

Instituto Latino-Americano de Derecho Tributario (ILADT)
XXI Jornadas latino-americanas de derecho tributario

La imposición de los nuevos instrumentos financieros* .
(Italia)

Génova, 5 de septiembre 2002

Relación de Oscar Donato Piccoli**

(Versión en idioma español)

Permítaseme en este contexto expresar un mensaje a los Pueblos de América latina, especialmente al pueblo de la nativa Argentina, que viven hoy una grave crisis económica e institucional y a los cuales va, como modesto aporte, el deseo de un futuro mejor. ¡Que los hombres honestos de estas Naciones, con la ayuda de Dios, encuentren el camino para construir una renovada sociedad civil!

* *En este ámbito se trata solamente la disciplina a los fines del impuesto a las rentas siempre que éstas no hayan sido obtenidas en el ejercicio de una empresa comercial.*

** *Abogado, responsable de la asesoría fiscal de BNP PARIBAS Banque Privée – Sucursal Italia. El relator agradece al Doctor Cristian Billardi, abogado del Studio Uckmar, por el importante trabajo de adaptación del texto a la realidad del idioma español.*

ÍNDICE

| | |
|--|-----------|
| INTRODUCCIÓN..... | 2 |
| I. LOS SUPUESTOS IMPOSITIVOS..... | 7 |
| 1.1. LOS RÉDITOS DE LOS CONTRATOS DERIVADOS Y DEMÁS CONTRATOS A TÉRMINO DE NATURALEZA FINANCIERA..... | 7 |
| 1.1.1. <i>Premisa.....</i> | 7 |
| 1.1.2. <i>Los contratos derivados de tipo traslativo y diferencial.....</i> | 8 |
| 1.1.3. <i>Los contratos derivados de tipo traslativo.....</i> | 11 |
| 1.2. LOS BENEFICIOS DERIVADOS DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS PECUNIARIOS, DE RELACIONES PRODUCTORAS DE RÉDITO DE CAPITAL E INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y OTROS CONTRATOS “DIFERENCIALES”..... | 12 |
| 1.2.1. <i>Premisa.....</i> | 12 |
| 1.2.2. <i>Las plusvalías derivadas de la cesión de relaciones, créditos e instrumentos financieros.....</i> | 13 |
| 1.2.3. <i>Los réditos derivados de contratos productores de diferencias positivas o negativas que dependen de un evento incierto.....</i> | 14 |
| II. LA DETERMINACIÓN DE LOS RÉDITOS..... | 15 |
| 2.1. LA DETERMINACIÓN DE LOS RÉDITOS PROVENIENTES DE CONTRATOS DERIVADOS Y DEMÁS CONTRATOS A TÉRMINO DE NATURALEZA FINANCIERA..... | 15 |
| 2.1.1. <i>Premisa.....</i> | 15 |
| 2.1.2. <i>La determinación de los réditos de los contratos derivados y los demás contratos a término de naturaleza financiera.....</i> | 15 |
| 2.1.3. <i>Cesión a título oneroso de las actividades financieras subyacentes.....</i> | 17 |
| 2.1.4. <i>La imputación de las primas pagadas y cobradas sobre opciones.....</i> | 18 |
| 2.1.5. <i>Opciones de venta o adquisición ejercidas.....</i> | 18 |
| 2.2. LA DETERMINACIÓN DE LOS BENEFICIOS PROVENIENTES DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS, RELACIONES PRODUCTORAS DE RENTAS DE CAPITAL Y DE INSTRUMENTOS FINANCIEROS Y DE LOS DEMÁS CONTRATOS DIFERENCIALES..... | 19 |
| 2.3. DISPOSICIONES COMUNES..... | 20 |
| III. EL IMPUESTO SUSTITUTIVO SOBRE LOS RÉDITOS DIVERSOS DE NATURALEZA FINANCIERA..... | 21 |
| 3.1. PREMISA..... | 21 |
| 3.2. LA DETERMINACIÓN DE LAS DOS “MASAS”. ALÍCUOTA DEL IMPUESTO SUSTITUTIVO..... | 21 |
| 3.3. SUJETOS PASIVOS..... | 22 |
| 3.3.1. <i>Disciplina general.....</i> | 22 |
| 3.3.2. <i>Aplicación del impuesto con relación a los residentes para los réditos comprendidos en las letras c-quater) y c-quinquies), del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.....</i> | 22 |
| 3.3.3. <i>Régimen de exención para los sujetos no residentes.....</i> | 23 |
| 3.4. REGÍMENES PREVISTOS..... | 25 |
| IV. PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA FISCAL ESTATAL..... | 25 |

(En el documento "appendice legislativa" se encuentran, en italiano, las normas esenciales citadas en el texto.)

INTRODUCCIÓN.

El Decreto legislativo del 21 de noviembre de 1997, n. 461, de "Riordino della disciplina tributaria dei redditi di capitale e dei redditi diversi" ("Reordenación de la disciplina tributaria de las rentas de capital y otras rentas"; de ahora en más: "D.Lgs. n. 461"), emanado en actuación de la delegación al Gobierno conforme la Ley del 23 de diciembre de 1996, n. 662, referida a "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica" ("Medidas de racionalización de la Hacienda Publica"; de ahora en más: "Legge n. 662") y entrado en vigencia el 1º de julio de 1998, ha traído aparejado un profundo cambio en el ordenamiento tributario italiano con respecto al modelo conceptual que hasta esta fecha había gobernado la imposición de las rentas de naturaleza financiera que no poseen su propia fuente en una relación de empleo de capital y que no hayan sido obtenidas en el ejercicio de empresa. Como ha sido destacado por ESCALAR¹, si en el sistema precedente la tasación de estos beneficios constituía una excepción, en el nuevo sistema revisado la misma puede considerarse actualmente como la regla. Todos los hechos impositivos o supuestos fácticos de rentas de naturaleza financiera conocidos en la actualidad, que no son considerados impositivos como rentas de capital, se encuentran sujetos a imposición conforme la categoría de "rédito diverso" u "otras rentas"^{N.T.(1)}: en efecto, solamente generalizando la base de imposición se podía conseguir el objetivo de "neutralidad" de la imposición que ordenaba los principios de la delegación gubernativa.

En términos generales, debe hacerse presente que la reglamentación delegada del D.Lgs n. 461 ha mantenido la distinción entre "rentas de capital" y "otras rentas". Otras legislaciones -especialmente las basadas en la cultura anglosajona- siguiendo las indicaciones de los economistas han tomado una vía diversa de aquella que distingue entre *plusvalías financieras* ("*reddito entrata*", "renta ingreso"^{N.T.(2)}), que resulta de la diferencia entre la entidad patrimonial de las rentas de un sujeto al comienzo del periodo económico y la entidad patrimonial de las mismas rentas al finalizar dicho periodo, sumado al monto de los consumos realizados en el mismo) y *rentas de capital* ("*reddito prodotto*" o "renta producto", calificada como la riqueza o utilidad que se agrega al capital preexistente durante un cierto periodo de tiempo y que surge de un proceso o fuente productiva del sujeto). En los Estados Unidos, así como en diversos países de Norte Europa, se ha creado una categoría única de "réditos financieros" que comprende tanto las rentas de capital como las otras rentas. Esto

¹ GABRIELE ESCALAR, "Il riordino della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria", en *Commento agli interventi di riforma tributaria*, a cargo de MARCO MICCINESI, CEDAM, Padova, 1999, página 548.

N.T.(1): la terminología "otras rentas" corresponde a la usualmente utilizada en la versión castellana de las convenciones celebradas para evitar la doble imposición de las rentas y el patrimonio.

N.T.(2): la doctrina especializada suele utilizar los términos "renta entrada", "renta ingreso" o "renta incremento patrimonial" como opuestos a la noción del "rédito producto". En el presente trabajo se utilizarán indistintamente los términos supra relevados.

último es lo que prevé el proyecto de ley delegada al Gobierno para la reforma del sistema fiscal que se encuentra en análisis por el Parlamento y del cual se tratará al final del presente relato.

GALLO² observa que tal elección podría haber sido llevada a cabo también en Italia, pero se ha preferido una conducta prudencial: se han mantenido las dos categorías, limitándose a dar una mejor puntualización. En efecto, la unificación de ambas categorías habría significado una intervención demasiado “invasiva” en el sistema vigente del Texto único del impuesto a los réditos, aprobado mediante D.P.R. del 22 de diciembre de 1986, n. 917 (de ahora en más: “T.U.I.R.”), el cual resulta caracterizado por un método “casuístico”, que encierra en un conjunto de hechos puntuales y taxativos las hipótesis de renta imponible. Particularmente, respecto de las rentas financieras, la categoría de rentas de capital remite a la noción de *rédito producido* mientras que las plusvalías financieras reenvía a la noción de *réditos “entradas”*.

Una reforma como la del D.Lgs. n. 461, que ha “aceptado” la filosofía del T.U.I.R., limitándose a modificarlo e integrarlo no podía hacer más que aceptar también el peculiar método casuístico así como la mencionada distinción. En el T.U.I.R. no aparece una norma que defina genéricamente la noción de “rédito” y, a diferencia de la normativa precedente, falta una norma “residual” en virtud de la cual todo otro rédito que no se encuentre comprendido en otras normas igualmente es imponible. Por otro lado, en Italia no existen normas -como aquella de la legislación francesa- donde el rédito aparece individualizado taxativamente pero se lo hace con una definición tan amplia que se acerca más a un rédito “entrada” que a un rédito “producto”:

Al contrario, hasta la entrada en vigencia del T.U.I.R. el 1° de enero de 1988, el sistema de imposición a los réditos en Italia ha sido diseñado ignorando el concepto del rédito “entrada o ingreso”, basándose exclusivamente en la noción más restringida del rédito “producto”: es decir de aquel rédito que, como se ha afirmado, deriva directamente del desarrollo de una actividad productiva, o más genéricamente, de una fuente de producción. Coherentemente con esta elección, tanto las rentas de capital como las otras rentas (o réditos diversos) hasta la mencionada fecha eran reconducidas a la noción de renta producto y se tomaban en consideración solamente en cuanto derivaban (por ende eran producidas) de la conclusión de actos negociales o especulativos. La línea divisoria entre ambas categorías pasaba entonces no en función de la distinción entre renta “ingreso” y renta “producto”, sino a través de la diferenciación entre *frutos civiles* y beneficios semejantes, por una parte, y las *plusvalías* y todo otro *beneficio diferencial especulativo*, por la otra.

En palabras de GALLO, con el T.U.I.R. se ha cambiado de ruta, introduciéndose -aunque con cierta timidez- la noción de renta “ingreso”, reconduciendo a ésta toda plusvalía imponible y, al mismo tiempo, eliminando el requisito del fin especulativo y la preordenación a la obtención de ganancias, como elementos que califican la actividad productiva de las mismas plusvalías.

No obstante, el D.Lgs. n. 461 no ha llevado al extremo las consecuencias de esta evolución englobando ambas categorías en una noción única y genérica de rédito. En consecuencia, se

ha limitado a establecer más netamente la distinción, entendiendo así que los tiempos aún no estaban maduros como para comprender en una noción más amplia de rédito “entrada” todo beneficio derivado del desarrollo de una actividad financiera.

Como ya se ha dicho, la supresión de la categoría de “rentas de capital” (producto) y el repentino paso de una noción de rédito producto a una unitaria de rédito ingreso -la única que hubiese podido crear una categoría omnicomprensiva de “rentas financieras”- habría aparecido excesiva y contradictoria con la filosofía del T.U.I.R. Se habrían creado dentro del T.U.I.R., dos “grupos” anómalos de rédito: por un lado, aparecerían los réditos producidos reconducibles a las rentas de trabajo dependiente, de trabajo autónomo (profesiones independientes), de empresa e inmobiliario y, por el otro, el grupo de las rentas financieras que comprendería tanto los réditos de capital (producto) como las otras rentas (entrada – ingreso).

De todos modos, el D.Lgs. n. 461 decididamente ha abierto una vía al rédito ingreso para aquellos *beneficios financieros diferenciales* que se obtienen por el solo hecho de que exista una diferencia positiva y a los que, sin contar con el atributo de la especulación y la preordenación, mal se adapta la connotación de rédito producto, manteniendo en la categoría de réditos de capital solo aquellas rentas consideradas realmente producidas, es decir, aquellos réditos que derivan de una relación que tiene por objeto el empleo de capital.

En conclusión, la elección de mantener la distinción entre rédito producto y rédito entrada es coherente a la filosofía originaria del T.U.I.R., a la vez que, con evidente esfuerzo sistemático, incorpora:

- al *rédito producto*: los réditos “del” capital, es decir, aquellos beneficios que realmente constituyen el fruto económico (y no solo civil) del empleo del capital;
- y al *rédito entrada – ingreso*: los réditos “de” capital y, en general, de naturaleza financiera; es decir, todo beneficio diferencial donde el negocio del empleo del capital, cuando este existe, no resulta ser la causa directa que produce dicho beneficio.

Con la ampliación de la imposición a todos los hechos imponible de réditos de naturaleza financiera se ha completado el proceso de emancipación del modelo del *rédito producto*, que ya había inspirado previamente el Decreto-legge del 28 de enero de 1991, n. 27, convertido en la Legge del 25 de marzo de 1991, n. 102, referida a las "Disposizioni relative all'assoggettamento di talune plusvalenze ad imposta sostitutiva delle imposte sui redditi" ("Disposiciones referidas a la sujeción de ciertas plusvalías al impuesto sustitutivo del impuesto a los réditos"). A los efectos de la imposición de dichos réditos ya no se requiere la existencia de un acto de carácter especulativo y, ni siquiera, la realización de un simple acto de inversión de capital. Se encuentran comprendidas también dentro de otras rentas o réditos diversos aquellos supuestos de réditos de naturaleza financiera donde su obtención, además de no estar vinculada a la existencia de un empleo del capital, ni siquiera puede reconducirse a la adquisición y posterior enajenación de un bien.

² FRANCO GALLO, "Il reddito di capitale come frutto economico", en "Il fisco" n. 20 del 18 maggio 1998, página 6520 y siguientes.

Precisamente este es el caso de los réditos que derivan de los denominados "*contratos derivados*"³ y de los demás contratos de los cuales pueden conseguirse "*diferencias*" positivas o negativas. Tal es el tema objeto de esta intervención en las presentes "*XXI Jornadas latino-americanas de derecho tributario*". En efecto, a través de la estipulación de dichos contratos, las partes pueden obtener ganancias conforme varíen las cotizaciones de títulos, monedas, metales preciosos y mercaderías sin que en ningún momento se realice adquisición o cesión de aquellos bienes o actividades, a los cuales se les denomina "subyacentes"^{N.T.(3)} (es decir "de base" o "que los fundamenta").

En tal sentido, GALLO⁴ evidencia que las plusvalías y todos los demás beneficios "diferenciales", que se encuentran comprendidos ahora dentro de "otras rentas" o "réditos diversos", son hipótesis indiscutibles de "rédito entrada", siempre que por esta noción se entienda el mero incremento de riqueza (percibido o realizado por el contribuyente según los casos) obtenido independientemente de la existencia de una intención especulativa entendida como fuente productora del rédito.

A los efectos de individualizar los nuevos supuestos fácticos de rédito, el legislador delegado no ha recurrido a la incorporación de un principio normativo que atribuyese la calificación de "otro rédito" a todas las demás rentas no imponibles dentro de la categoría de rentas de capital, las cuales se caracterizan precisamente por presentar naturaleza "financiera". Esta hubiese sido la solución preferida por la Administración tributaria puesto que habría permitido más fácilmente la consecución del objetivo de la omnicompreensión de la imposición. Una norma de principio concebida de esta manera, se prestaría mejor que una norma de tipo analítico para permitir la sujeción a imposición de los réditos derivados de las nuevas tipologías de los instrumentos financieros ideados por los operadores. Pero el texto literal de la delegación impedía recurrir a una norma de principio, puesto que si bien por un lado autorizaba la "introducción de normas de cierre dirigidas a evitar <<arbitrajes>>"^{N.T.(4)} fiscales entre hechos productores de rédito diverso [...] y aquellos hechos productivos de resultados económicos equivalentes"; por el otro lado, imponía no solo la "revisión de la disciplina de los réditos diversos derivados de cesiones de participaciones societarias o entes, otros valores mobiliarios e incluso moneda y metales preciosos", sino que además disponía "la introducción de *normas dirigidas a sujetar a imposición los beneficios derivados de nuevos instrumentos financieros, ya sea que posean o no una actividad subyacente*".

³ Es decir, aquellos contratos cuyo valor deriva del precio de una actividad financiera en la cual se basa, o bien, del valor de un parámetro de referencia (índice de la bolsa, tasa de interés, tipo de cambio) o, más precisamente, *no derivan de*, sino que más bien *toman sus* elementos de otros negocios.

^{N.T.(3)}: véase JULIÁN ALBERTO MARTÍN, *Tratamiento impositivo de operaciones financieras*, KPMG, 1999, Buenos Aires, página 101; ANTONIO SUAU ALLÉS, *La fiscalidad de las operaciones financieras*, CISS PRAXIS, Valencia, 1998, página 415; INSTITUTO SUPERIOR DE TÉCNICAS Y PRÁCTICAS BANCARIAS, *Manual práctico de los productos financieros y su fiscalidad*, Cuadernos Cinco Días, Madrid, 2000, página 363.

⁴ GALLO, "Il reddito di capitale come frutto economico", cit., página 6521.

^{N.T.(4)}: por este término debe entenderse en el presente contexto la actividad del contribuyente dirigida a "eludir" la normativa fiscal.

De esta manera, el Gobierno estaba vinculado a ampliar la esfera de la imposición a todos los principales supuestos de réditos de naturaleza financiera que no derivan de relaciones de empleo de capital, a través de la disposición de un conjunto de normas de carácter analítico en vez de una única norma de principio. En el respeto de la letra y el espíritu de la delegación, la solución adoptada por el Gobierno se presenta como un compromiso entre las dos exigencias opuestas: la omnicomprensión y la certeza de la imposición. En efecto, la ampliación de la esfera de imposición ha sido lograda a través de la revisión analítica de los supuestos o hechos imposables ya existentes y mediante la introducción de tres nuevos supuestos imposables de los cuales dos son de carácter analítico y uno de cierre.

Sin alterar su estructura, han sido revisados los supuestos de carácter analítico contenidos en las letras *c)* y *c-bis)* del artículo 81, inciso (“comma”) 1, del T.U.I.R., los cuales respectivamente tienen por objeto las plusvalías derivadas de la cesión de participaciones sociales calificadas y las que derivan de la cesión de cualquier otro tipo de participación. Por otro lado, se introdujeron dos nuevos hechos imposables -siempre de carácter analítico- para sujetar a imposición, respectivamente, las plusvalías derivadas de la cesión a título oneroso, o bien, el reembolso de títulos no representativos de mercaderías, de certificados de masa, de monedas extranjeras, de metales preciosos y de cuotas de participación en organismos de inversión colectiva de ahorro (letra *c-ter)* y los réditos que derivan de los *contratos derivados* y de los *demás contratos a término que tienen naturaleza financiera* (letra *c-quater)*.

A los fines de evitar que los supuestos de carácter analítico puedan ser eludidas, a la par de estos ha sido agregada una norma (letra *c-quinquies)*, que viene a completar o cumplir una función de “cierre”, dirigida a sujetar a imposición todas aquellas otras tipologías de plusvalías, de diferencias y otros beneficios que, no quedando encuadrados en ninguno de los supuestos de carácter analítico contenidos en las letras precedentes, de otra manera escaparían a la imposición. En efecto, esta norma califica como “otros réditos” a las plusvalías y otros beneficios que hayan sido obtenidos mediante “cesión a título oneroso o cierre de relaciones productivas de réditos de capital” y “*cesión a título oneroso o reembolso de créditos pecuniarios y de instrumentos financieros*” y, por último, “*mediante relaciones a través de las cuales pueden conseguirse diferencias positivas o negativas en dependencia de un evento incierto*”.

La individualización de los réditos de naturaleza financiera que deben quedar sujetos a imposición como réditos diversos u “otros réditos” resultará entonces de la combinación de cuatro supuestos impositivos de carácter analítico⁵ y de un supuesto impositivo de cierre⁶. Tanto los supuestos o hechos imposables de carácter analítico como el de cierre no se encuentran en un mismo plano sino precisamente en una posición subordinada con respecto a los hechos imposables que individualizan las distintas tipologías de réditos de capital. En efecto, el artículo 81 del T.U.I.R., en el mismo inciso 1° establece que los réditos nominados por dichas disposiciones son calificables como réditos diversos siempre que no constituyan réditos de capital. Por lo tanto, cuando un mismo rédito fuese susceptible de ser encuadrado

⁵ Letras *c)*, *c-bis)*, *c-ter)* e *c-quater)* del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.

⁶ Letra *c-quinquies)* del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.

en ambos conceptos (rentas de capital u otras rentas), el conflicto normativo deberá resolverse dando prioridad siempre a la calificación de rédito de capital.

A su vez, los hechos impositivos analíticos y el de cierre no aparecen en el mismo plano sino sobrepuestos, siendo establecidas “ad incastro”^{N.T.(5)} en palabras de ESCALAR⁷. En efecto, cada una de estos supuestos lleva una cláusula, variamente formulada, que limita su alcance solamente a las tipologías de renta de naturaleza financiera nominadas que no resultasen ya encuadradas en las precedentes letras del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.

La finalidad de la elección técnica normativa realizada, evidentemente radica en evitar que un mismo supuesto de rédito de naturaleza financiera pueda recaer contemporáneamente en dos o más normas contenidas en dicha disposición. Una situación de este tipo habría generado serias dificultades al momento de individualizar los criterios de determinación de la base imponible, por cuanto dichos criterios son tratados diversamente no solo para darles una adecuada relevancia a las distintas categorías de los réditos sujetos a imposición sino además para reservarles un tratamiento privilegiado a los réditos obtenidos a través de actividades financieras “t picas” por sobre aquellos réditos obtenidos gracias a otras actividades financieras. En efecto, como se verá más adelante, para todos los supuestos de plusvalías, diferencias y otros beneficios que son calificables como réditos diversos en base a la norma de cierre (letra *c-quinquies*) nunca se admite la deducibilidad de los componentes negativos del r dito⁸.

Se excluyen del presente análisis los “instrumentos de reforma de capital” (como las *preference share*), los “instrumentos híbridos de patrimonialización” (como los “pasivos incobrables”) y los “préstamos subordinados” que presentan similitud -aún por el uso al cual se destinan- con los instrumentos directos destinados a aumentar el capital de los emisores en sentido técnico, así es que se ha hecho referencia a figuras “intermedias” entre acciones y obligaciones.

I. LOS SUPUESTOS IMPOSITIVOS.

1.1. Los réditos de los contratos derivados y demás contratos a término de naturaleza financiera.

1.1.1. Premisa.

Come se ha referido precedentemente, la Legge n. 662 había previsto la “introducción de normas dirigidas a sujetar a imposición los beneficios derivados de *nuevos instrumentos financieros*, tengan o no una actividad subyacente”. Para poner en práctica dicho principio directriz, dentro del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R. se ha inserto un nuevo supuesto o hecho imponible bajo la denominación de *c-quarter*). Tal como se manifiesta en el Mensaje

^{N.T.(5)}: léase insertas o “enganchadas”.

⁷ ESCALAR, *ob. cit.*, página 552.

⁸ Véase parágrafo 2.2.

explicativo de elevación del Gobierno (“Relazione governativa d'accompagnamento”) que acompaña el D.Lgs. n. 461 (de ahora en más: la “Relación”), la función de dicho supuesto impositivo es la de reconducir “a imposición por primera vez en forma unitaria los réditos derivados de la particular tipología de contratos a término que comúnmente son conocidos como <<contratos derivados>>, así como los réditos derivados de todo otro contrato a término⁹ que, si bien generalmente no se encuentran comprendidos entre los contratos derivados, presentan la característica de poder ser <<cerrados>> o ejecutados de manera *diferencial*, es decir, mediante el pago de simples *diferencias de precio*”.

Si bien los contratos derivados se encuentran actualmente muy difundidos, en la normativa referida al impuesto a los réditos faltaban disposiciones que permitiesen sujetar a imposición unitariamente las rentas obtenidas a través de dichos contratos.

1.1.2. Los contratos derivados de tipo traslativo y diferencial.

Los contratos derivados y los demás contratos a término cuyos réditos se encuentran sujetos a imposición en virtud de la letra *c-quater*) han sido identificados a través de la referencia directa a los *efectos jurídicos* que traen aparejados antes que echar mano a las mutables denominaciones que a menudo se utilizan para su individualización, ya que el uso de dicha terminología hubiese sido fuente de dudas y equívocos puesto que generalmente carecen de una precisa y completa acepción jurídica. En efecto, en la praxis operativa las mismas denominaciones se usan frecuentemente para designar diversos tipos de contratos a término o, en sentido inverso, se usan denominaciones distintas para un mismo tipo de contrato. Tal situación se basa en que los operadores tienden a clasificar las operaciones financieras sobre la base de los efectos que estas producen en el plano económico antes que en el plano jurídico.

Aplicando el criterio antes enunciado, la norma comentada ha comprendido dos tipologías de contratos a término distintas:

- 1) la de los contratos de los cuales deriva el *derecho u obligación de ceder o adquirir a término* instrumentos financieros, valores, metales preciosos o mercaderías;
- 2) la de los contratos de los cuales deriva el *derecho u obligación de recibir o efectuar a término* uno o más *pagos* vinculados a tasas de interés, cotizaciones o valores de

⁹ Limitándose a la exterioridad de lo pactado y a un examen superficial, se podría concluir que, en definitiva, el contrato a término (o de “ejecución diferida”) y el contrato derivado coinciden sustancialmente. En ambos contratos, la esencia económica regulada por el acuerdo esta dirigida a crear una “diferencia” en la confrontación entre el valor de la entidad negociada y el valor que la misma tendrá al momento de su ejecución. La función típica del derivado se sustancia precisamente en este efecto peculiar.

Ahora bien, si dicha característica engloba indudablemente ambos supuestos la misma no es suficiente para absorber una en otra. En efecto, mientras el “diferencial” en el contrato a término constituye un *efecto* del acuerdo, en el contrato derivado constituye su *objeto*. El objeto y conjuntamente la causa de un contrato a término es de todas maneras la compraventa de un bien. Mientras que el *objeto* y la causa de un derivado es la *diferencia producida por la comparación entre los dos precios* (el de la estipulación y el de la conclusión). Es decir, las partes de un contrato derivado no “compran” el bien sino la “diferencia de valor”.

instrumentos financieros, de valores o monedas extranjeras, de metales preciosos o mercaderías y a todo otro parámetro de naturaleza financiera.

Están comprendidos en la primera tipología los contratos derivados y los demás contratos a término de naturaleza financiera que presentan la configuración de verdaderos *contratos traslativos* puesto que, si llevados a ejecución y término, importan el derecho u obligación de efectuar o recibir la entrega o prestación de la actividad financiera subyacente. También estos contratos pueden ser ejecutados de forma “diferencial”, estipulando un contrato inverso al originario con la misma contraparte e igual término de finalización. En efecto, en este caso las obligaciones de entrega que derivan de dos contratos estipulados de esta manera se anulan o neutralizan y lo único que resta adeudado es la eventual diferencia existente entre los precios de referencia consignado en ambos contratos.

En la segunda tipología entran en cambio los contratos derivados y los contratos a término de naturaleza financiera que presentan la configuración jurídica de verdaderos *contratos diferenciales*¹⁰, en cuanto pueden ser ejecutados a su vencimiento también -o solo- a través del pago de una simple diferencia de dinero. Puede tratarse tanto de contratos de los cuales deriva también -alternativamente al derecho u obligación de efectuar o recibir la actividad financiera subyacente- el derecho u obligación de recibir o efectuar el pago de una diferencia en dinero, como de contratos de los cuales deriva siempre y únicamente el derecho u obligación de recibir o efectuar el pago de una diferencia dineraria.

¹⁰ Mucho se ha discutido sobre la asimilación de producto derivado del "*contratto differenziale*" que, simplificando a groso modo, puede definirse como el contrato por el cual las partes, realizando un negocio a término, se obligan no ya a transferir el bien objeto del negocio y saldar su respectivo precio, sino solo a liquidar la mera diferencia entre precio convenido y precio de mercado.

En efecto, la lógica del “diferencial”, como único y efectivo resultado económico de la operación, vuelve también en el instrumento derivado, resultando es más co-esencial a este (véase nota 9). El mismo legislador (artículo 1, inciso 2, letras desde *f* a *i*), del Texto único en materia de intermediación financiera), al momento de definir cada instrumento recurre a la expresión “aún cuando la ejecución se concreta a través del pago de la diferencia en dinero en efectivo”. Esta locución deja entender claramente como el legislador ha receptado una realidad de mercado en la cual coexisten ambos modelos, aquellos que prevén un efectivo intercambio de bienes o títulos contra el precio (reservándose para una fase posterior -es decir, la negociación sobre el mercado “a pronti”- la monetización del efecto “diferencial”) y aquellos que, viceversa, preveían *ab origine* la liquidación del “diferencial” entre *contractual* y *spot price*.

Según CAPUTO NASSETTI, la distinción residiría en la circunstancia de que a menudo los derivados (y en particular el *swap*) no prevén un pago único de dicho “diferencial” sino varios pagos en el curso de la relación y que su eventual compensación no justificaría por sí mismo el efecto diferencial (FRANCESCO CAPUTO NASSETTI, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, Giuffrè, Milano, 1997, página 56 y siguientes).

Según GIRINO, la negación de la asimilación del derivado -o de su reconducción- a la tipología diferencial en una relación de género y especie, no descende de la existencia o no de la progresión o repetición de los pagos sino de la absoluta irrelevancia que la modalidad de ejecución asume en la economía del negocio. En la mayor parte de los casos, el *delivery settlement* es inconcebible por su misma naturaleza. Pero incluso allí donde la ejecución específica por entrega sea posible, la misma permanece como una mera eventualidad, como una modalidad de ejecución posible, pero incapaz de superar y excluir la naturaleza fundamental y estructura del negocio.

Así entonces, resulta lícito afirmar según GIRINO que la “diferencialidad” aparece en el contrato diferencial clásico en términos totalmente inversos a cuanto ocurre en el moderno contrato derivado. Mientras el contrato diferencial conserva constantemente su naturaleza de compraventa efectiva -y como tal efectivamente ejecutable- y se caracteriza simplemente por el hecho de *poder* ser cumplido mediante liquidación de la diferencia de valor. Viceversa, en el contrato derivado, la “diferencialidad” constituye por sí misma el *objeto del negocio* y la eventual ejecución por entrega o realización de la actividad que la fundamenta (cuando fuese técnicamente posible), asume un rol totalmente secundario y accidental (EMILIO GIRINO, *I contratti derivati*, Giuffrè, Milano, 2001, página 162 y siguientes).

Se enumeran entre los contratos a término de tipo traslativo tanto los contratos de compraventa a término como los contratos a premio, los contratos *a futuro*^{N.T.(6)} y los contratos de opciones de títulos, valores, mercaderías o metales preciosos siempre que, naturalmente, prevean la obligación de efectuar la entrega o realización de la actividad subyacente. Mientras que en los contratos a término de tipo “diferencial” se comprenden los contratos de *futuros* y de opción sobre las tasas de interés (*interest rate futures y options*), índices y otros parámetros de carácter financiero, los contratos *forward* sobre tasas de interés (*forward rate agreements*), los contratos de *swap* sobre tasas de interés (*interest rate swaps*), los contratos de *swaps* sobre índices accionarios (*equity swaps*) y, por último, los contratos de *swap* “cruzados” sobre divisas^{N.T.(7)} (*cross currency swaps*).

Los contratos de *swap* "cruzados" sobre divisas, si bien importan el intercambio de la disponibilidad temporánea de ambos capitales expresados en diversas monedas, deben considerarse productores de “réditos diversos” antes que de “réditos de capital”: en efecto, el artículo 41, inciso 1, letra *h*), del T.U.I.R., niega esta última calificación a los réditos derivados de todos aquellos contratos de empleo de capital que, como los contratos de *swap* "cruzados" sobre divisas, pueden dar lugar a “diferencias positivas y negativas dependiendo de un evento incierto”. Si bien la motivación de dicha elección no se encuentra indicada en la “Relación”, resulta lógico pensar que de esta manera se ha querido evitar de afectar con la prohibición de la deducibilidad de los costos previsto para los réditos de capital también a las diferencias negativas producidas por dichos contratos. Estas diferencias, una vez excluida la posibilidad de rest rselas a las diferencias positivas, luego no podrían ser transformadas en minusvalías y deducidas en consecuencia. En los contratos de *swap* "cruzados" sobre divisas y en los demás contratos similares de empleo de capital a través de los cuales se pueden conseguir diferencias positivas o negativas dependiendo de un evento incierto, las diferencias negativas no pueden ser imputadas como disminución de capital a restituir en un futuro sino que deben ser liquidadas directamente cada vez que se vayan dando a lo largo de la vigencia del contrato. Por lo tanto el contribuyente, a través de la cesión del contrato o su culminación anticipada, no tiene la posibilidad de convertir estas diferencias en una pérdida del capital empleado.

Por el contrario, los beneficios derivados de los contratos de *swap* de divisas o contratos de *swap* monetario (*currency swap*), no pueden considerarse imponibles como “réditos diversos” en base a la letra *c-quater*), ni tampoco en virtud de las otros supuestos comprendidos en las letras del artículo 81 inciso 1 del T.U.I.R. Estos beneficios deben ser calificados como réditos de capital en virtud de lo dispuesto por el artículo 41, inciso 1, letra *g-bis*), del T.U.I.R., por cuanto dichos contratos -tal como reconoce la “Relación”- no constituyen otra cosa que la versión anglosajona del contrato de “riporto”^{N.T.(8)} o “pronti contro termine”^{N.T.(9)} sobre divisas. En efecto, por medio de estos contratos las partes

N.T.(6): o "contrato de futuros" o "futuros".

N.T.(7): divisas o monedas extranjeras.

N.T.(8): "contrato de doble" o "operación doble".

N.T.(9): las operaciones de «pronti contro termine» caracterizan un negozio at pico que se concreta en dos compraventas funcionalmente vinculadas: una inmediata y la otra a término, ambas formalizadas en la misma fecha y entre las mismas partes y por el mismo valor nominal. La vinculación permite alcanzar una finalidad

intercambian dos capitales expresados en monedas diversas, obligándose a efectuar el intercambio en sentido inverso al finalizar el contrato en base a un cambio ya preestablecido. Más precisamente, "riporto" y "pronti contro termine" deben considerarse como productores de réditos de capital en cuanto tales operaciones -que resultan de la combinación de dos contratos de compraventa recíproca- a los efectos del impuesto a las rentas no dan lugar a una doble cesión a título onerosos sino mas bien a un doble empleo de capital. A través de su estipulación, aquella que se intercambia no es la propiedad sino la disponibilidad temporaria de los títulos o valores contra la disponibilidad temporaria del dinero.

En la segunda parte de la letra *c-quater*) se ha establecido que a los efectos de la aplicación de dichas disposiciones, también se consideran instrumentos financieros los contratos a término allí indicados, sean estos contratos de cambio o "diferenciales", en cuanto se ha pretendido sujetar a imposición como "réditos diversos" los réditos derivados de dichos contratos a término que tengan por objeto otros contratos a término. La extensión de la esfera de imposición a estos contratos se hace necesaria en cuanto esta nueva generación de contratos aparece cada vez más difundida no solo en el mercado financiero internacional sino también en el local. En el mercado italiano de contratos de *futuros* también se negocian opciones sobre *futuros*, es decir, contratos a término por medio de los cuales el suscriptor puede asegurarse la facultad de concluir a término un contrato de *futuro* de títulos del Estado.

1.1.3. Los contratos derivados de tipo traslativo.

Los réditos provenientes de los *contratos* derivados y otros contratos a término de *tipo diferencial* siempre son sujetos a imposición como "réditos diversos" en base a la letra *c-quater*).

Por el contrario, los réditos relativos a los *contratos* derivados de *tipo traslativo* lo son solo cuando sean ejecutados de manera "diferencial", desde el momento que -según se aclara en la "Relación"- "aparece ilógico prefigurar la obtención de utilidades y pérdidas diferenciales aún en la persona de quien haya estipulado dichos contratos solamente para realizar la adquisición o cesión de las actividades subyacente". El contribuyente que utilice un contrato derivado u otro contrato a término de tipo traslativo para ceder o adquirir la actividad financiera de base, no puede ser tratado de una manera diversa de aquel contribuyente que efectúa la adquisición o cesión de la misma actividad financiera a título oneroso en base a un contrato de cesión o adquisición "a pronti" (de ejecución inmediata). La letra *c-quater*) ha sido concebida principalmente para sujetar a imposición los réditos obtenidos mediante la denominada "*especulación diferencial*", es decir, los réditos que se obtienen especulando sobre el curso o evolución de instrumentos financieros, monedas, metales preciosos, mercaderías, índices y otros parámetros de carácter financiero.

financiera global de la operación que se individualiza en el interés de la inversión de un capital (para el adquirente de manera inmediata y a término para el vendedor) y en el interés de la liquidez (para el vendedor de inmediato y par el acquirente a término).

Como consecuencia de la elección realizada, cuando en virtud de un contrato derivado o de cualquier otro contrato a término de tipo traslativo se realice la cesión a título oneroso de la actividad financiera que lo fundamenta, la eventual diferencia existente entre costo de adquisición y precio de cesión será imponible como plusvalía en virtud de las letras *c-bis*) y *c-ter*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R. Naturalmente, dado que se ha renunciado a sujetar a imposición las plusvalías derivadas de la cesión de mercaderías a título oneroso, cuando se realice una venta de mercaderías en base a un contrato a término, la eventual plusvalía que de ella se deriva es destinada a restar “no imponible”.

Viceversa, cuando se realice la adquisición de la actividad financiera subyacente no se prefigurará la obtención de rédito alguno y la eventual diferencia que surja entre el precio de adquisición y el valor de mercado de dicha actividad a la fecha de compra, concurrirá a formar el rédito solo en un momento posterior, es decir cuando se realice su cesión, como componente de la plusvalía o minusvalía obtenida en virtud de dicha nueva cesión.

1.2. Los beneficios derivados de la cesión de créditos pecuniarios, de relaciones productoras de rédito de capital e instrumentos financieros y otros contratos “diferenciales”.

1.2.1. Premisa.

La letra *c-quinquies*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R., no encuentra precedentes en ninguna de las disposiciones vigentes. Como se anticipó en la introducción, esta responde a una función de “cierre”, estando dirigida a sujetar a imposición las plusvalías y demás beneficios de naturaleza financiera que no aparecen imponibles como “réditos diversos” en base a las anteriores letras del mismo artículo. En efecto, con esta norma se ha entendido realizar la delegación legislativa que imponía al Gobierno prever “la introducción de normas de <<cierre>> dirigidas a evitar <<arbitrajes>> o elusiones fiscales entre distintos supuestos productores de réditos de capital o réditos diversos y aquellos hechos que producen resultados económicos equivalentes”. Si bien se ha construido unitariamente, en el cuerpo de la norma pueden distinguirse dos hechos imponibles autónomos.

La primera tiene por objeto las plusvalías y otros beneficios obtenidos mediante *cesión a título oneroso, o bien, a través de la extinción* de relaciones productoras de rentas de capital, de créditos pecuniarios y *de instrumentos financieros* (esta justifica su función de cierre con respecto al supuesto impositivo de la letra *c-ter*) del artículo 81, inciso 1 del T.U.I.R., en cuanto está destinada a evitar que el contribuyente pueda eludir la aplicación de dicho hecho imponible¹¹, recurriendo a la modalidad de ceder los créditos pecuniarios y las relaciones

¹¹ La letra *c-ter*) incluye entre los réditos diversos las plusvalías obtenidas mediante: *a)* la cesión a título oneroso, o bien el reembolso, de títulos o certificados de masa distintos de aquellos que poseen naturaleza participativa, excluyéndose los títulos representativos de mercaderías; *b)* la cesión a término o el retiro de depósitos y cuentas corrientes de moneda extranjera; *c)* la cesión onerosa de metales preciosos, sea en su estado bruto como en monedas; *d)* la cesión a título oneroso o reembolso de cuotas de participación a organismos de inversión colectiva.

subyacentes a los mismos en vez de enajenar los “títulos de crédito” o “certificados de masa”, con las formas previstas para la cesión de créditos o contratos).

El segundo hecho imponible tiene por objeto los réditos obtenidos mediante relaciones a través de las cuales pueden conseguirse “diferencias” positivas o negativas dependiendo de un *evento incierto*. El supuesto impositivo que viene a completar justificando su función de cierre se identifica en la letra *c-quater*), del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R. En este caso su función es la de llevar a imposición las diferencias positivas que provienen de todos los contratos derivados y los demás contratos a término que no se encuentran encuadrados en la mencionada norma por faltarle alguno de los elementos constitutivos previstos en la disposición.

En sustancia, la letra *c-quinquies*) analizada, representa una verdadera norma de "cierre" dentro del sistema de imposición de los réditos financieros, sujetando a imposición toda hipótesis de negociación (léase "cesión a título oneroso") de instrumentos financieros así como de todo otro beneficio obtenido a través de contratos de naturaleza financiera que no resultan comprendidos entre aquellos previstos por la letra *c-quater*).

1.2.2. Las plusvalías derivadas de la cesión de relaciones, créditos e instrumentos financieros.

Relevantes incertidumbres podrían surgir en materia de la individualización de las “otras actividades financieras” distintas a los créditos y contratos, cuya cesión a título oneroso -o su reembolso- puede ser entendida como productora de plusvalías imponibles en virtud de la letra *c-quinquies*). La falta de certeza surge del hecho de que dichas disposiciones (como ya ocurría con la letra *c-quater*) al momento de individualizar las actividades utilizan el concepto de “*instrumento financiero*”, término este que nunca había sido utilizado en la legislación referida al impuesto a los réditos, siendo que deriva de la normativa de derecho comercial, más precisamente del Decreto legislativo del 23 de julio de 1996, n. 415, de "Recepción de la directiva 93/22/CEE del 10 de mayo de 1993 referida a los servicios de inversión del sector de los valores mobiliarios y de la directiva 93/6/CEE del 15 de marzo de 1993 referida a la adecuación patrimonial de las empresas de inversión y de los entes crediticios (de ahora en más: “D.Lgs. n. 415”), y actualmente del Decreto legislativo del 24 de febrero de 1998, n. 58, que se refiere al "Texto único de las disposiciones en materia de intermediación financiera” (de ahora en más: “Texto único en materia de intermediación financiera”). Ambas disposiciones recurren a dicho concepto para establecer cuando se configura un “servicio de inversión”.

Si bien el concepto de “instrumento financiero” fue tomado del D.Lgs. n. 415, debe excluirse que, a los efectos de la individualización de su significado, pueda remitirse a la definición que realiza el artículo 1 de dicho decreto (así como por el Texto único de intermediación financiera). En efecto, esta definición aparece excesivamente restrictiva por cuanto considera como “instrumentos financieros”, además de los contratos derivados de todo tipo, los títulos de participación y débito así como las cuotas de participación a organismos de inversión

colectiva y otros títulos bajo la condición de que, respectivamente, sean *negociables* sobre el mercado de capitales, o bien sean normalmente *negociados* en dicho mercados. Así entonces, sería ilógico excluir la imposición a los réditos derivados de determinados contratos a término, de tipo traslativo o diferencial, solo porque tienen por objeto -o se encuentran vinculados- con títulos que no sean negociables o no sean normalmente negociados.

La solución que aparece como preferible es que el concepto de “instrumento financiero” sea utilizado en la letra *c-quinquies*) para individualizar todas aquellas actividades que, no obstante su naturaleza financiera, no representan títulos o certificados y no presentan la configuración jurídica de créditos o contratos. Dicha solución es confirmada por la misma “Relación” que aclara que la mencionada disposición “en particular en la última parte agregada a la norma de proyecto de decreto” y, por ende, precisamente en la parte donde sujeta a imposición las plusvalías derivadas de la cesión de títulos financieros a título oneroso, “responde a la exigencia destacada también por la Comisión parlamentaria, de predisponer un sistema normativo que encuadre la totalidad de los fenómenos económicos reconducidos a la categoría de los réditos financieros”¹².

1.2.3. Los réditos derivados de contratos productores de diferencias positivas o negativas que dependen de un evento incierto.

También la falta de certeza aparece al momento de definir el alcance del segundo hecho imponible contenido en la letra *c-quinquies*), es decir, aquella dirigida a sujetar a imposición las rentas derivadas de relaciones a través de las cuales pueden ser conseguidas *diferenciales* positivos o negativos dependiendo de un *evento incierto*. La formulación literal de la norma podría inducir a pensar que ella está dirigida a sujetar a imposición las rentas derivadas de cualquier tipología de *contrato aleatorio*. En efecto, a falta de una indicación expresa y distinta de carácter normativo, el *evento incierto* en virtud del cual pueden obtenerse diferencias positivas o negativas podría individualizarse incluso en un hecho o evento que no tenga naturaleza financiera. En consecuencia, podrían sujetarse a imposición entre los réditos diversos las rentas derivadas de cualquier tipo de contrato por el cual, al momento de verificarse cualquier evento incierto, una parte debe realizar el pago de una diferencia dineraria a favor de la otra.

Pero, el dictado de la disposición delegada impide el acogimiento de la interpretación que aparecería acreditada en la formulación textual de la letra *c-quinquies*). La Legge n. 662 permitía sujetar a imposición entre los réditos diversos solo las rentas derivadas de los “nuevos instrumentos financieros”, además de las plusvalías derivadas de la cesión de participaciones, valores mobiliarios, moneda y metales preciosos. Por lo tanto, al momento de sujetar a imposición -en base a la letra *c-quinquies*- los beneficios que derivan de instrumentos que no presentan naturaleza financiera, se configuraría un vicio de inconstitucionalidad de la norma por exceso en la norma reglamentaria delegada.

¹² Véase la “Relación” (sub "Articolo 3. Modiche all'articolo 81 de T.U.I.R").

También parecería orientarse en este sentido el Ministerio de Finanzas¹³, por cuanto, al momento de incluir en la nómina de las operaciones productoras de réditos diversos que deben ser objeto de comunicación a la Administración financiera se incluyen, entre otros, la estipulación y cesión a título oneroso de las "relaciones de *naturaleza financiera* a través de los cuales pueden obtenerse diferencias positivas y negativas dependiendo de un evento incierto de las cuales trata la letra *c-quinquies*". De esta manera se ha confirmado indirectamente que, en base a esta última disposición, son imposables solamente los réditos derivados de relaciones que presenten naturaleza financiera.

II. LA DETERMINACIÓN DE LOS RÉDITOS.

2.1. La determinación de los réditos provenientes de contratos derivados y demás contratos a término de naturaleza financiera.

2.1.1. Premisa.

El inciso 7 del artículo 82 del T.U.I.R. se dedica específicamente a individualizar los criterios de determinación de los réditos de los contratos derivados y de los otros contratos a término de naturaleza financiera. Dicha disposición no posee precedente alguno en la normativa anterior por cuanto, como ya se ha visto, la imposición unitaria de los réditos provenientes de dichos contratos constituye una novedad introducida por la reforma.

Por otra parte, para la determinación de las plusvalías, minusvalías y otros réditos provenientes de dichas relaciones, se aplican los criterios generales previstos por los incisos 5 y 6 del artículo 82 del T.U.I.R., y por ende -entre otros- de la contraprestación percibida o la suma reembolsada, del costo o valor de adquisición se restan los réditos de capital madurados pero no percibidos y que difieren de los réditos que provienen de la participación en sociedades y entes sujetos al impuesto a los réditos de las personas jurídicas.

2.1.2. La determinación de los réditos de los contratos derivados y los demás contratos a término de naturaleza financiera.

Como surge de la formulación del inciso 7 del artículo 82 del T.U.I.R., el rédito a sujetar a imposición no está constituido por las diferencias particulares conseguidas a través de cada uno de los contratos sino que más bien está constituido por el resultado de su suma algebraica, es decir del rédito o pérdida global obtenida de la suma algebraica de las diferencias positivas y negativas, teniendo en cuenta los demás ingresos percibidos y cargas

¹³ Ministerio de las Finanzas, circular del 24 de junio de 1998, n. 165/E, que tiene por objeto "Reordenación de la disciplina de los réditos de capital y los réditos diversos. Decreto legislativo del 21 de noviembre de 1997, n. 461" (de ahora en más: "circular n. 165/E"), párrafo 6.1.

sostenidas en cada uno de los contratos. Por lo tanto, el contribuyente podrá compensar libremente entre sí las diferencias positivas y negativas así como todas las cargas e ingresos derivados de todos los contratos a término de naturaleza financiera estipulados por el mismo¹⁴.

De manera similar a cuanto sucede con las plusvalías o minusvalías, también las diferencias positivas y negativas obtenidas mediante los contratos derivados y los demás contratos a término de naturaleza financiera indicados en la letra *c-quater*), son impositibles “por caja”, es decir, en el periodo impositivo donde se produce la *percepción*. En efecto, el inciso 7 del artículo 82 del T.U.I.R. establece que las diferencias positivas o negativas y los ingresos y cargas que deben ser sumadas algebraicamente son exclusivamente aquellas “percibidas o sostenidas” en relación a cada uno de los mencionados contratos. Por lo tanto no pueden ser tomados en consideración aquellas diferencias, ingresos o costos que, si bien ya han sido devengados o “madurados”, aún no han sido percibidos.

Tal como se aclara en la “Relación”, los réditos que son impositibles como réditos diversos¹⁵ son “solo aquellos *realizados*, es decir, aquellos que, además de ser percibidos o pagados, los mismos hayan sido conseguidos o sostenidos a título definitivo”. En consecuencia, si bien el presupuesto de imposición de dichos réditos se identifica en la “caja”, no pueden ser considerados igualmente relevantes aquellas diferencias positivas o negativas y aquellos otros ingresos o cargas que hayan sido percibidos o sostenidos solamente a título provisorio en cuanto no resulten integrados los presupuestos a los cuales se subordina su efectivización.

En lo que se refiere al contenido de dichos presupuestos, ninguna indicación surge de la letra *c-quater*) del artículo 81, inciso 1, ni tampoco del artículo 82, inciso 7, del T.U.I.R. La razón de dicho silencio debe individualizarse en la voluntad de someter tal identificación a una correcta reconstrucción de los efectos jurídicos de cada contrato en particular. En efecto, resultaría problemático establecer con una solución definitiva y para todos los contratos derivados y los otros contratos a término a los cuales se refiere la letra *c-quater*), cuando podría retenerse integrado el presupuesto de percepción o realización del rédito, no solo porque estos contratos presentan configuraciones mas bien variadas sino además porque tales configuraciones se encuentran en continua evolución.

No obstante el silencio legal, se puede afirmar que la efectivización de las diferencias positivas y negativas, así como de los otros ingresos o cargas derivadas de dichos contratos, en líneas generales debe considerarse realizada solamente en el momento en el cual han sido ejecutadas, concluidas anticipadamente, mediante la celebración de un contrato igual y en sentido inverso, o bien, cedidos a terceros a título oneroso. Solamente ante la verificación efectiva de dichos presupuestos, las utilidades y pérdidas latentes en los contratos podrán considerarse como obtenidas o sostenidas a título definitivo, constituyendo así objeto de pago que para las partes ejercen función satisfactoria.

¹⁴ La ganancia o la pérdida así obtenida luego será sumada algebraicamente a las plusvalías y minusvalías obtenidas mediante la cesión a título oneroso de las actividades financieras indicadas en la letras *c-bis*) y *c-ter*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R., así como también a las plusvalías y demás ingresos previstos en la letra *c-quinquies*). Véase parágrafo 3.2.

¹⁵ En el sentido de la letra *c-quater*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.

De lo anteriormente dicho se puede concluir que no pueden ser considerados relevantes a los fines del rédito no solo -como es obvio- los márgenes iniciales, que no presentan la naturaleza “diferencial” positiva o negativa, ni de ingresos o cargas efectivamente “realizadas”, sino también los márgenes de variación o de mantenimiento pagados e ingresados en virtud de contratos de *futuros* o de *option* por cuanto, tal como sostiene la “Relación”, los pagos e ingresos que se obtienen en virtud del débito o acreditación de dichos márgenes, jurídicamente cumplen una función de garantía¹⁶.

Por el contrario, las diferencias positivas o negativas pagadas en cada una de los vencimientos contractuales particulares en ejecución de contratos de *swap* sobre tasas de intereses (*interest rate swap*) deben tenerse por realizadas, si bien dichos contratos, presentando duración plurianual no culminan al final del periodo impositivo. El pago de dichas diferencias no desempeña una función de garantía por cuanto realiza inmediatamente el interés de las partes para realizar la gestión del riesgo conexo a las oscilaciones de las tasas de interés.

2.1.3. Cesión a título oneroso de las actividades financieras subyacentes.

No obstante que la cesión a título oneroso constituye una modalidad de efectivización de las utilidades y pérdidas latentes en los contratos derivados y en los demás contratos a término de naturaleza financiera, no pueden considerarse también imponibles en virtud de la letra *c-quater*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R. las plusvalías y minusvalías provenientes de la cesión a título oneroso de la actividad financiera subyacente o de base. Como se ha sostenido precedentemente¹⁷, cuando en presencia de dichos contratos se realice la cesión onerosa de la actividad financiera subyacente, el rédito obtenido mediante la cesión es tasado como plusvalía o minusvalía en base a las letras *c-bis*) y *c-ter*), antes que en virtud de la letra *c-quater*) posterior. Viceversa, cuando se realice la adquisición de la actividad financiera subyacente o de base, no se configura la realización de ningún “diferencial” positivo o negativo y la eventual diferencia existente entre precio de adquisición y valor de mercado de dicha actividad concurrirá a formar el rédito solamente al momento que sea cedida posteriormente, como componente de la plusvalía o minusvalía obtenida mediante la cesión. Coherentemente con la estructura antes delineada, la letra *e*) del artículo 82, inciso 6, del T.U.I.R., ha establecido que “para las cesiones a título oneroso realizadas en dependencia de las relaciones indicadas en la letra *c-quater*) del inciso 1 del artículo 81, el valor está constituido por el precio de cesión”. Por lo tanto, de manera semejante a lo que sucede en cualquier cesión a título oneroso, para aquellas cesiones onerosas realizadas en dependencia de contratos derivados o demás contratos a término de tipo traslativo, debe asumirse como valor de la cesión el precio que una parte pagó a la otra en base al contrato.

¹⁶ Tal conclusión debe considerarse válida no solo para el margen inicial sino también para el margen de mantenimiento y los márgenes de variación en cuanto también esta segunda tipología de márgenes cumplen una función de garantía.

¹⁷ Véase párrafo 1.1.3.

2.1.4. *La imputación de las primas pagadas y cobradas sobre opciones.*

Entre los beneficios y cargas que deben tenerse en cuenta al momento de determinar el rédito o la pérdida globalmente realizada mediante la utilización de los contratos derivados y demás contratos a término de naturaleza financiera, deben comprenderse además las primas pagadas y cobradas sobre opciones, sean estas de tipo traslativo como “diferencial”. Dichas primas, en virtud de lo establecido por el inciso 7 del artículo 82 del T.U.I.R., no deben ser imputadas a la formación de dicho rédito o pérdida en el periodo de impuesto en el cual fueron pagadas o percibidas sino más bien en el periodo al cual la opción ha sido ejercida, o bien, cuando haya vencido el término establecido para su ejercicio, por cuanto es con la extinción de la opción cuando puede considerarse efectivamente cumplida la operación económica que le está sometida.

Las primas o premios sobre opciones deben imputarse a la formación del rédito en el periodo impositivo donde la opción fue ejercida o venció el término de su ejercicio, a no ser que la opción haya sido cedida o cancelada anticipadamente¹⁸. En efecto, cuando la opción sea concluida anticipadamente mediante la estipulación de una opción igual pero en sentido inverso en el mismo término, o bien, sea cedida a terceros, a los efectos de la imputación de las primas no es necesario esperar a la culminación del término establecido para el ejercicio de la opción. Al verificarse dichos eventos, estos asumen la naturaleza de cargas deducibles o de beneficios imponibles.

2.1.5. *Opciones de venta o adquisición ejercidas.*

Cuando en dependencia del ejercicio de la opción se realice la cesión a título oneroso de las actividades financieras subyacentes, las primas pagadas y percibidas no pueden ser imputadas a la formación del rédito de manera autónoma desde el momento que, por efecto del reenvío realizado por el inciso 7 del artículo 82 a la letra e) del inciso 6, deben ser imputados en aumento o disminución del precio de la cesión.

En la práctica, se prevé que las diferencias positivas o negativas obtenidas por efecto de la opción no pueden ser imponibles autónomamente en base a la letra *c-quater*), pero concurren a formar las plusvalías y minusvalías de las actividades financieras cedidas o adquiridas. En efecto, dispone el artículo 82, inciso 6, letra e), del T.U.I.R. que, a los fines del cálculo de las plusvalías y minusvalías, los precios pactados en el contrato (aquellos establecidos originariamente por las partes a los fines de adquirir o ceder las actividades de base) deben ser aumentados o disminuidos de las primas pagadas o cobradas sobre opciones.

Atento dicho principio, las diferencias positivas o negativas cobradas o pagadas con relación a los contratos indicados en la letra *c-quater*), en el caso de cesión a título oneroso de la actividad de base, concurrirán a formar el rédito como componentes de las plusvalías o minusvalías obtenidas en el acto de cesión, mientras que en el caso de adquisición de las

¹⁸ Artículo 82, inciso 7, del T.U.I.R.

actividades financieras subyacentes o de base, concurren como componentes de las plusvalías o minusvalías obtenidas mediante la posterior cesión de la actividad de base. A título ejemplificativo, si se estipula una opción para la cesión de acciones que se ejecuta a través del pago de una suma (por ejemplo, 1000) y la entrega de los títulos, la prima cobrada por el cedente al momento de la estipulación del contrato de opción (por ejemplo, 10) concurre a formar el rédito en el periodo impositivo en el cual culmina el contrato y son cedidas las actividades financieras de base.

Dicha regla sufre una excepción cuando el contrato derivado tenga por objeto mercaderías. Conforme la última parte del inciso 7 del artículo 82, atento que las plusvalías y minusvalías provenientes de la cesión a título oneroso de mercaderías no son relevantes¹⁹, en este caso concurre a formar el rédito solamente la suma algebraica de las diferencias pagadas o cobradas de manera definitiva.

2.2. La determinación de los beneficios provenientes de la cesión de créditos, relaciones productoras de rentas de capital y de instrumentos financieros y de los demás contratos diferenciales.

Criterios autónomos son previstos por el inciso 8 del artículo 82 del T.U.I.R. a los efectos de determinar las plusvalías derivadas de la cesión a título oneroso de créditos pecuniarios, contratos productores de réditos de capital e instrumentos financieros, así como de beneficios provenientes de contratos a través de los cuales pueden ser obtenidas diferencias positivas o negativas dependiente de un evento incierto a los cuales se refiere la letra *c-quinquies*) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R.

Las plusvalías y demás beneficios están constituidos por la *diferencia positiva* entre las contraprestaciones percibidas, o bien, las sumas o el valor normal de los bienes reembolsados y los valores pagados u entregados, aumentados por cualquier carga inherente a su producción exceptuándose los intereses pasivos.

Estos criterios reproducen los principios dictados por la determinación de las plusvalías provenientes de la cesión a título oneroso de participaciones, títulos o certificados de masa, pero se diferencian de estos, por cuanto este particular supuesto de rédito -según cuanto se ha visto²⁰- no admite la deducibilidad de las minusvalías y diferencias negativas. Según la “Relación” esto acaece “por cuanto la deducibilidad de dichas pérdidas podría prestarse a ser utilizada para posibles maniobras elusivas”. En efecto, según el inciso 8 del artículo 82, dichos réditos están constituidos por la “diferencia positiva”.

Del valor percibido y la suma reembolsada se deben descontar los réditos de capital provenientes de la relación cedida madurados o devengados pero no percibidos, así como los réditos de capital devengados a favor del acreedor originario pero aún no percibidos.

A diferencia de lo previsto en el inciso 6, letra *a*), del artículo 82 del T.U.I.R., no se prevé que la deducción opere también sobre los costos o los valores de adquisición. No obstante,

¹⁹ Véase parágrafo 1.1.3.

²⁰ Véase introducción.

sería posible²¹ la admisión de una interpretación analógica y, por ende, se permitiría dicha deducción. De otra manera, los elementos para el cálculo de la plusvalía (es decir, los costos e ingresos) no serían homogéneos pero serían alterados por la presencia de réditos de capital madurados o devengados desde el momento de la adquisición.

2.3. Disposiciones comunes.

Al artículo 81 del T.U.I.R. se le agregó el inciso 1-*quater*, según el cual “entre las plusvalías y los réditos previstos en las letras *c-ter*), *c-quater*) y *c-quinquies*) se comprenden también aquellos obtenidos mediante reembolsos o "cierre" de las actividades financieras o las relaciones allí indicadas y que han sido suscriptas a la emisión o no adquiridos por terceros por efecto de cesiones a título oneroso”.

Tal previsión normativa hace que asuman relevancia a los fines impositivos no solo los réditos que surgen de operaciones de negociación, es decir, la cesión de actividades financieras suscriptas en la emisión, o bien, el reembolso de actividades financieras adquiridas con posterioridad a la emisión, sino también los réditos que surgen del reembolso de actividades financieras adquiridas al momento de emisión que no han constituido objeto de cesión a título oneroso durante toda la vigencia de la actividad financiera.

Puntualmente asumen relevancia las diferencias derivadas de la oscilación de la moneda extranjera de denominación de la actividad financiera, las pérdidas sufridas por sostener comisiones u otras cargas debidas con relación a las operaciones de suscripción y reembolso de las actividades financieras, así como también las pérdidas que derivan de la restitución de un capital inferior respecto de aquel empleado.

Mientras tanto aparece confirmada la prohibición de deducir las minusvalías provenientes del reembolso de participaciones indicadas en las letras *c*) y *c-bis*) de artículo 81 del T.U.I.R., desde el momento que estas resultan extrañas a la categoría de réditos diversos u “otros réditos” de naturaleza financiera, representando, en cambio, pérdidas de capital conforme el artículo 44, inciso 3, del T.U.I.R.. También se afirma la imposibilidad de deducir las pérdidas y minusvalías derivadas de la clausura de las relaciones indicadas en el artículo 81, inciso 1, letra *c-quinquies*), en relación a los cuales son las mismas normas quienes prevén su irrelevancia.

²¹ GIANFRANCO FERRANTI, NORBERTO ARQUILLA, *La tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria. Commento al D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461*, Giuffrè, Milano, 1998, página 99; MAURIZIO LEO, FELICE MONACCHI, MARIO SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Giuffrè, Milano, 1999, página 1327.

III. EL IMPUESTO SUSTITUTIVO SOBRE LOS RÉDITOS DIVERSOS DE NATURALEZA FINANCIERA.

3.1. Premisa.

Para los supuestos de réditos diversos de naturaleza financiera provenientes de operaciones de realización se ha previsto la sujeción no al impuesto ordinario a los réditos sino a un impuesto sustitutivo del impuesto a los réditos conforme una alícuota proporcional. Así entonces, estos réditos son destacados (fuera) del rédito global y sujetos a una imposición separada respecto de los demás réditos del contribuyente. La base de medición del impuesto sustitutivo es el resultado que surge de sumar algebraicamente los componentes positivos y negativos de rédito reconducibles a dos “masas”.

3.2. La determinación de las dos “masas”. Alícuota del impuesto sustitutivo.

Los incisos 3 y 4 del artículo 82 del T.U.I.R., antes que nada, imponen subdividir en dos masas distintas los réditos diversos de distinta naturaleza financiera indicados en las letras que van desde el c) al *c-quinquies*) del artículo 81, inciso 1 del T.U.I.R.

La primera masa se obtiene de restarle a las plusvalías derivadas de la cesión onerosa de participaciones sociales calificadas aquellas minusvalías que derivan de la cesión de dichas participaciones. Por lo tanto no puede concurrir a la formación de esta masa ningún otro rédito diversos de naturaleza financiera.

La segunda masa se obtiene, en cambio, sumando algebraicamente las plusvalías y minusvalías derivadas de la cesión a título oneroso de participaciones no calificadas, títulos de crédito, certificados de masa, divisas y metales preciosos, los *réditos* y las *pérdidas* obtenidas mediante la utilización de *contratos derivados* o de *otros contratos a término de naturaleza financiera* y, por último, las *plusvalías derivadas de la cesión de créditos pecuniarios*, *contratos productivos de réditos de capital* e *instrumentos financieros*, así como los réditos derivados de contratos a través de los cuales pueden realizarse *diferencias* positivas o negativas dependiendo de un evento incierto.

Sobre la masa que comprende las plusvalías y minusvalías provenientes de la cesión de participaciones calificadas, el impuesto sustitutivo se aplica en la alícuota del 27 por ciento. Mientras que la masa que comprende las plusvalías derivadas de la cesión de participaciones no calificadas y los demás *réditos diversos* (por ende también aquellos provenientes de *contratos derivados* y de los *otros contratos a término*, incluyendo los contratos por medio de los cuales pueden obtenerse *diferenciales* positivos o negativos), son imposables con la alícuota del 12,50 por ciento.

3.3. Sujetos pasivos

3.3.1. *Disciplina general.*

Los sujetos pasivos del impuesto sustitutivo son los mismos a los cuales se aplican los impuestos personales (I.R.Pe.F.^{N.T.(10)} e I.R.Pe.G.^{N.T.(11)}) sobre los réditos diversos por lo que se comprenden:

- a) las personas físicas residentes, siempre que el rédito no sea obtenido en el ejercicio de actividades de empresa, arte, profesiones o en calidad de trabajador dependiente;
- b) las sociedades simples y los sujetos equiparados conforme el artículo 5 del T.U.I.R.;
- c) los entes no comerciales indicados en el artículo 87, inciso 1, letra c), del T.U.I.R., si las operaciones de las cuales deriva el rédito diverso no son efectuadas en ejercicio de actividad de empresa comercial;
- d) los sujetos no residentes, si el rédito se considera producido en el territorio del Estado conforme el artículo 20 del T.U.I.R..

3.3.2. *Aplicación del impuesto con relación a los residentes para los réditos comprendidos en las letras c-quater) y c-quinquies), del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R..*

En lo referido a los sujetos no residentes, con la introducción en el artículo 20²² (concerniente a las disposiciones en mérito a la aplicación del impuesto con relación a los mismos), letra f) del T.U.I.R, del supuesto previsto en el punto 3), no son imposables los réditos incorporados en las letras c-quater) y c-quinquies) del artículo 81, inciso 1, del T.U.I.R, provenientes de contratos celebrados en mercados reglamentados incluso a través de la intervención de intermediarios.

Al respecto, se hace necesario subrayar que, según principios de carácter general, los réditos diversos obtenidos por sujetos no residentes, comprendidos aquellos indicados en el artículo 81, inciso 1, letra c-quater) y c-quinquies) del T.U.I.R., relevan si, conforme el artículo 20, es posible individualizar una vinculación con el territorio del Estado. Así entonces, con referencia a dichos hechos imposables resulta necesario verificar en primer lugar la existencia del presupuesto territorial.

Tomado estas consideraciones, para que el presupuesto se considere realizado, los contratos deben ser celebrados en el territorio del Estado.

En esta dirección, en lo referido particularmente a los réditos diversos de naturaleza financiera que provienen de *contratos derivados*, la vinculación territorial, y por ende la imposición de la operación en virtud del artículo 20, inciso 1, letra f) del T.U.I.R., se deduce

N.T.(10): "Imposta sul reddito delle persone fisiche" (impuesto sobre los réditos de las personas físicas).

N.T.(11): "Imposta sul reddito delle persone giuriche" (impuesto sobre los réditos de las personas jurídicas).

²² De parte del artículo 2, inciso 1, letra a), del Decreto legislativo 21 luglio 1999, n. 259, referido a las "Disposizioni correttive ed integrative dei decreti legislativi 4 dicembre 1997, n. 460, e 21 novembre 1997, n. 461, in materia di redditi di capitale e differimento di termini" (disposiciones correctivas e integradoras de los decretos citados en materia de réditos de capital y diferimiento en término).

del lugar de residencia fiscal del sujeto respecto al cual se ejerce el derecho contractual. Dicho lugar coincide con el domicilio fiscal del sujeto que paga el rédito, siempre que el *contrato no sea negociado en los mercados reglamentados*.

En cambio, en cuanto se refiere a los *contratos negociados en mercados reglamentados*, la circunstancia de que las partes del contrato no se obligan recíprocamente sino únicamente respecto de la Cámara de compensaciones y garantía^{N.T.(12)}, hace pensar que el lugar de ejecución de la prestación contractual se identifica con el lugar donde se encuentra la Cámara de compensación y garantía, que es un instrumento imprescindible para el funcionamiento de los intercambios en los mercados reglamentados y que asume en su persona las obligaciones con relación a las partes contractuales.

Por lo tanto, no siendo relevante a los efectos impositivos la *ejecución del contrato* en una Cámara compensadora situada *fuera del territorio del Estado*, la ejecución en objeto no puede más que referirse a las *operaciones "concluidas"* -en el sentido antes indicado- *en un mercado reglamentado italiano* regulado conforme el artículo 70 del Texto único en materia de intermediación financiera. En tal sentido, no son imponibles aquellos contratos concluidos en el ámbito de un mercado reglamentado directamente por el sujeto no residente o a través de un intermediario que se encuentra habilitado para operar en el mismo mercado.

Asimismo, debe precisarse que las plusvalías y los réditos referidos en el artículo 81, inciso 1, letras desde la *c-bis*) a la *c-quinquies*), del T.U.I.R., que no pueden ser excluidos de la imposición por efecto de la falta del presupuesto territorial, lo mismo podrían quedar exentos por efecto de las previsiones contenidas en el artículo 5, inciso 5, del D.Lgs. 461 del 1997²³. Por otro lado, resta inalterada la aplicabilidad de las convenciones contra la doble imposición. Por lo tanto, allí cuando dichas convenciones reserven con carácter exclusivo la imposición de los réditos de capital y los otros réditos de naturaleza financiera en el País extranjero donde reside el preceptor, dichos réditos serán excluidos de la imposición en Italia.

Por último, es necesario precisar que, con referencia al supuesto previsto por la nueva letra *f*) del artículo 20, inciso 1, del T.U.I.R., la no imponibilidad importa la irrelevancia tanto de las plusvalías como de las minusvalías y diferenciales negativas.

A los fines de poder usufructuar las disposiciones que excluyen la imposición, la calidad de sujeto no residente debe ser documentada mediante una declaración realizada por parte del interesado. Por lo tanto, el reconocimiento de la exclusión le corresponde a los sujetos no residentes que presentan la declaración al sustituto del impuesto o al intermediario residente con el cual sostienen relaciones de custodia, administración, depósito o gestión. En dicho testimonio presentado bajo la forma de "auto-certificación", se declara no residir en Italia según las disposiciones de la normativa fiscal italiana. Se trata de una simple certificación suscripta por el interesado mediante firma no autenticada.

3.3.3. Régimen de exención para los sujetos no residentes.

N.T.(12): o "cámara compensadora".

²³ Analizadas en el párrafo sucesivo.

A los efectos de facilitar el flujo de capitales extranjeros en Italia, el inciso 5 del artículo 5 del D.Lgs. n. 461 ha introducido un régimen específico de exención de derecho interno a favor de sujetos no residentes. Dicho régimen reproduce en sus puntos fundamentales el régimen de exención acordado por el artículo 6 del Decreto legislativo del 1° de abril del 1996, n. 239, de "Modificaciones al régimen fiscal de los intereses, primas y otros frutos de las obligaciones y títulos similares, públicos y privados" (de ahora en más: "D.Lgs. n. 239"), a los intereses y otros beneficios de los títulos de Estado y sus equiparados, así como a las obligaciones y títulos similares emitidos por los "grandes emisores privados". Este régimen tiene por objeto los réditos indicados en las letras que van desde la *c-bis*) a la *c-quinquies*) del inciso 1 del artículo 81 del T.U.I.R. y, por ende, todos los réditos diversos de naturaleza financiera previstos por dichas disposiciones, con la única excepción de las plusvalías derivadas de la cesión de participaciones calificadas previstas en la letra *c*).

De manera similar a lo previsto por el artículo 6 del D.Lgs. n. 239, solamente pueden beneficiarse del régimen de exención los sujetos que residen en Países que consienten un adecuado intercambio de información necesaria para determinar la subsistencia de los requisitos y que no residan en Estados o territorios no pertenecientes a la Unión Europea que cuenten con un régimen fiscal privilegiado (conocidos como "Paraísos fiscales"), individualizados mediante decretos del Ministerio de Finanzas (denominada *black list*). La finalidad de tal limitación es la de otorgar la exención solamente a favor de sujetos residentes en Estados que proveen a la Administración fiscal italiana la colaboración necesaria para evitar abusos.

Come ha sido afirmado por el Ministerio de Finanzas²⁴, siendo que la exclusión del artículo 5, inciso 5, del D.Lgs. n. 461 constituye una exclusión de derecho interno, esta debe entenderse aplicable independientemente de lo establecido por las disposiciones de las convenciones vigentes con el Estado de residencia del preceptor. Consecuentemente, las plusvalías y demás réditos diversos de naturaleza financiera deben excluirse de imposición aún cuando las mencionadas disposiciones convencionales atribuyeran a Italia la potestad de sujetarlas a imposición en forma exclusiva o en concurso con el otro Estado contrayente.

Naturalmente debe dejarse a salvo la aplicabilidad de las disposiciones de no aplicación del impuesto con relación a los no residentes contenidas en el artículo 20, inciso 1, letra *f*), del T.U.I.R., del cual ya se ha referido precedentemente²⁵.

Mediante el decreto de fecha 12 de diciembre del 2001 del Ministerio de Economía y Finanzas se aprobó un nuevo esquema de *auto-certificación* que debe utilizarse para requerir la no aplicación del impuesto sustitutivo sobre los beneficios de las obligaciones y títulos similares regulados por el D.Lgs. n. 239, que ha simplificado notablemente las obligaciones a cargo de los sujetos interesados: dicho esquema puede ser utilizado también a los fines de no concurrir a la formación del rédito de los réditos diversos u "otros réditos" de naturaleza financiero previstos por el artículo 81, inciso 1, letras desde la *c-bis*) a *c-quinquies*) del T.U.I.R., tal como lo dispone el artículo 5, inciso 5, del D.Lgs. n. 461.

²⁴ Ministerio de Finanzas, circular n. 165/E, párrafo 2.3.6.

3.4. Regímenes previstos.

En el plano aplicativo, la imposición sustitutiva se realiza a través de tres regímenes diversos, si bien se encuentran coordinados y vinculados entre sí. El legislador ha previsto la posibilidad de que el contribuyente absuelva el tributo a los réditos diversos de naturaleza financiera ya sea mediante la declaración de réditos ("régimen de la declaración": "*regime della dichiarazione*"), o por medio de intermediarios habilitados ("*risparmio amministrato*" e "*risparmio gestito*"), evitando de esta manera la redacción de la declaración jurada referida a los réditos tasados de esta manera. El recurso de los contribuyentes a los intermediarios no puede consistir en una prestación de tipo ocasional sino que requiere que se dé una relación de tipo duradero con el intermediario y que se obtiene mediante una manifestación de voluntad expresa del contribuyente ("opción") que lo vincula por al menos un íntegro periodo impositivo y que, por ende, presupone una relación estable de mandato o depósito.

IV. PERSPECTIVAS DE REFORMA DEL SISTEMA FISCAL ESTATAL.

Se encuentra a examen del Parlamento el proyecto de ley de delegación al Gobierno para la reforma del sistema fiscal. Desde el plano general, el nuevo sistema se basa en cinco impuestos ordenados en un único código: impuesto a los réditos, impuesto a las rentas de las sociedades, impuesto al valor agregado (o valor añadido), impuesto a los servicios, "accisa" (impuesto de fabricación).

En cuanto se refiere al régimen fiscal sustitutivo para los réditos de naturaleza financiera, se prevé:

- 1) la homogeneización de la imposición sobre todas las rentas de naturaleza financiera, *independientemente de los instrumentos jurídicos utilizados* para lograrla;
- 2) la convergencia del régimen fiscal sustitutivo sobre el propio régimen de los títulos de la deuda pública;
- 3) la imposición del ahorro confiado a la gestión de inversores institucionales sobre la base del principio de caja y de compensación;
- 4) un régimen diferenciado de favorecimiento fiscal para el ahorro confiado a fondos de pensión, fondos éticos y a cajas de previsión privatizadas.

La "Relación" gubernativa que acompaña el proyecto aclara que, a través de la ampliación del sistema de retención a la fuente, con un impuesto sustitutivo proporcional, serán adoptadas modalidades procesales uniformes a todos los réditos de naturaleza financiera, independientemente del instrumento jurídico utilizado para lograrlo, e independientemente de la duración de la inversión, la naturaleza del emisor, con excepción de los beneficios derivados, de las personas físicas y morales no empresarias, de participaciones calificadas (dividendos, utilidades y plusvalías), de contratos de asociación en participaciones y de mutuos, los cuales serán imponibles total o parcialmente al impuesto progresivo.

²⁵ Véase el párrafo precedente.

En cuanto aquí interesa, el proyecto se propone poner en acto plenamente los principios de generalidad y neutralidad de la exacción a través de la homogeneización de la imposición sobre todos los réditos de naturaleza financiera: a diferencia del pasado, se pretende abandonar la distinción entre las categorías de “réditos de capital” y “réditos diversos” (u otros réditos), “fuente de segmentación de mercado”, a favor de la adopción de una única categoría de "*réditos financieros*", independientemente de la naturaleza del sujeto emisor, de la duración y el instrumento utilizado para lograrlo, comprendiendo así los beneficios de cualquier fuente.

Puntualmente, en este esquema deberán entrar no solo los beneficios derivados del empleo de capital (por ejemplo los intereses y los “descartes” de la emisión de títulos obligacionales, las utilidades de participaciones en sociedades de capital, etc.) sino además los beneficios caracterizados por elementos aleatorios, a menudo consistentes en un *diferencial*: como lo son precisamente las plusvalías de cesión y los beneficios de los *contratos derivados*.

La actual definición de las singulares tipologías de rédito de capital y rédito diverso, a este fin quedará sustituida por normas definitorias de tipo general, de manera que se encuentren en grado de comprender todas las tipologías de beneficios y excluyan de raíz los efectos de “fuera de juego” -de esta manera se expresa la “Relación”- del sistema fiscal, producidos por las continuas innovaciones de las formas contractuales.

Génova, 5 de septiembre de 2002

Oscar Donato Piccoli
BNP Paribas Banque Privée - Sucursal Italia
Piazza San Fedele n. 2
20121 Milán- Italia
(e-mail: oscardonato.piccoli@bnpparibas.com)