

Planificación fiscal internacional de empresas (*)

Gustavo Lazo Saponara
Abogado.

En las últimas décadas se ha vivido intensamente el fenómeno de la globalización, por el cual muchas economías -entre ellas, la peruana- tuvieron que abrirse abruptamente a los flujos transnacionales e integrarse al tráfico de personas, capitales, bienes y servicios.

Como consecuencia de ello, el creciente número de empresas que ha optado por desarrollar actividades internacionales se ha visto en la necesidad de conocer las variadas estructuras tributarias de las distintas jurisdicciones y evaluar sus diferencias, así como los incentivos a los que puede acogerse, necesidad que antes se restringía a un pequeño círculo de empresas multinacionales.

1. Concepto de planificación fiscal internacional.

En este contexto, cabe entender a la planificación fiscal internacional de empresas como el proceso de análisis y selección de las alternativas que optimicen el costo o carga fiscal de una empresa respecto de sus actividades transnacionales, considerando las características propias así como los vínculos e interrelaciones de las jurisdicciones bajo las que se registrarán.

De similar opinión es Arespacochaga⁽¹⁾, quien señala que “el objeto de la planificación fiscal internacional es analizar la interacción entre los sistemas jurídico-fiscales de al menos dos Estados, estableciendo fórmulas de acción coordinada que permitan obtener un resultado eficiente desde el punto de vista fiscal”.

Por su parte, Barnadas⁽²⁾ acota que “la planificación fiscal internacional consiste en el análisis y selección de la alternativa que minimice el coste fiscal que afecta tanto a los rendimientos de cualquier inversión como a la inversión en sí misma”.

2. Causas de la expansión de la planificación fiscal internacional.

Teniendo en cuenta la apertura de los mercados y la interconexión de las economías, el fenómeno de la planificación tributaria o fiscal internacional está destinado a seguir acrecentándose cada vez más.

Para Arespacochaga⁽³⁾, esta creciente importancia de la planificación fiscal en las últimas décadas puede atribuirse a los siguientes hechos y circunstancias:

a) La paulatina e imparable internacionalización de la economía, impulsada por el influjo de las nuevas tecnologías, fundamentalmente en el sector de la comunicación, y que permite a los actores económicos dirigir o estar presentes sin desplazarse.

b) El fenómeno expansivo de la empresa multinacional, cuyo ámbito de estrategia sobrepasa los límites escuetos de las fronteras, implicando en sus decisiones diversas soberanías nacionales.

c) La proliferación de organizaciones supranacionales más aptas para competir en la nueva configuración de los mercados internacionales, y en cuyo seno se procura armonizar los sistemas fiscales y acercar las formas de producción.

(*) El presente trabajo tiene por objeto exponer panorámica y sucintamente algunas cuestiones relevantes relacionadas con la planificación fiscal internacional, mas no abordar este fenómeno de manera exhaustiva.

(1) DE ARESACOCHAGA, Joaquín. *Planificación fiscal internacional*. 2da. edición. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 437.

(2) BARNADAS, Francesc. *Tributación de no residentes y fiscalidad internacional*. 2da. edición. Barcelona: Gestión 2000, 1997. p. 287.

(3) DE ARESACOCHAGA, Joaquín. Op. cit.; p. 39.

d) El aumento de la presión fiscal, corolario del mantenimiento de costosos y voraces Estados de bienestar.

Como puede observarse, la tendencia hacia un mundo globalizado hace de la planificación fiscal internacional un fenómeno cada vez más importante en las relaciones comerciales de los agentes económicos básicos de los países.

3. El rol del Estado.

De otro lado, también existe el interés del fisco de que la integridad de los ordenamientos sea tutelada y algunos principios fundamentales de la imposición sobre las actividades transnacionales no sean vulnerados.

Así, el fisco busca velar por el respeto a principios tales como el de no discriminación, de neutralidad -que implica poder competir con otros en igualdad de condiciones, siempre que la carga tributaria sea la misma-, de la necesidad de evitar la doble imposición originada por la superposición de distintas soberanías sobre el mismo contribuyente, y busca hacerlos compatibles con las normas especiales tendentes a incentivar la inversión extranjera y a conservar la propia⁽⁴⁾.

4. Objetivos de la planificación fiscal internacional.

Por lo general, existen factores más importantes que la carga impositiva para las empresas que toman la decisión inicial de efectuar inversión directa en el exterior, tales como el retorno de la inversión, la estabilidad política, los costos laborales, y el acceso a mercados externos.

Una vez que la decisión de invertir ha sido tomada, en cambio, la carga tributaria deviene en un factor importante para determinar la forma en que se estructurará la inversión.

Más aún, la carga impositiva resulta importante para establecer si es que se reinvertirá o se repatriarán los beneficios de la inversión. Entonces, el rol del asesor tributario consiste en advertir sobre las distintas maneras en las que los beneficios de empresas del exterior puedan ser repatriados a la empresa local, así como en el modo de proveer a las empresas del exterior con capitales adicionales⁽⁵⁾.

Al respecto, Barnadas⁽⁶⁾ señala que toda planificación fiscal no sólo debe conducir a un resultado fiscal mínimo sino que debe tenerse en cuenta otros muchos aspectos como son la seguridad jurídica de la operación planteada, la

(4) ADONNINO, Pietro. *La Planificación fiscal internacional*. En: *Curso de derecho tributario internacional*. Tomo I. Bogotá: Temis, 2003. p. 51.

(5) Respecto al rol del asesor tributario véase ARNOLD, Brian J. y Michael McINTYRE. *International tax primer*. Den Haag, The Netherlands: Kluwer Law International, 1995. pp. 8-14. Dichos autores sostienen que el rol del asesor tributario respecto a las transacciones internacionales es similar a su rol respecto a operaciones locales. Así, el asesor tributario debe familiarizarse con esquemas tributarios internacionales que puedan ser empleados para minimizar impuestos, los que usualmente implican el empleo de "paraísos fiscales". Este conocimiento permite al asesor trabajar de manera más efectiva con asesores tributarios del exterior y sugerir métodos alternativos para estructurar transacciones generando los efectos tributarios esperados bajo las leyes de ambas jurisdicciones.

Más aún, el asesor tributario internacional generalmente invierte mucho de su tiempo en planeamientos tributarios defensivos debido a que confronta serios riesgos de pago de niveles excesivos de impuestos. La mayor parte de las normas tributarias internacionales están diseñadas para mitigar o eliminar la "doble tributación". De otra parte, los planeamientos tributarios agresivos son muy importantes y han obligado a las jurisdicciones a adoptar complejas medidas contra la evasión.

Asimismo, el rol del asesor tributario depende de si la transacción involucra una inversión desde el exterior hacia el país o desde el país hacia el exterior. En el primer caso, existe por lo general una menor participación del asesor en el planeamiento fiscal de la transacción que en el segundo. Así pues, en el caso de inversiones desde el país hacia el exterior, mayormente el asesor tiene una relación continua con el cliente y se encuentra familiarizado con sus operaciones, por lo que el cliente le solicita asesoría respecto a las consecuencias locales e internacionales de la transacción. En este último caso, el asesor tributario actúa como filtro entre el asesor del extranjero y el cliente. Por otra parte, en casos de asesoría local respecto de transacciones que involucran inversiones hacia el país, usualmente ésta se limita a las consecuencias en el país del asesor, excluyéndose a éste de participar en el planeamiento tributario global.

En ambos casos, el asesor local debe tratar con abogados extranjeros, contadores, o empresarios. Entonces, el rol del asesor tributario puede complicarse debido a diferencias básicas en los conceptos legales, normas tributarias y prácticas contables. Peor aún, estas diferencias pueden exacerbarse por diferencias en el lenguaje y en la cultura.

Finalmente, dichos autores remarcan que se hace indispensable, entonces, que el asesor local estudie los diferentes sistemas tributarios extranjeros a efectos de reconocer los problemas potenciales y para tratar eficientemente con asesores tributarios extranjeros.

(6) BARNADAS, Francesc. Op. cit.: pp. 288 y 289.

incertidumbre de cambios legislativos, la flexibilidad para reorganizar la estructura empresarial, la movilidad de los recursos empleados, el diferimiento en el pago de los impuestos, la carga fiscal conjunta y, en definitiva, la máxima rentabilidad.

Adicionalmente, deben considerarse las posibilidades y subjetividades que la inversión contemple, la voluntad o necesidad de localización de los recursos, la repatriación de las inversiones, las transmisiones de titularidad del grupo y una larga lista de factores que obligan al estudio individualizado y pormenorizado de cada inversión o de cada grupo empresarial, teniendo en cuenta tanto los factores objetivos como los subjetivos. También adquiere especial relevancia la elección de la forma jurídica de la inversión, así como la composición de los recursos financieros, en el sentido de buscar la proporción adecuada entre fondos propios y ajenos aunque procedan de la misma persona.

Para Adonnino⁽⁷⁾, la planificación fiscal internacional, por un lado, persigue el objetivo de minimizar la carga fiscal, y por otro, minimizar los costos de cumplimiento tributario. Tales objetivos concurren de manera diversa en las respectivas elecciones, según se trate de optimizar el costo fiscal de una “transacción económica” particular, el costo fiscal de una “operación” particular, o bien el costo fiscal de la actividad de la empresa o del grupo de empresas.

Adicionalmente, un punto importante que debe tenerse en cuenta en la planificación tributaria, como componente de la estrategia operativa empresarial, en su objetivo de ordenar de forma eficiente las consecuencias fiscales de la gestión empresarial fuera de las fronteras propias, es que los costos administrativos de la empresa no deben ser prohibitivos al punto tal que absorban el íntegro del ahorro tributario obtenido. Más aún, si el negocio no puede ser operado de acuerdo con el plan tributario, la efectividad del plan para efectos tributarios puede volverse contingente.

Las tareas básicas de planeamiento de transacciones internacionales pueden resumirse en dos. La primera, es que deben cuantificar, con un margen razonable, el costo tributario de ejecutar las transacciones. En segundo lugar, se espera que

ayuden a minimizar la carga tributaria, estructurando la transacción y recomendando una estructura en especial⁽⁸⁾.

Para Barnadas⁽⁹⁾, “el objetivo de minimizar la carga fiscal puede llevarse a cabo bien consiguiendo ahorros efectivos o bien mediante el traslado del pago del impuesto a períodos futuros, en otras palabras, difiriendo el impuesto”. En su opinión, toda planificación fiscal abarcará dos componentes, compatibles entre sí: (i) el diseño del camino más adecuado y con menores costes fiscales para realizar una inversión; y, (ii) la reestructuración de un grupo empresarial para reasignar correctamente sus recursos y optimizar sus costes fiscales, lo que implica acomodar la estructura del grupo a las ventajas que cada territorio pueda ofrecer.

5. Pautas para la planificación fiscal internacional.

Arespacochaga⁽¹⁰⁾ da algunas recomendaciones preliminares para la adecuada planificación, las mismas que podemos resumir de la siguiente manera:

a) Análisis coste-beneficio previo. Los costes inherentes a la elaboración de una estructura deben ser compensados con el ahorro fiscal que la alternativa elegida es capaz de procurar al interesado, de lo contrario, el esquema propuesto dejará de ser atractivo.

b) Grado de consistencia de la estructura propuesta. Los Estados frecuentemente adoptan medidas legislativas contrarias a la utilización de esquemas meramente instrumentales, carentes de otra justificación o contenido que reducir los costes fiscales. En general, toda planificación que no desee incurrir en riesgos fiscales por simulación o desnaturalización deberá tener el contenido suficiente para que no pueda ser considerada como meramente instrumental, persiguiendo ejercer una actividad mercantil y no solo estructurarse con fines tributarios.

c) Medidas de transparencia fiscal internacional frecuentemente adoptadas con el fin de imputar al país de residencia las rentas acumuladas y retenidas en el extranjero.

(7) ADONNINO, Pietro. Op. cit.; p. 65.

(8) ARNOLD, Brian J. y Michael J. McINTYRE. Op. cit.; pp. 12 y 13.

(9) BARNADAS, Francesc. Op. cit.; p. 287.

(10) DE ARESPACOHAGA, Joaquín. Op. cit.; p. 438.

d) Configuración de las transacciones inherentes a cualquier reestructuración atendiendo a valores de mercado.

e) Determinar el contenido del criterio de residencia empleado en las jurisdicciones involucradas, pues éste puede variar.

Barnadas⁽¹¹⁾, por su parte, enumera una serie de elementos esenciales que deben contemplarse ante un planeamiento internacional y que exponemos a continuación:

a) En el país de destino de la inversión: (i) las normas administrativas y de control de cambios existentes; (ii) el sistema de tributación para las rentas obtenidas en el territorio por entidades residentes (obligación personal de contribuir); (iii) el sistema de tributación para las rentas obtenidas en el territorio por entidades no residentes (obligación real de contribuir); (iv) limitaciones a las repatriaciones de resultados y tratamiento de las desinversiones efectuadas; (v) existencia de convenios para evitar la doble imposición internacional; (vi) existencia de normas “*Anti-Treaty Shopping*”; (vii) limitaciones a las estructuras financieras (subcapitalización); y, (viii) tratamiento que reciben los “precios de transferencia” (sistemas de valoración).

b) Composición y necesidades técnicas y financieras que requiere la inversión a realizarse: (i) posible utilización de intangibles, *know-how*, patentes, licencias, etcétera; (ii) realización de los servicios de gestión, apoyo, etcétera; y, (iii) realización de terceras inversiones.

c) Otros aspectos: (i) forma jurídica que debe adoptarse en el estado de destino de la inversión: filial o sucursal. Otras formas jurídicas; (ii) estructura financiera de la inversión. Relación entre capitales ajenos y propios; y, (iii) forma de estructurar los recursos propios. Decisión entre capital social y endeudamiento con la matriz.

d) Una vez determinado el coste fiscal de la inversión, determinar: (i) posibilidad de realizar la inversión a través de otros estados. Coste alternativo; (ii) necesidad de localización del resultado en territorios determinados; y, (iii) determinación de los precios por servicios o transferencia de bienes entre sociedad matriz y filial.

Por último, dicho autor reconoce que todos estos

aspectos giran entorno a variables ilimitadas, tales como el lugar final donde se desean localizar los réditos, el hecho que no exista un vínculo directo entre casa matriz y filial, entre otros.

6. La planificación fiscal y las medidas antielusivas.

De acuerdo con Barnadas⁽¹²⁾, en la planificación fiscal, la competencia fiscal de las Administraciones Tributarias juega un rol fundamental para la captación del mayor número posible de inversiones.

En efecto, la planificación fiscal se nutre justamente de las diferencias entre los ordenamientos tributarios, donde los inversionistas internacionales encontrarán las oportunidades tributarias que más los benefician.

De este modo, los diversos sistemas y estructuras tributarias que afectan las transacciones internacionales ofrecen un campo mucho más amplio que el que existe en las operaciones internas de un Estado. Consiguientemente, en el campo internacional se hace posible el aprovechamiento de los incentivos y condiciones ofrecidas por algunas administraciones tributarias o la utilización del tratamiento previsto en medidas de carácter unilateral, bilateral o multilateral que, en general, permitan una reducción de la carga tributaria de las operaciones⁽¹³⁾.

Asimismo, en este punto, cabe distinguir entre las “zonas con planes de estímulo económico” de las “jurisdicciones de baja o nula imposición”. Respecto a las primeras, estamos ante un sacrificio fiscal destinado a lograr el desarrollo económico del propio Estado o de una región del mismo, mientras que en las segundas, estamos frente a la institucionalización de la evasión o elusión de Estado, lo cual lesiona el interés fiscal de otros países mediante la realización -por el contribuyente- de maniobras evasivas (ocultamiento de riqueza) o elusivas (planificación fiscal internacional)⁽¹⁴⁾.

Esta competencia fiscal entre jurisdicciones constituye un elemento exógeno a la planificación fiscal internacional, un elemento relevante más no determinante, que influye únicamente de manera mediata sobre las juicios que toman en cuenta los

(11) BARNADAS, Francesc. Op. cit.; pp. 289 y 290.

(12) BARNADAS, Francesc. Op. cit.; p. 288.

(13) BARNADAS, Francesc. Op. cit.; p. 287.

(14) CAMPAGNALE, Norberto y otros. *El impacto de la tributación sobre las operaciones internacionales*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 260.

Existen algunas jurisdicciones que generan la mayor parte de su riqueza captando recursos de mercados financieros, por lo que compiten entre sí para ofrecer los tratamientos tributarios más favorables a los inversionistas.

inversionistas en base a la valoración de las instituciones jurídicas, las normas beneficiosas o las oportunidades brindadas, que permanecen contenidas en las normas que las regulan y que deben ser interpretadas según los principios y reglas que le son propios⁽¹⁵⁾.

Obsérvese que esta competencia fiscal lesiona los intereses económicos del resto de las Haciendas Públicas, por cuanto “deslocaliza” inversiones y desvía rentas hacia estos territorios por motivos estrictamente fiscales⁽¹⁶⁾.

En respuesta a ello, de acuerdo con Barnadas⁽¹⁷⁾, las Administraciones Tributarias deben adoptar las medidas necesarias para evitar el uso y abuso de estas estructuras fiscales con la única finalidad de eludir (no evadir) los impuestos de un determinado Estado.

Entre tales medidas, destaca el control de cambios empleado para regular la inversión extranjera y las operaciones de los residentes. Así, se establecen restricciones a transacciones

exteriores relativas, por ejemplo: al régimen administrativo de autorizaciones en relación con inversiones en sociedades cuyo capital está representado en participaciones, a determinadas operaciones con territorios de baja o nula imposición; a transacciones que incorporan asistencia técnica o pagos por transferencia de tecnología; al régimen de préstamos del exterior, al de repatriación de utilidades; al de repatriación de fondos retenidos en entidades del exterior y al nivel de endeudamiento con vinculadas del exterior.

La mayoría de jurisdicciones que no emplean el control de cambios utilizan una amplia variedad de mecanismos anti-elusivos. Así, por ejemplo, se emplean: (i) las doctrinas anti-elusivas bajo las cuales se pueden desconocer los efectos tributarios de las transacciones⁽¹⁸⁾; (ii) la transparencia fiscal internacional⁽¹⁹⁾; (iii) la subcapitalización⁽²⁰⁾; (iv) la lista de paraísos fiscales⁽²¹⁾, (v) la limitación a la deducción de gastos procedentes de paraísos fiscales; (vi) las reglas sobre precios de transferencia⁽²²⁾; (vii) las cláusulas “*Anti-treaty shopping*”⁽²³⁾; entre otras.

En esta línea, Adonnino⁽²⁴⁾ señala que “la actividad de planificación fiscal internacional está condicionada, por un lado, por las normas antielusivas contenidas en los ordenamientos internos y, por el otro, por las normas antielusivas contenidas en los tratados estipulados por los Estados”.

(15) ADONNINO, Pietro. Op. cit.; p. 60.

(16) Véanse al respecto, el Informe de la OCDE *Harmful tax competition: an emerging global issue* publicado en abril de 1988; el Informe OCDE 2000 *Progress in identifying and eliminating harmful tax practices* y el Informe *Ruding* (Informe del Comité de Expertos Independientes en tributación corporativa de 1992 al que le siguieron el Código de Conducta en Tributación Corporativa de la Unión Europea de 1997 y el Código De Conducta de Grupo de 1999).

(17) BARNADAS, Francesc. Op. cit.; p. 288.

(18) Las doctrinas anti-elusivas son muchas, entre las que podemos citar: el abuso del derecho, el fraude a la ley, el propósito de la operación, la doctrina de las transacciones por pasos, la sustancia sobre la forma, entre otras.

(19) La transparencia fiscal internacional (denominada generalmente como *controlled foreign corporations*) son aquellas reglas que requieren que la renta pasiva y otras rentas de entidades del exterior controladas por los accionistas residentes, sean incluidas en las rentas de dichos accionistas, sin importar que dicha renta haya sido distribuida por dichas entidades del exterior. Esto es, se elimina el diferimiento de la renta obtenida en el exterior.

(20) La subcapitalización se refiere a aquellas reglas que restringen la deducción de los pagos de intereses efectuados por entidades con excesivos ratios “deuda-patrimonio” a sustanciales accionistas no residentes.

(21) Los paraísos fiscales son aquellas jurisdicciones que sujetan a la renta -o a algunas formas de renta- o a las entidades -o a ciertas entidades- a una baja o nula imposición.

(22) Las reglas sobre precios de transferencia limitan la posibilidad de partes relacionadas de fijar precios en la transferencia de propiedad o servicios que difieran de los precios que serían pactados en transacciones similares entre partes independientes.

(23) El *treaty-shopping* puede entenderse como el uso de un tratado tributario por un sujeto que no es residente en ninguno de los Estados contratantes, usualmente a través de una “entidad canal” residente en uno de dichos Estados.

(24) ADONNINO, Pietro. Op. cit.; p. 66.

Con relación a este punto, Atchabahian⁽²⁵⁾ afirma que la planificación tributaria es una tarea delicada que está provista de fines prácticos que constituye un arte que tiene su ética. Esta ética se encuentra fundada en hacer cuidadosa la diferenciación entre la elusión y la evasión tributarias, labor que no es sencilla pues existen zonas grises o imprecisas. De esta manera, la planificación tributaria adquiere legitimación cuando concentra sus esfuerzos en los linderos de la elusión tributaria y la pierde cuando importa una conducta antijurídica como la evasión tributaria.

Barnadas⁽²⁶⁾ sostiene que la planificación fiscal internacional o elusión tributaria solo pretende conseguir el mínimo coste tributario aprovechando los mecanismos legales que estén en su mano; mientras que la evasión tributaria pretende el no pago de impuestos por cualquier medio.

En suma, la evasión tributaria es ilegal e importa usualmente una conducta fraudulenta o la no declaración de rentas de manera dolosa. La elusión, por otra parte, involucra conductas llevadas a cabo por el contribuyente para minimizar el monto impositivo pagadero, pero de una manera legal.

Por su parte, Adonnino⁽²⁷⁾ sostiene que “en el ámbito internacional se pueden definir como elusivos aquellos comportamientos realizados intencionalmente con el solo fin de no configurar el hecho típico que el legislador ha considerado como constitutivo de la obligación tributaria, pero que le permiten conseguir un resultado económico análogo, o suficientemente fungible, y esto al solo o principal objeto de atenuar o anular la pretensión fiscal”.

Así por ejemplo, constituyen medidas elusivas el cambio de residencia de un contribuyente hacia un territorio que lo afecta con menor carga fiscal;

el establecimiento de una subsidiaria en un territorio de baja o nula imposición para obtener rentas de fuente extranjera; el desvío de rentas de fuente local hacia entidades extranjeras controladas establecidas en territorios de baja o nula imposición; desviar los dividendos a través de subsidiarias del exterior en caso existan tratados celebrados que permitan al contribuyente reducir las retenciones aplicables sobre los dividendos; la manipulación de precios de transferencia; prácticas de subcapitalización, etcétera.

En este sentido⁽²⁸⁾, la valoración de las relaciones y situaciones jurídicas particulares en el ámbito de la planificación fiscal, involucra la valoración de la idoneidad de los instrumentos jurídicos empleados en orden a la obtención del objetivo de optimizar el costo o carga fiscal, entendiéndose a la mencionada idoneidad como el empleo legítimo de herramientas jurídicas para lograr dicho objetivo. De este modo, la planificación fiscal como parte de la planificación empresarial aparece como una actividad perfectamente legítima e incluso estimulante y a menudo ciertamente necesaria.

Atendiendo a que la finalidad de la planificación fiscal internacional es la optimización del costo fiscal y que este objetivo en sí mismo no puede ser obtenido en discrepancia con los intereses de los ordenamientos, la legitimidad no puede residir sino en la compatibilidad de los intereses tutelados por los Estados y los intereses tutelados por los contribuyentes. Y esta compatibilidad entre los intereses tutelados por los Estados y los intereses tutelados por los contribuyentes, puede concretarse en la subsistencia de válidas razones extra fiscales que hubieren condicionado la operación. E

(25) ATCHABAHIAN, Adolfo. *Derecho tributario internacional*. En: *Tratado de Tributación*. Tomo I. Volumen 2. Buenos Aires: Astrea, 2003. pp. 566 y 567.

(26) BARNADAS, Francesc. Op. cit.: p. 288.

(27) ADONNINO, Pietro. Op. cit.: p. 67.

(28) ADONNINO, Pietro. Op. cit.: pp. 52 y 53.