

La libertad de movimiento de los negocios: los resultados de impuesto de salida*

Cristián Billardi¹

Sumario

1. Introducción
2. La libre circulación de las empresas y los tributos en salida
3. A título de corolario

1. Introducción

La cuestión objeto de mi intervención necesariamente deben evaluarse en el marco más amplio de los mercados financieros globales y la política económica-fiscal de los poderes públicos que debe abordar la relación entre ejercicio de la potestad tributaria y libre movimiento de las empresas y capitales.

En tal sentido, los reiterados cambios de dirección de la política económica (apertura-protección), muestran a menudo un dinamismo cíclico y una marcada dependencia de las coyunturas doméstica e internacional (por ej. efectos de la crisis sub-prime o caída del valor de comodities en el ámbito internacional y políticas de protección o restricciones a las importaciones como el caso argentino hasta el 2016).

Una prueba de ello puede observarse en los sucesivos cambios de escenario coyuntural en la Región. Así por ejemplo, al momento de nuestro Congreso (2016) señalábamos como mientras existían Estados que habían desarrollado una estrategia de apertura (ej. Alianza del Pacífico), otros como Venezuela o Argentina habían establecido en cambio medidas proteccionistas respecto de las inversiones extranjeras, lo que se traducía

* Come citare questo articolo: C. BILLARDI, *La libertad de movimiento de los negocios: los resultados de impuesto de salida contributo*, in *Studi Tributari Europei*, n. 1/2017 (ste.unibo.it), pp 161-168, DOI: 10.6092/issn.2036-3583/8772.

¹ Cristián Billardi, Professore di diritto tributario presso l'Università di Buenos Aires .

en fuertes limitaciones de derecho o de hecho al libre movimiento de capitales y la repatriación de dividendos². Pues bien, mientras esta situación ha cambiado radicalmente en Argentina a partir del nuevo Gobierno (2015-2019), en Venezuela se ha agravado aún más; mientras la floreciente Alianza del Pacífico parece haberse detenido luego del cambio de dirección del actual Gobierno norteamericano.

Desde el punto de vista de los sistemas normativos, cabe advertir que la libertad de movimiento de la actividad empresarial en Latinoamérica tampoco se muestra heterogénea. El panorama es aún más complejo si se tiene en cuenta que las modificaciones de las políticas-económicas a menudo se reflejan tardíamente en el cambio de las normativas tributarias.

A su vez, las regulaciones tributarias sobre la materia se ven cada vez más influenciadas por las acciones de la OCDE –in primis el Plan BEPS– no solo en el ámbito del derecho internacional tributario (CDIs), sino también de manera directa en el ámbito doméstico (por ej. mayor actuación del intercambio internacional de información; incorporación unilateral de normas anti-abuso o contra la doble-no-imposición; modificación de los parámetros de los “paraísos fiscales – jurisdicciones no cooperantes; etc.). En este mismo contexto, cobra significativa relevancia la crisis del principio de residencia (y no solo respecto del e-commerce) del cual se ha hablado en este Congreso.

2. La libre circulación de las empresas y los tributos en salida

Cabe advertir que junto a los denominados “tributos en salida” en estricto sentido, coexisten otras medidas jurídicas que de cualquier manera afectan la libre circulación de las empresas y la neutralidad en la entrada y salida de

² En tal oportunidad se señalaba como desde el punto de vista estrictamente tributario se apreciaba un fuerte impacto en la tributación aduanera, principalmente en las exportaciones. Lo más grave, quizás, es que estas medidas reglamentarias (cuando no solo de hecho) entraban en conflicto con la normativa constitucional, los tratados de libre comercio y el tratado de la OMC, entre otros. Así, por ejemplo a los importadores se les llegó a exigir que exportaran por un monto similar, obligando a realizar estrategias entre los operadores que, además de contrastar la normativa OMC, implicaban mayores costos no previstos, cuando no el cierre de la actividad. Obviamente, todos estos límites han creado una enorme distorsión en el mercado y también en el mundo normativo.

capitales (los “negocios” como bien expone la traducción del título). Entre estas, cobran especial relevancia los efectos tributarios de la redomiciliación de las sociedades y la existencia de tributos que gravan tanto la distribución de dividendos como la transferencia de acciones de sociedades radicadas en el País y/o cuyos activos principales se encuentren allí situados (generalmente conocidos como impuestos a la renta financiera).

En cualquiera de estos casos, las respuestas previstas por los sistemas jurídico-tributarios de la Región se muestran también heterogéneas y cambiantes.

A continuación me permito enunciar algunos ejemplos que pueden ayudar a ilustrar mi precedente afirmación.

a) Exit tax y redomiciliación de las sociedades

La doctrina internacional suele atribuir a los impuestos de salida o “exit tax” una doble finalidad: contrastar la erosión de la base imponible y tutelar la coherencia del sistema. Desde la praxis debiera agregarse una más, esto es lograr una mayor recaudación anticipando el momento de la imposición.

Esto nos lleva a cuestionar si estamos frente a un instrumento útil para proteger la base tributaria frente a futuras plusvalías que no sería alcanzadas por el País del cual ha emigrado la sociedad o si solo se trata de un anticipo de recaudación sin que se den los presupuestos de la realización de dicha ganancia (eventual). En ambos casos la respuesta debe confrontarse con el principio de libertad de establecimiento.

Como he afirmado antes, en el contexto latinoamericano generalmente los sistemas no han previsto una normativa *exit tax ad hoc*.

Tal escenario comporta a menudo inseguridad jurídica tributaria acerca de los efectos (neutralidad fiscal vs. imposición) de la salida de los sujetos y actividades al extranjero. Tal incertidumbre se acentúa allí donde la legislación societaria y tributaria no suelen encontrarse en armonía respecto de los efectos que dicho fenómeno acarrea.

Desde el perfil de la tributación doméstica, los sistemas domésticos adoptan respuestas heterogéneas que van desde criterios formales (lugar de inscripción de la sociedad o inscripción en registros para las personas físicas³) a criterios materiales (sede de la actividad principal o sede de administración efectiva), siendo común la coexistencia de ambos criterios, ya sea como requisitos conjuntos o aplicando el criterio material como remedio antielusivo.

Similar conclusión puede extenderse al contexto convencional, puesto que la problemática no se soluciona con la sola adopción del criterio de la "sede de la administración efectiva" y así ha sido observado por Países como Italia que han reclamado la coexistencia de otros factores de atribución de la residencia. En efecto, puede suceder que se transfiera la actividad principal a otro País sin modificar su sede de dirección efectiva, o viceversa. Todo ello se traduce en fenómenos de doble o múltiple imposición.

En mi opinión, el conocido Plan de Acción BEPS de la OCDE, si bien advierte las criticidades que afectan al principio de residencia, no ha modificado dicho criterio como principio de atribución principal, aún cuando declare que se pretende otorgar mayor potestad allí donde se genere mayor valor.

El fenómeno de la pérdida de la residencia puede estar motivado en una decisión del cambio de la sede al extranjero, como por la aplicación de normas societarias de naturaleza antielusivas. Así por ejemplo, la norma antielusiva presente en numerosos sistemas como el argentino o chileno que considera a la sociedad domiciliada y residente en el Estado cuando allí desarrolle su actividad principal.

Frente a este fenómeno, los sistemas latinoamericanos presentan diversas respuestas. Desde los ordenamientos que consideran esta consecuencia como un acto fiscalmente neutro, hasta aquellos otros que presuponen la

³ Este es el caso de Brasil conforme el cual "a pessoa que pretende se ausentar do Brasil em caráter temporário ou em caráter permanente deverá apresentar, em caráter definitivo, tanto a CSDP como a Declaração de Saída Definitiva do País ("DSDP"), previstas na Instrução Normativa nº 208/2002 (IN 208)".

liquidación de la sociedad en el País de salida o una realización efectiva de sus activos allí situados.

Un ejemplo claro de esta postura se encuentra en el sistema uruguayo que solamente lo considera neutral desde el punto de vista fiscal a partir de la redomiciliación de la sociedad al exterior. En tal caso, le será aplicable la normativa prevista para los residentes en el extranjero mas ello no implica la existencia de plusvalía alguna derivada de dicha redomiciliación.

En el otro extremo numerosos sistemas prevén un adelanto de imposición fiscal de los activos de la sociedad, los cuales tendrán el tratamiento reservado a las plusvalías. Ejemplos de esta respuesta pueden encontrarse en el sistema australiano y en buen aparte de los sistemas latinoamericanos como el peruano.

Situados en un plano medio entre ambas posiciones aparecen aquellas otras que prevén consecuencias menos amplias para la redomiciliación como, por ejemplo: limitar la consecuencia solo con respecto a la actividad invocada, o permitir la salida las pérdidas acumuladas, disponer la ultratractividad de la residencia por un periodo determinado (sobre todo para las personas físicas), y principalmente cuando se desarrolla en un paraíso fiscal o en una jurisdicción no cooperante.

Otro posible sistema sería el de considerarlo una reorganización societaria libre de impuestos y neutral desde el punto de vista fiscal, pero aunque este instituto está previsto en casi todos los ordenamientos internos, generalmente los estrictos requisitos normativos lo hacen de difícil aplicación, especialmente cuando se trata de una reorganización de carácter transnacional.

Si bien teóricamente debieran poder distinguirse aquellos casos los cuales el cambio de domicilio implica el traslado de todos los bienes y actividades del ente, de aquellos otros donde, a pesar del cambio de domicilio, la persona jurídica mantiene sus actividades y bienes en el país bajo otro ropaje jurídico (v.g., en cabeza de una sucursal o un establecimiento

permanente)⁴, la realidad es que la mayor parte de los sistemas domésticos carecen de una normativa específica a tal fin.

Pueden servir como ejemplo las reflexiones de la academia acerca del sistema argentino donde se ha sostenido que "...no existe norma en la LIG que contemple la gravabilidad de los bienes de una persona jurídica frente a un cambio de domicilio al exterior. En este sentido, no se trata de un supuesto de "enajenación" previsto en el artículo 3º de la LIG, ni tampoco existe una transferencia de bienes a un "tercero", toda vez que se trata del mismo ente que sigue en posesión de sus activos, pero cuyas sus actividades continúan en el exterior. La LIG tampoco contempla presunción alguna ante los cambios de domicilio de una persona jurídica, ni la aplicación de un "impuesto de salida" sobre todos o determinados bienes de ésta. Desde el punto de vista impositivo, tampoco se considera al cambio de domicilio como un supuesto asimilable a la "disolución" y/o "liquidación" del ente jurídico, como así tampoco lo hacen las disposiciones de la LSC. Como se mencionó anteriormente, a diferencia de los casos de disolución anticipada de una sociedad, la LSC contempla el derecho de receso para casos de transferencia de domicilio al exterior, lo cual sustentaría que el cambio de domicilio implica la continuidad de de la misma sociedad en el extranjero, sin distribución alguna a favor de los socios, toda vez que la sociedad ni se disuelve ni se liquida"⁵.

b) Impuestos a las transferencia de acciones y rentas financieras

Los tributos que alcanzan la distribución de dividendos y/o la transferencia de acciones ciertamente afectan el movimiento de los capitales y la rentabilidad de los negocios. La cuestión puede agravarse allí cuando dicha imposición se traduzca en una doble imposición económica donde la misma renta originada por la actividad es gravada primero en cabeza de la

⁴ Asorey, Rubén O. "Similitudes y diferencias entre el concepto de renta en la ley de impuesto a la renta de Perú (LIR) y en la ley del impuesto a las ganancias de la Argentina (LIG)", en *Revista de Derecho Fiscal RDF*, marzo - abril, 2009-2, pág 9.

⁵ Conclusiones de las "III Jornadas De Tributación Internacional" (AAEF - Bs.As. 6,7/11/2014). Informe de Relatoría del Tema I: "Residencia Fiscal. Aspectos Controvertidos" (Pte. A. Messineo- Relatora: D. C. Rey).

sociedad productora y luego en cabeza del accionista beneficiario de los dividendos.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en la reciente reforma argentina introducida por la ley 27.430/2017⁶ que decidió gravar este tipo de rentas alcanzando a las operaciones realizadas entre residentes como también las concluidas entre sujetos no residentes. En tal sentido, el artículo incorporado a continuación del art. 13 de la ley de impuestos a las ganancias (LIG) considera renta ganancias de fuente argentina a las obtenidas por sujetos no residentes respecto de enajenaciones de bienes ubicados en el País, incluso aquellas efectuadas a través de una entidad interpuesta (indirecta), allí cuando se den las condiciones legales; en particular: que el valor de mercado de las participaciones enajenadas provenga al menos en un 30% de acciones, títulos etc. de una sociedad, fondo o fideicomiso constituido en Argentina.

El Decreto 279/2018⁷ reglamentó ciertos aspectos de dicha reforma cuya alícuota aplicable a la compra-venta de acciones va desde el 5% al 15%, conforme un mecanismo de retención en carácter de pago único y definitivo. La tasa se eleva a la alícuota mayor del 35% en el caso de jurisdicciones no-cooperantes.

Dicha imposición alcanza incluso a los beneficiarios del exterior quienes deben ingresar en nombre propio el impuesto a falta de representante en Argentina.

Cabe señalar que tales disposiciones pueden verse modificadas ante la existencia de un CDI vigente con el País de residencia del beneficiario extranjero, por lo que no resulta indiferente la residencia del beneficiario efectivo de dicha transferencia

⁶ La ley 27.430 introdujo una relevante serie de modificaciones en el Impuesto a las Ganancias (IG), el IVA, el impuesto a los débitos y créditos en cuenta bancarias, los tributos aduaneros e incluso a nivel de procedimiento y régimen penal tributario.

⁷ La norma es complementada actualmente por las R.G. RG Afip 4189/2018 (10.1.18); RG 4190/2018 (11-01-18); RG 4219/2018 (26-03-18) y la R.G. 4227/2018.

3. A titolo de corolario:

El análisis comparativo muestra que en la mayor parte de los sistemas latinoamericanos no se prevé un específico impuesto en salida.

Asimismo, se muestran heterogéneas las consecuencias jurídico tributarias del cambio de residencia de las empresas, sea que estas se motiven en una decisión empresarial como por aplicación de normas antielusivas de carácter societario.

El objetivo declarado de las medidas tributarias destinadas a contrarrestar mecanismos de elusión o protección de base imponible, a menudo aparece superado por una mera finalidad recaudatoria que considera fictamente realizadas rentas que no han sido objeto de cesión ni de renta alguna.

Asimismo, la inseguridad jurídica generada por la ausencia de regulación específica del fenómeno de cambio de residencia por parte de los sistemas domésticos no se ve dilucidada por las Convenciones bilaterales para eliminar la doble imposición (CDI).

In fine, si uno de los principales desafíos de los sistemas latinoamericanos es aumentar el volumen del mercado interno a través de las inversiones, crear puestos de trabajo y mayor valor agregado, las normas de *exit tax* –y las normas tributarias en general- deben ser evaluadas a la luz de su coherencia con dicha finalidad. En tal sentido, basta dar una ojeada a nuestros sistemas para verificar que a menudo las soluciones suelen ser incoherentes, cuando no contradictorias a tal fin.

En este mismo sentido, la acumulación de medidas anti-abuso no garantizan de por sí una mayor recaudación tributaria y pueden convertirse en cambio en fuente de inseguridad jurídica que afecta negativamente el crecimiento de la inversión interna e internacional.-