacional.

Este proceso confrontó los Gobiernos de los países afectados por la erosión de sus bases tributarias, con la necesidad de establecer un equilibrio entre, por un lado, defender y / o reconstituir su base tributable y, por otro lado, evitar que una carga fiscal excesiva aleje los agentes económicos y la inversión de su país.

Es en este contexto que se verifica la reforma de los sistemas fiscales tradicionales, concebidos en un contexto de economía cerrada, cuyo trazo más destacable consiste en el aumento de las bases y en la reducción de las tasas de tributación. Si tal aspecto puede ser considerado positivo, el ajuste de los sistemas fiscales más por la reducción de las tasas de tributación, teniendo por finalidad reducir o eliminar las diferencias de carga fiscal que originan desvíos de capitales, de inversiones o de rentas tributables, rivalizando en la competencia fiscal global, pueden tener consecuencias nefastas por la pérdida de ingresos necesarios para el equilibrio presupuestario.

Asimismo, la insuficiencia de estas medidas y la imposibilidad de detener el proceso degenerativo de la tributación de la renta, además de la persistencia de niveles elevados de evasión fiscal, fuerzan la adopción de medidas unilaterales, bilaterales y multilaterales de combate a la evasión fiscal que pasamos a enumerar.

a) Medidas unilaterales.

Dada la multiplicidad de medidas que pueden ser y han sido adoptadas, nos centraremos apenas en aquellas que, internacionalmente, se han generalizado y adquirido mayor relevancia.

El abordaje que acá hacemos es forzosamente muy sintético, pues no habría lugar para entrar en los varios aspectos que, en la práctica, la elaboración de una legislación adecuada obliga a considerar.

la fuente en el momento de su vencimiento. A su vez, los dividendos constituyen utilidades ya tributadas en la empresa y serán nuevamente tributados en cabeza de los socios por retención en la fuente en su distribución.

i. Precios de transferencia.

Podría decirse que los EUA tienen legislación en esta materia desde 1928. Esa legislación es hoy la más perfeccionada.

Esta materia está cubierta por el artículo 9º del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE, al que nos referiremos como Modelo de Convenio de la OCDE, y fue desarrollado por este organismo dando lugar a un informe publicado en 1979, "Precios de transferencia y empresas multinacionales", y otro publicado en 1984, "Precios de transferencia y empresas multinacionales – tres estudios fiscales", ambos revisados e integrados en la misma publicación en 1995.²⁴

Actualmente más del 60 por ciento del comercio mundial se efectúa entre empresas de un mismo grupo económico. Por otro lado, gran parte de este comercio respeta a componentes cuya combinación crea el producto y les atribuye valor.

El trabajo realizado a nivel de la OCDE estableció criterios, internacionalmente reconocidos, de apreciación y valorización de los precios de transferencia. El principio base en que se asienta la determinación del precio de transferencia, es el principio del precio de plena competencia ("arm's length"), enunciado en el informe de la OCDE de 1979 en los términos siguientes: «precio que sería acordado entre empresas independientes, en relación a las operaciones idénticas o similares, en el mercado libre».²⁵

El análisis de las funciones ejercidas por cada parte en el seno de un grupo de empresas asociadas,²⁶ que precede y da soporte a la aplicación de las metodologías de determinación de precios, es también reconocido en el informe de 1998 como una medida muy útil de combate a la evasión fiscal, por la vía de la creación de empresas que en la práctica tienen funciones reducidas o nulas.²⁷

No obstante, la determinación de los precios de transferencia es en muchos casos extremadamente difícil o imposible. En particular, cuando se trata de bienes únicos resultantes de múltiples contribuciones provenientes de diversas partes del globo (ejemplo, una patente), la fijación de un precio puede ser muy controversial. En el dominio de las actividades financieras la realización de operaciones casi simultáneas en varias partes del mundo y el recurso a productos financieros derivados, torna extremadamente difícil, sino imposible, el control de los precios de transferencia. Por otro lado las empresas

²⁴ "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", OCDE, 1995

²⁵ parag.2.

²⁶ «Dos empresas son asociadas si una de ellas participa, directa o indirectamente, en el control o en el capital de la otra, o si "las mismas dos personas participasen, directa o indirectamente, en la dirección, en el control o en el capital" de las dos empresas», En Informe de la OCDE, 1995, ob. cit., Prefacio, parag.11. Ver también artículo 9º del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE.

²⁷ OCDE, 1998, ob. cit., parag. 166.

multinacionales emplean medios cada vez más sofisticados para la fijación de precios.

A propósito refiere Caroline Doggart²⁸ “que los precios de transferencia son un área donde la competencia entre evasores fiscales y autoridades fiscales alcanzó un nivel de profesionalismo raro”. Es efectivamente un área exigente en recursos materiales y humanos, éstos de gran cualificación.

ii. No celebración de acuerdos para evitar la doble tributación.

Las ventajas fiscales ofrecidas por los paraísos fiscales son potenciadas si existen acuerdos para evitar la doble tributación. Los pagos efectuados a los socios o a la sociedad por residentes de la parte contratante se podrán beneficiar de la reducción de tasas del convenio en el Estado de la fuente, a lo que se acrecentará la no tributación de rentas en el paraíso fiscal.²⁹

Muchos países no celebran acuerdos para evitar la doble tributación con paraísos fiscales, apartando las personas individuales o colectivas que con ellos mantengan relaciones, de cualquier beneficio que de tal acuerdo podría derivarse, sea por razones de principio, sea por razones técnicas, pues no siendo las rentas tributadas allí, no habrá lugar a la doble tributación. Es además esa la recomendación que consta en el Informe de 1998 de la OCDE.

No obstante, por diferentes razones algunos países celebrarán convenios con paraísos fiscales. Es el caso de Holanda con las Antillas Holandesas y Aruba, el Reino Unido con Jersey, Guernesey e Isla de Man, entre otros. Estos tratados han venido, sin embargo, a ser renegociados en el sentido de limitar su alcance y establecer su no aplicación a estructuras que se benefician de un régimen fiscal privilegiado.³⁰

iii. La adopción del principio de la sustancia sobre la forma.

En algunos países el principio de la sustancia sobre la forma, fue consagrado en ley o adoptado por los tribunales como un principio de interpretación. Este principio se consustancia en una cláusula general antiabuso, que se manifiesta en la atribución de la primacía a la realidad económica de la operación sobre la forma jurídicamente adoptada. La aplicación de este principio puede conducir a la desconsideración de la personalidad jurídica de la entidad intermediaria, localizada en territorio de baja tributación, ignorándose las transacciones efectuadas apenas para evitar la tributación.³¹

²⁸ Caroline Doggart, “Paraísos Fiscais e os seus usos”, ed. Vida económica, 2ª ed., 1998, pág239

²⁹ Vg. parags 8 y ss. De los Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE, 1992.

³⁰ Cf. “Limits on the use of low-tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends”, Cahiers de Droit Fiscal International, vol.LXXXVIb, IFA, 2001, pág151.

³¹ Cf., entre otros, Caroline Doggart, op. cit. pág.257 y Rosemary Portner in “Validity of CFC Rules in a Changing World: A German Perspective”, Tax Notes International, Vol.27., Nº14, 30

Es aplicado apenas en algunos países como los Estados Unidos, Alemania, Países Bajos, Francia, Austria, Bélgica, Canadá y el Reino Unido.

iv. Sociedades extranjeras controladas (CFC – “Controlled Foreign Corporations)

La legislación relativa a las sociedades extranjeras controladas, que de ahora en adelante llamaremos de legislación CFC por ser la terminología internacionalmente reconocida, fue introducida por primera vez en los EUA en 1962.³² En enero de 2001 ya 23 países, la mayoría de los cuales a partir de los años 90, habían adoptado o estaban en vías de adoptar una legislación similar.³³

Estas disposiciones tienen como objetivo que residentes de un Estado eviten o difieran la tributación a que estarían sujetos, mediante la interposición de sociedades por ellos controladas, donde las ganancias son acumuladas.

En los términos de la legislación CFC las ganancias no distribuidas, o las rentas calificadas, son imputadas a los socios residentes de acuerdo con el porcentaje de su participación.

La legislación puede ser aplicada a las sociedades extranjeras controladas, independientemente de la jurisdicción en que sean residentes (método mundial - “transactional approach”); o apenas a ciertas jurisdicciones (método de la jurisdicción – “jurisdictional approach”) consideradas de baja tributación, que pueden ser definidas a través de un listado y / o por vía comparativa, específicamente, de la tasa de impuesto pagado por la empresa controlada con una tasa indicativa, o del impuesto pagado con el impuesto que sería debido si esa empresa fuera residente del Estado que aplica la norma.³⁴ Este último método –vía comparativa– es frecuentemente complementado por un listado de jurisdicciones sea por razones de simplicidad administrativa, sea para obviar que las empresas negocien con la jurisdicción de baja tributación la tasa más adecuada para evitar la aplicación de la legislación CFC.

Los países que adoptan el método mundial lo aplican apenas a ciertas rentas calificables (método de la transacción – “transactional approach”). Los países que adoptan el método de la jurisdicción en su forma más pura, imputarían a los socios residentes toda la ganancia de la CFC (método de la entidad – “entity approach”). Sin embargo estos, en la práctica, siguen métodos mixtos por vía de un régimen de exenciones.

de September 2002, pág.1679, Alberto Xavier, ob. cit., pág. 330 e ss. y OCDE, 1987, “L'évasion et la fraude fiscales internationales – quatre études”

³² Esta normativa fue introducida como Subpart F del “Internal Revenue Code” basado en la legislación de 1937 relativa a las “personal holding companies”.

³³ Cf. Rosemary Portner, ob. cit., pág.1679

³⁴ Vg., OCDE, “Controlled Foreign Company Legislation”, 1996,

En 2001, apenas tres países: los Estados Unidos, que agregan otros tests, Canadá e Israel, seguían el método mundial.³⁵

Las rentas calificables varían de legislación a legislación, pero persiste como tendencia de denominador común, la inclusión de rentas pasivas.³⁶

La adopción de legislación CFC es especialmente relevante para los países en los que la tributación de las rentas adoptaron el principio de la universalidad o de la tributación a nivel mundial y el método de la imputación, para la eliminación de la doble tributación. Para los que adoptaron el principio de la territorialidad o el método de la exención para evitar la doble tributación, el diferimiento de la tributación, vía CFC, no tiene mayor importancia, salvo desde la perspectiva de evitar una doble no-tributación a la que la ausencia de legislación puede conducir en este caso.³⁷

v. Subcapitalización

Para combatir esta forma de evasión fiscal algunos países recurren a cláusulas generales contra el abuso, otros a una apreciación casuística teniendo como referencia el porcentaje de endeudamiento que, en la ausencia de relaciones especiales, en circunstancias análogas y en condiciones de mercado de competencia, sería establecido, o por la prefijación de un porcentaje, de aplicación genérica o no.

La prefijación de un porcentaje de endeudamiento establecido como “save harbor” fue una solución acogida en muchos países, entre los cuales está Portugal, por la facilidad administrativa que envuelve. Sin embargo, de acuerdo con las orientaciones de la OCDE expresadas, particularmente en el párrafo 2 de los comentarios al artículo 9º del Convenio Modelo de la OCDE de 1992, “las disposiciones que buscan reprimir la subcapitalización no deben normalmente tener por efecto conducir a un monto de ganancias tributables de

³⁵ Cf. Informe General del Congreso de la IFA de 2001, “Limits on the use of low tax regimes by multinational businesses: current measures and emerging trends”, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. LXXXVIb. De acuerdo con este informe los restantes países adoptaron el método de la jurisdicción, con excepción de Nueva Zelanda que optó por un sistema mixto. Cabe hacer notar especialmente la diversidad de criterios sostenidos por los países que establecieron este tipo de normas.

³⁶ Tampoco existe un concepto único de renta pasiva que se contraponga a una renta activa definida casi siempre por exclusión. Cada legislación que recurre a este concepto establece su definición propia. Los intereses, los dividendos y royalties y, de un modo general, las rentas de títulos mantenidos en cartera (portfolio holdings) son considerados como rentas pasivas no obstante en ciertas circunstancias (ejemplo, Intereses obtenidos en el ámbito de una actividad bancaria) puedan ser calificados como renta activa.

³⁷ Francia, país que sigue el principio de territorialidad, introdujo legislación CFC con la finalidad de evitar situaciones de no tributación.

la empresa nacional considerada, a un nivel superior al que esas ganancias deberían alcanzar en condiciones de plena competencia...”³⁸

En esos términos, el porcentaje de endeudamiento máximo funciona como un “save harbor”, o sea, hasta el límite de ese porcentaje es aceptada fiscalmente la deducción de los intereses correspondientes, no siendo aceptada la deducción de intereses relativos al exceso de endeudamiento.

Algunos países proceden a la recalificación del “excedente” de los intereses considerándolos como dividendos, de ahí retirando todas las consecuencias fiscales, en sintonía con el fundamento de la corrección, i.e., de los préstamos encubrir verdaderas dotaciones de capital. Otros países limitan la deducción pero no alteran la calificación de las rentas.

Si la entidad acreedora es residente en un paraíso fiscal, no siendo allí tributada, no se verificará la doble tributación que en otras circunstancias puede ocurrir.³⁹

vi. Otras medidas.

Un abanico variado de otras medidas puede ser adoptado.

El aumento de la retención de impuestos sobre pagos a residentes en paraísos fiscales; la no concesión de crédito de impuesto internacional a sociedades que tienen filiales en paraísos fiscales; la no aceptación de la deducción de costos relativos a filiales y sucursales en paraísos fiscales; la no aplicación del régimen de exención de rentas extranjeras, como el privilegio de la afiliación, constituyen, entre otras, formas de combate a la evasión fiscal.

b) Medidas bilaterales.

Los tratados bilaterales para evitar la doble tributación, en particular los que siguen el Modelo de la OCDE, tienen también por función prevenir la evasión fiscal.

Aquel organismo ha desarrollado un trabajo continuo en el sentido del perfeccionamiento del Modelo de Convenio Fiscal de la Renta y del Patrimonio para, entre otras cosas, prevenir su uso abusivo y las prácticas de evasión fiscal.

³⁸ Vg. también párrafo 25 de los comentarios al art. 10º del Convenio Modelo de la OCDE de 1992, y Maria dos Prazeres Rito LOUSA, “A tributação das filiais de empresas transnacionais e a subcapitalização”, in Colóquio A Internacionalização da Economia e a Fiscalidade, Centro de Estudos Fiscales, 1993.

³⁹ Es el caso de los intereses que sean tributados en el Estado de residencia o de éste no reconocer la recalificación de los intereses en dividendos no procediendo a la eliminación de la doble tributación.

Siguiendo las orientaciones del Modelo de Convenio de 1977, muchos tratados restringen la aplicación de los beneficios del tratado, en lo que respecta a intereses, dividendos y royalties, al titular de esas rentas, residente en otro Estado, que sea, simultáneamente, el beneficiario efectivo de los mismos.

Actualmente, es frecuente observar en los tratados:

- La introducción de cláusulas contra el abuso;
- La inclusión de normas que previenen el “treaty shopping”; especialmente, recusando su aplicación si se comprueba que la sociedad beneficiada es controlada por no residentes;
- La introducción de cláusulas que previenen la doble no tributación, lo que puede pasar, especialmente, por la diferente caracterización de la renta.

c) Medidas multilaterales.

Las medidas unilaterales sufren de grandes limitaciones: no son adoptadas por todos los Estados, persiguen apenas aspectos parciales de la evasión fiscal, chocan muchas veces con graves dificultades de aplicación práctica por la dificultad de acceso a la información relevante (ejemplo, la legislación CFC se basa fundamentalmente en la información prestada por los socios residentes en el país que la aplica) y presentan un costo muy elevado para las administraciones fiscales, que se confrontan con contribuyentes cada vez mejor informados y más sofisticados.

Por otro lado, como bien destaca el Informe de 1998 de la OCDE, los países individualmente pueden no tener un incentivo fuerte para actuar contra prácticas fiscales nocivas, en razón de que, al hacerlo, puede empeorar su posición relativa, como puede ser el caso de la medida tener por efecto apenas la transferencia de la actividad para otra jurisdicción que no aplique tales medidas.⁴⁰

Es en particular en la OCDE que se ha venido a desarrollar un trabajo significativo, en el sentido de eliminar las distorsiones provocadas por los paraísos fiscales y por los regímenes fiscales nocivos de los países miembros y de terceros países, teniendo en vista un combate eficaz a las prácticas fiscales nocivas en el ámbito de una cooperación a nivel global.

Tal como comentáramos, este trabajo fue solicitado por el G7 a la OCDE, en 1996,⁴¹ el que se concretó con la publicación, bajo los auspicios del Comité de

⁴⁰ Cf. OCDE, 1998, ob. cit., parag. 138.

⁴¹ No obstante en un ámbito más restringido no podemos dejar de mencionar que, en el mismo año la Comisión de la Unión Europea, en la reunión informal de los Ministros de Finanzas y Relaciones Exteriores, en Verona, realizaba un debate sobre la «necesidad de una acción coordinada a nivel europeo para luchar contra la competencia fiscal nociva, teniendo en vista alcanzar ciertos objetivos como la reducción de las distorsiones que aun existen en el mercado único, evitar pérdidas demasiado importantes de ingresos fiscales o la orientación de las estructuras fiscales en un sentido más favorable al empleo». A continuación, el Consejo ECOFIN solicitó a la Comisión presentar propuestas de Directiva sobre la tributación del ahorro y sobre los pagos de intereses y royalties entre empresas y aprobó un código de conducta en

Asuntos Fiscales, del Informe a que ya hicimos referencia, “Competencia Fiscal Nociva – un tema global emergente”, en 1998.

Se pretende reunir todos los países, incluyendo territorios independientes y asociados, en el sentido de poner fin a la evasión fiscal internacional mediante un trabajo conjunto.

De los resultados ya obtenidos destacan tres aspectos:

- a) La cooperación de los paraísos fiscales;
- b) La eliminación de las prácticas fiscales nocivas de los países miembros;
- c) Acuerdo para el intercambio de informaciones.

a) La cooperación de los paraísos fiscales.

De los países y jurisdicciones calificadas como paraísos fiscales, 32 ya asumieron el compromiso de desarrollar regímenes fiscales transparentes y proceder al intercambio efectivo de informaciones.

Los paraísos fiscales no cooperantes quedarán sujetos a medidas defensivas coordinadas.

b) La eliminación de las prácticas fiscales nocivas de los países miembros.

Prácticamente todos los países de la OCDE abolieron o están en vías de abolir sus regímenes fiscales nocivos o los aspectos nocivos de los regímenes.

c) Acuerdo para el intercambio de informaciones.

El intercambio de informaciones es el medio más eficaz de combate a la evasión fiscal.

Un grupo de trabajo especialmente creado al efecto⁴² elabora un Modelo de Acuerdo para el Intercambio de Informaciones en Asuntos Fiscales (Modelo de Acuerdo).

materia de política fiscal. El conjunto de las medidas y orientaciones adoptadas sea a nivel de las ayudas de Estado, sea en el ámbito del código de conducta, determinaron importantes resultados en la eliminación de regímenes, o aspectos de esos regímenes, calificados como nocivos.

⁴² Ese grupo tuvo la presidencia conjunta de Malta y de Países Bajos, y tuvo la participación de Aruba, Australia, Bermuda, Reino de Bahrain, Canadá, Islas Cayman, Chipre, Francia, Irlanda, Isla de Man, Italia Japón, Malta, Islas Mauricio, Noruega, Países Bajos, Antillas Holandesas, República de las Seychelles, Eslovaquia, San Marino, Reino Unido y Estados Unidos.

El Modelo de Acuerdo contiene dos modelos de negociación, bilateral y multilateral, para el intercambio de informaciones, en la línea de los compromisos asumidos por los paraísos fiscales.⁴³

El Modelo abarca el intercambio de informaciones a pedido para fines civiles y criminales.

En los términos de este Modelo las partes contrayentes acuerdan que sus autoridades competentes, deben tener autoridad para obtener y ofrecer información detentada, entre otros, por bancos e instituciones financieras, así como obtener y ofrecer información relativa a los socios o beneficiarios efectivos de sociedades comerciales o civiles o aun de otros (ejemplo, trust). La información deberá ser cedida para que la parte requirente refuerce el cumplimiento de su legislación fiscal, aunque tal información no sea necesaria para el cumplimiento de las obligaciones fiscales de la parte requerida.

La información intercambiada es de carácter estrictamente confidencial.

Este Modelo sirvió de base para los acuerdos que han venido siendo firmados entre los socios cooperantes.⁴⁴

5. PORTUGAL

Portugal ha dotado a su legislación de medidas que buscan combatir la evasión fiscal. Destacamos acá apenas algunas, quedando desde ya señalado que existen otras, específicamente a nivel de no concesión de beneficios a rentas pagadas o provenientes de jurisdicciones de baja tributación, o bilaterales con respecto a los tratados fiscales.

5.1 Definición de paraíso fiscal.

No se encuentra en la legislación portuguesa una definición de paraíso fiscal. Tal como pasa en otros países, las medidas de combate a la evasión fiscal no se restringen a los “paraísos fiscales” clásicos, ya que abarcan también otros territorios en que, por fuerza de un régimen fiscal más favorable que el portugués, se puedan desencadenar formas de evasión fiscal.

⁴³ Los paraísos fiscales que asumieron el compromiso y los países miembros de la OCDE pasaron a ser designados genéricamente como “socios cooperantes” (*participating partners*) expresión que mejor destaca el carácter de cooperación y de conjunto que se está realizando.

⁴⁴ Especialmente los EUA concluyeron ya Acuerdos con las Bahamas, Islas Cayman, British Virgin Islands, Jersey, Guernsey e Isla de Man.

Cf. William M. SHARP, William T. Harrison, III, Rachel ^a LUNSFORD, y Scott A . HARTY, “A comparative Analysis of the Channel Islands and Isle of Man TIEAs” in Tax Notes International, 16 December 2002, pág. 1127 y segs.; y de los mismos autores en Tax Notes International de 14 de Octubre de 2002 sobre los acuerdos celebrados con los países del Caribe.

El concepto adoptado es el de “régimen claramente más favorable”, basado en dos métodos –de listado y comparativo–, que se define en los términos siguientes:

“Se considera que una persona individual o colectiva está sometida a un régimen fiscal claramente más favorable, cuando el territorio de residencia de la misma conste en la lista aprobada por resolución del Ministro de Finanzas o cuando aquella no sea tributada con impuesto sobre la renta, idéntico o análogo al IRS (Impuesto a la Renta de las Personas Físicas) o al IRC (Impuesto a la Renta de las Sociedades), o cuando, con relación a los montos pagados o debidos, mencionados en el número anterior, el monto de impuesto pagado sea igual o inferior al 60% del impuesto que sería debido si la referida entidad fuera considerada residente en territorio portugués.” (Arts. 59º e 60º do CIRC).

5.1. Norma general antiabuso.

La Ley General Tributaria , aprobada en 1998,⁴⁵ estableció una norma general contra el abuso – art.38º, donde se dispone:

“Son ineficaces en el ámbito tributario los actos o negocios jurídicos esencial o principalmente dirigidos, por medios artificiosos o fraudulentos y con abuso de las formas jurídicas, a la reducción, eliminación o postergación temporal de impuestos que serían debidos como resultado de hechos, actos o negocios jurídicos de idéntico fin económico, o a la obtención de ventajas fiscales que no serían alcanzadas, total o parcialmente, sin el uso de esos medios, efectuándose entonces la tributación de acuerdo con las normas aplicables en su ausencia y no produciéndose las ventajas fiscales referidas”.

La aplicación de esta normativa requiere la apertura de un procedimiento propio⁴⁶ que debe ser autorizado por el dirigente máximo del servicio, o por el funcionario en quien haya sido delegada la competencia. La autorización tiene que ser fundamentada debiendo, salvo disposición en contrario, contener:

- “a) La descripción del negocio jurídico celebrado o del acto jurídico realizado y de su verdadera sustancia económica;
- b) La indicación de los elementos que demuestren que la celebración del negocio o práctica del acto tuvieron como fin único o determinante evitar la tributación que sería debida, en el caso de negocio o acto de sustancia económica equivalente;
- c) La descripción de los negocios o actos de sustancia económica equivalente a los efectivamente celebrados o practicados y de las normas de incidencia que se les aplican.” (nº 9, art. 63º del CPPT).

⁴⁵ Decreto-Ley nº 398/98, de 17 de Diciembre.

⁴⁶ Ver art. 63º del Código de Procedimiento y de Proceso Tributario (CPPT).

5.3 Precios de transferencia.

La legislación portuguesa desde hace ya largo tiempo, tiene un dispositivo legal que permite a la Administración fiscal proceder a correcciones cuando en virtud de relaciones especiales, se verificara que eran establecidas condiciones diferentes de las que serían normalmente acordadas, entre personas independientes en actividades y condiciones idénticas o análogas.

La legislación fue revisada en el año 2000, produciendo efectos a partir del 1 de enero de 2002 (art. 58º del CIRC), viniendo a explicar las condiciones de aplicabilidad –contribuyentes calificables, relaciones especiales; las metodologías– método del precio comparable de mercado, método del precio de reventa, método del costo incrementado y otros; las obligaciones accesorias – documentación, información y declaraciones; bien como las condiciones en que se procederá a los ajustes correlativos.

En los términos del nº1 del artículo 58º del CIRC “En las operaciones comerciales, incluyendo, particularmente, operaciones o series de operaciones sobre bienes, derechos o servicios, bien como en las operaciones financieras, efectuadas entre un sujeto pasivo y cualquier otra entidad, sujeta o no al IRC, con la cual esté en situación de relaciones especiales, deben ser contratados, aceptados y practicados términos y condiciones sustancialmente idénticos, a los que normalmente serían contratados, aceptados y practicados entre entidades independientes en operaciones comparables.”

En toda la orientación son seguidos los principios de la OCDE.

5.4 Sociedades extranjeras controladas (CFC – “controlled foreign corporations”)

En Portugal, los sujetos pasivos residentes son tributados de acuerdo con el principio de Universalidad o de la Tributación de la Renta Mundial.

La legislación CFC fue introducida en 1995 (art. 60º del CIRC) y determina que a los socios residentes en territorio portugués, calificables, le sean imputados, en la proporción de su participación social y independientemente de distribución, las ganancias obtenidas por sociedades residentes fuera de ese territorio y allá sometidas a un régimen fiscal claramente más favorable.

El régimen es aplicable a los socios residentes que detentan directa o indirectamente una participación social de por lo menos 25% o, en el caso de la sociedad no residente, sea detentada, directa o indirectamente, en más de 50% por socios residentes, una participación social de, por lo menos, 10%.

El método en que se basa es el método de la jurisdicción recurriéndose al concepto, ya referido en 5.1., de régimen claramente más favorable.

En lo que respecta a la renta comprendida se adoptó el método de la entidad – toda la ganancia obtenida es imputada a la sociedad residente. El régimen es,

sin embargo, complementado con un conjunto de exenciones que alejan de su aplicación a las entidades cuya actividad abarque acumulativamente los dos requisitos siguientes:

- a) Las ganancias provengan en, por lo menos, 75% del ejercicio de una actividad agrícola o industrial en el territorio donde están situadas, o del ejercicio de una actividad comercial que no tenga como intervinientes, residentes en territorio portugués o, que si los tuviese, esté dirigida predominantemente al mercado del territorio en que se sitúa;
- b) La actividad principal de la sociedad no residente, no consista en la realización de las siguientes operaciones:
 - 1) Propias de la actividad bancaria, aunque no ejercidas por instituciones de crédito;
 - 2) Relativas a la actividad aseguradora, cuando resulten predominantemente de seguros de bienes o de personas situados o no residentes en ese territorio;
 - 3) Partes de capital u otros valores mobiliarios, derechos de propiedad industrial, prestación de informaciones con respecto a una experiencia adquirida en el sector industrial, comercial o científico o a la prestación de asistencia técnica;
 - 4) Alquiler de bienes, excepto de bienes inmuebles situados en el territorio de residencia.

5.5 Subcapitalización.

La legislación portuguesa establece que cuando el endeudamiento de un sujeto pasivo, para con una entidad no residente en territorio portugués con la cual existan relaciones especiales sea excesivo, lo que corresponde a un porcentaje de endeudamiento superior a 2:1, los intereses soportados relativos a la parte en exceso, no son deducibles para efectos de determinación de la ganancia tributable.

A esos intereses no les es atribuida la calidad de ganancias distribuidas.

En conformidad con las orientaciones de la OCDE y de acuerdo con el principio de la plena competencia (arm's length principle), es dada la posibilidad a los contribuyentes de que deduzcan la totalidad de los intereses desde que comprueben que entidades independientes, en circunstancias análogas y en mercado competitivo, tienen idéntica proporción de endeudamiento.

5.6 Pagos a entidades no residentes sujetas a régimen fiscal privilegiado.

Establece en el artículo 59º del CIRC que: “ No son deducibles para efectos de determinación de la ganancia tributable los montos pagados o debidos, a cualquier título, a personas individuales o colectivas residentes fuera del territorio portugués y allá sometidas a un régimen fiscal claramente más

favorable, salvo si el sujeto pasivo puede probar que tales costos corresponden a operaciones efectivamente realizadas y no tienen un carácter anormal o un monto exagerado.”

Estos montos quedan aun sujetos a una tasa de tributación autónoma de 35%, salvo si el sujeto pasivo puede probar que tales costos corresponden a operaciones efectivamente realizadas y no tienen un carácter anormal o un monto exagerado. (art. 73º del CIRS)

6. CONCLUSIÓN

En una economía cerrada la política fiscal, aún teniendo en consideración algunos aspectos de naturaleza internacional —la tributación de la renta obtenida en el extranjero por residentes y la renta obtenida por no residentes en el territorio doméstico—, es determinada por objetivos internos, pues ni esa política afecta las relaciones económicas con el exterior, ni ella es determinada por efectos inducidos del exterior.

Los parámetros estructurales del sistema revelan opciones en el ámbito del gasto público y en la captación de ingresos teniendo como fundamento el cuadro económico y social interno.

En las últimas décadas el fenómeno designado como “globalización”, se manifestó en la eliminación de las barreras que trababan los flujos de personas y capitales, y acelerado por el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones, tuvo un impacto extraordinario en la economía mundial y en particular en el área de la gestión y de la decisión empresarial.

Ese impacto fue especialmente sentido en las actividades denominadas “muebles”, como es el caso de las financieras y de ciertos servicios, en que, eliminados los factores que restringían esa movilidad, el elemento fiscal pasa a adquirir una nueva y relevante importancia en su localización geográfica.

Los efectos inducidos del exterior e inductores del interior, introducen limitaciones al grado de libertad en la conducción de la política fiscal.

En los últimos tiempos se registró un crecimiento asombroso de esas actividades, en particular en zonas insulares y desprovistas de recursos de valor económico y sustento.⁴⁷

Como ya comentamos⁴⁸ «la verdad es que el crecimiento exponencial de estos centros, motivado por razones exclusivamente fiscales, no fue ajeno al

⁴⁷ Maria Teresa Barbot Veiga de Faria, “A diferenciação de tratamento fiscal como instrumento de desenvolvimento das economias isoladas e de pequena dimensão” En *Economia e Prospectiva*, nº13/14, Jul/Dec 2000.

⁴⁸ Maria Teresa Barbot Veiga de Faria, “A diferenciação de tratamento fiscal como instrumento de desenvolvimento das economias isoladas e de pequena dimensão” En *Economia e Prospectiva*, nº13/14, Jul/Dec 2000 , pág. 37 y sigs.

interés de los países exportadores de capitales. Como afirmó el Ministro de Finanzas de las Bahamas, Sir William Allen,⁴⁹ “los centros offshore prestan un servicio útil a las finanzas internacionales. Son usados por los países industrializados para acelerar la formación de capital y para crear un mercado para el capital”.

Este uso y función de los paraísos fiscales fue reconocido por la OCDE en el Informe de 1998, donde se puede leer: “Los paraísos fiscales... han venido tradicionalmente a facilitar los flujos de capitales y mejorar la liquidez del mercado financiero”. Solamente que el mismo informe agrega: “Ahora que los países que no son paraísos fiscales, liberalizaron y desregularon sus mercados financieros, cualquier beneficio potencial producido por los paraísos fiscales en esta área, son más que eliminados por sus efectos globales adversos”.

Esos efectos globales adversos manifestados por la pérdida de ingresos, inducen distorsiones competitivas, mayores dificultades de reposición del equilibrio presupuestario, y no de menor importancia, la violación de los principios de la neutralidad y de la igualdad, y su corolario de la capacidad contributiva, que constituyen el fundamento de la tributación de la renta.

Se señalan como efectos positivos:⁵⁰ impulsar reformas en el sentido de la ampliación de la base tributable y reducción de las tasas de tributación, minimizando los efectos de distorsión de los impuestos y reforzando los principios de igualdad y de la neutralidad; determinar la necesidad de una revisión sistemática de los sistemas fiscales y una evaluación con más criterio del gasto público.

Sin embargo, los efectos negativos se acumulan: se entró en una fase de competencia fiscal que, conducida en el sentido único de la reducción de las tasas de tributación,⁵¹ reduce sustancialmente el ingreso fiscal, a lo que se agrega una evasión fiscal creciente.⁵²

⁴⁹ Cf. “Prop to islands viability”, Canute James in Financial Times, 22 Febrero 2000.

⁵⁰ Cf. OCDE, 1998, “Harmful Tax Competition: an emerging global issue”, pág. 13

⁵¹ Vito Tanzi llama la atención al hecho de los efectos de la globalización, entre aumentar o reducir impuestos no ser simétricos: La presión es normalmente en el sentido de una reducción de impuestos y por lo tanto un menor ingreso para los países afectados.

Los EUA no tributa los intereses pagados a no residentes a fin de atraer capitales para su territorio (cf. Alberto Xavier, ob. cit.). Por otro lado, algunos países no tributan los intereses con recelo de una fuga de capitales para el exterior. (cf. Vito Tanzi, ob. cit.).

Cf. “Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems”, IMF Working Paper, Dec.1996, pág. 6, nota 6.

⁵² Los efectos negativos reales o potenciales de la baja de las tasas efectivas de tributación para niveles inferiores a otros países son enumerados en el informe de 1998 de la OCDE(parag.30):

- “ – distorsionan los flujos financieros e indirectamente los flujos de inversión real;
- Minan la integridad y la justicia de las estructuras fiscales;
- Desaniman el cumplimiento de las obligaciones fiscales por los contribuyentes;
- Rediseñan el nivel y composición de los impuestos y del gasto público;
- causa desvíos indeseables de carga fiscal para bases fiscales menos móviles como el trabajo, la propiedad y el consumo; y
- aumenta los costos administrativos y de cumplimiento para las administraciones fiscales y para los contribuyentes.”

Este proceso ha venido a confrontar los Gobiernos de los países afectados por la erosión de sus bases tributarias, con la necesidad de establecer un equilibrio entre, por un lado, defender y/o reconstituir su base imponible y, por otro lado, evitar que una carga fiscal excesiva aleje los agentes económicos y la inversión de su país.

De esta evolución sacan algunos autores la convicción de que, al final, solamente los trabajadores dependientes y menos calificados, bien como la propiedad inmobiliaria serían tributados con impuestos sobre la renta, en clara violación de los principios de la igualdad y de su corolario de la capacidad contributiva, y de la neutralidad del impuesto. En tal escenario la tributación al consumo asumiría un papel fundamental en la captación de ingresos.⁵³

Pero si se verifica tal cambio en la estructura de los sistemas fiscales, desaparece el fundamento del concepto y de la subsistencia del paraíso fiscal.⁵⁴

Por otro lado, en este camino y a lo largo del tiempo, las ventajas competitivas de los primeros paraísos fiscales fueron atenuadas como evidencia David Williams,⁵⁵ por la:

“

- Su eliminación de los tratados para evitar la doble tributación que les concedían algunas ventajas;
- Introducción de normas más estrictas en los tratados para evitar la doble tributación relativas a flujos para paraísos fiscales;
- Mayor número de paraísos fiscales, lo que les retira ventajas competitivas;
- La entrada en la competencia con paraísos fiscales de países con mayor dimensión por medio de disposiciones legislativas contemplando ciertas zonas o individuos;
- La adopción por los países más ricos de medidas que buscan compensar la reducción de ingreso originado en la tributación de rentas obtenidas en el exterior;
- Refuerzo de la tributación de los contribuyentes que usan los paraísos fiscales;
- Menor ventaja marginal debido a la reducción de las tasas de los impuestos sobre la renta;
- Mayor dificultad de reducción de las contribuciones para la seguridad social y del impuesto sobre el valor añadido;
- Mayor atención para la extensión de una actividad en que se pueden acoger actividades criminales y no apenas formas de evasión fiscal.

Esta evolución apunta pues para un escenario en que a largo (¿mediano?) plazo los únicos ganadores parecen ser los evasores fiscales.

⁵³ Cf. “The disappearing taxpayer”, En Revista The economist, May 31st-June 6th 1997 y Vito Tanzi op. cit.

⁵⁴ Aun, otras razones no fiscales podrán asegurar su sustentabilidad.

⁵⁵ David W. Williams, “Trends in International Taxation”, IFA, IBFD Publications, 1991, pág. 165.

En este contexto las medidas de combate adoptadas unilateral y bilateralmente tienen una eficacia limitada.

Por esa razón nos parece extremadamente importante el trabajo conjunto que está siendo efectuado a nivel de la OCDE, cuyo éxito depende de una cooperación internacional a nivel mundial.

Sra. Maria Teresa Barbot Veiga de Faria
Investigadora-Economista
Centro de Estudios Fiscales
Dirección General de Impuestos
Portugal
Correo electrónico: