



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 2 de Septiembre de 2021

Vistos los autos: "Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo".

Considerando:

1º) Que en el año 2011 la Administración Federal de Ingresos Públicos determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Molinos Río de la Plata S.A. (en adelante, "Molinos Argentina") correspondiente a los períodos fiscales 2004 a 2009, compensó diversos rubros tributarios, fijó saldos a favor de la empresa para los años 2005 y 2008, y la intimó al pago del impuesto por los períodos 2007 y 2009, más los intereses resarcitorios respectivos. Asimismo, consideró que no debía formularse denuncia penal tributaria ni instruir sumario por infracciones con relación a los períodos 2004 y 2005, e hizo reserva de aplicar sanciones con respecto a los períodos 2006 a 2009, en los términos del artículo 20 de la ley 24.769 (cfr. resoluciones 18/2011 y 106/2011, fs. 15/43 vta. y 315/394, respectivamente; y específicamente fs. 41 vta. y 392).

2º) Que para llevar a cabo estas determinaciones, el Fisco tuvo en cuenta que:

a) Molinos había constituido en la República de Chile, el 30 de diciembre de 2003, la sociedad "Molinos de Chile y Río de la Plata Holding S.A." (en adelante "Molinos Chile") bajo la modalidad de una "sociedad plataforma de inversiones"

regulada por el artículo 41 D de la ley de impuesto a la renta de ese país, según la modificación dispuesta por la ley 19.840.

b) Molinos Argentina era titular del 99,99% de las acciones emitidas por Molinos Chile, y había integrado el capital social de esta última mediante la transferencia de los paquetes accionarios mayoritarios de tres sociedades uruguayas -Alimentos del Plata S.A., Molinos Overseas S.A. y Molinos Uruguay S.A.- y una sociedad peruana -Molinos del Perú S.A.-.

c) Molinos Argentina declaró los dividendos originados en las acciones de las tres sociedades uruguayas y la peruana controladas por Molinos Chile como renta no gravada por aplicación del artículo 11 del "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio" (en adelante el "CDI"), aprobado por ley 23.228.

d) Sobre esa base fáctica, aplicó el principio de la realidad económica establecido en el artículo 2° de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modificatorias) y estimó que Molinos Argentina había utilizado de forma abusiva el CDI al recurrir a la sociedad holding chilena como "sociedad conducto", para desviar el cobro de los dividendos originados en las acciones de las sociedades uruguayas y peruana hacia jurisdicción chilena, con el objeto de evitar al mismo tiempo el pago del impuesto a las ganancias en la Argentina y su similar a la renta en Chile.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La no-imposición en la Argentina se producía por aplicación del artículo 11 del CDI, entonces vigente, que establecía que los dividendos solo resultaban gravados por el país en que se encontrase domiciliada la empresa que los distribuía (en el caso: Chile, por estar Molinos Chile radicada en ese país); y la no-tributación en Chile se verificaba -a su vez- porque los dividendos originados en las sociedades uruguayas y peruana no abonaban impuesto a la renta en ese país por tratarse de ganancias provenientes de sociedades plataformas de inversión que, según la modificación de la ley 19.840 al régimen legal de ese impuesto, *"no se considerarán domiciliadas en Chile, por lo que tributarán en el país sólo por las rentas de fuente chilena"*.

El Fisco consideró que la constitución de la sociedad holding en Chile por parte de Molinos Argentina no encontraba justificación desde el punto de vista de la estructura empresarial ya que no tenía vínculo económico real con las sociedades uruguayas y peruana; y que careció de sustancia económica o propósito de negocio, pues los dividendos distribuidos por las referidas sociedades no permanecieron en Molinos Chile sino que fue utilizada como intermediaria para remitir esos beneficios casi inmediatamente a Molinos Argentina (fs. 28 y 352); y, que en definitiva, fue constituida con el único propósito de eliminar el gravamen y conducir el rendimiento obtenido en estados que no son parte del CDI -Uruguay y Perú- por intermedio del Estado con quien sí se ha

celebrado el tratado de doble imposición y utilizando los beneficios que este ofrece -Chile- (fs. 23 y 373).

3º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación confirmó las resoluciones apeladas e impuso las costas a la actora (conf. fs. 1355/1375 vta.). A su vez, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto al fondo de la cuestión, aunque la revocó en lo atinente a las costas, que las impuso en el orden causado en ambas instancias en atención a lo novedoso y complejo de la cuestión planteada (fs. 1545/1555).

Para así resolver, consideró que la operatoria de Molinos Argentina había importado un abuso del CDI ya que si los dividendos obtenidos por las empresas constituidas en terceros países que no eran parte de ese tratado hubieran sido remitidos a la sociedad argentina, hubieran quedado alcanzados por nuestro país en virtud del "principio de renta mundial" establecido en el artículo 146, inc. b, de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modificatorias). En tales condiciones, sostuvo que existía una falta de vinculación económica real entre la sociedad chilena, las sociedades uruguayas y la sociedad peruana, pues las rentas no permanecían en el patrimonio de la sociedad holding ni eran destinadas al cumplimiento de su objeto social, sino que se giraban a su accionista mayoritario en Argentina; de este modo, concluyó que correspondía aplicar las cláusulas anti-abuso de la legislación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

argentina para descartar la aplicación de la norma internacional (cfr. fs. 1548 y 1553).

Asimismo, desestimó los agravios de la empresa actora en lo concerniente a la alegada falta de consideración de los elementos valorados en la sentencia dictada en sede penal por parte del Tribunal Fiscal (pto. 5.4. del memorial de agravios, fs. 1420 vta. y 1422 vta.).

Con relación al sobreseimiento dictado en sede penal, en los términos de la ley 24.769, sostuvo que no tenía implicancia en la decisión referente al reclamo patrimonial, por diferir sustancialmente el objeto de ambos pronunciamientos. Explicó que la sentencia dictada el 9 de mayo de 2014 por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín en la causa "*Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2º ley 24.769*", expte. nº 397/11, se había limitado a examinar si la conducta desplegada por la contribuyente y sus accionistas encuadraba en la figura del delito de evasión dejando sin indagar sobre la configuración del hecho imponible (cfr. fs. 1553 vta. y 1554/1554 vta.).

4º) Que contra esa decisión, a fs. 1579/1599 interpuso recurso extraordinario Molinos Argentina, concedido en lo atinente a la cuestión federal y denegado en cuanto a la arbitrariedad alegada (fs. 1626/1626 vta.), lo cual motivó la interposición del recurso de queja que corre agregado por cuerda y será resuelto conjuntamente.

Plantea, en primer lugar, que no ha existido un abuso del tratado celebrado con Chile, en tanto:

i) Molinos Chile tenía sustancia económica y un claro propósito de negocios orientado a potenciar la penetración del grupo económico en el mercado internacional a partir de la crisis de 2001, incorporando unidades de negocio en el mercado latinoamericano, europeo y estadounidense, lo cual fue explicado en las memorias y balances de la sociedad;

ii) la justicia penal había llegado a esta conclusión en la sentencia dictada por el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de San Isidro, y este aspecto se encontraría firme, por lo cual -de acuerdo al artículo 20 de la ley 24.769- la sentencia sería arbitraria por haber prescindido de las conclusiones a las que se llegó en sede penal sobre los mismos hechos examinados en este expediente;

iii) no existió un supuesto de "*treaty shopping*", ya que ello exige que quien aprovecha un tratado internacional pertenezca a un tercer país, ajeno al de los Estados que lo han suscripto, hipótesis que no se dio en este caso.

En segundo lugar, sostiene que la interpretación y aplicación de las cláusulas del CDI resultó ilegítima, toda vez que:

iv) resulta contradictorio suponer que ese Tratado atribuye la potestad tributaria exclusiva a uno de los Estados



Corte Suprema de Justicia de la Nación

parte y luego, ya ejercida esta atribución mediante una desgravación impositiva, permitir la reasunción de ese poder por el otro Estado; dicho de otro modo: el hecho de que Chile haya resuelto no gravar los dividendos de fuente extranjera no permite que Argentina los grave;

v) Molinos Argentina adecuó su accionar a un dictamen de la AFIP-DGI (actuación n° 665, del día 29 de octubre de 2007 de la Dirección de Asesoría Técnica) y de organismos administrativos chilenos (Dictamen del Director de Servicios de Impuestos Internos);

vi) resulta inaplicable el principio de la realidad económica previsto en el artículo 2° de la ley 11.683, pues se trata de una norma antielusiva de rango legal, jerárquicamente inferior al CDI aquí involucrado, el cual -a diferencia de otros convenios de doble imposición suscriptos por Argentina (v.gr.: artículos 11.9 del CDI celebrado con el Reino Unido; 29.3 del CDI celebrado con Suecia; y 29.3 del CDI suscripto con Noruega)- no tiene cláusulas antielusivas; y

vii) la sentencia omitió analizar el alcance que tuvo la denuncia al CDI suscripto con Chile el día 29 de junio de 2012, la cual, a su entender, implicó un reconocimiento de que ese instrumento impedía a la AFIP gravar ganancias vinculadas con "sociedades plataforma" constituidas en aquel país.

En tercer y último orden, el recurso extraordinario plantea que la sentencia apelada ha omitido analizar un

argumento y una pretensión subsidiaria, ambos propuestos a la cámara. El argumento postula que se estaría aplicando retroactivamente un criterio expuesto por la AFIP en el año 2010, para períodos fiscales anteriores (2004 a 2009); la pretensión se vincula con la improcedencia de intereses resarcitorios, en atención a la inexistencia de mora culpable en cabeza de Molinos, quien habría actuado de buena fe de conformidad con la doctrina de Fallos: 323:1315.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente procedente toda vez que se encuentra en tela de juicio la inteligencia de normas federales -artículos 27, 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para Evitar la Doble Tributación en Materia de Impuestos sobre la Renta, Ganancias o Beneficios y sobre el Capital y el Patrimonio, aprobado por ley 23.228, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865 y artículo 2° de la ley 11.683-, y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inc. 3°, ley 48). Es oportuno recordar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas federales involucradas (confr. Fallos: 319:2931; 327:5416, entre muchos otros).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por lo demás, los agravios deducidos con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, al estar referidos a la cuestión federal indicada, quedan comprendidos en ella y, por ende, serán tratados en forma conjunta (doctrina de Fallos: 323:1625; 330:2206, entre otros), salvo lo atinente a los efectos de la cosa juzgada penal a la luz del artículo 20 de la ley 24.769 y lo referido a la omisión de la cámara de expedirse sobre la pretensión subsidiaria referida a los intereses, agravios autónomos que serán resueltos al final de este pronunciamiento.

6°) Que en este caso la contribuyente ha invocado, con relación al impuesto a las ganancias, el beneficio tributario que surge del artículo 11 del CDI, aprobado por la ley 23.228, cuyo texto disponía que *"los dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye"*.

La cuestión federal, entonces, consiste en interpretar esta norma federal para determinar si:

i) tal como sostiene Molinos Argentina, esta cláusula del Tratado impedía al Estado a

argentino gravar con impuesto a las ganancias los dividendos originados en las acciones de las tres sociedades uruguayas y la peruana controladas por Molinos Chile;

o si,

ii) tal como sostiene la AFIP, Molinos Argentina no se encontraba amparada por esta cláusula, y abusó de sus términos en contra del Tratado y del principio de la realidad económica previsto en el artículo 2º de la ley 11.683, al constituir una "sociedad conducto" amparada por los beneficios tributarios de la ley chilena 19.840 sancionada en 2002 de promoción de sociedades plataforma de inversiones.

7º) Que el ordenamiento jurídico argentino conforma un sistema, integrado por una pluralidad de normas de diferente naturaleza, rango y autoría, con una disposición estructural basada en la jerarquía en cuya cúspide está la Constitución, con aptitud para lograr la finalidad de regular la convivencia y dirimir los conflictos en base a la interpretación coordinada de sus componentes.

Desde este enfoque, el conflicto que aquí se plantea no queda agotado con el enfrentamiento de solo dos escalas normativas, los tratados internacionales y las leyes tributarias nacionales, pues ninguna de ellas puede reputarse "autónoma" o "autosuficiente" a los efectos de dirimir la materia en disputa. Lo verdaderamente autónomo, lo que permite el funcionamiento regular y coordinado es el sistema jurídico en su conjunto y no sus componentes subordinados, al punto que la alteración sustancial de alguno de ellos habrá de repercutir en el conjunto.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

8º) Que en la República Argentina el artículo 31 de la Constitución Nacional es la norma que determina el orden jerárquico de los distintos componentes del sistema jurídico, al establecer, en lo pertinente, que la *"Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales..."*.

La reforma constitucional de 1994, sin alterar el texto del artículo citado, determinó la jerarquía suprallegal de todos los tratados internacionales y los tipificó en base a la materia objeto de regulación. El disímil contenido de los tratados prohíja una jerarquización que se expresa en su articulación con la Constitución y la ley y en la facultad/dificultad con que pueden ingresar, progresar o egresar al sistema jurídico nacional.

En lo que aquí interesa, la Constitución reconoce diferentes categorías de tratados internacionales, a saber: a) tratados sobre derechos humanos (artículo 75, inc. 22, párr. 2º y 3º); b) tratados de integración (artículo 75, inc. 24); c) tratados no incluidos en los ítems anteriores celebrados con otras naciones o con organizaciones internacionales (artículo 75, inc. 22, párr. 1º); d) concordatos con la Santa Sede (artículo 75, inc. 22, párr. 1º); y, e) convenios celebrados por

las provincias con conocimiento del Congreso Nacional (artículo 124).

La jerarquía de los tratados internacionales celebrados por el Estado Nacional es la siguiente: a) tratados con jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 2°); b) tratados con jerarquía superior a la ley; que a su vez pueden sub-clasificarse en: i) tratados que pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 3°); y, ii) tratados que no pueden alcanzar la jerarquía constitucional (artículo 75, inc. 22, párr. 1° y artículo 75, inc. 24).

9°) Que la inserción de los tratados en el sistema jurídico argentino se referencia *genéricamente* (como toda norma infra-constitucional) con su grado de congruencia con las disposiciones del tratado y el texto constitucional y *específicamente* con la cláusula del artículo 27 de la Constitución, aquella que obliga al Gobierno Federal "*a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*".

Esta ubicación exige la adecuación del derecho internacional a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, entre los cuales se encuentra: a) la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1°); b) el principio de jurisdicción y el de reserva



Corte Suprema de Justicia de la Nación

(artículo 19); c) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75, inc. 23, y concordantes); d) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99, inc. 2, y concordantes); e) el debido proceso legal (artículo 18 y concordantes); y f) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación.

10) Que, como se ha visto, dentro de los principios de derecho público del ordenamiento constitucional argentino se encuentra el principio de razonabilidad, pauta que presupone que en nuestro sistema los derechos no son absolutos. Ello no solo implica la posibilidad de reglamentar razonablemente los derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática, sino también que su contenido no ampara ni protege ejercicios abusivos en su nombre. La noción de abuso repele al derecho, hiere la convivencia social y al armónico desarrollo de la vida en comunidad. El principio de razonabilidad expulsa del ordenamiento jurídico el ejercicio abusivo de derechos en todas sus variantes.

A la luz de los principios de derecho público reconocidos en la Constitución, surge claro que *ningún tratado internacional vigente en nuestro país puede ser invocado de forma abusiva*, independientemente de la consagración expresa de una cláusula antiabusiva en el texto de ese mismo tratado. Esta postulación auto-referente que sugiere que el "abuso del tratado" deba provenir inexorablemente del mismo instrumento que

se califica como abusado, no solo no responde a la inserción del subsistema internacional dentro del ordenamiento jurídico argentino, sino que tampoco encuentra respuestas válidas en el derecho internacional, como se verá a continuación.

11) Que las normas internacionales encuentran *límites* concretos a partir del lenguaje que utilizan y del principio de buena fe con el que deben ser interpretadas.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865, recoge positivamente los límites antedichos. Al propio tiempo que sienta el principio del *pacta sunt servanda*, define, con particular claridad, que "[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (artículo 26). Asimismo, manifiesta la prohibición de los estados contratantes de invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (artículo 27), mas, como primera pauta de interpretación postula una lectura "*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*" (artículo 31, inc. 1). Subsidiariamente, permite acudir a medios complementarios cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 "*deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable*".



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En un sentido coherente con nuestro diseño constitucional, se reconoce a la buena fe como guía estructural de interpretación de los pactos internacionales; y, con ello, la razonabilidad es el patrón de comportamiento que repele interpretaciones que -so pretexto de la invocación de las cláusulas de un tratado- desvirtúen su naturaleza, objeto o finalidad.

Esta Corte ya ha señalado en otras oportunidades que las convenciones internacionales que versan sobre materia fiscal deben ser interpretadas de acuerdo a la doctrina general de hermenéutica en materia de tratados y de normas tributarias teniendo particularmente en cuenta los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la ley 19.865. Ellas consagran el principio de la buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de este y teniendo en cuenta su objeto y fin (Fallos: 340:644).

12) Que tal como surge del propio texto y denominación del CDI aprobado por la ley 23.228, su finalidad fue evitar la doble imposición entre la República de Chile y la República Argentina. Lo dicho supone que el artículo 11 invocado por Molinos Argentina debe leerse, siguiendo los principios reseñados, en los siguientes términos: "(para evitar la doble imposición) los dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las

cooperativas, solo serán gravables por el Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye".

En el caso, esta cláusula fue empleada conjuntamente con una modificación unilateral a la dinámica del convenio por parte de la República de Chile que, al crear en el año 2002 las denominadas "sociedades plataforma de inversiones" y no gravar sus rentas de fuente extranjera, habilitó la radicación en su territorio de empresas cuyo único vínculo con ese país fuera la residencia formal. De esta manera, las ganancias aquí cuestionadas no se encontrarían alcanzadas en el impuesto a las ganancias en Argentina, ni en el impuesto a las rentas en Chile.

El supuesto de hecho en la causa no sería, entonces, a partir de la conducta de la actora, evitar la *doble imposición* sino procurar doblemente *una no imposición*, por lo que no se encontraría alcanzada por el ámbito de validez material del CDI interpretado de buena fe.

13) Que esa línea interpretativa se ve apuntalada por tres elementos de juicio concordantes que han sido alegados en la causa:

i) en primer lugar, en el ámbito nacional, la Dirección Nacional de Impuestos, el día 4 de noviembre de 2010 señaló que *"...no existe impedimento alguno para que, en ausencia de normativa específica en el Convenio de doble imposición de que se trate, el país que se considera perjudicado por las prácticas abusivas desplegadas por los responsables [pueda*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

hacer] uso de su normativa antiabuso interna" (cfr. cita del memorándum en la motivación de los actos administrativos atacados, a fs. 330 -4° párr.- y fs. 359 -4° párr.-).

ii) en segundo término, con relación al ámbito chileno, a fin de sortear la problemática de las sociedades conducto o instrumentales que se constituyen al amparo de legislación como la del país trasandino, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), una de las principales promotoras de este tipo de acuerdos, incorporó a su nuevo Modelo de Convenio de Doble Imposición la figura del "beneficiario efectivo" y disposiciones antiabuso. Al interpretar estas figuras, el Servicio de Impuestos Internos de la República de Chile dictó el día 16 de octubre de 2009 la Circular N° 57, en el cual explicó que la OCDE ha excluido del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales o sociedades conducto y llegó a la conclusión de que *"una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo cuando, pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierten, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas"* y que *"para estos efectos una sociedad instrumental es aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDTI"* (<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm>).

La misma circular señala que "[d]ado que los CDTI son tratados internacionales, las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados son plenamente aplicables. En tal sentido y como resultado de la aplicación del artículo 31 párrafo 1 de la Convención de Viena, los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo al objeto y propósito que ellos persiguen (interpretación finalista), los cuales en el caso de los CDTI son el evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal de los impuestos sobre la renta y el patrimonio. Asimismo, en relación con el término beneficiario efectivo los CDTI vigentes en Chile han seguido al modelo de Convenios para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (Modelo OCDE), por lo que los comentarios emitidos por OCDE y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDTI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena".

iii) en tercer y último término, en el ámbito internacional bilateral, el 29 de junio de 2012 nuestro país denunció el CDI "debido a ciertos aspectos desfavorables para los intereses del Fisco nacional", y celebró un nuevo acuerdo el 15 de mayo de 2015 denominado "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para eliminar la doble imposición en relación a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la evasión y elusión fiscal", que



Corte Suprema de Justicia de la Nación

consta de 32 artículos, y un Protocolo, que fueron aprobados por ley 27.274.

El mismo 15 de mayo de 2015 en que se suscribió el nuevo convenio los Estados contratantes firmaron un acuerdo interpretativo por el que **"confirman su entendimiento"** en el sentido que "no se deben conceder los beneficios de un convenio para eliminar la doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión" (subrayado agregado). Asimismo, los Estados contratantes acordaron que las normas antiabuso de los estados contratantes "no están contempladas en los convenios de doble imposición y, por lo tanto, no se ven afectadas por ellos y no existirá conflicto entre las normas antiabuso y las disposiciones en un convenio de doble imposición". Sobre la base de tales premisas, entendieron y confirmaron que el nuevo convenio "no impedirá a un Estado contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal", y que "los beneficios del Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio allí situados [...]" (ver Memorando de Entendimiento relativo a la aplicación del Nuevo Convenio en <https://www.afip.gov.ar/institucional/acuerdos.asp>).

Un análisis consistente de la denuncia y suscripción de un nuevo instrumento internacional -lejos de suponer un reconocimiento del Estado argentino de una interpretación contraria a los fines del Tratado y a sus principios de derecho público nacional- afianza la conclusión de que la lectura de buena fe no daba cabida a interpretaciones elusivas que condujeran a desnaturalizar la matriz que sostenía al CDI: evitar la doble imposición. Así, la ulterior situación describe la lógica manifestación expresa de un criterio que: i) ya imperaba en el derecho internacional tributario en diversos convenios de doble imposición; ii) había sido reconocido por autoridades chilenas como pauta de análisis vinculante frente a esa problemática internacional; iii) había sido expresado por el organismo interno competente de la administración tributaria argentina.

14) Que desde el derecho internacional privado se arriba a una conclusión similar. En la medida en que el artículo 11 del CDI resuelve un caso internacional reenviando a la legislación nacional de un país determinado mediante la individualización de un punto de conexión, opera como una norma de reenvío o conflicto, propia de esa disciplina.

En el caso, Molinos Argentina, con la constitución de la sociedad holding en la República de Chile atribuyó potestad tributaria exclusiva a ese país quien, como se ha visto, al dictar su norma de promoción de sociedades plataforma, decidió no ejercer su jurisdicción legislativa.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tal decisión soberana no se encuentra (ni podría encontrarse) en tela de juicio en este caso. No se discute un límite a la potestad tributaria chilena emanado del CDI, como sostiene el contribuyente, sino la existencia de un obstáculo *con relación al fisco argentino*. En concreto, lo aquí debatido es la actitud que puede adoptar el Estado argentino frente a la *decisión de un contribuyente de valerse, en un caso concreto, de esta legislación foránea para desvirtuar los fines del tratado bilateral suscripto y eludir sus obligaciones tributarias*.

Para ello, no puede obviarse que dentro de la lógica del derecho internacional privado, la norma de reenvío o norma conflicto contiene límites que repelen la aplicación del derecho extranjero en casos excepcionales: en lo que al caso interesa, el orden público internacional y, sobre todo, el *fraude a la ley*.

15) Que desde la perspectiva legislativo-tributaria nacional el principio de la realidad económica previsto en el artículo 2 de la ley 11.683 hace equilibrio entre dos extremos en constante tensión. Por un lado, *"no es reprehensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal"* (Fallos: 241:210; 308:215) y, por el otro, vale recordar que, al analizar los efectos de convenios internacionales de doble imposición se sostuvo años antes de la suscripción del tratado aquí involucrado que *"saltan a la vista las diversas 'estratagemas' operativas que ofrece el plano tributario mundial para disfrazar las remesas de utilidades bajo*

el ropaje formal de regalías, y obtener así tratamientos tributarios más ventajosos (la tasa reducida local, la exención a las regalías provenientes del exterior concedidas por algunos países exportadores de capital, e incluso la utilización, dentro de las estructuras elegidas, de los países llamados 'paraísos tributarios', ubicando en estas empresas integrantes del grupo económico, etc.). Por estas razones, justificase plenamente la procedencia del celo fiscalizador destinado a desentrañar en estos casos la realidad de las operaciones realizadas" ("Parke Davis", Fallos: 286:97, disidencia del juez Scotti, del Tribunal Fiscal de la Nación).

El principio de la "realidad económica" faculta al organismo recaudador a desconocer las formas y estructuras asignadas por los contribuyentes a sus actos o negocios, y le permite recalificarlos a fin de considerar "la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o que les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos" (artículo 2° cit., *in fine*). Dicha facultad solo puede ser válidamente ejercida por la administración tributaria cuando resulta manifiesta la discordancia entre la sustancia económica del acto o negocio y la forma o estructura que los contribuyentes le han asignado pues, como principio, salvo que se presente esa ostensible discordancia, "debe darse prioridad a



Corte Suprema de Justicia de la Nación

las estructuras jurídicas utilizadas por los particulares"
(Fallos: 340:1513).

En el caso, el desconocimiento de la forma jurídica empleada por la contribuyente llevado a cabo por el Fisco con base en diversas constancias probatorias de la causa, fue revisado por el Tribunal Fiscal de la Nación y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, quienes llegaron a conclusiones que no se advierten como irrazonables o desprovistas de fundamento de acuerdo a la doctrina excepcional de la arbitrariedad.

Algunos de los datos que fueron considerados en ese sentido en las instancias anteriores, y no refutados en el recurso extraordinario por parte de la contribuyente, apuntan a que: i) Molinos Chile fue constituida un año después de que la legislación chilena provocara un impacto en la dinámica del CDI, ya analizada; ii) esa sociedad *remesaba inmediatamente* las rentas giradas por las sociedades uruguayas y peruana, de manera que no permanecía en el patrimonio de la sociedad *holding*, al punto que -se ha sostenido- tampoco son destinadas, principalmente, a cumplir su objeto social (cfr. fs. 1370 vta. y 1372, punto e); iii) no existía un convenio de doble imposición entre Argentina y los países de donde provinieron las rentas (Uruguay y Perú) (fs. 1372 vta.); iv) aun cuando el *holding* involucraba otras empresas domiciliadas en diferentes países (Chile, Suiza, Italia, Estados Unidos y España), el principal ingreso provenía de una de las sociedades uruguayas (Molinos

Overseas S.A.) y no hubo ingresos sustanciales provenientes de Chile (fs. 1373 vta. y 1552).

16) Que ubicado el caso dentro del sistema jurídico argentino, sin prescindir de los niveles de jerarquía normativa que estructura el artículo 31 de la Constitución Nacional, se observa una confluencia armónica del principio de razonabilidad y no abuso del derecho (artículo 27 de la Constitución), la interpretación de buena fe y de acuerdo a los fines de los tratados (artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) y la pauta de la realidad económica prevista en el artículo 2º de la ley 11.683, hacia una hermenéutica del artículo 11 del "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio", aprobado por ley 23.228, que no ampara la utilización de las sociedades plataforma del derecho chileno para evitar abonar el impuesto a las ganancias en nuestro país.

17) Que, en otro plano, el agravio expuesto en el recurso de hecho referido a la arbitrariedad, que no se vincula con las cuestiones federales ya analizadas, se centra en los efectos que tendría sobre este expediente la sentencia definitiva dictada en la causa penal "*Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2º ley 24.769*" (expte. n° 397/11), tramitada ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1, Secretaría n° 3, de San Isidro, en la cual se investigaba a los directivos de Molinos Argentina por el delito de evasión tributaria



Corte Suprema de Justicia de la Nación

agravada del impuesto a las ganancias correspondiente a los períodos fiscales 2007 y 2009.

En dicha causa, según se alega, el día 18 de diciembre de 2013 se resolvió el sobreseimiento de los imputados y con fecha 9 de mayo de 2014 la Sala I de la Cámara Federal de San Martín confirmó esa decisión, señalando que *"la empresa divisó una oportunidad empresarial y la llevó a cabo con respeto a las normas vigentes -Convenio y Ley Chilena- (...) efectuó averiguaciones en importantes consultoras como PWC y Erns & Young", que "la estrategia empresarial, aún cuando pueda cuestionarse administrativamente (como de hecho ocurrió ante el Tribunal Fiscal de la Nación), no evidencia ni aún en esta instancia, una maniobra ardidosa o de engaño propio de una evasión penal tributaria. La inexistencia de voluntad delictiva importa, entonces, que la cuestión no supere la faz administrativa y el análisis que allí se considere pertinente sobre la realidad económica que, de considerarse violentada, no lo fue mediante actos de tipo delictivos -ardid, engaño, ocultamiento-", y que "en todo caso, existió un aprovechamiento de circunstancias -naturalmente no queridas por el Convenio y por esa razón denunciado por nuestro país-, que deberán ser evaluadas en la faz administrativa, mas no en la penal tributaria"* (cfr. fs. 1540/1540 vta. y 1541 vta.). La decisión fue confirmada por la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal el día 22 de junio de 2015, y el día 22 de diciembre de 2015 esta Corte declaró inadmisibles los recursos de queja por

denegación del recurso extraordinario interpuesto contra aquella decisión.

Por lo dicho, de acuerdo a las propias constancias aportadas por la recurrente el pronunciamiento del día 9 de mayo de 2014 de la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, única decisión firme en aquella jurisdicción criminal y correccional federal, sobreescribió a los directivos de Molinos con fundamento exclusivo en la ausencia de configuración del tipo subjetivo que exige la evasión tributaria agravada y dejó aclarado expresamente que el aspecto atinente a la eventual determinación de la obligación tributaria debía ser dilucidado en el ámbito correspondiente.

Resulta, por tanto, improcedente la tacha de arbitrariedad contra la sentencia apelada con relación a este punto.

18) Que, en cambio, y por último, resulta procedente el planteo subsidiario vinculado a los intereses resarcitorios, debidamente planteado en el recurso de revisión y apelación limitada (fs. 1423 vta./1424) y no resuelto por la cámara. Se omitió dar respuesta, entonces, a una cuestión conducente para la solución del litigio, que debe ser remediada por la cámara en un nuevo pronunciamiento.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, salvo lo dispuesto en el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

considerando 18. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 58. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

VO-//-

-//-TO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1º) Que la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Molinos Río de la Plata S.A. (en adelante, "Molinos") correspondiente a los períodos fiscales 2004 a 2009, compensó diversos rubros tributarios, fijó sendos saldos a favor de la empresa para los años 2005 y 2008, y la intimó al pago del impuesto por los períodos 2007 y 2009, con más los intereses resarcitorios respectivos. Asimismo, consideró que no debía formularse denuncia penal tributaria, y que tampoco correspondía aplicar sanciones por la comisión de infracciones durante los períodos 2004 y 2005 toda vez que no se verificaba perjuicio fiscal alguno en los años citados. En cambio, dejó constancia de que correspondía hacer reserva de la eventual aplicación de sanciones por los períodos 2006 a 2009, en orden a lo establecido en el artículo 20 de la ley 24.769 (confr. resol. 18/2011 y 106/2011, fs. 15/43 vta. y 315/394, respectivamente).

2º) Que, al realizar el ajuste fiscal, la AFIP-DGI impugnó el tratamiento impositivo que la empresa actora le asignó –como consecuencia de la aplicación del artículo 11 del "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio", aprobado por ley 23.228 (en adelante el "CDI"),



Corte Suprema de Justicia de la Nación

entonces vigente, y del régimen fiscal establecido por la ley chilena 19.840 -publicada el 23 de noviembre de 2002, para las denominadas "sociedades plataformas de inversión"- a los dividendos originados en acciones de tres sociedades uruguayas y una sociedad peruana controladas por Molinos que le distribuyó una sociedad chilena -también controlada por Molinos- durante los períodos fiscales 2004, 2005, 2006, 2007 y 2009.

A tal fin, el Fisco Nacional tuvo en cuenta que Molinos: a) había constituido en Chile, el 30 de diciembre de 2003, la sociedad "Molinos de Chile y Río de la Plata Holding S.A." (en adelante "Molinos Chile") bajo la modalidad de una "sociedad plataforma de inversiones" regulada por el artículo 41 D de la ley de impuesto a la renta de ese país, según la modificación dispuesta por la ley 19.840; b) era titular del 99,99% de las acciones emitidas por Molinos Chile; y c) había integrado el capital social de Molinos Chile mediante transferencia a esta última de los paquetes accionarios mayoritarios de tres sociedades uruguayas -Alimentos del Plata S.A., Molinos Overseas S.A. y Molinos Uruguay S.A.- y de una sociedad peruana -Molinos del Perú S.A.- de los que Molinos era titular. A continuación juzgó, con base en el principio de la realidad económica establecido en el artículo 2º de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) que Molinos había aplicado en forma abusiva el CDI al utilizar a la sociedad holding chilena como "sociedad conducto", a fin de desviar el cobro de los dividendos originados en las acciones de las mencionadas

sociedades uruguayas y peruana a jurisdicción chilena, con el objeto de evitar el pago del impuesto a las ganancias en la Argentina y su similar a la renta en Chile, de manera de generar un doble efecto de "no imposición" sobre los referidos beneficios en ambos países. Al respecto precisó que el efecto de "no imposición" en la Argentina se producía por aplicación del artículo 11 del CDI que establece que los dividendos de las empresas solo resultan gravados por el país en que se encuentre domiciliada la empresa que los distribuye, que en el caso era Chile, por encontrarse Molinos Chile radicada en ese país. Por su parte, señaló que el efecto de "no imposición" también se verificaba en Chile porque no obstante lo dispuesto en el mencionado convenio, los dividendos originados en las sociedades uruguayas y peruana que le distribuyó Molinos Chile se encontraban al margen del impuesto a la renta de Chile por tratarse de ganancias provenientes de sociedades plataformas de inversión, las cuales, según lo estableció la modificación introducida el 23 de noviembre de 2002 por la ley 19.840 al régimen legal de ese impuesto, "no se considerarán domiciliadas en Chile, por lo que tributarán en el país sólo por las rentas de fuente chilena".

En otro orden de consideraciones, observó que la constitución de la sociedad holding en Chile por parte de Molinos no encontraba una justificación desde el punto de vista de la estructura empresarial por cuanto: i) no tenía vínculo económico real con las sociedades uruguayas y peruana; ii)



Corte Suprema de Justicia de la Nación

careció de sustancia económica o propósito de negocio, ya que los dividendos distribuidos por las referidas sociedades no permanecieron en la holding chilena sino que esta fue utilizada como intermediaria o conducto para remitir esos beneficios casi inmediatamente a Molinos (fs. 28 y 352); y iii) fue constituida con el único propósito de eliminar el gravamen, conduciendo el rendimiento obtenido en Estados que no son parte del CDI –Uruguay y Perú– por intermedio del Estado con quien sí se ha celebrado el tratado de doble imposición y utilizando los beneficios que este ofrece –Chile– (fs. 23 y 373).

3º) Que la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación, mediante el voto concurrente de dos de sus vocales, mantuvo las resoluciones apeladas e impuso las costas a la actora (conf. fs. 1355/1375 vta.). A su turno, la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia en cuanto al fondo de la cuestión, aunque la revocó en lo atinente a las costas, que las impuso en el orden causado en ambas instancias en atención a lo novedoso y complejo de la cuestión planteada (fs. 1545/1555). Para así resolver, en forma coincidente con lo allí decidido, el *a quo* consideró que la operatoria de Molinos había importado un “abuso del tratado” en atención a que si los dividendos obtenidos por las empresas constituidas en terceros países que no eran parte del CDI hubieran sido remitidos a la sociedad argentina, los referidos conceptos habrían quedado alcanzados por nuestro país en virtud del “principio de renta mundial” establecido en el artículo 146,

inc. b, de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997, y sus modif.). En tales condiciones, concluyó que, al no existir impedimento para aplicar las cláusulas anti-abuso de la legislación argentina, correspondía desconocer la aplicación del CDI (confr. fs. 1548 y 1553).

Asimismo, desestimó los agravios de la empresa actora en lo concerniente a la alegada falta de consideración de los elementos valorados en la sentencia dictada en sede penal por parte del Tribunal Fiscal (pto. 5.4. del memorial de agravios, fs. 1420 vta./1422 vta.). Con cita de jurisprudencia de la sala señaló que el sobreseimiento dictado en los términos de la ley 24.769 no tenía implicancia en la decisión que el organismo jurisdiccional debía adoptar en lo referente al reclamo patrimonial, por diferir sustancialmente el objeto de ambos pronunciamientos. Sobre el punto agregó que la sentencia dictada el 9 de mayo de 2014 por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín en la causa "Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2º ley 24.769" (expte. n° 397/11) se había limitado a examinar si la conducta desplegada por la empresa actora encuadraba en la figura del delito de evasión dejando constancia de que no había indagado sobre la configuración del hecho imponible (confr. cons. XIII, fs. 1553 vta. *in fine*, 1554 y 1554 vta.).

4º) Que Molinos interpuso recurso extraordinario contra dicho pronunciamiento (fs. 1579/1599), el que fue concedido por el *a quo* en lo atinente a la cuestión federal, pero denegado en cuanto a la arbitrariedad alegada (confr. auto



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de fs. 1626/1626 vta.). Frente a la denegación parcial del recurso extraordinario, la recurrente dedujo la queja CAF 1351/2014/1/RH1 "Molinos Río de la Plata S.A. c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", que corre agregada por cuerda, y que será resuelta conjuntamente.

5º) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normas federales -el Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio, aprobado por ley 23.228, vigente durante el período examinado en autos, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865; y los artículos 27, 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional-, y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inc. 3º, ley 48). A su vez, la recurrente plantea la arbitrariedad de la sentencia apelada con fundamento en que el *a quo* habría prescindido de las conclusiones a las que se llegó en sede penal sobre los mismos hechos examinados en autos, en aparente violación a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 24.769.

6º) Que este último agravio debe ser considerado en primer término, pues de existir arbitrariedad no habría sentencia propiamente dicha (confr. arg. Fallos: 228:473; 312:1034; 317:1455, entre otros). Al respecto, cabe señalar que la recurrente estructura su argumentación sobre la base de una

premisa insostenible, consistente en afirmar que los hechos ventilados en la presente causa fueron previamente juzgados en sede penal, cuando lo real es que la sentencia dictada el 9 de mayo de 2014 por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín, único pronunciamiento firme en aquella jurisdicción, sobreseyó a los directivos de Molinos con fundamento exclusivo en la falta de verificación del aspecto subjetivo del tipo penal tributario por el que aquellos habían resultado imputados, sin adentrarse en el análisis sobre la configuración del hecho imponible y dejando expresa constancia de ello (confr. fs. 1539, cons. III, 1º párr.).

En tales condiciones, resulta inadmisibile el agravio fundado en la arbitrariedad de la sentencia apelada, ya que, con independencia de la interpretación que corresponda asignarle al artículo 20 de la ley 24.769 -sustituido luego por la ley 26.735-, la inexistencia del supuesto alegado por la empresa en apoyo de su postura determina la inhabilidad del argumento. Por ello, resulta insustancial el tratamiento de las demás cuestiones planteadas en el recurso extraordinario relacionadas con el punto examinado (pto. 4.1.2., fs. 1585/1588).

7º) Que, aclarado lo que antecede, corresponde examinar la cuestión federal y determinar si los dividendos distribuidos por Molinos Chile a Molinos se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En este punto, es oportuno recordar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el tribunal a quo, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas federales involucradas (confr. arg. Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros).

8º) Que, en atención al modo en que se encuentra planteado el tema, debe determinarse el sentido y alcance de las normas involucradas, en particular, la interpretación que la apelante asigna al artículo 11 del CDI –aprobado por la ley 23.228–, en cuyo texto funda sus agravios. Esa cláusula disponía que "los dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, solo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye". Entiende la actora que ese artículo del Tratado impedía al Estado argentino gravar los dividendos originados en las acciones de las tres sociedades uruguayas, y la peruana, controladas por Molinos Chile.

9º) Que la sentencia judicial debe interpretar y aplicar el derecho, lo que importa examinar el texto de una ley dentro del sistema jurídico y el diálogo de fuentes que ello exige.

El artículo 11 del Tratado es claro, pero la interpretación que ha efectuado la empresa le da un sentido contrario a los principios que prohíben el abuso del derecho y obligan a interpretar de buena fe, que están claramente vigentes en el derecho argentino (artículos 9 y 10, Código Civil y Comercial de la Nación) e internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865).

Ello es así porque los tratados internacionales tienen jerarquía supralegal (artículo 31 de la Constitución Nacional) y deben ser interpretados conforme con los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna (Fallos: 316:1669).

Esos principios son mandatos destinados a lograr su máxima satisfacción de un modo compatible con otros principios competitivos que resulten aplicables en el mismo campo de argumentación (arg. Fallos: 344:1151, "Shi, Jinchui", voto del juez Lorenzetti, considerando 7º).

En consecuencia, el artículo 11 del Tratado debe ser interpretado conforme con la buena fe y la prohibición del abuso del derecho.

De igual modo, las formas jurídicas elegidas por una empresa no pueden ser ignoradas (Fallos: 340:1513, "Consortio de Empresas Mendocinas Potrerillos S.A.", voto de los jueces Lorenzetti, Maqueda y Rosatti), pero también deben ser



Corte Suprema de Justicia de la Nación

interpretadas de modo que respondan a la buena fe y prohibición del abuso.

10) Que la exigencia de buena fe en la interpretación y aplicación de los tratados no puede ser ignorada, conforme con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la ley 19.865.

En ese texto se establece que los tratados deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31, inc. 1) y que, junto con el contexto, habrá de tenerse en cuenta, entre otras cuestiones, toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado y toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes (inc. 3, puntos b y c). En esta línea, la referida Convención, establece que "[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" (artículo 26, *pacta sunt servanda*). Asimismo, en lo que hace a métodos de interpretación, su artículo 32 permite acudir a medios complementarios cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31 "deje ambiguo u oscuro el sentido; o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable".

Esta Corte ya ha señalado en otras oportunidades que "las convenciones internacionales que versan sobre materia fiscal deben ser interpretadas de acuerdo a la doctrina general

de hermenéutica en materia de tratados y de normas tributarias teniendo particularmente en cuenta los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, aprobada por la ley 19.865. Ellas consagran el principio de la buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto" (Fallos: 340:644).

11) Que, sobre la base de las citadas pautas interpretativas, cabe advertir que, tal como surge del propio texto y denominación del CDI aprobado por la ley 23.228, su finalidad fue evitar la doble imposición entre la República de Chile y la República Argentina. Lo dicho supone que el artículo 11, invocado por Molinos Argentina, debe leerse, siguiendo los principios reseñados, en los siguientes términos: "(para evitar la doble imposición) los dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, solo serán gravables por el Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye".

En el caso, esta cláusula fue empleada conjuntamente con una modificación unilateral a la dinámica del convenio por parte de la República de Chile que, al crear en el año 2002 las denominadas "sociedades plataforma de inversiones" y no gravar sus rentas de fuente extranjera, habilitó la radicación en su territorio de empresas cuyo único vínculo con ese país fuera la residencia formal. De esta manera, las ganancias aquí



Corte Suprema de Justicia de la Nación

cuestionadas no se encontrarían alcanzadas en el impuesto a las ganancias en Argentina, ni en el impuesto a las rentas en Chile.

Como se ve, el supuesto bajo análisis, en el que Molinos canalizó la distribución de dividendos de empresas domiciliadas en países con los cuales Argentina no había suscripto convenios para evitar la doble imposición, por intermedio de una sociedad holding domiciliada en Chile –país con el que sí existía convenio– no quedaría amparado en los términos del CDI, conforme una interpretación de buena fe de su objeto y finalidad.

En efecto, el establecimiento de una “sociedad conductora”, que permitiera acceder a las ventajas derivadas de un CDI, no puede entenderse como orientada a evitar la doble imposición (propósito del convenio), sino claramente a procurar una *doble* “no imposición”, hipótesis que no se encontraría alcanzada por el ámbito de validez material del Tratado.

12) Que, en refuerzo de esta interpretación, cabe traer a colación tres elementos de juicio concordantes que han sido alegados en la causa:

i) en primer lugar, en el ámbito nacional, la Dirección Nacional de Impuestos, el día 4 de noviembre de 2010 señaló que “...no existe impedimento alguno para que, en ausencia de normativa específica en el Convenio de doble imposición de que se trate el país que se considera perjudicado por las prácticas abusivas desplegadas por los responsables [pueda hacer] uso de

su normativa antiabuso interna" (cfr. cita del memorándum en la motivación de los actos administrativos atacados, a fs. 330 -4º párr.- y fs. 359 -4º párr.-).

ii) en segundo término, con relación al ámbito chileno, a fin de sortear la problemática de las sociedades conducto o instrumentales que se constituyen al amparo de legislación como la del país trasandino, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), una de las principales promotoras de este tipo de acuerdos, incorporó a su nuevo Modelo de Convenio de Doble Imposición la figura del "beneficiario efectivo" y disposiciones antiabuso. Al interpretar estas figuras, el Servicio de Impuestos Internos de la República de Chile dictó el día 16 de octubre de 2009 la Circular N° 57, en la cual explicó que la OCDE había excluido del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales o sociedades conducto y llegó a la conclusión de que "una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo cuando, pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierten, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas" y que "para estos efectos una sociedad instrumental es aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDTP" (<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm>).



Corte Suprema de Justicia de la Nación

La misma circular señala que "[d]ado que los CDTI son tratados internacionales, las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados son plenamente aplicables. En tal sentido y como resultado de la aplicación del artículo 31 párrafo 1 de la Convención de Viena, los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo al objeto y propósito que ellos persiguen (interpretación finalista), los cuales en el caso de los CDTI son el evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal de los impuestos sobre la renta y el patrimonio. Asimismo, en relación con el término beneficiario efectivo los CDTI vigentes en Chile han seguido al modelo de Convenios para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (Modelo OCDE), por lo que los comentarios emitidos por OCDE y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDTI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena".

iii) en tercer y último término, en el ámbito internacional bilateral, el 29 de junio de 2012 nuestro país denunció el CDI "debido a ciertos aspectos desfavorables para los intereses del Fisco nacional", y celebró un nuevo acuerdo el 15 de mayo de 2015 denominado "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para eliminar la doble imposición en relación a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para

prevenir la evasión y elusión fiscal", que consta de 32 artículos, y un Protocolo, que fueron aprobados por ley 27.274.

El mismo 15 de mayo de 2015 en que se suscribió el nuevo convenio, los Estados contratantes firmaron un acuerdo interpretativo por el que "confirman su entendimiento" en el sentido que "no se deben conceder los beneficios de un convenio para eliminar la doble imposición cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión".

Asimismo, los Estados contratantes acordaron que las normas antiabuso de los Estados contratantes "no están contempladas en los convenios de doble imposición y, por lo tanto, no se ven afectadas por ellos y no existirá conflicto entre las normas antiabuso y las disposiciones en un convenio de doble imposición". Sobre la base de tales premisas, entendieron y confirmaron que el nuevo convenio "no impedirá a un Estado contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal", y que "los beneficios del Convenio no se otorgarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro Estado contratante o de los elementos de patrimonio allí situados [...]" (ver Memorando de Entendimiento relativo a la



Corte Suprema de Justicia de la Nación

aplicación del Nuevo Convenio en
<https://www.afip.gov.ar/institucional/acuerdos.asp>).

Un análisis consistente de la denuncia y suscripción de un nuevo instrumento internacional –lejos de suponer un reconocimiento del Estado argentino de una interpretación contraria a los fines del Tratado y a sus principios de derecho público nacional– afianza la conclusión de que la lectura de buena fe no daba cabida a interpretaciones que condujeran a desnaturalizar la matriz que sostenía al CDI: evitar la doble imposición.

Así, la ulterior situación describe la lógica manifestación expresa de un criterio que: i) ya imperaba en el derecho internacional tributario en diversos convenios de doble imposición; ii) había sido reconocido por autoridades chilenas como pauta de análisis vinculante frente a esa problemática internacional; iii) había sido expresado por el organismo interno competente de la administración tributaria argentina.

Las circunstancias antedichas, referidas a la denuncia del convenio por el Estado argentino y a la firma de un nuevo acuerdo en los términos ya descriptos, resultan significativas, refuerzan la exégesis adoptada y conllevan la necesidad de incorporar estos hechos en el análisis e interpretación del sentido y alcance de la norma en cuestión.

13) Que esta Corte Suprema ha señalado de modo reiterado que la interpretación no puede prescindir de las

consecuencias que se derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar su razonabilidad (Fallos: 302:1284; 303:917; 310:464; 311:1925; 312:156; 320:1962; 323:1406, 3412, 3619; 324:68, 1481, 2107 y 326:2095, entre muchos otros).

En esta línea de razonamiento, pretender que la letra del artículo 11 del CDI, suscripto entre las partes muchos años antes del momento en que tuvo lugar la sanción de la ley chilena que creó las sociedades plataformas de negocios -año 2002-, ampara la figura de esta sociedad -Molinos Chile- interpuesta entre Molinos Río de la Plata S.A. y la fuente de ganancias -los dividendos distribuidos por las sociedades de Uruguay y Perú- y su consecuente no tributación, deviene irrazonable y contrario al principio de buena fe tantas veces citado (artículo 31 de la Convención de Viena) y a los principios y valores de la Constitución Nacional.

A diferencia de ello, la comprensión del Tratado que aquí se efectúa, edificada a partir de su finalidad de prevenir la doble imposición que desaliente inversiones, se exhibe acorde a esos principios y, a su vez, resulta confirmada por las circunstancias posteriores, arriba descriptas, relativas a la denuncia del convenio y a la firma de un nuevo instrumento.

14) Que, como se afirmó en los considerandos precedentes, la interpretación del CDI, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre



Corte Suprema de Justicia de la Nación

de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27). En la búsqueda de coherencia –que el intérprete debe presumir en el ordenamiento normativo– y en la ponderación de los principios jurídicos aplicables, no cabe prescindir de la consideración de las consecuencias de la decisión en los valores constitucionalmente protegidos (arg. Fallos: 337:205, voto del juez Lorenzetti).

En tales condiciones, y en concordancia con los principios ya citados, resulta irrazonable la exégesis que, de la letra del Convenio entonces vigente, propugna Molinos a fin de no tributar el impuesto a las ganancias sobre los referidos dividendos, toda vez que, al no verificarse la situación que dicho convenio buscaba regular, sus consecuencias llevan a una interpretación y aplicación del mentado instrumento contrarias a los principios y valores de la Constitución Nacional.

Lo dicho hasta aquí resulta suficiente para rechazar el recurso en el punto referido a la cuestión federal.

15) Que, en cambio, y por último, resulta procedente el planteo subsidiario vinculado a los intereses resarcitorios, oportunamente planteado en el recurso de revisión y apelación limitada (fs. 1423 vta./1424) y no resuelto por la cámara. Se omitió dar respuesta, entonces, a una cuestión conducente para la solución del litigio, que debe ser remediada por la cámara en un nuevo pronunciamiento.

Por ello, oída la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada, salvo lo dispuesto en el considerando 15. Con costas en el orden causado, en atención a la complejidad que exhibe la cuestión debatida y a las divergencias interpretativas suscitadas a raíz de las normas aplicables (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito de fs. 58. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

DISI-//-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-DENCIA DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON CARLOS FERNANDO
ROSENKRANTZ

Considerando:

1º) Que el 30 de diciembre de 2003 Molinos Río de la Plata S.A. (en adelante, "Molinos") constituyó en Chile la sociedad "Molinos de Chile y Río de la Plata Holding S.A." (en adelante, "Molinos Holding") bajo la modalidad de una "sociedad plataforma de inversiones" regulada por el artículo 41º D de la ley de impuesto a la renta de ese país, según la modificación dispuesta por la ley 19.840 promulgada el 13 de noviembre de 2002. Molinos era titular del 99,99% de las acciones emitidas por Molinos Holding y había integrado su capital social mediante transferencia de los paquetes accionarios mayoritarios de tres sociedades uruguayas -Alimentos del Plata S.A., Molinos Overseas S.A. y Molinos Uruguay S.A.- y una sociedad peruana -Molinos del Perú S.A.-.

Durante los períodos fiscales 2004 a 2007 y 2009, las sociedades uruguayas y peruana distribuyeron dividendos a Molinos Holding, quien a su vez distribuyó dividendos a Molinos. Molinos informó en sus declaraciones juradas por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) dichos dividendos como renta excluida del impuesto a las ganancias en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 del "Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o

beneficios y sobre el capital y el patrimonio", aprobado por ley 23.228 (B.O. 1° de octubre de 1985) y ratificado el 19 de diciembre de 1985 (en adelante, el "CDI"), entonces vigente. Dicho artículo establecía que los dividendos solo serían gravables por el Estado contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuía.

2°) Que en el año 2011 la AFIP determinó de oficio el impuesto a las ganancias de Molinos correspondiente a los períodos fiscales 2004 a 2009, e hizo reserva de la eventual aplicación de sanciones por los períodos 2006 a 2009, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la ley 24.769 (confr. resoluciones 18/2011 y 106/2011, fs. 15/43 vta. y 315/394, respectivamente).

Invocando la aplicación del principio de la realidad económica establecido en el artículo 2° de la ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.), la AFIP concluyó que Molinos había abusado del CDI. Sostuvo que Molinos había utilizado a Molinos Holding como una "sociedad conducto" para canalizar la distribución de dividendos de las sociedades uruguayas y peruana y, de esa manera, poder aplicar el CDI. Destacó que la constitución de Molinos Holding no encontraba justificación desde el punto de vista de la estructura empresarial y carecía de sustancia económica o propósito de negocio. Concluyó que la planificación fiscal, al no resultar gravados los dividendos en Argentina ni en Chile, había producido un efecto de "doble no-



Corte Suprema de Justicia de la Nación

imposición", contrario a lo que habían querido o tenido en miras los Estados contratantes cuando suscribieron el CDI.

Señaló que la no-imposición en Argentina se producía como consecuencia de la aplicación del artículo 11 del CDI, que otorgaba únicamente potestad tributaria a Chile para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding dado que esta empresa estaba domiciliada en ese país. Por su lado, señaló que la no-imposición en Chile obedecía al régimen tributario especial aplicable a las sociedades plataforma de inversiones, introducido por la ley 19.840 al impuesto a la renta de Chile con posterioridad a la suscripción y aprobación del CDI.

3º) Que la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación, mediante el voto concurrente de dos de sus vocales, confirmó las determinaciones de oficio de la AFIP e impuso las costas a Molinos (conf. fs. 1355/1375 vta.). En síntesis, la vocal preopinante Gómez sostuvo que el principio de buena fe establecido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados permitía aplicar el principio de la realidad económica contenido en la legislación argentina. Concluyó que el CDI resultaba inaplicable pues Molinos Holding no podía ser considerada el beneficiario efectivo de los dividendos distribuidos por las sociedades uruguayas y peruana, correspondiendo desestimar su intermediación.

En otro orden de consideraciones, la vocal Gómez observó que la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2012 por

el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional n° 1 de San Isidro en los autos "Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2° ley 24.769" (expte. n° 397/11), por la que se sobreseyó a los directivos de Molinos de la imputación del delito de defraudación contemplado en la ley 24.769, no resultaba vinculante para la AFIP ni causaba estado de cosa juzgada material al momento de dictar sentencia. Sostuvo que la competencia del juez penal tributario se limitaba a la elucidación de la posible ocurrencia de una conducta disvaliosa reprimida por la ley penal tributaria, en tanto que el Tribunal Fiscal de la Nación actuaba de conformidad con la competencia atribuida por la ley de procedimiento tributario.

El vocal Magallón, concordemente con los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, sostuvo que Molinos Holding había funcionado como un "conducto" de los dividendos que las sociedades uruguayas y peruana debían distribuir directamente a Molinos. Consideró que dicha intermediación consistió en una práctica de "*treaty shopping*" consistente en "adquirir" el derecho a aplicar un convenio por la mera constitución de una empresa en uno de los Estados parte del mismo. En línea con la vocal preopinante, sostuvo que Molinos Holding no era el "beneficiario efectivo" de los dividendos y que dicha figura constituía una condición implícita en los convenios para evitar la doble imposición que permitía evitar su uso abusivo. Concluyó que el artículo 11 del CDI no resultaba aplicable pues, al decidir Chile en forma unilateral la desgravación de los



Corte Suprema de Justicia de la Nación

dividendos, se había producido una situación de "doble no-imposición" que desnaturalizaba el propósito de los Estados contratantes al negociar y suscribir el CDI, el cual procuraba evitar situaciones de doble imposición internacional.

4º) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto al fondo de la cuestión y la revocó en lo atinente a las costas, las cuales impuso en el orden causado en ambas instancias en atención a lo novedoso y complejo de la cuestión planteada (fs. 1545/1555).

Sostuvo que la prevención y la persecución de las prácticas que pudiesen comportar un uso abusivo de los convenios para evitar la doble imposición también formaban parte de sus objetivos. Señaló que si los dividendos hubieran sido remitidos directamente a Molinos habrían quedado alcanzados por el impuesto a las ganancias. Concluyó que la operatoria, consistente en interponer a Molinos Holding para obtener los beneficios del CDI, constituyó un abuso de tratado y que no cabía dudas de que los principios de interpretación consagrados en los artículos 1º y 2º de la ley 11.683 se erigían como normas antielusión a los efectos de negar la aplicación del CDI en tales circunstancias.

Por otra parte, desestimó los agravios de Molinos en lo concerniente a la alegada falta de consideración por parte del Tribunal Fiscal de la Nación de los elementos valorados en

la sentencia dictada en sede penal. Respecto del sobreseimiento dictado en los términos de la ley 24.769, sostuvo que no tenía implicancia en lo referente a la determinación del impuesto, pues allí se discutía la existencia de un delito tributario y no de una deuda tributaria, difiriendo sustancialmente el objeto de ambos pronunciamientos. Señaló que la sentencia dictada el 9 de mayo de 2014 por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín en la causa "Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2º ley 24.769" (expte. n° 397/11) se había limitado a examinar si la conducta desplegada por Molinos encuadraba en la figura del delito de evasión tributaria, sin haber indagado sobre la configuración del hecho imponible.

5º) Que contra esa decisión, Molinos interpuso recurso extraordinario (fs. 1579/1599), que fue concedido en lo atinente a la cuestión federal y denegado en cuanto a la arbitrariedad alegada (fs. 1626/1626 vta.), lo cual motivó la interposición de la queja que corre agregada por cuerda y será resuelta conjuntamente.

Sostiene que la constitución de Molinos Holding no constituyó un abuso del CDI pues dicha sociedad tenía sustancia económica y un claro propósito orientado a la penetración del mercado internacional. Se agravia de que la sentencia es arbitraria puesto que desconoció las mismas conclusiones a las que había llegado la justicia penal en sentencia que se encuentra firme, desconociendo lo dispuesto por el artículo 20 de la ley 24.769.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Afirma que aplicó el CDI de buena fe y en concordancia con los lineamientos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Destaca que diferentes áreas asesoras de la AFIP sostuvieron, previo a la determinación de oficio, que Chile era el único Estado contratante con potestad tributaria para gravar los dividendos. Sostiene que el principio de la realidad económica resulta inaplicable para desconocer el CDI en virtud de tratarse de una norma de menor jerarquía legal. Señala que en otros convenios para evitar la doble imposición celebrados por Argentina se incluyeron normas antiabuso específicas para restringir sus beneficios, mientras que el CDI, para prevenir el fraude y la evasión, previó únicamente un mecanismo de consultas e intercambio de información entre las autoridades competentes.

Destaca que la sentencia omitió considerar la denuncia del CDI por parte de Argentina y la posterior suscripción de un nuevo convenio, Protocolo y Memorando de Entendimiento que posibilitaron la aplicación de la normativa interna para desconocer los beneficios del nuevo convenio. A su entender, la denuncia del CDI implicaba un reconocimiento de que el CDI en vigencia al momento de los hechos impedía a Argentina gravar los dividendos en cuestión. Finalmente, sostiene que la AFIP aplicó retroactivamente en sus determinaciones de oficio un criterio que recién fue establecido en el año 2010 mediante un dictamen de la Dirección Nacional de Impuestos; y plantea la

improcedencia de los intereses resarcitorios reclamados por no haber existido mora culpable de su parte.

6°) Que el recurso extraordinario es admisible toda vez que se ha puesto en tela de juicio la inteligencia de normas federales –artículos 27, 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional–; el “Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio”, aprobado por ley 23.228 y ratificado el 19 de diciembre de 1985, vigente durante los períodos examinados en autos; la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865 y ratificada el 5 de diciembre de 1972; y el artículo 2° de la ley 11.683; y la decisión ha sido contraria al derecho que la apelante fundó en ellas (artículo 14, inc. 3°, ley 48).

7°) Que el agravio de la recurrente basado en que la cámara habría prescindido de las conclusiones a las que se llegó en sede penal sobre los mismos hechos examinados en autos, en aparente violación a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 24.769, debe ser considerado en primer término, pues de existir arbitrariedad no habría sentencia propiamente dicha (confr. arg. Fallos: 228:473; 312:1034; 317:1455, entre otros).

Cabe señalar que las actuaciones administrativas que dieron lugar a la presente causa motivaron la presentación de una denuncia penal por parte de la AFIP que originó el



Corte Suprema de Justicia de la Nación

expediente "Molinos Río de la Plata s/ inf. art. 2º ley 24.769" (expte. nº 397/11), tramitado ante el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional nº 1, Secretaría nº 3, de San Isidro. El 19 de noviembre de 2012 el mencionado tribunal resolvió sobreseer a los directivos de Molinos (ver copia obrante a fs. 943/962 vta.), pero el 25 de abril de 2013 la Sala I de la Cámara Federal de San Martín dispuso la íntegra revocación de la sentencia al observar que se encontraba pendiente de estudio una medida de prueba oportunamente producida (confr. fs. 1295/1295 vta.).

Una vez efectuado el examen ordenado por la cámara, la jueza de primera instancia concluyó que no existían elementos para modificar su decisión anterior, y sobreseyó nuevamente a los directivos de la empresa mediante sentencia del 18 de diciembre de 2013 (confr. fs. 1543 y recurso extraordinario, pto. 4.1.2., fs. 1586 vta., 1º párr.). El 9 de mayo de 2014, la Sala I de la Cámara Federal de San Martín confirmó la sentencia apelada por la parte querellante (confr. fs. 1539/1542).

Molinos afirma que los hechos ventilados en la presente causa fueron previamente juzgados en sede penal. Al respecto, cabe destacar que la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Federal de San Martín sobreseyó a los directivos de Molinos con fundamento exclusivo en la falta de verificación del aspecto subjetivo del tipo penal tributario por el que aquellos habían resultado imputados. Dicha sentencia dejó aclarado expresamente que el aspecto atinente a la eventual determinación

de la obligación tributaria debía ser dilucidado en el ámbito jurisdiccional correspondiente.

En efecto, la cámara sostuvo que no se observaban *"conductas ardidosas capaces de enmarcar en un delito penal tributario a las actividades empresariales llevadas a cabo"* por Molinos (fs. 1539, cons. III, 1º párr.), en tanto *"la investigada no ha efectuado ningún movimiento u ocultamiento malicioso propio de la evasión tributaria"*. Y agregó que *"[e]n todo caso, existió un aprovechamiento de circunstancias –naturalmente no queridas por el Convenio y por esa razón denunciado por nuestro país–, que deberán ser evaluadas en la faz administrativa, mas no en la penal tributaria"* (fs. 1540). Destacó que *"la inexistencia de voluntad delictiva importa, entonces, que la cuestión no supere la faz administrativa y el análisis que allí se considere pertinente sobre la realidad económica que, de considerarse violentada, no lo fue mediante actos de tipo delictivos –ardid, engaño, ocultamiento–..."*, pues *"el ente recaudador no tuvo que hacer ningún esfuerzo para detectar l[o] que estaba ocurriendo, ya que fue la misma empresa la que lo informó en sus declaraciones juradas"* (fs. 1541 vta.).

Esta última sentencia quedó firme, ya que el 22 de junio de 2015 la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal declaró inadmisibile el recurso de casación intentado por la AFIP (confr. fs. 1534/1537 vta.) y, posteriormente, tras ser denegado por esa cámara el recurso extraordinario, el 22 de diciembre de 2015 este Tribunal dictó sentencia en el expediente FSM



Corte Suprema de Justicia de la Nación

2826/2012/1/1/RH1 "Molinos Río de la Plata S.A. y otros s/ infracción ley 24.769", por la que se rechazó la queja interpuesta por la AFIP.

En tales condiciones, resulta inadmisibile el agravio de la recurrente fundado en la arbitrariedad de la sentencia apelada, ya que lo decidido en la causa penal se circunscribió a la inexistencia de actos de tipo delictivo por parte de los directivos de Molinos, punibles por la ley penal tributaria. En efecto, la sentencia penal dejó expresamente fuera de su alcance, y reservada a otros procedimientos de naturaleza no penal, la evaluación de si la conducta de Molinos configuró un aprovechamiento inapropiado del CDI a la luz del principio de la realidad económica, susceptible de originar la obligación tributaria en discusión.

8º) Que, aclarada la cuestión que antecede, corresponde analizar las cuestiones federales planteadas y, en consecuencia, determinar si los dividendos distribuidos por Molinos Holding a Molinos se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias.

Es oportuno recordar que la Corte no se encuentra limitada en su decisión por los argumentos expuestos por las partes o el tribunal *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue a las normas federales involucradas

(confr. arg. Fallos: 307:1457; 310:2682; 311:2553; 319:2931; 327:5416, entre muchos otros).

9°) Que el CDI ("Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancias o beneficios y sobre el capital y el patrimonio") fue suscripto en Santiago de Chile el día 13 de noviembre de 1976, aprobado por la ley 23.228 (B.O. 1° de octubre de 1985) y ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de diciembre de 1985. El CDI fue denunciado por Argentina el 29 de junio de 2012 (B.O. 16 de julio de 2012). Consecuentemente, el CDI se encontraba vigente durante los períodos fiscales respecto de los cuales la AFIP pretende gravar las ganancias que originan el presente litigio.

En lo que se refiere a la potestad tributaria de los Estados Contratantes, el CDI endosó el "principio de la fuente". Efectivamente, el artículo 4° del CDI establecía que *"[i]ndependientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y del lugar de celebración de los contratos, las rentas, ganancias o beneficios de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables -en el Estado Contratante en que tales rentas, ganancias o beneficios- tuvieren su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en el presente convenio"*. A su vez, el artículo 2°, inc. e, del CDI establecía lo que debía entenderse por "fuente productora". En este sentido, dicho artículo dispuso: *"[s]e entenderá por 'fuente productora' en un Estado Contratante -sin interesar la*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

nacionalidad, el domicilio o la residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos- los bienes o derechos situados, colocados o utilizados económicamente en dicho Estado, la realización en su territorio de cualquier acto o actividad y los hechos ocurridos dentro de sus límites, susceptibles de producir ganancias, rentas o beneficios".

En particular, el artículo 11 del CDI estableció que "*[l]os dividendos y participaciones en las utilidades, de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye".* Molinos se basó en este artículo del CDI para sostener que Chile era el único Estado contratante con potestad tributaria para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding.

10) Que esta Corte tiene dicho que las convenciones internacionales que versan sobre materia fiscal deben ser interpretadas de acuerdo a la doctrina general de hermenéutica en materia de tratados y de normas tributarias, teniendo particularmente en cuenta los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865 y ratificada el 5 de diciembre de 1972 (en adelante, "CVDT"), normas que consagran el principio según el cual los tratados deben ser interpretados de buena fe conforme al criterio corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin

(Fallos: 321:1031, voto de los jueces Moliné O'Connor, Boggiano y López; y 340:644). Asimismo, se estableció que en la interpretación de los tratados en los que la República Argentina es parte el análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados –en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (conf. artículo 31.1, CVDT)– determina los alcances de la norma interpretada (conf. doctrina de Fallos: 340:47, considerando 12).

Bajo esta pauta interpretativa, el artículo 11 del CDI al disponer que los dividendos distribuidos *"sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye"* no ofrece dificultad interpretativa alguna y fuerza a concluir que Chile era el único Estado contratante con potestad tributaria para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding. Ello es así porque el CDI había consagrado en su artículo 11 la regla que otorga potestad tributaria al lugar de colocación del capital para definir la fuente productora de la renta de dividendos y participaciones (cfr. artículo 2º, inc. e, CDI), resultando irrelevante la nacionalidad o domicilio del titular de dicha renta (cfr. artículo 4º, CDI).

11) Que el régimen tributario chileno para las sociedades constituidas con capital extranjero, como Molinos Holding, fue establecido por la ley 19.840 que introdujo reformas al impuesto a la renta chileno. Dicho régimen tributario estableció que *"para los efectos de esta ley, las*



Corte Suprema de Justicia de la Nación

citadas sociedades no se considerarán domiciliadas en Chile, por lo que tributarán en el país sólo por las rentas de fuente chilena" (cfr. artículo 41° D, primer inciso, in fine, ley 19.840 de la República de Chile). Por obra de lo dispuesto por la legislación chilena, entonces, quedaban excluidos del impuesto a la renta de ese país los dividendos provenientes de inversiones en el exterior de Chile.

Ahora bien, el artículo 1° del CDI estableció que dicho convenio resultaba aplicable *"también a las modificaciones que se introdujeran a los referidos impuestos [a las ganancias en Argentina y a la renta en Chile] y a cualquier otro impuesto que, en razón de su base gravable o materia imponible, fuere esencial y económicamente análogo a los anteriormente citados y que, uno u otro de los Estados Contratantes estableciere con posterioridad a la firma del presente convenio"*. En consecuencia, en virtud de que el CDI no contemplaba que las modificaciones introducidas en la regulación relevante de los impuestos debieran cumplir condición alguna, los beneficios del CDI eran aplicables incluso si, como sucedió en Chile, uno de los Estados introducía una modificación que tuviese por efecto renunciar al ejercicio de la potestad tributaria exclusiva que le reconocía el CDI. Esta interpretación, además de ser ineludible desde el punto de vista literal, es la única que se condice con el principio de la fuente que rige al CDI. En este sentido, es oportuno señalar que el CDI no contiene norma alguna que establezca que la renuncia sobreviniente a la potestad

tributaria por parte de un Estado contratante habilite al otro Estado a ejercer la suya, resignada al suscribir dicho convenio.

La doctrina de este Tribunal determina que no corresponde a los jueces introducir distinciones cuando la norma convencional no lo hace. Si el legislador —al aprobar el CDI— hubiera querido hacer distinciones para, por ejemplo, permitir que nuestro país reasumiera su potestad tributaria cuando la misma hubiera sido abdicada por Chile, lejos de aprobar derechamente los términos genéricos contenidos en el artículo 1° del CDI, habría hecho las salvedades o excepciones pertinentes para que el Poder Ejecutivo, al manifestar el consentimiento en obligarse por el convenio, introdujese las reservas que estimase necesarias.

En efecto, el legislador podría haber incluido en el CDI, al momento de su aprobación, disposiciones para evitar la no-imposición y no lo hizo. Resulta entonces de aplicación al caso *"el claro principio hermenéutico conforme el cual no cabe presumir la inconsecuencia o falta de previsión del legislador (arg. Fallos: 315:1922; 321:2021 y 2453; 322:2189; 329:4007, entre otros)"*, cuya relevancia para la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición ha sido reconocida expresamente por esta Corte (Fallos: 340:644, considerando 14). En tales condiciones, no resulta posible introducir por vía interpretativa recaudos que los órganos constitucionales encargados de la celebración de tratados no incluyeron en su texto.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

12) Que esta Corte tiene dicho que "en razón de la superior jerarquía de que goza un tratado internacional frente a la ley de fuente interna (arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; Fallos: 316:1669, considerando 3º; 317:1283, considerando 8º, entre otros), debe afirmarse que una ley tributaria de tal fuente puede sufrir restricciones –o incluso ser invalidada si el conflicto es inconciliable– en virtud de los compromisos asumidos por la República en un convenio internacional, suscripto con el propósito de fomentar las relaciones económicas y la inversión recíproca entre los estados contratantes, evitando la doble imposición fiscal y la discriminación en perjuicio de los nacionales de cada una de las partes..." (Fallos: 321:1031, considerando 4º).

De acuerdo con dicha doctrina, al atribuir potestad tributaria exclusiva a Chile para gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding a Molinos, el artículo 11 del CDI inhibió la operatividad del artículo 146, inc. b, de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. en 1997 y sus modif.), impidiendo que Argentina gravase tales dividendos.

13) Que, corresponde ahora determinar si –tal como sostiene la AFIP y fue receptado por la sentencia recurrida– lo dispuesto por el artículo 11 del CDI debe ser dejado sin efecto en virtud de que el artículo 2º de la ley 11.683 sería aplicable dado lo dispuesto por el propio convenio internacional. Dicho artículo consagra el principio de la realidad económica estableciendo que "[p]ara determinar la verdadera naturaleza del

hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

Para justificar la introducción del principio de la realidad económica en la decisión de la causa, la cámara sostuvo que:

“forman parte de los objetivos de los CDI la prevención y la persecución de aquellas disciplinas que puedan comportar un uso abusivo del tratado” (fs. 1550 vta.), en cuyo caso “el organismo fiscal podrá negar la aplicación del CDI. Para ello, podrá acudir a las normas antielusión contenidas en los respectivos tratados y, ante su ausencia en esos textos, las prácticas antielusivas [sic] podrán ser eficazmente combatidas mediante las herramientas consagradas en la legislación interna y en los principios jurisprudenciales” (fs. 1550 vta.). Concluyó que “no cabe duda de que los principios de interpretación



Corte Suprema de Justicia de la Nación

consagrados en los arts. 1º y 2º de la ley de procedimiento fiscal se erigen como normas antielusión de los convenios de doble imposición" (fs. 1551 y 1551 vta.).

14) Que a los efectos de determinar el alcance de un tratado internacional debe tenerse en cuenta su objeto y fin, interpretados de buena fe (artículo 31.1 de la CVDT). Si bien el propósito de evitar la doble imposición surge expresamente del preámbulo del CDI que establece que "[l]a República Argentina y la República de Chile, en el deseo de concluir un Convenio para evitar la doble tributación...", ni en el preámbulo del CDI, ni en sus artículos, existe alusión alguna a que los Estados contratantes al firmarlo hubiesen tenido en miras prevenir las situaciones de no-imposición a las que naturalmente podía dar lugar la aplicación de las normas del CDI basadas en el principio de la fuente, el que –como se dijo– concede potestad tributaria al Estado parte en el que las rentas tienen su fuente productora, tal como ella fue definida por el artículo 2º, inc. e, del CDI.

En efecto, el principio de la fuente adoptado por el CDI, conlleva la posibilidad cierta de que ninguno de los Estados contratantes grave un determinado tipo de renta. Para ello basta –como sucedió en este caso– con que el Estado de la fuente adopte la decisión de no gravar la renta respecto de la cual el CDI le otorga potestad tributaria exclusiva. Esta conclusión fue confirmada en el presente caso por el Director de Relaciones Tributarias Internacionales de la Dirección Nacional

de Impuestos de la República Argentina al reconocer que la situación de no-imposición provocada por el CDI no era un *"defecto normativo, ya que un estado entiende que al concederle las facultades de imposición al otro estado, éste puede ejercerlas o no. En principio la idea de los estados contratantes no es generar una situación de doble no imposición, pero en ciertas circunstancias se pueden dar por decisión unilateral de un estado"* (fs. 293 vta., testimonio del Contador Público Nacional Carlos Protto).

15) Que la conclusión a la que se arriba en el considerando precedente según la cual el objeto y fin del CDI de prevenir la doble imposición no parecía ser, para los Estados contratantes, incompatible con resultados de no-imposición para el impuesto a las ganancias resulta reafirmada por el hecho de que Argentina no propició la modificación del CDI para neutralizar los efectos del régimen de sociedades plataforma de inversiones, promulgado en Chile el 13 de noviembre de 2002, que no gravaba los dividendos distribuidos en aquel país por sociedades como Molinos Holding.

En tal sentido, cabe destacar que el 23 de abril de 2003, a pocos meses de la entrada en vigencia del mencionado régimen, Argentina y Chile suscribieron un Protocolo Modificatorio del CDI, aprobado por la ley 26.232 (B.O. 26 de abril de 2007, ratificado el 2 de mayo de 2007; en adelante, el "Protocolo"). El Protocolo modificó el artículo 19 del CDI, relativo al impuesto sobre el patrimonio, el cual disponía que



Corte Suprema de Justicia de la Nación

"[e]l patrimonio situado en el territorio de uno de los Estados Contratantes será gravable únicamente por éste". La nueva redacción del artículo 19 del CDI establece que "1. El patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante en el que su titular estuviere domiciliado. 2. Los demás elementos del patrimonio sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde dicho patrimonio esté situado".

La modificación introducida por el Protocolo excluyó de la aplicación del principio de la fuente al patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad, el cual pasó a quedar sometido a imposición exclusivamente en el Estado Contratante del domicilio del titular (cfr. artículo 19, primer párrafo, CDI). Sin embargo, los Estados contratantes mantuvieron inalterado el principio de la fuente que consagra el artículo 11 del CDI respecto de la potestad tributaria para gravar los dividendos y participaciones, aun cuando ya se encontraba vigente el régimen de sociedades plataforma de inversiones que no gravaba tales rentas en Chile.

El hecho de que se cambiara la situación exclusivamente para el patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad y de que nada se hiciera respecto de los dividendos y participaciones en las utilidades fue confirmado por el Director de Relaciones

Tributarias Internacionales de la Dirección Nacional de Impuestos al reconocer que "[h]asta el año 2003, las tenencias accionarias en manos chilenas de sociedades argentinas se encontraban gravadas en Argentina en virtud de las disposiciones del convenio. En ese año, y desconociendo el criterio rector del convenio, conforme al cual las rentas y el patrimonio se encuentran gravados en el estado de la fuente, se modificó el instrumento internacional a los efectos de que las participaciones en el capital de una sociedad ya no se encuentren gravados en el estado en el que se encuentre la sociedad, sino en el estado de residencia del titular de las mismas (accionistas)" (fs. 292 vta., testimonio del Contador Público Nacional Carlos Protto, el subrayado pertenece a este Tribunal).

16) Que la conducta del Estado Nacional, por intermedio de la AFIP, consistente en aplicar su legislación interna para desconocer lo dispuesto por el artículo 11 del CDI resulta incompatible con el principio cardinal de la buena fe según el cual deben interpretarse los tratados internacionales (artículo 31, CVDT). Dicho principio informa y fundamenta todo el ordenamiento argentino, tanto público como privado, condicionando especialmente la validez del actuar estatal (arg. Fallos: 311:2385; 312:1725; 338:161, entre otros).

Esta Corte tiene dicho que una de las derivaciones del principio de buena fe es la doctrina de los actos propios. De acuerdo con esta doctrina no es lícito hacer valer un derecho



Corte Suprema de Justicia de la Nación

en contradicción con la anterior conducta pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (arg. Fallos: 321:221 y 2530; 325:2935; 329:5793; 330:1927 y 338:161, entre otros).

Al desestimar la aplicación del artículo 11 del CDI el Estado Nacional actuó de manera inconsistente con las expectativas generadas por sus propios actos anteriores. Dicho comportamiento transgredió el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre las naciones, máxime si se tiene en cuenta que el Fisco chileno –el Servicio de Impuestos Internos (SII)– interpretaba desde años antes de las determinaciones de oficio recurridas que las sociedades plataforma de inversiones estaban habilitadas para aplicar las disposiciones del CDI. En efecto, el Fisco chileno había expuesto esa posición en el Oficio N° 5029, del 2 de octubre de 2003, en el que concluyó que *“las sociedades que se acojan a las normas contenidas en el Artículo 41 D.- de la Ley sobre Impuesto a la Renta, están habilitadas para aplicar las disposiciones contenidas en el convenio entre la República Argentina y la República de Chile para Evitar la Doble Tributación en materia de Impuestos sobre la Renta, Ganancia o Beneficio y sobre el Capital y el Patrimonio”*. Destacó que *“[a] esta conclusión se puede llegar, aparte de otras consideraciones, en atención a que dicho Convenio se sustenta en el principio de la fuente (...) el concepto de fuente productora que es determinante en la*

procedencia de varias de sus disposiciones, se define 'sin interesar la nacionalidad, el domicilio o la residencia del titular'" (Sistema de gestión de expedientes y actuaciones de la AFIP, Alcance N° 11038-154-2011/4, fs. 6; actuaciones que corren agregadas por cuerda).

17) Que al iniciarse la fiscalización a Molinos, la propia AFIP sostenía que el CDI no permitía a Argentina gravar los dividendos distribuidos por Molinos Holding. Al respecto, el Jefe (Int.) de la División Fiscalización Externa III de la Dirección de Fiscalización Grandes Contribuyentes Nacionales (DGI-AFIP), en cuyo ámbito se inició la fiscalización a Molinos, concluyó que el esquema de planificación tributaria implementado era "*claramente abusivo y de no existir el tratado mencionado probablemente no se observaría impedimento alguno para considerar, de acuerdo a la realidad económica, que la empresa chilena es una mera sociedad interpuesta, correspondiendo reclamar el tributo omitido respecto de los dividendos asignados por las sociedades operativas del exterior..." (Nota N° 496/2007 (DV FE3G), del 28 de mayo de 2007, Sistema de gestión de expedientes y actuaciones de la AFIP, Alcance N° 11038-154-2011/4, fs. 7; el subrayado pertenece al Tribunal).*

Asimismo, las áreas asesoras de la AFIP sostuvieron que el principio de la realidad económica establecido en la ley 11.683 no resultaba aplicable para desconocer lo regulado por el CDI. Para lograr tales efectos, se sostuvo, era necesaria una modificación del CDI que contemplase una norma que permitiese



Corte Suprema de Justicia de la Nación

desconocer lo dispuesto en su artículo 11. Así, la División Jurídica del Departamento Técnico Legal Grandes Contribuyentes Nacionales (DGI-AFIP), a la que se elevaron en consulta las actuaciones de la fiscalización, dictaminó que *"ante la falta de una específica norma antiabuso y a partir de la realidad económica, podría evaluarse la incorporación de disposiciones idóneas que prevengan ello"* (sic) (Dictamen N° 298/2007 (DV JUGN), del 13 de junio de 2007, Sistema de gestión de expedientes y actuaciones de la AFIP, Alcance N° 11038-154-2011/4, fs. 11; el subrayado pertenece al Tribunal).

Por su parte, la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP, máxima instancia técnica asesora de dicho organismo, compartió las conclusiones del dictamen del Departamento Asesoría Técnica Tributaria que había concluido que *"atento a la supremacía jurídica que los tratados internacionales poseen sobre la ley interna, podemos vislumbrar que los dividendos distribuidos a la rubrada por la sociedad trasandina se encuentran alcanzados por el artículo 11 del Convenio bajo análisis y, por ende, exonerados de imposición en nuestro país"* (Actuación N° 665/07 (DI ATEC), del 29 de octubre de 2007, Sistema de gestión de expedientes y actuaciones de la AFIP, Alcance N° 11038-154-2011/4, fs. 21).

"Por otra parte, y en lo atinente a la posibilidad planteada por las áreas preopinantes de encuadrar a la maniobra llevada a cabo por la contribuyente del asunto dentro de la figura del 'abuso de tratados', cabe remarcar que al no

visualizarse en principio ninguna norma antiabuso que permita impedir la consecución de tales artilugios impositivos, resultaría sumamente importante evaluar por parte de la autoridad de aplicación la incorporación de normas idóneas al respecto" (Actuación N° 665/07 (DI ATEC), ya citada, el subrayado pertenece al Tribunal).

18) Que la única disposición prevista en el CDI para evitar situaciones de fraude era la de su artículo 22, cuyo primer párrafo establecía que "[l]as autoridades competentes de los Estados Contratantes celebrarán consultas entre sí e intercambiarán la información necesaria para resolver, de mutuo acuerdo, cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación del presente convenio y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión".

Dicha norma establecía con claridad que cualquier situación que pudiera ser concebida por alguno de los Estados contratantes como un fraude al CDI debía resolverse mediante un "mutuo acuerdo" entre las autoridades competentes de los Estados contratantes, a través de consultas o intercambio de información. De todos modos, ni siquiera en el caso de fraude, el CDI contemplaba la posibilidad de que uno de los Estados contratantes recurriese unilateralmente a su legislación interna para derogar sus disposiciones. La única facultad que se concedía era la de establecer "controles administrativos" tendientes a detectar tales situaciones y adoptar los mecanismos de consulta previstos en el CDI.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

En efecto, esta fue la posición que, en un principio, adoptaron los funcionarios de la AFIP al sugerir *"efectuar un intercambio de información con la Administración Tributaria de Chile a efectos de detectar qué residentes argentinos son accionistas en sociedades plataforma constituidas en dicho país"* (Informe de inspección de la División Fiscalización Externa III, del 24 de mayo 2007, Sistema de gestión de expedientes y actuaciones de la AFIP 11038-154-2011/4, fs. 5).

19) Que, como se lleva dicho, el CDI carecía de toda norma que permitiese derogar lo dispuesto por los artículos 2º, inc. e; 4º y 11 del CDI y, menos aún, de una norma para combatir las sociedades conducto interpuestas con el fin de aprovechar los beneficios del CDI como, por ejemplo, la *"cláusula del beneficiario efectivo"*. Este tipo de cláusula tiene por función autorizar al Estado de la fuente a gravar sin limitaciones las rentas pasivas (intereses, dividendos y regalías) cuando el sujeto que las obtiene es un mero intermediario y no su beneficiario efectivo, por lo que carece de sentido en un CDI basado en el principio de la fuente, en el que el Estado de la fuente ejerce una potestad tributaria plena.

Por lo tanto, resulta inadmisibile –tal como hace la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación– atribuir a la cláusula del beneficiario efectivo la naturaleza de *"una condición implícita de los CDI que no requiere para su operatividad de estipulación expresa alguna"* (fs. 1373, voto del vocal Magallón). Ello equivale a reescribir el CDI bajo el

pretexto de interpretarlo, incorporando un recaudo no previsto por los Estados parte para acceder a sus beneficios (arg. Fallos: 344:307 y sus citas).

20) Que, en resumen, el compromiso asumido por los Estados parte en el CDI debe respetarse aun cuando la aplicación de sus disposiciones redunde en una ausencia de imposición en ambas jurisdicciones e independientemente del juicio de desvalor que puedan merecer las planificaciones fiscales implementadas para alcanzar tal efecto. No corresponde a los jueces juzgar el acierto o conveniencia de las disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus facultades propias, debiendo limitarse a su aplicación tal como estos las concibieron (arg. Fallos: 277:25; 300:700; 340:644).

Ello es así pues no cabe a esta Corte apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley, ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por este, pues de hacerlo olvidaría que la primera fuente de exégesis de una norma convencional es su letra y que cuando esta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquella (arg. Fallos: 218:56; 299:167; 313:1007).

Invocar la aplicación del principio de la realidad económica establecido en el artículo 2º de la ley 11.683 para



Corte Suprema de Justicia de la Nación

desconocer lo dispuesto en el artículo 11 del CDI implica un apartamiento palmario del texto de dicho convenio (artículo 31, CVDT). Supone, además, alterar unilateralmente lo que es un acto emanado de dos Estados soberanos (arg. Fallos: 35:207; 320:1257; 322:1558). De esta manera, se afecta el principio *pacta sunt servanda* y las referidas reglas de interpretación fijadas por la CVDT (artículos 26, 31 y 32 de la CVDT) (doctrina de Fallos: 322:1558; 323:3680 y 326:991), sin que se verifiquen las circunstancias excepcionales de conflicto irresoluble con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema, únicas en las que los tratados deben ser soslayados para que pueda prevalecer la propia Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 305:2150; 316:1669; 317:1282; 322:1905; 340:47, entre otros).

Resulta de toda evidencia que el supuesto analizado en autos, esto es, la no-imposición permitida por las normas del CDI que la cámara omitió aplicar, no constituye una transgresión a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional que, en los términos de su artículo 27, permita excluir la aplicación del CDI. No solamente la posibilidad de una situación de no-imposición es, como se ha señalado antes, una consecuencia natural y previsible del tipo de CDI que la República Argentina y la República de Chile suscribieron, aprobaron constitucionalmente y ratificaron –lo que descarta la noción de un abuso de dicho CDI–, sino que es una posibilidad que la propia Constitución Nacional prevé al

regular el poder de imposición con el que dota al Congreso de la Nación (artículo 75, inciso 2).

El hecho de que el Congreso tenga la potestad constitucional de aprobar tratados como el aquí discutido, que involucra concesiones respecto de la potestad tributaria de la República Argentina, muestra que la no-imposición no resulta contraria a ningún principio fundamental de la Constitución Nacional y, en consecuencia, no genera ningún problema de compatibilidad normativa a la luz del citado artículo 27, más allá de lo que se opine sobre la conveniencia o justicia de permitir una situación tal. Los principios de derecho público establecidos en nuestra Constitución Nacional no se ven vulnerados por el hecho de que el Estado co-contratante decida no ejercer una potestad tributaria que el propio tratado le reserva con carácter exclusivo.

21) Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que Argentina denunció el CDI el 29 de junio de 2012. Con posterioridad, el 15 de mayo de 2015, Argentina y Chile suscribieron un nuevo tratado denominado *"Convenio entre la República Argentina y la República de Chile para eliminar la doble imposición en relación a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la evasión y elusión fiscal"* y un Protocolo, ambos aprobados por la ley 27.274 (B.O. 30 de septiembre de 2016; en adelante, el "Nuevo CDI"). En la misma fecha suscribieron también un Memorando de Entendimiento del Nuevo CDI.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

A diferencia del CDI denunciado, basado en el principio de la fuente, el Nuevo CDI adopta el principio de la residencia. Su preámbulo establece expresamente que la intención de las partes es eliminar la doble imposición pero, a diferencia del CDI denunciado, también se establece otro objetivo deseado. Así se afirma que la eliminación de la doble imposición debe lograrse *"sin crear oportunidades para situaciones de nula o reducida tributación a través de evasión o elusión fiscal (incluyendo aquellos acuerdos para el uso abusivo de tratados -treaty-shopping- dirigidos a que residentes de terceros Estados obtengan indirectamente beneficios de este Convenio)"*.

22) Que, con la misma finalidad de no crear oportunidades para situaciones de nula o reducida tributación, el artículo 24 del Nuevo CDI establece, a diferencia del CDI denunciado, limitaciones específicas para el goce de sus beneficios. Asimismo, y a diferencia de lo que ocurría en el CDI denunciado, en el "Memorando de Entendimiento" relativo al Nuevo CDI los Estados entienden y confirman que "el Convenio no impedirá a un Estado contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal" (inc. a). Más allá de la plausibilidad o conveniencia del Nuevo CDI, no puede ser considerado como un elemento para la interpretación del CDI denunciado y, por lo tanto no puede ser relevante para resolver la presente controversia, por la sencilla razón de que si los principios y normas del Nuevo CDI estaban ya vigentes bajo el imperio del CDI denunciado, los

estados no se hubiesen visto en la necesidad de celebrar un nuevo convenio, alterando las pautas recordadas en la presente sentencia y fijando previsiones específicas que permiten la aplicación de normas internas como el artículo 2° de la ley 11.683. Asimismo, interpretar el CDI denunciado a la luz de los principios y normas del Nuevo CDI conduciría al resultado inaceptable de aplicar la legislación interna para desconocer no solo el texto, sino también el objeto y fin del CDI denunciado que –como se señalara más arriba– no era incompatible con resultados de no-imposición.

Por ello, concordemente con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se resuelve: 1°) Desestimar la queja y declarar perdido el depósito de fs. 58. 2°) Declarar procedente el recurso extraordinario y revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios. Costas de todas las instancias en el orden causado en razón de la complejidad de las cuestiones examinadas y el resultado que se alcanza (artículo 68, segunda parte, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese la queja con copia de la presente y remítase el expediente principal.



Corte Suprema de Justicia de la Nación

Recurso extraordinario interpuesto por **Molinos Río de la Plata S.A.**, representada por el **Dr. Liban Ángel Kusa**, con el patrocinio letrado del **Dr. Eduardo Marcelo Gil Roca**.

Traslado contestado por el **Fisco Nacional (AFIP-DGI)**, representado por el **Dr. Ignacio M. Markievich**, con el patrocinio letrado del **Dr. Hernán Andrés Spina**.

Recurso de queja interpuesto por **Molinos Río de la Plata S.A.**, representada por el **Dr. Liban Ángel Kusa**, con el patrocinio letrado de los **Dres. Liban Ángel Kusa y Eduardo Marcelo Gil Roca**.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I**.

Tribunal que intervino con anterioridad: **Tribunal Fiscal de la Nación**.