

Tratamiento de la renta pasiva y el rol de las retenciones en la fuente. Consideraciones generales. El caso argentino

Dr. Antonio Hugo Figueroa

1. Introducción

En tanto los principios jurisdiccionales subjetivos (residencia, domicilio o nacionalidad) tienen un fundamento político o social, que se complementa con argumentos de carácter tributario fundados en los principios de neutralidad y equidad, el principio de territorialidad de la fuente (o simplemente fuente) se apoya en razones preponderantemente económicas que consideran la pertenencia de la fuente productora de la renta a la estructura económica de un determinado país.

Tal fundamento se combina con otro de carácter social, puesto que al sostener que la obtención de la renta se origina en la integración de la fuente que la produce al circuito económico de un cierto país, ello equivale a afirmar que dicha obtención ha sido posible en virtud de un determinado ambiente político, socioeconómico y jurídico cuyo costo debe ser sufragado por los beneficiarios de rentas locales, sin que interese, a esos efectos, la residencia, domicilio o nacionalidad o cualquier otra condición o característica personal de tales beneficiarios.

Atento a sus fundamentos, la aplicación del principio de la fuente requiere, como factor determinante, la ubicación de una fuente productora en el país que adopta dicho principio, aun cuando lo combine con un principio jurisdiccional subjetivo (residencia) tal como ocurre en el caso de los países exportadores de capital. La mencionada ubicación de la fuente, en el caso de rentas pasivas obtenidas por beneficiarios del exterior (usualmente tipificados como "no residentes"), se entiende configurada cuando los capitales (monetarios o físicos) o los bienes inmateriales que originan las rentas se colocan o utilizan económicamente en un país, circunstancia esta que actúa sobre la tipificación de las rentas y, consecuentemente, sobre la apropiación de los gastos que se consideren necesarios para producir la renta y, asimismo, mantener la fuente en condiciones de productividad.

Al respecto, se observa que los cambios operados en las orientaciones económicas e inclusive en las políticas tributarias, de los países importadores de capital que, en las últimas décadas, se han empeñado en lograr una mayor simplicidad administrativa, no han alterado la validez de los fundamentos en que se sustenta el principio de territorialidad de la fuente y de los criterios técnicos que deben adoptarse en función de tal principio. Por el contrario, tales principios y criterios tienen aún plena vigencia en los países de América Latina, países en los que, en general, se plantean cada vez con mayor intensidad requerimientos relativos a la captación de inversiones externas, así como también los referidos a la necesidad de lograr un importante incremento de sus ingresos tributarios que resulte acorde con sus exigencias presupuestarias.

Dentro de ese contexto, y atendiendo a la relación de los mencionados países con los países exportadores de capital, los flujos de capitales van desde estos últimos hacia los primeros mientras que los flujos de renta presentan una dirección unilateral inversa. En tal virtud, resulta correcto que en materia de rentas pasivas se haya optado por someterlas a retenciones en la fuente, con carácter de pago único y definitivo, ya que ello constituye el medio más adecuado a los efectos de consagrar u otorgar posibilidades efectivas o reales de imposición compatibilizando el principio de fuente con la condición de asequibilidad o factibilidad, condición básica en la aplicación de tributos. Es más, los países exportadores de capital también recurren a esta metodología para la aplicación del impuesto a la renta en el caso de no residentes que obtengan beneficios de origen local.

En tal sentido, aún cuando necesidades vinculadas con el mercado financiero, con la obtención de tecnología - no obstante que el 80% de las transferencias de tecnología mundiales se realizan intraempresas (entre empresas vinculadas) - y con la captación de inversiones directas, hayan llevado, en muchos países, a moderar las alícuotas efectivas aplicadas sobre intereses, regalías y dividendos y, en algunos casos, a recurrir a ciertas exenciones o medidas de carácter equivalente para dividendos o intereses, no parece viable que los países importadores de capital puedan comprometerse a resignar su potestad tributaria no aplicando un sistema de retención en la fuente, más aún si se toma en consideración que la unidireccionalidad de los flujos de rentas no supone un beneficio equivalente al que

otorgan y, en todo caso, ese beneficio no resulta compatible con sus propios intereses, que ponen de manifiesto la conveniencia que sus empresas inviertan en el país y no en el exterior.

Por otra parte, cabe señalar que las retenciones en la fuente, con carácter de pago único y definitivo, no comportan un tratamiento discriminatorio ya que el principio de no discriminación supone igual tratamiento a igualdad de condiciones de derecho y de hecho, supuesto este que no se cumple en el caso de beneficiarios domiciliados o residentes en el exterior respecto de beneficiarios residentes en el país fuente, puesto que la localización de los mismos, además de implicar que la renta sometida a retención sólo constituye una manifestación parcial de la capacidad contributiva del no residente impide, por su parte, una acción administrativa orientada a determinar la cuantía de la renta o beneficio real obtenido.

Asimismo, las retenciones comentadas constituyen, tal como se destacó en comentarios precedentes, el único medio realmente eficaz para asegurar el cumplimiento de la obligación tributaria por parte de los beneficiarios no residentes. En caso contrario -determinación de renta real- tendría que obligárseles a nombrar un representante legal en el país fuente cuya designación debería ser previamente aprobada por la administración de impuestos, después de evaluar su solvencia y exigir la constitución de las garantías que considere necesarias. Por otra parte, como los beneficiarios no residentes podrían no acatar esa obligación, de todas maneras debieran establecerse retenciones en la fuente para los supuestos de incumplimiento que, en tal caso, incluirían un elemento punitivo que las tornarían más gravosas.

El tratamiento alternativo a que se refiere el párrafo anterior, posiblemente significaría una mayor onerosidad en los casos de intereses y regalías, puesto que respecto de esos tipos de renta - sin perjuicio de exenciones otorgadas a determinadas financiaciones externas - suele disminuirse la tasa efectiva de retención aplicable con el propósito de abaratar el crédito externo y no encarecer la adquisición de tecnología.

En realidad, se considera que el tema en cuestión, que ha sido objeto de múltiples debates, plantea discrepancias de enfoque respecto de los niveles de retención en la fuente que pueden aplicarse en rentas pasivas tales como intereses y regalías en razón que tales retenciones, posteriormente y en algunos casos, no pueden ser totalmente compensadas en el país de residencia del beneficiario de la renta contra su propio impuesto. Este aspecto, por sus implicancias, demanda la necesidad de que los países realicen un detenido estudio que otorgue razonabilidad a la tasa efectiva media aplicable a los fines de evitar, como se señaló, el encarecimiento de las prestaciones financieras y tecnológicas que sus residentes reciben desde el exterior. Cabe admitir que la fijación de una tasa efectiva media razonable no otorgará solución a todos los casos, ya que es lógico que se presenten situaciones en las que existan excesos y otras en las que se presenten retenciones en defecto, pero no se vislumbra otra alternativa frente a un problema que demanda soluciones prácticas y efectivas.

Otro aspecto a considerar, en relación a la retención en la fuente respecto de intereses y regalías, se refiere al caso de las empresas vinculadas en las que se presenta una situación que ofrece la posibilidad de llevar a cabo la más elemental de las planificaciones fiscales a través de préstamos, que en una importante cantidad de casos encubren verdaderas radicaciones de capitales, en virtud que la retención en la fuente se practica a una tasa o alícuota sensiblemente inferior que la que se aplica a la renta de la filial, significando ello que el interés devengado o abonado se deduce como gasto de la filial a una alícuota del 30 o 33% mientras que el interés sólo sufre una retención del 10 o 15%. Esa brecha, que también se presenta en las prestaciones tecnológicas (asistencia técnica y regalías intraempresas), constituye un importante aliciente para reducir, por su efecto combinado, el impuesto a la renta en el país fuente. Aun cuando en materia de establecimientos permanentes, las legislaciones internas pueden impedir la deducción de los pagos por intereses y regalías, asignándoles el carácter de remesas de utilidades, no sucede lo mismo en el caso de filiales o subsidiarias ya que prevalece la forma (independencia jurídica) sobre la realidad económica.

Finalmente, corresponde señalar que, tal como se indicara en párrafos anteriores, la renta de capitales colocados o utilizados económicamente en el país fuente no solamente comprende la renta de acciones (dividendos) o los intereses - ambos productos de un capital monetario - sino también la que resulte de un capital representado por un bien físico, mueble o inmueble. Queda claro, como no podría ser de otra manera, que la renta de un inmueble puede ser gravada por el país donde el mismo esté situado pero, en cambio, no sucede lo mismo respecto del tratamiento del alquiler de bienes muebles que, de acuerdo con

lo definido por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE "...en razón de la naturaleza de dicha renta.", excluyó en 1992 dicha renta del artículo 12 del modelo de Convenio, significando ello su inclusión en el artículo 7º, referido a beneficios empresariales, en virtud del cual únicamente el país de residencia puede gravar tales locaciones. Es de hacer notar que varios países miembros de la Organización plantearon sus reservas en relación a esta alternativa. Al respecto, corresponde señalar que no se comparte el criterio actual de la OCDE dado que no existen razones técnicas o económicas para incluir a la renta producto de la colocación de un capital -representado por un bien mueble explotado en el país fuente - dentro de las reglas de beneficios empresariales contenidas en el acuerdo, evitando, de esta forma, que el país fuente pueda aplicar su imposición sobre una renta que, en un sentido estrictamente económico, no difiere de otras colocaciones de capitales.

2. Rentas pasivas. Convenios bilaterales

Argentina presenta tres etapas en materia de negociación de tratados tributarios bilaterales amplios para evitar la doble tributación que podrían resumirse en la forma que se indica a continuación:

2.1) Hasta mediados de la década de los años 70, si bien mantuvo conversaciones con diversos países exportadores de capital o industrializados (miembros de OCDE), solamente concretó la suscripción y posterior aprobación legal de dos acuerdos tributarios amplios:

2.1.1.) Reino de Suecia: negociado a principios de los años 60 y que comenzó a regir en el año 1962. Este acuerdo, previo a la publicación del modelo de la OCDE, otorga preeminencia al principio de la territorialidad de la fuente a punto tal que la imposición en el país origen de la renta asume carácter exclusivo, limitándose la retención en origen solamente en el caso de regalías a un nivel del 15% sobre el monto bruto de las mismas. Este acuerdo, renegociado en 1993, fue aprobado por la ley N° 24.795 previéndose que tenga oferta a partir del 1º de enero de 1998.

2.1.2.) República de Alemania: negociado a mediados de los años 60, adoptándose el modelo aprobado por la OCDE en el año 1963 en razón de la necesidad de arribar a un acuerdo con dicho país por decisión política del gobierno de turno. Dicho acuerdo fue denunciado posteriormente por el gobierno constitucional (1973), habida cuenta que las limitaciones establecidas en el mismo respecto de la imposición en el país de origen de la renta (país fuente) generaban fuertes restricciones al ejercicio de la potestad tributaria local. Este acuerdo fue renegociado entre los años 1974 y 1978 manteniéndose vigente hasta la fecha. Al respecto, cabe señalar que las alícuotas de retención en la fuente acordadas fueron: 15% para dividendos, 10/15% para intereses y 15% para regalías.

En realidad, fuera de estos acuerdos Argentina consideraba que las posiciones existentes en materia de negociación de acuerdos tributarios amplios constituían un serio impedimento al desarrollo de su propia política tributaria. Es más, los residentes argentinos no padecían los efectos de la doble imposición internacional en virtud de que la imposición a la renta local sólo recaía sobre las rentas originadas en su territorio.

2.2) A partir de la segunda mitad de los años 70, Argentina comienza, nuevamente, la negociación de acuerdos bilaterales amplios atento que el gobierno de facto consideró necesario desarrollar una política de acercamiento con diversos países a los fines estratégicos que, de manera implícita, fuera reconocida su autoridad utilizando como medio para acceder a ese objetivo la suscripción de diversos y variados tratados bilaterales, entre ellos el referido a los aspectos tributarios.

Como consecuencia de lo expuesto, y no obstante haber mantenido negociaciones con un significativo número de países, se suscribieron acuerdos con Austria, Estados Unidos de América, Francia e Italia. Dichos acuerdos, excepto en el caso de Estados Unidos de América y ello en razón de ciertas modificaciones solicitadas por este país luego de la suscripción del acuerdo en cuestión que no prosperaron, fueron aprobados en los primeros años de la década de los 80 y se encuentran en vigor a la fecha.

Tales acuerdos, aún negociados en base a la estructura formal del modelo OCDE, esto es siguiendo los parámetros del citado modelo respecto de ámbito de aplicación, sujetos comprendidos, definiciones generales, residencia, intercambio de información, procedimiento de acuerdo mutuo, no discriminación,

etc., se apartaron en aquellos aspectos vinculados a la sujeción al impuesto local de ciertos tipos de renta, tanto en materia de fijación de alícuotas de retención en la fuente como, asimismo, en relación al mantenimiento de la potestad tributaria para determinados tipos de renta de origen local, tales como la renta de compañías aseguradoras, la asistencia técnica, la imposición de rentas residuales, entre otras. Además, los límites de retención en la fuente se situaron, en promedio, en un 15% en materia de dividendos, en un 20% en intereses y en un 18% en el caso de regalías.

Desde 1981 y hasta 1991 Argentina se mantuvo al margen de la negociación de este tipo de tratados tanto por definición de las autoridades políticas de gobierno como por los magros resultados observados en el proceso de radicación de inversiones desde los países con los que se habían suscripto acuerdos tributarios amplios, no obstante la rebaja de alícuotas de retención en la fuente y la cesión de su potestad tributaria al otro estado contratante (país de residencia) en el caso de beneficios empresariales, renta de profesionales, etc.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que Argentina suscribió y ratificó, entre los años 1978 y 1983, tres acuerdos tributarios amplios, adicionalmente, a los antes mencionados. Tales acuerdos fueron suscriptos con Brasil, Bolivia y Chile. En el caso de Brasil el acuerdo suscripto, que tuvo origen en definiciones gubernamentales en ambos países relacionadas con el proceso de complementación de ambas economías, aun cuando, formalmente, se adopta un modelo tipo OCDE sus disposiciones adquieren una importante singularidad a tal punto que, en algunos supuestos, podrían verificarse superposiciones de potestades tributarias. Este acuerdo, se estima, entraría en proceso de revisión a los fines de consagrar un nuevo tipo de convenio bilateral de uso común por parte de los países miembros del Mercosur.

En los casos de Bolivia y Chile, ambos acuerdos resuelven el problema de la doble imposición por aplicación del criterio de imposición exclusiva por parte del país fuente, criterio este que surgía de la Decisión n° 40 de la Junta del Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) al que adherían los citados países. El criterio adoptado, asimismo, se correspondía con el principio jurisdiccional objetivo adoptado por la legislación argentina para su impuesto a la renta en el año 1932. Tales acuerdos surgieron como consecuencia de decisiones gubernamentales relacionadas con políticas de complementación económica con ambos países.

2.3) A partir del año 1991, el gobierno argentino, en el marco de una nueva política económica, impulsa la negociación de acuerdos tributarios amplios con el objetivo de coadyuvar al proceso de captación de inversiones externas, en un contexto que presentaba un clima más proclive al desarrollo del referido proceso.

Como consecuencia de ello, mantuvo negociaciones con Australia (concluidas, pendientes de definición), Bélgica (ratificado), Canadá (en vigor), Bulgaria (en negociación), Dinamarca (ratificado), España (en vigor), Finlandia (en vigor), Holanda (suscripto, pendiente de ratificación), Luxemburgo (en negociación), Malasia (pendiente de definición), Noruega (concluidas, pendiente de suscripción), Reino Unido (ratificado), Rusia (en negociación), Rumania (en negociación) y Suiza (suscripto, pendiente de ratificación).

En esta última etapa de negociaciones, Argentina flexibiliza su posición en materia de retenciones en la fuente, sin resignar su poder de imposición en materia de empresas de seguro y reaseguro, empresas de consultoría, servicios personales independientes, actividades de exploración y explotación de recursos naturales (incluida la pesca), asistencia técnica y alquiler de equipos (incluidos en la definición de regalías), inclusión de matching-credit y tax-sparing clause (según el convenio), limitación de los gastos deducibles contenidos en el apartado 3 del artículo 7 del modelo OCDE habida cuenta de los abusos que a través del mismo se cometen e imposición compartida en materia de ganancias de capital, otras rentas e impuestos patrimoniales (para los casos no tratados específicamente en los respectivos artículos).

Respecto de las alícuotas aplicables, corresponde señalar que en materia de dividendos se fijó entre el 10 y el 15% según el grado de participación, en intereses entre el 12 y el 12,5% y en el caso de regalías el 10% para las vinculadas a cuestiones científicas e industriales (incluyendo los pagos por asistencia técnica y el alquiler de equipos o bienes muebles amortizables) y el 15% para el resto de los casos.

3. Comentarios adicionales

3.1) Tendencias observadas: La Directiva de la Comisión Europea (EC) de noviembre de 1990, referida a la abolición de las tasas de retención en la fuente sobre intereses y regalías para los pagos entre la casa matriz y subsidiarias, fue dejada sin efecto por dicha Comisión en el mes de noviembre de 1994. Sin embargo, cabe apreciar que en las negociaciones de países miembros con terceros países se intenta conseguir una significativa reducción de tales retenciones.

No obstante, los países de América Latina, en general, tratan de preservar un nivel de imposición que, adecuado a las características de cada política económica, no les importe la renuncia total a su legítimo poder de imposición. Es más, en materia de intereses, Bélgica, Italia y Portugal presentan un nivel de alícuotas de retención en la fuente que parece resultar compatible con los mínimos requerimientos de América Latina en la negociación de este tipo de acuerdos bilaterales.

Un párrafo aparte corresponde para el caso de los préstamos interbancarios atento que, en general, se presenta una línea de pensamiento que apoya una sensible reducción de la retención para estos casos, en la inteligencia que ello favorecería la disminución del "spread" e impulsaría la reducción de la tasa de los préstamos bancarios locales.

Por otra parte, parece tomar cuerpo la idea de reducir o eximir de impuesto en la fuente (abolir retención) en los casos de préstamos externos directamente vinculados a la financiación de bienes de uso destinados al equipamiento de industrias radicadas en los países importadores de capital. - En lo que atañe a regalías, cabe destacar que España, Grecia y Portugal presentan un nivel de imposición, mediante retención en la fuente, que también se acerca al promedio general solicitado por los países de América Latina en oportunidad de negociar tratados tributarios amplios, aun cuando cabe reconocer que, con adecuado fundamento, algunos países de la región no admiten ni las prestaciones financieras ni tecnológicas entre empresas vinculadas negando la deducción del gasto y sometiendo la remesa al tratamiento de dividendos.

En cuanto a dividendos, la Directiva intracomunitaria - de la EC del 23 de julio de 1990 referida a la relación casa matriz-filial impone la no aplicación de retenciones en la fuente. Sin embargo, Portugal mantiene el derecho hasta 1997 de aplicar el 15% y luego, hasta el año 2000, el 10%. Si bien se trata de una posición intracomunitaria, algunos de los países miembros intentan extenderla a negociaciones con terceros países. Este criterio, no parece asimilarse a la posición de los países de América Latina atento que se observa, en general, el de sostener un nivel de imposición mínimo equivalente al que aplica Portugal en la actualidad.

El informe Ruding, por su parte, propone para distribuciones de dividendos, distintas a las antes enunciadas, una retención del 30% sobre los dividendos pagados por sociedades residentes en la Unión Europea, eximiendo de la misma aquellos casos en los que se presente una apropiada identificación fiscal del accionista, sea este residente de la Comunidad o no. Esta posición tampoco parece adecuarse a la que se sustenta, en general, en América Latina.

En este sentido, se observa que a nivel regional los niveles que presenta la tasa combinada de las corporaciones (tasa de impuesto sobre la renta de la sociedad más la tasa efectiva sobre dividendos), han disminuido con relación a períodos previos, destacándose que parece predominar la tendencia de reducir en mayor medida la tasa de impuesto sobre la utilidad de la empresa que la aplicable sobre dividendos.

3.2) Relación entre la reducción de retenciones en la fuente y el incremento de inversiones externas: Las decisiones de inversión no parecen responder a las características del factor tributario cuando este se sustenta en los parámetros normales vigentes en el mundo. Consecuentemente, si un régimen tributario se aleja de tales parámetros conformando un esquema que no se corresponde ni con dichos parámetros ni con el contexto económico y social en el que se pretende aplicar, es posible que, en estos casos, el factor tributario se presente como un obstáculo en el proceso de captación de inversiones externas.

En tal virtud, frente a un sistema tributario alineado con parámetros internacionales no parece tener una importancia determinante la disminución de retenciones respecto de la captación de inversiones, habida

cuenta que las definiciones de inversión se amparan en aspectos políticos y socioeconómicos de mayor trascendencia que la tributación (clima propicio para la inversión). Datos de la realidad apoyan estas afirmaciones ya que en América Latina se han observado y se observan importantes caudales de inversiones externas, vía radicación de empresas inversiones directas- en ciertos países, sin que medien acuerdos tributarios bilaterales amplios y con niveles de retención en la fuente relativamente altos para rentas pasivas.