



Marzo 2008

## La « *sentencia Leofin* »

**El juez italiano obstacula la utilización de empresas establecidas en el extranjero que son en realidad administradas en Italia.**

### *Entorno normativo*

El art. 73 de la ley italiana del Impuesto sobre la Renta (ISR) indica las personas sujetas al impuesto de sociedades en Italia.

En conformidad con el art. 73, par. 3 del ISR “ *una empresa o otra entidad son residentes en Italia si por la mayor parte del período impositivo tienen domicilio social, lugar principal de la administración o actividad principal en el territorio del Estado*” .

La ley n. 248 del 4 agosto 2006 ha añadido un nuevo párrafo 5 – *bis* a el art. 73 del ISR. De acuerdo con el nuevo párrafo 5 – *bis*, una empresa establecida a l'extranjero que controla una sociedad o otra entidad residente en Italia, se considera ser residente en Italia si, alternativamente:

a) La empresa extranjera es controlada, directamente o indirectamente, por personas residentes en Italia; o

b) La mayor parte de la junta directiva se compone de personas residentes en Italia.

El párrafo 5 – *bis* del art. 73 del ISR ha por lo tanto introducido una presunción iuris tantum, como el contribuyente puede demostrar lo contrario.

El propósito del artículo 73 par. 5 – *bis*, es de prevenir aún más el uso de sociedades

formalmente establecidas en el extranjero, cuando sus único objetivo es de aprovechar de la legislación mas favorable del otro Pays, como participación y exención de los dividendos.

STUDI COLLEGATI  
LINKED LAW FIRMS

ARGENTINA  
*Buenos Aires  
Cordoba  
Mendoza  
Rosario  
Salta*

AUSTRIA  
*Wien*

BRAZIL  
*São Paulo  
Rio de Janeiro*

CHILE  
*Santiago de Chile*

CHINA  
*Beijing  
Shanghai*

COLOMBIA  
*Bogotá*

CZECH REPUBLIC  
*Prague*

ECUADOR  
*Quito*

GREECE  
*Athens*

INDIA  
*Mumbai  
New Delhi*

IRELAND

MÉJICO  
*Ciudad de Méjico*

PANAMA  
*Ciudad de Panama*

PERÙ  
*Lima*

POLAND  
*Warszawa*

UNITED KINGDOM  
*London*

SWITZERLAND  
*Bern  
Zurich*

UKRAINA

URUGUAY  
*Montevideo*

VENEZUELA  
*Caracas*



Vale la pena recordar que en el pasado, el impuesto italiano ha contrariado esta práctica utilizando el concepto de la « sede de dirección efectiva », contenido en el art. 73, párrafo 3 del ISR.

En otras palabras, una empresa establecida en el extranjero puede ser considerada residente en Italia si es probado que su “sede de dirección efectiva” era, de hecho, en Italia.

En este sentido se puede decir que el art. 73, par. 3 del ISR sea en línea con el art. 4, par. 3 del Modelo de Convenio Fiscal OCDE.

\*\*\*

En el reciente caso Luxottica, relativo a los años fiscales 1997 y 1998, el juez italiano se ha referido a los dos artículos, art. 73 par. 3 del ISR y art. 4 par. 3 del Modelo de Convenio Fiscal OCDE.

### ***Las circunstancias examinadas por el Tribunal Fiscal de Primera Instancia de Belluno***

En las decisiones n. 173/01/2007 y 174/01/2007 del 14 Enero 2008, el Tribunal fiscal de Primera Instancia de Belluno ha examinado el caso de una sociedad alemana propiedad exclusiva de una empresa italiana.

Los hechos considerables tenidos en cuenta por el juez italiano, son los siguientes:

- una carta confidencial enviada por la empresa italiana a la filial alemana, que sugería de celebrar las reuniones de los accionistas en Alemania, para evitar que las autoridades fiscales alemanas pudieran considerar la filial alemana como residente en Italia;
- los papeles y las otras informaciones sobre el presupuesto anual de la empresa alemana eran conservados en Italia;
- todos los contratos mas importantes de la empresa alemana eran firmados por personas italianas;
- el unico accionista de la empresa alemana era italiano;
- lo mismo accionista era también director de las dos, la filial alemana y la empresa matriz italiana;
- los negocios de la empresa alemana habian sido fundados por la empresa italiana controladora.



El juez mencionó el art. 3 par. 3 del Convenio de doble imposición Italia – Alemania, que afirma que “*si...una persona que no sea un individual es residente en los dos Estados contratantes, esta debería ser considerada como residente en el Estado donde su sede de dirección efectiva es en realidad situada*”.

En consecuencia, el propósito del juez era de determinar donde la sede de dirección efectiva era colocada.

***Los criterios seleccionados por el juez italiano para identificar la “sede de dirección efectiva” de la empresa alemana.***

Los criterios seleccionados por el juez italiano para determinar el real lugar de la administración de la empresa, son los siguientes:

- La sustancia de la organización de la empresa alemana en la realización de sus negocios;
- El grado de independencia de la empresa alemana en la elección de las estrategias;
- La naturaleza y la relevancia de la participación por la empresa matriz italiana;
- El cumplimiento de las obligaciones contables y fiscales por la empresa alemana.

-

Además, el juez tuvo en cuenta otras circunstancias relevantes, que son:

- El hecho de que el capital de la empresa era propiedad de una empresa los cuyos accionistas eran todos miembros de la misma familia;
- El hecho de que también los gerentes de la empresa alemana eran personas físicas residentes en Italia y de que habían lazos familiares con los accionistas de la empresa matriz italiana (aunque algunos de ellos no residían en Italia o no tenían un papel relevante en la empresa alemana).

***Conclusiones del juez italiano***



A la luz de lo anterior, el juez italiano ha confirmado la opinión de las autoridades fiscales italianas, que habían establecido que la empresa alemana tenía la residencia en Italia.

Esta conclusión, en particular, fue apoyada por los siguientes elementos:

a) La tenencia de acciones:

« la empresa alemana – ha declarado el juez – fue establecida para adquirir una serie de acciones del grupo de empresas, vender estas acciones a otras empresas del mismo grupo y tomar ventaja de la participación alemana en el sistema de exención ».

b) La residencia del gerente de la empresa alemana:

El juez señaló que el gerente de la empresa alemana « era residente en Italia en los años fiscales considerados, y era también gerente de la empresa matriz italiana ».

c) Actividades del otro gerente:

El juez señaló también que « el otro gerente de la empresa alemana no tenía un papel real de gestión, porque los accionistas lo habían expresamente relevado de toda responsabilidad. De hecho, todos los actos pertinentes de la empresa alemana eran firmados por el gerente italiano o por otras personas ».

d) La independencia de capital y financiera de la empresa:



El juez italiano considerò la independencia financiera de la empresa alemana, afirmando que *“Esta no tenía independencia financiera y de capital y era administrada por la compañía italiana y por el gerente italiano, los dos residentes en Italia »*.

e) Lugar de las reuniones de los directores:

El juez ha considerado también el lugar donde se tenían las reuniones de los directores. El ha afirmado que era: *« ignificante el hecho que las reuniones se tenían en Alemania, como las decisiones se tomaban en realidad en Italia y se registraban en los actos de la empresa a través de personas que actuaban en nombre del director italiano »*.

f) Otro documento confidencial:

El juez ha examinado el documento confidencial encontrado por la administración tributaria, que muestra que la empresa matriz italiana había propuesto a la filial alemana de tener las reuniones de los accionistas en Alemania *« para reducir el riesgo que la administración tributaria pudiera considerar la filial alemana como residente en Italia a efectos fiscales »*.

\* \* \*

Creemos que la conclusion del Tribunal tributario sea justa porque, después de todo, la creación de la empresa alemana parecía ser en realidad un engaño a efectos fiscales. De hecho, la empresa alemana fue creada para aprovechar de la participacion alemana a las disposiciones de exención de impuestos ( en el momento de los hechos, por ejemplo, 1997 y 1998, el sistema tributario italiano no tenía un régimen de participacion a las disposiciones de exención).

Como todas las decisiones relevantes de la empresa alemana se tomaban en Italia, y también la residencia del director de la empresa era en Italia, nos parecía apropiado afirmar que la filial alemana era residente en Italia de conformidad con el artículo 73 par. 3 del ISR.



Creemos que la decision fuera tomada en conformidad con los nuevos supuestos a que se refiere el art. 73 par. 5 – *bis* según el cual, a las circunstancias específicas descritas al principio, la carga de aportar pruebas sobre la residencia real de una empresa extranjera pasa de las autoridades fiscales al contribuyente.

*Giovanni Moschetti, [g.moschetti@studiosmoschetti.com](mailto:g.moschetti@studiosmoschetti.com)*

*Alessandro Vigna, [a.vigna@studiosmoschetti.com](mailto:a.vigna@studiosmoschetti.com)*