

Régimen de declaración obligatoria de planificaciones fiscales (Resolución General AFIP 4838/2020)

Por Alberto Tarsitano

1. Antecedentes

En el año 2013 la OCDE publicó el informe sobre *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (conocido como Plan BEPS), y ese mismo año propuso un programa conformado por 15 acciones destinada dotar de consistencia a las normas del Derecho interno de los países, relativos a las actividades transfronterizas, el sustento territorial de las normas internacionales y la transparencia fiscal internacional.¹

La acción 12 del plan BEPS documentó la necesidad “exigir a los contribuyentes que revelen sus esquemas de planificación fiscal agresiva”, siguiendo las experiencias de EE. UU², el

¹ OCDE (2013a), Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.

Otros estudios de la OCDE relativos a la materia son:

OCDE (2011), Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure, OCDE, París, www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/48322860.pdf.

OCDE (2008), Study into the Role of Tax Intermediaries, OCDE, París (Estudio sobre el papel de los intermediarios fiscales), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264041813-en>.

² En cuanto a la legislación estadounidense, véanse los artículos 6011, 6111, 6112, 6707, 6707A, 6662A y 6708 del Internal Revenue Code (Código Tributario), <https://www.irs.gov/businesses/corporations/abusive-tax-shelters-and-transactions>

Reino Unido³, Canadá⁴, Portugal⁵, Irlanda⁶ y Sudáfrica⁷, países que habían implementado esta clase de declaración obligatoria. Estos regímenes, más el de México⁸ y Chile⁹ se citan como antecedentes en los considerandos de la resolución general de la AFIP.

El propósito del deber de información es suministrar al fisco los datos necesarios para el conocimiento anticipado, para identificar y, eventualmente, contrarrestar planificaciones fiscales potencialmente abusivas o elusivas. La información anticipada permite a las Administraciones fiscales reaccionar a nivel operativa o normativo sobre estos esquemas de ahorro de impuestos que, aunque percibidos como legítimos por el contribuyente pueden despertar sospecha en el fisco de un uso impropio de jurisdicciones, convenios o figuras jurídicas.

El Informe Final sobre la acción 12¹⁰ señala que un adecuado régimen de declaración obligatoria debería satisfacer los siguientes requisitos:

- ser claro y fácil de entender;
- buscar un justo equilibrio entre los costes de cumplimiento soportados por los contribuyentes y los beneficios que se derivan para la administración tributaria;

³ En el Reino Unido, véase la Finance Act (Ley Presupuestaria) de 2004, Parte 7 (artículos 306 a 319). Actualmente, El Disclosure of tax avoidance schemes (DOTAS) está regulado por el Finance Act 2017 Part 6.64. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/32/contents/enacted>. Existe además una guía para la aplicación del régimen que puede consultarse en <https://www.gov.uk/government/publications/disclosure-of-tax-avoidance-schemes-guidance>

⁴ En Canadá, véanse los artículos 237.1, 237.3, 143.2 y 248 de la Income Tax Act (Ley del impuesto sobre la renta). <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/i-3.3/>

⁵ Portugal, véase el Decreto Ley nº 29/2008 de 25 de febrero de 2008. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/247717/details/maximized>

⁶ En Irlanda, véase el artículo 149 de la Finance Act (Ley Presupuestaria) de 2010. <http://www.irishstatutebook.ie/eli/2010/act/5/section/149/enacted/en/html#sec149>

⁷ Sudáfrica, véanse los artículos 80M a 80T de la Ley del impuesto sobre la renta. https://www.gov.za/sites/default/files/gcis_document/201409/a21-060.pdf

⁸ México: el régimen de información fiscal se encuentra regulado en los artículos 197 a 202 del Código Fiscal. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/8_090120.pdf

⁹ http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html. En el "Catálogo de Esquemas Tributarios" 2019 se presentan 60 casos de planificación fiscal con la opinión del Servicio de Impuestos Internos. El catálogo se actualiza anualmente con los casos sometidos a consulta por el contribuyente.

¹⁰ OCDE (2016), "Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva", Acción 12 - Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, París. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264267367-es>

- ser efectivo para lograr los objetivos políticos previstos y para detectar con precisión las estructuras pertinentes¹¹;
- identificar con precisión aquellas estructuras sujetas a la obligación de declaración;
- tener la suficiente flexibilidad o dinamismo para permitir a la administración tributaria adaptar el sistema con el fin de dar respuesta a nuevos riesgos;
- garantizar que la información recopilada sea utilizada de manera eficaz

De esta manera, se cumpliría con la finalidad de aumentar el nivel de transparencia, facilitando a la administración tributaria información anticipada acerca de las estructuras de planificación fiscal potencialmente agresivas o abusivas con el fin de identificar a los promotores y usuarios de tales estructuras. Otro objetivo de este tipo de regímenes es la disuasión: es probable que los contribuyentes lo piensen dos veces antes de poner en marcha una estructura de declaración obligatoria¹².

2. La Resolución general AFIP 4838/2020

Sin que se conozcan estudios previos realizados en nuestro país sobre un régimen de esta naturaleza, la AFIP dictó la Resolución General 4838/2020 (B.O. 20/10/20) de denuncias de planificaciones fiscales, cuyas características principales se describen a continuación.

(i) ¿Qué se debe informar?

Las planificaciones fiscales nacionales e internacionales caen bajo la obligación de denuncia.

Para la AFIP, una *planificación fiscal nacional* comprende a todo "acuerdo, esquema, plan y cualquier otra acción de la que resulte una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio" en favor de los contribuyentes, que se desarrolle en la República Argentina con relación a cualquier impuesto.

En ese marco, serán consideradas como tales y deberán informarse aquellas planificaciones fiscales nacionales que se encuentren contempladas en el micrositio "Régimen de Información de Planificaciones Fiscales" disponible en el sitio "web" del Organismo (<http://www.afip.gob.ar>).

Por su parte, una *planificación fiscal internacional* incluye a todo acuerdo, esquema, plan y cualquier otra acción de la que resulte una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio en

¹¹ Destaca la OCDE, que no sería práctico que un régimen de declaración obligatoria se centrara en todas las operaciones que suscitan dudas de elusión fiscal, por lo que la identificación de "rasgos distintivos" es un factor clave para establecer el alcance de las planificaciones (Informe Final, citado en nota 10).

¹² Informe Final, citado en nota 10.

favor de los contribuyentes comprendidos en ella, que involucre a la Argentina y a una o más jurisdicciones del exterior.

En ese marco, se considerará especialmente que existe una planificación fiscal internacional en los términos del régimen implementado por la presente, cuando se verifique alguna de las siguientes situaciones:

a) Se utilicen sociedades para el aprovechamiento de convenios para evitar la doble imposición, se adopten estrategias para evitar la configuración del estatus de establecimiento permanente, se produzca un resultado de doble no imposición internacional, se permita la locación de una o varias bases imponibles en fiscos extranjeros o se pretenda evitar la presentación de algún régimen de información.

b) Se encuentren involucradas jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación.

c) Se aprovechen las asimetrías existentes en las leyes tributarias de dos o más jurisdicciones en lo que respecta al tratamiento y calificación de una entidad o contrato o de un instrumento financiero, que tengan por efecto una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio.

d) La persona humana, sucesión indivisa, sociedad, fideicomiso, fundación o cualquier otro ente del exterior o instrumento legal posea doble residencia fiscal.

e) Cualquier sujeto posea derechos inherentes al carácter de beneficiario, fiduciante, fiduciario, fideicomisario de fideicomisos de cualquier tipo constituidos en el exterior, o en fundaciones de interés privado del exterior o en cualquier otro tipo de patrimonio de afectación similar situado, radicado, domiciliado y/o constituido en el exterior.

f) Se encuentre específicamente contemplada en el micrositio "Régimen de Información de Planificaciones Fiscales".

(ii) Característica de la Información

El sujeto obligado deberá suministrar la información de manera "exhaustiva, en lenguaje claro y preciso" a efectos de describir en forma acabada la planificación fiscal en cuestión" y la manera en que resulta una ventaja fiscal o cualquier otro tipo de beneficio en favor de alguna de las partes comprendidas en dicha planificación o de un tercero.

Ello incluye la descripción completa de los hechos relevantes, de los detalles relativos a las partes involucradas y de cada elemento o transacción relevante de la planificación fiscal. La obligación de información comprenderá asimismo un análisis pormenorizado de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, incluso de la normativa extranjera.

(iii) ¿Quién debe informar?

Están obligados a informar, de manera autónoma, el contribuyente y los asesores fiscales. El cumplimiento del régimen de información por uno de los sujetos obligados no libera al resto de la obligación de informar.

Se considera "asesores fiscales" a las personas humanas, jurídicas y demás entidades que, en el curso ordinario de su actividad, ayuden, asistan, aconsejen, asesoren, opinen o realicen cualquier actividad relacionada con la implementación de una planificación fiscal, **siempre que participen en dicha implementación directamente o a través de terceros** (artículo 6 de la resolución general).

Asimismo, la resolución general responsabiliza a los asesores fiscales de cumplir con el régimen de información cuando otros asesores fiscales vinculados, asociados o conectados directa o indirectamente implementen una planificación fiscal, independientemente de la jurisdicción donde se encuentre radicados estos últimos, lo cual, se entiende, será de difícil aplicación práctica.

(iv) Secreto profesional

La resolución general acepta la posibilidad de que el asesor fiscal se ampare en el secreto profesional, aunque deberá notificar al contribuyente tal circunstancia, y a tales efectos, deberá acceder al sitio "web" del fisco (<http://www.afip.gob.ar>) mediante la utilización de la Clave Fiscal, e ingresar al servicio denominado "Régimen IPF", opción "Secreto Profesional".

Sin perjuicio de ello, el contribuyente podrá relevar al asesor fiscal del secreto profesional para el caso particular o permanentemente.

(v) Plazo para informar

Las planificaciones fiscales nacionales comprendidas en el artículo 3º de la resolución general deberán ser informadas hasta el último día del mes siguiente al de cierre del período fiscal en el que se implementó la planificación fiscal.

Las planificaciones fiscales internacionales deberán ser informadas dentro de los diez (10) días de comenzada su implementación en los supuestos contemplados en el segundo párrafo del artículo 4º.

Se considera que una planificación fiscal comienza su implementación desde el momento en que se inicia la primera gestión para poner en marcha la planificación fiscal.

Una norma de transición fijó un plazo —29/1/2021— para informar planificaciones fiscales realizadas entre el 1 de enero del 2019 y la fecha de dictado de la resolución general o incluso anteriores en tanto mantengan sus efectos vigentes.

(vi) Sanciones

a. Sanciones Impropias

El cumplimiento de la obligación de información será requisito para la tramitación de solicitudes que efectúen los sujetos obligados referidas a la incorporación o permanencia en los distintos registros implementados por la AFIP, a la obtención de certificados de crédito fiscal y de constancias de situación impositiva o previsional. Adicionalmente, los sujetos obligados podrán ser categorizados con mayor riesgo de ser fiscalizado, según lo previsto en el Sistema de Percepción de Riesgo (SIPER), implementado por la Resolución General 3985.

b. Multa

El primer artículo agregado a continuación del artículo 38 dispone que la omisión de presentar las declaraciones juradas informativas previstas en los regímenes de información propia del contribuyente o responsable, o de información de terceros, establecidos mediante resolución general de la Administración Federal de Ingresos Públicos, será sancionada —sin necesidad de requerimiento previo— con una multa de hasta \$ 5.000, la que se elevará hasta \$ 10.000 si se tratare de sociedades, empresas, fideicomisos, asociaciones o entidades de cualquier clase constituidas en el país, o de establecimientos organizados en forma de empresas estables —de cualquier naturaleza u objeto— pertenecientes a personas de existencia física o ideal domiciliadas, constituidas o radicadas en el exterior.

(vii) Efectos

El cumplimiento del deber de información no dará lugar a una aceptación o rechazo expreso o implícito por parte de la AFIP, respecto de la validez de los esquemas utilizados ni del tratamiento tributario que les corresponde.

3. Evaluación de la Resolución General 4838.

La resolución general dictada por la AFIP posee baja calidad técnica en comparación con el modelo propiciado por la OCDE o con las experiencias que ofrece el derecho comparado.

Como pudo verse, la definición de planificación fiscal es demasiado amplia. Bajo la dicción literal del primer párrafo de los artículos 3 y 4, hasta la simple decisión de invertir en un activo exento en la ley o en un convenio sobre doble imposición estaría sujeto a declaración obligatoria. El lector comprenderá que esta no es la intención de los regímenes de esta clase en el derecho comparado ni debería serlo del argentino. Para conseguir el resultado que se busca es necesario precisar mejor el significado de la planificación fiscal, la que será revelada por los contratos, las sociedades en extraña jurisdicción o el uso de convenios. Tal identificación es clave para conectar la potestad tributaria con elementos de la renta o el patrimonio, y ponderar si ellos, considerados de manera aislada o conjunta, sustituyen de manera ilegítima otros estados, situaciones o negocios jurídicos de mayor presión tributaria.

El alcance de los datos que se piden posee una textura abierta, aunque probablemente en buena parte todo termine resumiéndose en un listado de planificaciones fiscales con ciertas características incorporado al micrositio web de la AFIP, al modo como lo hace el Servicio de

Impuestos Internos de Chile¹³. La *chek list* será de gran ayuda para los casos conocidos, pero no para los novedosos, los que dependerán de la información de los obligados o los relevamientos que por otros sistemas obtenga el fisco, no solo a través de las auditorías ordinarias sino por otros regímenes de información específicos como los relativos a precios de transferencia (Resolución General 4717), identificación de accionistas, beneficiarios últimos de la cadena de valor e implementación de registro de sociedades de renta pasiva (Resolución General 4697) y sociedades vinculadas (Resolución General 3572).

El carácter de asesor fiscal obligado, condicionado a la participación en la ejecución del esquema, o por la relación directa o indirecta con otro asesor involucrado en otro país, carece de precisión, y por tanto abre un sinnúmero de interrogantes que auguran alta litigiosidad. Se le pide al contribuyente lo que el requerimiento no satisface: un lenguaje claro y preciso. Estas previsiones parecen estar pensadas para ciertas planificaciones “enlatadas” promovidas en economías desarrolladas por bancos y estudios especializados, pero son difíciles de adaptar a nuestra realidad. La responsabilidad del asesor fiscal local por la ejecución de una planificación fiscal por un agente no residente parece de difícil cumplimiento, en tanto la conexión con el profesional debe estar referida al esquema particular que se analiza y no a vínculos generales de asociación o representación.

Es necesario insistir, sobre todo, en el carácter complejo de la planificación fiscal y en la falta de coordenadas para ubicar su principio de ejecución por el profesional. Podría aventurarse, para un abogado, por ejemplo, que ello se manifiesta en la redacción de contratos, estatutos, trámites de registro de sociedades u otras actuaciones similares, con la advertencia de que el profesional debiera conocer la existencia del esquema en su conjunto y sus resultados fiscales, lo cual desliza la materia a hechos de difícil prueba. Desde que la responsabilidad no nace por la mera opinión o consejo profesional sobre el tratamiento tributario de un esquema para el logro de determinados propósitos prácticos, puede darse la paradoja que quien diseñe el esquema no participe de su implementación y quien lo implemente ignore su alcance fiscal.

En relación con este punto, se observa una curiosidad: se le pide al declarante —se asume que a un profesional de la abogacía— “un análisis pormenorizado de las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, incluso de la normativa extranjera”, lo que es inconducente pues se presume que las normas locales son conocidas por el fisco y sobre las extranjeras el profesional carece de incumbencia.

¹³ La Administración tributaria chilena brinda un buen ejemplo de cómo estas herramientas también buscan afianzar la seguridad jurídica y desarrollar relaciones de confianza y transparencia con los contribuyentes. Dice en su portal de internet http://www.sii.cl/destacados/catalogo_esquemas/index.html, que “A través de la versión actualizada del Catálogo de Esquemas Tributarios, buscamos describir situaciones de diversa naturaleza —no necesariamente de carácter elusivo— que pueden implicar un potencial de incumplimiento tributario, o respecto de las cuales pondremos especial atención. Nuestro objetivo es poner a disposición de todos los contribuyentes una guía de consulta que permita prevenir y controlar la obtención de ventajas tributarias indebidas, cuidando los recursos de todos los chilenos.

Otro aspecto que merece particular interés es lo relativo a la compatibilidad del régimen informativo con el secreto profesional¹⁴. Hay un principio de reconocimiento a este derecho, pero se lo desnaturaliza cuando se indica que el profesional debería dejar constancia de su reserva ante la AFIP ¿Se quiere significar, acaso, que el asesor fiscal deberá identificar a su cliente? Si así fuera, ya estaría violando el secreto profesional. Recordamos que el artículo 156 del Código Penal considera delito la “revelación del secreto sin justa causa” (la obligación impuesta por una norma configuraría esta causal), mientras que el Código Procesal Penal, en su artículo 244, segundo párrafo, indica que quien tenga el deber de guardar el secreto profesional “no podrá negar su testimonio cuando sea liberado del deber de guardar secreto por el interesado”, precepto que, a la vez, parece inspirar el párrafo del artículo 8 de la resolución general, que dice “el contribuyente podrá relevar al asesor fiscal del secreto profesional para el caso particular o permanentemente, a través del mencionado servicio”¹⁵.

A la luz de las incertidumbres que despiertan las cuestiones reseñadas, parece menos oportuno que nunca la aplicación de las denominadas sanciones impropias tendientes a obstaculizar la actividad del contribuyente, materia muy resistida debido al mal uso que de ellas hace el fisco, con el agregado de que aquí se crean por una resolución administrativa.

Nos preguntamos si el régimen de información no debió ser aprobado por una ley formal. Si bien es cierto que los deberes de información pueden ser creados por la Administración, sea por la vía del artículo 100 inciso 7 de la Constitución nacional o por reglamentación de la ley 11.683 según el Decreto 618 —no es este el lugar para dirimir si se trata de un reglamento autónomo o delegado—, hubiera sido conveniente aprobarlo por ley, teniendo en cuenta que la información requerida puede entrar en conflicto con ciertas garantías constitucionales, como sucede con la libertad de elección de las formas jurídicas de menor costo fiscal tuteladas por el derecho privado, la compatibilidad del régimen con el secreto profesional o el derecho a la no autoincriminación.

¹⁴ La ley 23.187 de ejercicio de la profesión de abogado establece que es un “deber” Observar con fidelidad el secreto profesional, salvo autorización fehaciente del interesado (artículo 6, inciso f) y también un “derecho” el Guardar el secreto profesional (artículo 7, inciso c). El Código de Ética del Colegio Público (art. 10, inc. h), permite al abogado revelar el secreto profesional cuando así lo autoriza su cliente, a diferencia del Código de Ética de la Provincia de Buenos Aires, cuya regla 11 no admite su declinación por “ninguna autoridad o persona”.

El Código de Ética Unificado para Profesionales de Ciencias Económicas de la República Argentina, elaborado por la Comisión de Ética de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE), dispone en el Artículo 32: El profesional puede revelar el secreto, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites, en los siguientes casos: a) Cuando el profesional es relevado por el cliente o empleador de guardar el secreto, no obstante ello debe considerar los intereses de todas las partes, incluyendo los de terceros que podrían ser afectados. b) Cuando exista un imperativo legal.

¹⁵ Con referencia al secreto profesional de los abogados como derecho/deber, ver Munilla Lacasa, Hernán., “El abogado no puede ser obligado a prestar declaración testimonial si opta por guardar el secreto profesional”, *La Ley*, 2 de junio de 2004 y las opiniones de la doctrina argentina allí citada.

Debe anotarse, adicionalmente, que también hubiera sido oportuno que esta clase de medida —puesta a consideración por la OCDE y el G20 al menos desde el 2016— en tanto se dirige a abogados y contadores públicos, fuera sometida a un debate amplio, escuchando a los colegios profesionales, a las universidades y a otros grupos de interés. Como también hubiera sido deseable que el régimen en general atravesara una etapa de análisis en donde se escuchen las voces del sector privado, lo que no significa confundirlo con el sistema de cooperativismo fiscal¹⁶, pero sí articular un espacio de diálogo en el que se anticipen y resuelvan problemas, en beneficio de la seguridad jurídica.

Desde nuestra perspectiva, todas las consideraciones precedentes se disminuyen, todavía, frente a la principal preocupación: la creación un régimen de información de esquemas de planificación fiscal sin que exista una noción o método correcto para evaluar y distinguir entre una planificación fiscal legítima, agresiva o elusiva y evasiva. Como lo pone de manifiesto este libro, no está muy claro en la Argentina, lo cual incluye principalmente al fisco, qué se entiende por cada concepto y donde están los límites entre las figuras. Esta carencia arroja interrogantes acerca de cómo será utilizada la información cuando, con base en el artículo 2 de la ley 11.683, se deba calificar tributariamente una planificación fiscal que involucre sociedades, negocios o situaciones jurídicas, estimulada ahora por la información brindada por el obligado. Existe un riesgo claro de que se terminen negando las ventajas fiscales que proporcionan el uso de determinadas figuras (sean negocios, jurisdicciones o convenios) por el hecho de que discrecionalmente se le adjudique un interés fiscal en su empleo.

Debería añadirse, para concluir, que al final del camino existe un efecto fácilmente reconocible. Quien ponga en conocimiento del fisco una planificación fiscal no debería ser objeto de sanción, contravencional o penal, con motivo de su rechazo.

¹⁶ Sobre el tema, ver OCDE (2013b), Relación cooperativa: Un marco de referencia: De la relación cooperativa al cumplimiento cooperativo, OCDE, París, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207547-es>.