

## Elusión, planificación y arbitraje fiscal internacional

Serviliano Abache Carvajal

Profesor de la Universidad Central de Venezuela y  
de Postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello

Los denominados *mecanismos híbridos* (de instrumentos o entidades), como bien lo ha planteado BILLARDI<sup>1</sup>, buscan aprovecharse de las asimetrías entre los regímenes tributarios de distintas jurisdicciones, con la finalidad de generar la (mal) llamada «doble no imposición»<sup>2</sup>, esto es, que no tenga lugar consecuencia fiscal alguna en los países involucrados, cuestión que no es —por definición— ilegal.

No obstante lo expuesto, debe dejarse claro que mucho se ha discutido en el escenario de la fiscalidad internacional sobre el empleo de estos mecanismos bajo la lupa de la elusión fiscal, en los términos que enseña GARCÍA NOVOA, por «el aprovechamiento indebido de las diferencias de tributación derivadas de la aplicación de las ventajas fiscales previstas por otros Estados diferentes del de residencia»<sup>3</sup>, habiendo sido (en el pasado) la nota distintiva de la elusión internacional las características del país de que se tratara y que ofreciera las ventajas fiscales, refiriéndose a una jurisdicción de baja imposición o, en las líneas más recientes, a una jurisdicción no cooperante<sup>4</sup>. Por argumento *a contrario*, todo aprovechamiento de beneficios tributarios ofrecidos por países no inscritos en las lides de la competencia fiscal perjudicial, calificaba, sin más, como lícita planificación fiscal internacional<sup>5</sup>.

En los tiempos que corren, la noción tradicional de elusión fiscal internacional descrita ha sido (cuestionablemente) dejada atrás. La implementación y aparición de distintos esquemas o estructuras, especialmente por parte de algunas multinacionales, ha llevado a que progresivamente se desplacen los conceptos clásicos de elusión y abuso, al punto de encontrarnos ante lo que podría denominarse, como sugiere GARCÍA NOVOA, la *elasticidad negativa* del término planificación fiscal, conceptualmente comprimiéndose tanto esta categoría que no abarcaría o dejaría fuera de su alcance una serie de ventajas fiscales ofrecidas por ciertos

---

<sup>1</sup> BILLARDI, Cristián J., «Análisis de compatibilidad de cláusulas domésticas con BEPS», *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario - Academia Mexicana de Derecho Fiscal, México, D. F., 2015, p. 54.

<sup>2</sup> Más adecuadamente referida como no imposición internacional, en los términos que atinadamente lo explican FALCÓN Y TELLA y PULIDO GUERRA, en la medida que «si bien la “imposición” puede ser doble, o triple, etcétera, si concurren sobre un mismo objeto los impuestos de dos o más Estados, sin embargo la “no imposición” no admite multiplicadores, pues si “cero” entra en una multiplicación, el resultado es siempre “cero”. Quiere con ello decirse que la “no imposición” es siempre eso —un supuesto no gravado— y que no tiene sentido alguno decir que resulta doblemente no gravado». FALCÓN Y TELLA, Ramón y PULIDO GUERRA, Elvira, *Derecho fiscal internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 113.

<sup>3</sup> GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario actual. Innovaciones y desafíos*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Serie Monografías Tributarias, Bogotá, 2015, p. 199.

<sup>4</sup> Éste ha sido, precisamente, el criterio que se ha consolidado en la actualidad a partir de las tendencias más recientes de la fiscalidad internacional y la reconducción del concepto de «paraíso fiscal» hacia el de *jurisdicción no cooperante*, esto es, poniéndose el acento en el *intercambio de información* (y no en las alícuotas específicas o el *effective-tax-rate approach*), por el cual, indistintamente de ubicarse debajo del tope mínimo indicado la jurisdicción en cuestión o, incluso, estando formalmente incluida en la lista negra, si con ese Estado o territorio se tiene un CDI con cláusula de intercambio de información o un Acuerdo de Intercambio de Información (AII), no cabría tal calificación atendiendo a la *finalidad* perseguida en esta materia. Después de todo, lo prioritario es poder contar con la información fiscalmente relevante en tanto *condición necesaria* para la efectividad del sistema de renta mundial. Al respecto, *vid.* ABACHE CARVAJAL, Serviliano, «De “paraísos fiscales” a “jurisdicciones no cooperativas”», *Ámbito Jurídico*, Año XVIII - N° 207, abril-junio, Legislación Económica, Caracas, 2017, p. 13.

<sup>5</sup> GARCÍA NOVOA, César, *El Derecho tributario... cit.*, p. 199.

ordenamientos jurídicos, o lo que es lo mismo y como lo percibimos, de manera proporcionalmente inversa se ha ampliado la noción de elusión fiscal internacional, en forma rechazable y lesiva de la libertad de acción de los contribuyentes. Y es precisamente en el marco de este fenómeno, que surge el llamado *international tax arbitrage* o «arbitraje fiscal internacional»<sup>6</sup>.

En efecto, el denominado arbitraje fiscal internacional se centra en el aprovechamiento de las disparidades o asimetrías entre los sistemas jurídicos de los países, con la finalidad de obtener beneficios en materia fiscal. En palabras de GARCÍA NOVOA, «el arbitraje hace referencia a “la posibilidad de obtener un tratamiento fiscal asimétrico para las distintas facetas de una operación que resulta en la obtención de una ventaja fiscal”, aun cuando la operación, a través de la que se pretende lograr ese resultado asimétrico, no resulte económicamente rentable “antes de impuestos”»<sup>7</sup>. Por ello, en la actualidad la obtención de ventajas tributarias mediante mecanismos híbridos además de calificar o encuadrar en el espectro del arbitraje fiscal internacional, también —en nuestra opinión, indebidamente— se inserta en las llamadas «planificaciones fiscales agresivas».

No obstante lo anterior y para finalizar, consideramos que se podría concebir al arbitraje fiscal internacional como un *fenómeno* apreciable desde dos dimensiones o vertientes: (i) como una manifestación de elusión fiscal, siempre y cuando tengan lugar conductas evidentemente abusivas: *lo reprochable*; y (ii) como un acto de planificación fiscal lícita, ante la ausencia de maniobras indebidas: *lo aceptable*; pudiendo dentro de este fenómeno caracterizarse a los mecanismos híbridos (instrumentos o entidades) como *medios* de materialización o concreción del mismo.

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 202-203.

<sup>7</sup> GARCÍA NOVOA, César, *La deducibilidad de gastos financieros en el impuesto de sociedades*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 31.