

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA

Facultad de Ciencias Económicas

Escuela de Graduados



**ESCUELA DE
GRADUADOS**
FCE-UNC

Trabajo Final de la carrera Especialización en Tributación

**Tratamiento en el impuesto a las ganancias de los préstamos entre
sociedades vinculadas. Análisis, conflictos y propuestas**

Autor: González Marcos

Tutor: Farina Gustavo

Córdoba, Junio de 2018



Tratamiento en el impuesto a las ganancias de los préstamos entre sociedades vinculadas. Análisis, conflictos y propuestas by González, Marcos is licensed under a [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

Agradecimientos

Agradezco especialmente:

*al Esp. Gustavo Farina por sus enseñanzas y por la confianza que me tuvo,
al Cr. Ángel Tapia por su constante incentivo y apoyo,
al Cr. José María Rinaldi por mostrarme como pensar de manera distinta.*

Dedicatorias

Dedico este trabajo:

*a Amanda, mi compañera, mi amor,
a mi familia, en especial a mi abuela Lala,
a mis compañeros de posgrado, a los Colorados y a mis amigos del barrio.*

“Lo más difícil de entender en el mundo es el impuesto sobre la renta”

Albert Einstein a su contador Leo Mattersdorf.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	3
DEDICATORIAS	3
ÍNDICE	5
GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	7
I. INTRODUCCIÓN.....	8
I.1 GLOBALIZACIÓN Y EMPRESAS MULTINACIONALES.	8
I.2 FINANCIAMIENTO EMPRESARIAL.	9
I.3 IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.	11
I.4 OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	12
I.5 LEY 27430 DE REFORMA TRIBUTARIA.	13
II. HISTORIA DEL ARTÍCULO 14 DE LA LIG.....	14
II.1 PERÍODO 1977 - 1998.....	14
II.2 PERÍODO 1999.....	15
II.3 PERÍODO 2000 - 2017.....	16
II.4 PERÍODO 2018 EN ADELANTE.	16
III. SUPUESTOS DE VINCULACIÓN Y PARTES INDEPENDIENTES	17
III.1 EL CONCEPTO DE PARTES INDEPENDIENTES.	17
III.2 EL CONCEPTO DE VINCULACIÓN ECONÓMICA Y FUNCIONAL.....	17
III.3 VINCULACIÓN SEGÚN CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN.	18
III.4 JURISDICCIONES NO COOPERANTES Y DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN.	19
IV. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES	21
IV.1 EL CONCEPTO DE ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES.....	21
IV.2 SITUACIÓN PRE-REFORMA.....	22
IV.3 SITUACIÓN POS-REFORMA.....	24
V. DEDUCCIÓN DE INTERESES Y DIFERENCIAS DE CAMBIO	25
V.1 REQUISITOS PARA LA DEDUCIBILIDAD GENERAL DE GASTOS.....	25
V.2 REQUISITOS PARA LA DEDUCIBILIDAD DE GASTOS DE FINANCIAMIENTO.....	26
V.3 PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD DEL PASIVO. JURISPRUDENCIA.....	27
V.4 CAPITALIZACIÓN EXIGUA.....	35
V.4.A CRITERIO VIGENTE HASTA EL 31/12/2017.....	35
V.4.B CRITERIO VIGENTE A PARTIR DEL 01/01/2018.....	35
V.5 NUEVO RÉGIMEN DE RETENCIÓN.....	38
V.6 DIFERENCIAS DE CAMBIO.....	39
V.7 EL PAGO COMO LIMITACIÓN A LA DEDUCCIÓN.....	40
V.8 OTRA ALTERNATIVA. DEDUCIR CONFORME AL DEVENGAMIENTO.....	44
VI. INCREMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS.....	47
VI.1 MARCO NORMATIVO, CONCEPTO Y ALCANCES.....	47
VI.2 DETERMINACIONES SOBRE BASE PRESUNTA.....	49
VI.3 LOS PRÉSTAMOS Y LOS APORTES. FORMALIDADES Y PRUEBA.....	52

VI.4	LA REALIDAD ECONÓMICA DE LA OPERACIÓN.....	55
VI.5	LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.....	56
VI.6	INGRESOS PROVENIENTES DEL EXTERIOR.....	58
VI.7	IPNJ Y LA FIGURA DE LAS SALIDAS NO DOCUMENTADAS.....	61
VII.	INTERESES PRESUNTOS.....	62
VII.1	LA FIGURA DE LAS “DISPOSICIONES DE FONDOS A FAVOR DE TERCEROS”.....	62
VII.2	LOS CAMBIOS EFECTUADOS POR LA LEY 27430.....	65
VII.3	DISPOSICIONES DE FONDOS EN MONEDA EXTRANJERA.....	67
VII.4	DISPOSICIONES DE FONDOS EN EL EXTERIOR.....	67
VII.5	DISPOSICIONES DE FONDOS EN CONJUNTOS ECONÓMICOS.....	68
VII.5.A	PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA. LA TEORÍA DEL ÓRGANO.....	69
VII.5.B	PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA JURÍDICO-TRIBUTARIA.....	73
VII.6	DISPOSICIONES DE FONDOS EN INTERÉS DE LA EMPRESA.....	75
VII.7	DIVIDENDOS ANTICIPADOS.....	77
VIII.	APORTES IRREVOCABLES DE CAPITAL.....	78
VIII.1	CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	78
VIII.2	REQUISITOS.....	80
VIII.3	PAUTAS FIJADAS POR AFIP.....	82
VIII.4	CRITERIO CONTABLE.....	84
VIII.5	JURISPRUDENCIA.....	85
IX.	PROPUESTAS.....	86
IX.1	MODIFICAR LA PRESUNCIÓN LEGAL ABSOLUTA DEL ART. 73 DE LA LIG.....	87
IX.2	SUPRIMIR EL TERCER PÁRRAFO DEL ART. 103 DEL DR DE LA LIG.....	89
IX.3	RESTABLECER EL AJUSTE POR INFLACIÓN EN LA LIG.....	90
IX.4	REFORMULAR LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	92
IX.5	FORTALECER LA SEGURIDAD JURÍDICA PARA ATRAER INVERSIONES.....	94
X.	CONCLUSIONES.....	97
	BIBLIOGRAFÍA.....	105
	ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.....	109

GLOSARIO DE TÉRMINOS

AFIP	Administración Federal de Ingresos Públicos
B.O.	Boletín Oficial
BCRA	Banco Central de la República Argentina
BEPS	En inglés: Base Erosion and Profit Shifting
CCyCN	Código Civil y Comercial de la Nación
CEDI	Convenio para Evitar la Doble Imposición
CFCAC	Cámara Federal Contencioso Administrativo de Capital
CNCAF	Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal
CNCom.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial
CNPE	Cámara Nacional Penal Económico
CNV	Comisión Nacional de Valores
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
DGI	Dirección General Impositiva
DR	Decreto Reglamentario
EP	Establecimientos Permanentes
FACPCE	Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas
IGJ	Inspección General de Justicia
IPNJ	Incremento Patrimonial No Justificado
IVA	Impuesto al Valor Agregado
LGS	Ley General de Sociedades
LIG	Ley de Impuesto a las Ganancias
LPT	Ley de Procedimiento Tributario
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PD	Países Desarrollados
PED	Países En vías de Desarrollo
RG	Resolución General
RT	Resolución Técnica
SA	Sociedad Anónima
SAIC	Sociedad Anónima, Comercial e Industrial
SCA	Sociedad en Comandita por Acciones
SCC	Sociedad Colectiva Comercial
SCS	Sociedad en Comandita Simple
SRL	Sociedad de Responsabilidad Limitada
TFN	Tribunal Fiscal de la Nación

I. INTRODUCCIÓN

I.1 Globalización y empresas multinacionales.

Una de las notas características del tiempo en que nos toca vivir es, sin duda, el de la denominada “globalización”. Este fenómeno es un proceso complejo que responde a múltiples causas y que provoca una serie de efectos en todo el mundo, convirtiéndolo en un período dinámico difícil de delimitar en el tiempo. Mucho se ha escrito sobre el tema y son varias las definiciones y teorías que se han desarrollado. A los fines del presente trabajo, nos interesa destacar que la globalización es un proceso de extensión e intensificación de las relaciones sociales, políticas, económicas y culturales entre lo local y lo distante. La evolución tecnológica en las comunicaciones y en los transportes resultó decisiva para configurar este fenómeno.

Nuestro entorno, nuestro horizonte, el mundo en que nos toca vivir, se ha ampliado en forma extraordinaria e inusitada, de modo tal que se ha modificado nuestra relación con el tiempo y el espacio. Los países y los pueblos se encuentran más estrechamente vinculados que nunca. El tráfico internacional de bienes, servicios, capitales y personas, ignora cada vez más las delimitaciones políticas. La globalización determina que se considere al mundo como un gran mercado único sin fronteras. Al respecto, Virgile Pace¹ (2000) reflexiona que debe hablarse de la internacionalización e interdependencia del mercado de bienes y servicios, pero no de la abolición de las barreras culturales, políticas y jurídicas de los países (p. 17)

En este espacio económico amplio es donde se desenvuelven las empresas multinacionales o transnacionales, que operan simultáneamente en los territorios de diversos Estados, procurando aprovecharse de las ventajas comparativas.

Este tipo de empresas normalmente configuran un grupo empresarial compuesto por sociedades jurídicamente independientes constituidas en distintos países, que son controladas por una sociedad madre o que se encuentran sometidas a un control común.

Existen razones extratributarias y tributarias que motivan a las empresas multinacionales a actuar de determinada manera en su relación con las sociedades del mismo grupo empresarial.

¹ Virgile, P. (2000). *“La Organización Mundial del Comercio y el fortalecimiento de las normas jurídicas para el comercio internacional”*. París: L’Harmattan.

Las razones extratributarias pueden responder tanto a factores internos como externos. Dentro de los factores internos podemos mencionar, a modo de ejemplo, el mayor peso relativo de las decisiones que toman los ejecutivos de la sociedad controlante sobre las controladas, las presiones ejercidas por los accionistas en materia de distribución de beneficios, el mantenimiento de la imagen societaria en determinado país a cuyo mercado se recurre para obtener financiamiento. Y las causas externas pueden deberse a riesgos cambiarios de devaluación, restricciones en la repatriación de utilidades, incertidumbre económica, jurídica o política del país donde actúan, y hasta estrategias de penetración en determinados mercados.

Las razones de carácter tributario se relacionan exclusivamente con el propósito que las utilidades globales del grupo, y en su caso el capital aplicado para generarlas, soporten la menor carga tributaria posible de modo que los beneficios después de la imposición tengan un nivel más elevado. Por consiguiente, las decisiones serán en el sentido de intentar exteriorizar las utilidades en aquellos países que tengan una menor carga fiscal.

En cualquier caso, las operaciones multinacionales suponen un flujo continuo de bienes, capitales, tecnología y servicios entre los componentes del grupo empresarial que no se realizan con empresas independientes y que, por lo general, se llevan a cabo al margen de las condiciones imperantes en el mercado abierto.

Como al grupo sólo le interesan los resultados obtenidos por el conjunto empresarial considerado en su totalidad, la operación internacional descrita le brinda la oportunidad de manifestar las utilidades en la jurisdicción que más conviene a sus intereses, mediante el manejo de los precios o retribuciones fijados en las transacciones dentro del grupo, y el movimiento de fondos entre las empresas que lo conforman.

I.2 Financiamiento empresarial.

Cuando una empresa necesita fondos para poder mantener o expandir su actividad, debe evaluar dos caminos en cuanto a la forma de financiarse:

- a) Capitalizarse mediante el aporte de los accionistas existentes, o buscando nuevos accionistas en el mercado de capitales.
- b) Endeudarse mediante la obtención de un préstamo, ya sea interno o externo.

El capital propio implica que no se fijan fechas ni condiciones para su retiro posterior. El pago de dividendos está condicionado a los resultados de la actividad, es decir que

el accionista corre el riesgo de perderlo si la empresa pierde su patrimonio. En los préstamos, existe un compromiso de devolución posterior del capital más los intereses pactados.

Para la empresa tomadora de fondos, las razones de recurrir a capital o endeudamiento pueden deberse a aspectos financieros, regulatorios, normas de la casa matriz, o también a cuestiones impositivas.

En nuestro país, la Administración fiscal y la jurisprudencia han ido fijando determinadas pautas que sirven para identificar si se está en presencia de un aporte de capital o de un préstamo entre sociedades vinculadas. La consideración entre uno u otro no es menor dada las diferentes implicancias fiscales que la normativa de cada tributo le asigna tanto al que recibe los fondos (deudor o tomador), como al que los entrega (acreedor o prestador).

La imposibilidad de aplicar el ajuste por inflación impositivo desde el año 1992 y la devaluación que sufrió el peso argentino a partir de la crisis del 2001 fueron dos hechos trascendentales que marcaron un cambio de conducta por parte de las empresas.

Cuando se aplicaba el ajuste por inflación impositivo, los préstamos siempre generaban ganancia por exposición a la inflación, mientras que los aportes irrevocables de capitales, que no implicaban intereses ni actualizaciones, no lo hacían. Es por ello que a las empresas tomadoras de fondos, fiscalmente les era más conveniente considerar sus deudas como aportes irrevocables de capital. De esta manera mejoraban las relaciones técnicas de sus balances y aparentaban mayor solvencia.

Este hecho cambió a raíz de la vigencia de la Ley de Emergencia N° 25561 a principios del año 2002, que marcó el fin de la política económica comúnmente conocida como “convertibilidad”, ya que la devaluación implicó un aumento de los pasivos de las empresas endeudadas en moneda extranjera, lo que implicó una reducción de la ganancia gravada en el Impuesto a las Ganancias, o un incremento de los quebrantos impositivos. El artículo 17 de la citada ley obligó a que los quebrantos impositivos ocasionados por la devaluación fueran computados en cinco cuotas anuales, aunque en los casos de que se obtuvieran ganancias, estas rentas se computarán íntegramente en el ejercicio en curso.

A partir del año 2018, a raíz de los cambios introducidos por la ley de reforma tributaria, el ajuste por inflación integral es aplicable sólo si se cumple con determinado nivel de inflación acumulado (33,33 % en 2018; 66,66 % en 2018 y 2019; 100 % a futuro en el acumulado de 3 años). Con estos parámetros tan elevados, a nuestro criterio, resultaría prácticamente inviable que se comience a aplicar nuevamente dicho ajuste.

El presente trabajo tratará de demostrar que sobre la base de una adecuada planificación fiscal, las grandes empresas pueden desarrollar sus negocios de manera eficiente, dentro del marco de la ley, y con el menor riesgo posible de entrar en conflicto con la Administración tributaria, siempre y cuando tomen todos los recaudos necesarios previo a concretar cada operación con una sociedad relacionada.

I.3 Importancia de la investigación.

Parece legítimo el hecho de que las empresas, dentro de los límites que establecen las disposiciones impositivas de las respectivas jurisdicciones, intenten aprovechar las ventajas que tales legislaciones les confieren. Sin embargo, es de suma importancia el control que deben ejercer los Estados de cada país, habida cuenta del significativo caudal de operaciones que realizan entre sí las empresas vinculadas, y los montos involucrados.

Según datos estadísticos de la OCDE², en el año 2001 existían en el mundo 65.000 casas matrices de empresas multinacionales, con más de 850.000 filiales en el extranjero, que empleaban alrededor de 90 millones de personas de manera directa. El 30 % de la producción mundial estaba concentrado en sólo 300 empresas mundiales, y 1.000 empresas multinacionales eran dueñas del 20 % del total de activos de todo el planeta. Más del 60 % del comercio mundial de bienes y servicios se llevaba a cabo entre empresas relacionadas, y si se analiza solamente el flujo generado por las regalías, este último asciende al 80 %.

En Argentina, durante el año 2011 el volumen del comercio exterior ascendió a U\$S 15.000.000.000 y el 68 % se realizó entre empresas vinculadas³.

Lo arriba expuesto, da una clara idea de la relevancia que cobra no sólo para los Estados el hecho de poder ejercer el control de estas operaciones de la manera más eficiente posible, sino para las propias empresas multinacionales que son, en definitiva, quienes deben afrontar los impuestos de todas las jurisdicciones involucradas.

Así, a nivel tributario, se debe realizar el análisis de estas operaciones entre empresas vinculadas a través del estudio de precios de transferencia, a los efectos de determinar si los precios pactados responden a los que se hubieran acordado entre partes independientes,

² Estadísticas OCDE años 2000 y 2001 citadas en Boletín AFIP nro. 121, agosto 2007, p. 1637.

³ Según considerandos del Decreto nro. 2103/2014.

con la finalidad, por parte de los distintos fiscos, de evitar pérdidas de la base imponible en el impuesto a la renta.

El hecho de que con motivo del estudio de precios de transferencia surjan diferencias a favor del fisco, no implica que ello responda a una intención de evadir tributos por parte de las empresas, ya que como bien indica Reig⁴ (2001) respecto del propósito y origen de los precios de transferencia, estos "... no deben confundirse con problemas de fraude fiscal o elusión de impuestos, aunque pueden ser usados con tales propósitos..." (p. 548).

Sobre la cuestión, cabe señalar que el tercer párrafo del artículo 14 de la LIG consagra el principio del tercero independiente en cuanto a que todas las transacciones entre contribuyentes del país y entidades vinculadas constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior, serán consideradas a todos los efectos como celebradas entre partes independientes. Sin embargo, es pacífica la jurisprudencia en admitir que los acuerdos llevados a cabo por empresas vinculadas, por su propia naturaleza, pueden no estar revestidos de los requisitos formales que si observarían entes independientes.

En este sentido, resulta procedente mencionar el voto del Dr. Juan Carlos Vicchi en la causa "*Compañía Ericsson SACI*"⁵ cuando en el considerando IV hace referencia al comentario nro. 1.10 del Capítulo I de la publicación *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OCDE, Paris, 1995), en cuanto expresa que "una dificultad práctica en la aplicación del principio del tercero independiente radica en el hecho que las empresas vinculadas pueden encarar transacciones que no llevarían a cabo empresas independientes". Este antecedente será desarrollado en el punto VI.5.

I.4 Objetivos y Metodología.

Los objetivos que nos proponemos en este trabajo, podemos dividirlos en:

Objetivos generales:

- Analizar las implicancias en el impuesto a las ganancias que tienen las operaciones de préstamos de dinero entre sociedades vinculadas del país y el exterior, tanto para el emisor como para el receptor de los fondos.

⁴ Reig, E. (2001). "*Impuesto a las ganancias*". 10ª Edición. Buenos Aires: Macchi.

⁵ "*Compañía Ericsson SACI s/recurso de apelación*", TFN, Sala C, 15/08/2007.

- Contribuir al razonamiento de los aspectos más destacados surgidos a raíz de ley de reforma tributaria nro. 27430, en cuanto a las modificaciones introducidas en el tema.
- Ofrecer propuestas que ayuden a los contribuyentes a minimizar el riesgo en su actuar como prestadores o receptores de fondos con sus vinculadas.

Objetivos específicos:

- Examinar la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en conjunto para establecer los puntos en común y las diferencias en el tratamiento del tema en cuestión.
- Identificar las situaciones de conflicto más usuales entre el fisco y los contribuyentes en este tipo de operaciones y describir los puntos más controvertidos.
- Analizar las argumentaciones esgrimidas por los jueces en las sentencias de los fallos más resonantes que han sentado jurisprudencia sobre el tema.

En cuanto a la metodología utilizada para el logro de los objetivos propuestos, ésta se llevará a cabo mediante la lectura, el análisis y la interpretación de la legislación existente, así como también de los antecedentes judiciales más importantes y de los aportes doctrinarios hechos por destacados especialistas.

El método de investigación a utilizar será el hipotético deductivo que es el que mejor se adapta al ámbito de las ciencias económicas. Para ello se cotejarán todas las fuentes utilizadas con el fin de arribar a conclusiones lógicas que permitan entender mejor el tema.

I.5 Ley 27430 de Reforma Tributaria.

El 27/12/2017 fue sancionada por el Congreso de la Nación la reforma tributaria integral, la cual introdujo importantes cambios en nuestro sistema tributario, en especial en lo que respecta al impuesto a las ganancias. Dicha reforma, bajo el número de ley 27430, fue promulgada y publicada en el B.O. el 29/12/2017, y comenzó a regir para los ejercicios fiscales que iniciaron a partir del 01/01/2018.

En el mensaje de elevación del proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo, la reforma fue anunciada como la herramienta necesaria para promover la inversión, la competitividad y el empleo de calidad, así como para avanzar hacia un sistema tributario más equitativo, eficiente y moderno. Sin embargo, del análisis de su articulado parecería que existe un objetivo adicional, que es compatibilizar nuestras normas tributarias con las pro-

puestas actuales de la OCDE, que están reflejadas en el Informe del año 2015 que elaboraron conjuntamente con el G20 de lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por sus siglas en inglés “*Base Erosion and Profit Shifting*”).

En relación al tema abordado en el presente trabajo, la reforma estableció algunos cambios en determinadas figuras del impuesto a las ganancias, que en principio modificarían el escenario de aquellas sociedades que actúen tanto en calidad de prestadoras como de receptoras de préstamos *intercompany*. En este punto, es oportuno aclarar que si bien a la fecha del presente escrito la reforma se encuentra en plena vigencia, aún no se han dictado todas las reglamentaciones pertinentes ni existe jurisprudencia que pueda ser aplicada en la resolución de posibles controversias que se susciten a raíz de tales cambios.

II. HISTORIA DEL ARTÍCULO 14 DE LA LIG

II.1 Período 1977 - 1998.

En el período comprendido entre los años 1977 y 1998 rigió la ley nro. 21481. El criterio rector de la norma se puede sintetizar de la siguiente manera:

a) Los actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y su controlante del exterior, se considerarán celebrados como entre partes independientes cuando las prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado.

b) Cuando no se cumplimente este requisito, las prestaciones se tratarán con arreglo a los principios que regulan el aporte y la utilidad.

A los efectos de este artículo, la ley efectuaba un reenvío expreso al inciso 3) del artículo 2° de la Ley de Inversiones Extranjeras nro. 21382 para definir el alcance de “empresa local de capital extranjero”⁶.

Sin embargo, con relación a los préstamos, la ley admitía como excepción que éstos se consideraran como celebrados entre partes independientes cuando se ajustaban a las disposiciones establecidas en el inciso 1) del artículo 20 de la ley 21382. Este artículo de-

⁶ El inciso 3) del artículo 2 de la Ley 21382 definía como empresa local de capital extranjero a “toda empresa domiciliada en el territorio de la República, en la cual personas físicas o jurídicas domiciliadas fuera de él, sean propietarias directa o indirectamente de más del 49% del capital o cuenten directa o indirectamente con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios”.

legaba en el BCRA la facultad para determinar si debe considerarse o no como celebrado entre partes independientes.

Es decir que aquellos préstamos que pudieran haberse celebrado durante el período de vigencia de la ley 21481, de no haber sido cuestionados por el BCRA, se consideraban celebrados entre partes independientes a los efectos impositivos, no solamente al tiempo de su celebración sino por el tiempo de vigencia del mismo.

Las consecuencias de aquellos que deban ser tratados con arreglo a los principios que regulan el aporte y la utilidad tienen las siguientes consecuencias:

1. Las remesas por intereses se consideran remesas de dividendos con el tratamiento que la ley, en los distintos períodos, atribuya a los mismos.
2. Las diferencias de cambio por el “supuesto mutuo” no son deducibles por considerarse impositivamente como aporte de capital.

Tal como se puede observar, la ley 21481 establecía un criterio objetivo para determinar si la remesa de la controlante debía ser tratada como préstamo o como capital. Ello no obsta a que, de cumplir el requisito, los intereses y las diferencias de cambio tenían el tratamiento correspondiente en cada periodo fiscal a lo que estipulaba la ley en ese momento. Idéntico criterio era para los dividendos.

II.2 Período 1999.

Posteriormente, la ley 25063 modifica el artículo 14 eliminando el reenvío expreso a la ley de inversiones extranjeras, quedando redactado en su parte pertinente de la siguiente manera: “serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes. Cuando no se cumplimente lo establecido en el párrafo anterior para considerar a las respectivas operaciones como celebradas entre partes independientes, las prestaciones se tratarán con arreglo a los principios que regulan el aporte y la utilidad”.

Tal como se puede observar, se elimina el parámetro objetivo abriendo un espacio al concepto de realidad económica legislado en el artículo 2 de la ley 11683. La modificación mencionada rigió solamente por el año 1999.

Resulta de interés señalar que la ley 25063 es la que introduce el artículo 15 a la LIG, específico de precios de transferencia.

II.3 Período 2000 - 2017.

La ley 25239 (de aplicación para los ejercicios iniciados a partir del 31/12/1999 hasta el 31/12/2017), deroga el párrafo anterior y lo redacta de la siguiente manera: “Las transacciones entre un establecimiento estable, a que alude el inciso b) del artículo 69, o una sociedad o fideicomiso comprendidos en los incisos a) y b) y en el inciso agregado a continuación del inciso d) del artículo 49, respectivamente, con personas o entidades constituidas, domiciliadas o ubicadas en el exterior serán considerados, a todos los efectos, como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes (principio denominado *arm's length*), excepto en los casos previstos en el inciso m) del artículo 88. Cuando tales prestaciones y condiciones no se ajusten a las prácticas del mercado entre entes independientes, las mismas serán ajustadas conforme a las previsiones del artículo 15”.

El artículo 15 establece que en los casos previstos en la norma y, por ende, los encuadrados en el artículo 14 por el cual se efectúa la remisión, deberán realizar el análisis sobre precios de transferencia, es decir aplicar los distintos métodos previstos en la ley a los efectos de verificar la condición de actuar entre partes independientes, en caso de no cumplirse, deberá realizarse el ajuste en el balance impositivo.

II.4 Período 2018 en adelante.

La reciente reforma tributaria realizada mediante la ley nro. 27430, no introduce modificaciones sustanciales en la parte pertinente de este artículo, manteniendo la esencia asignada por la ley 25239. La única modificación realizada se limitó al cambio de denominación de “establecimiento estable” por “establecimiento permanente” y su respectiva referencia al nuevo artículo agregado a continuación del artículo 16 (situación que se analizará en el apartado IV).

III. SUPUESTOS DE VINCULACIÓN Y PARTES INDEPENDIENTES

III.1 El concepto de partes independientes.

El Decreto Nro. 1344/98 reglamentario de la LIG establece en su artículo 11 que dos o más empresas son independientes cuando no se verifiquen entre ellas los supuestos de vinculación establecidos en el artículo incorporado a continuación del artículo 15 de la ley (en adelante artículo 15.1).

Como se observa, en nuestro sistema tributario el concepto de partes independientes está definido por la negativa. Es decir que, según esta concepción, dos sujetos serán considerados independientes sólo si no se dan entre ellos los supuestos establecidos por la reglamentación positiva.

III.2 El concepto de vinculación económica y funcional.

Conforme lo establece el artículo 15.1 de la LIG, existirá vinculación cuando una empresa⁷ ejerza el control o la dirección de otra, de manera directa o indirecta, ya sea por:

- ✓ Su participación en el capital.
- ✓ Grado de acreencia.
- ✓ Influencia funcional o de cualquier otra índole -contractual-.

La nueva redacción del artículo, vigente a través de la ley 27430, establece en su último párrafo que la reglamentación podrá establecer los supuestos de vinculación a los que alude el párrafo precedente. Sin embargo, y tal como lo expresáramos anteriormente, aún estamos a la espera de dicha reglamentación.

El fisco por su parte en el artículo 7 de la RG (AFIP) Nro. 1122/2001, dispone que la vinculación se entenderá configurada cuando se verifique alguno de los supuestos que se establecen en su Anexo III. A modo de ejemplo se citan a continuación aquellos supuestos que en la práctica se dan con mayor frecuencia:

1. Sujetos que posean participación mayoritaria o influencia significativa en el capital de otros.
2. Sujetos que posean los votos necesarios para formar la voluntad social de otros.
3. Dos o más sujetos posean directores, funcionarios o administradores comunes.

⁷ La expresión comprende no sólo a las sociedades de capital, de personas y unipersonales, sino también a cualquier sujeto, personas, u otro tipo de entidades o establecimientos, fideicomisos o figuras equivalentes.

4. Un sujeto goce de exclusividad como agente, distribuidor o concesionario para la compraventa de bienes, servicios o derechos, por parte de otro.

El alcance de esta vinculación fue tratado por AFIP en el Dictamen 8/2000⁸, en el cual se definió que el pacto o cláusula de exclusividad "...significa la obligación asumida por una parte de contratar solamente con la otra, en orden a la prestación de un bien o de un servicio determinado" pudiendo producirse en "situaciones concretadas contractualmente o no".

5. Un sujeto provea a otro la propiedad tecnológica o conocimiento técnico que constituya la base de sus actividades.

Esta cuestión también fue analizada en el Dictamen 8/2000 indicado en el punto anterior, señalando que "...este supuesto de vinculación está destinado a los casos en que la propiedad tecnológica o conocimiento técnico adquiere para el sujeto del país la calidad de relevante o indispensable sin cuya existencia le resultaría dificultoso encarar el desarrollo de sus actividades principales".

6. Otros (cláusulas contractuales que asumen el carácter de preferenciales, participación significativa en la fijación de políticas empresariales, etc.).

También la RG (AFIP) Nro. 3572/2013, que creó el Registro de Sujetos Vinculados para las operaciones que éstos realicen en el mercado interno, establece en su Anexo I similares supuestos de vinculación a los citados anteriormente.

Se aprecia entonces que la vinculación no se limita a la tradicional concepción de participación en el capital o en el directorio de las empresas, sino que comprende la vinculación que pueda darse por funciones tales como la representación exclusiva como agente, distribuidor o concesionario por ejemplo, por lo que se concluye que ésta puede ser económica o funcional.

III.3 Vinculación según convenios para evitar la doble imposición.

La definición de vinculación nacional cede en el caso de CEDI celebrados con otros países. De acuerdo al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales aprobados por el Congreso de la Nación tienen jerarquía superior a las leyes, por lo que no caben dudas de que los CEDI pueden restringir y limitar el alcance y efecto de

⁸ AFIP. Dictamen (DAT) Nro. 8/2000, 19/11/2000.

las normas impositivas domésticas, en la medida en que estén en contravención con las disposiciones de aquellos.

En este sentido se ha expresado la CSJN⁹ al sostener que “en razón de la superior jerarquía de que goza un tratado internacional frente a la ley de fuente interna (...) debe afirmarse que una ley tributaria de tal fuente (interna) puede sufrir restricciones -o incluso ser invalidada si el conflicto es inconciliable- en virtud de los compromisos asumidos por la República en un convenio internacional, suscripto con el propósito de fomentar las relaciones económicas y la inversión recíproca entre los Estados contratantes, evitando la doble imposición fiscal y la discriminación en perjuicio de los nacionales de cada una de las partes”.

No obstante, debe analizarse cada convenio en particular para determinar los supuestos de vinculación aplicables a cada caso.

Tanto el Modelo OCDE como el Modelo ONU de CEDI¹⁰, disponen en su artículo 9 inciso 1 que existirá vinculación entre las empresas cuando:

- a) Una empresa de un Estado contratante participe directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa del otro Estado contratante; o
- b) Las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de una empresa de un Estado contratante y de una empresa del otro Estado contratante.

Y en cualquiera de los dos casos, ambas empresas establezcan o impongan en sus relaciones comerciales o financieras condiciones que difieran de las que se habrían establecido entre empresas independientes.

III.4 Jurisdicciones no cooperantes y de baja o nula tributación.

La nueva ley somete a control tanto a las operaciones efectuadas con sujetos domiciliados, constituidos o ubicados en jurisdicciones no cooperantes como en jurisdicciones de baja o nula tributación, las que no serán consideradas ajustadas a las prácticas o precios normales de mercado entre partes independientes y por ende quedarán sujetas al régimen de precios de transferencia.

⁹ “*Hoechst A. G. c/DGI s/juicio de conocimiento*”, CSJN, 28/04/1998.

¹⁰ Si bien ambos modelos de convenio son similares, el Modelo ONU sigue al Modelo OCDE pero buscando resguardar los intereses de los países en vías de desarrollo. La mayoría de los convenios vigentes en Argentina fueron redactados siguiendo el Modelo OCDE.

De esta manera se deja atrás la ficción creada por el Decreto Nro. 589/2013, que mediante la modificación del art. 21.7 del DR de la LIG, había equiparado la referencia que efectuaba la ley a “países de baja o nula tributación” con países no considerados “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”. En virtud de dicho criterio habían quedado excluidas de control las operaciones con contrapartes domiciliadas en los principales paraísos fiscales como por ejemplo Panamá, Hong Kong, Islas Vírgenes Británicas, Bahamas, entre otros.

Con la nueva legislación puede haber alta imposición en determinada jurisdicción, pero si no existe compromiso de cooperación entre Fiscos que permita el acceso a información, las operaciones que tengan como contraparte a un sujeto domiciliado en ella deberán justificar los precios y demás condiciones acordadas.

A la inversa, la existencia de acuerdos de intercambio de información, sean autónomos o incluidos en un CEDI, no excluye la obligación de la carga probatoria si la jurisdicción es de nula o baja imposición.

El artículo agregado a continuación del artículo 15.1 de la ley (art. 15.1.1) define a las jurisdicciones no cooperantes como aquellas que no tengan vigente con nuestro país un acuerdo de intercambio de información en materia tributaria, o un CEDI con cláusula amplia de intercambio de información. Incluye también aquellos países que, teniendo vigente un acuerdo con el alcance fijado anteriormente, no cumpla efectivamente con el intercambio de información. Se delega al Poder Ejecutivo la elaboración de un listado de las jurisdicciones que califiquen como no cooperantes, el cual aún no ha sido elaborado. Sin embargo, bajo esta definición, estamos en condiciones de decir que en principio se incrementarían el número de jurisdicciones no cooperantes en comparación con el régimen anterior, dado que antes se reconocía como cooperantes no solo a los países con convenios o acuerdos firmados, sino también a aquellos con los cuales se ha iniciado el proceso de negociación o de ratificación de alguno de ellos¹¹.

El artículo 15.1.2 define a las jurisdicciones de baja o nula imposición como aquellas que establezcan una tributación máxima a la renta empresaria inferior al 60 % de la alícuota contemplada en el inciso a) del artículo 69 de la LIG¹². Es decir que a partir de una alí-

¹¹ Conforme lo establece el art. 1 inc. c) de la RG (AFIP) Nro. 3576/2013.

¹² A los fines de este artículo, no resultan de aplicación las disposiciones transitorias con respecto a las alícuotas establecidas en el art. 69.

cuota del 15 % la jurisdicción no entraría en esta categoría. Si bien la ley no lo prevé, creemos que AFIP divulgará el listado para facilitar el cumplimiento.

Con respecto a esto último, es oportuno destacar que el Decreto Nro. 279/2018 publicado en el B.O. el día 09/04/2018, y que reglamenta la aplicación del impuesto sobre la renta financiera de beneficiarios del exterior por la retención que se les practica con carácter de pago único y definitivo, establece en su artículo 7 que “hasta tanto se reglamente el segundo artículo sin número agregado a continuación del artículo 15 de la LIG, para determinar si una jurisdicción es “cooperante” se verificará si está incluida en el listado vigente publicado por la AFIP en el marco del Decreto nro. 589 del 27/05/2013”. Este listado se encuentra publicado en la web del Organismo.

IV. ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

IV.1 El concepto de Establecimientos Permanentes.

La relevancia del concepto de Establecimientos Permanentes (en adelante EP) no es menor atento a que la verificación de su existencia tiene dos implicancias fundamentales:

1. La aplicación de un distinto sistema de determinación del impuesto a las ganancias respecto de aquel aplicable a beneficiarios del exterior.
2. El cumplimiento de diferentes deberes formales ante el Fisco argentino.

Por lo tanto, un beneficiario del exterior que tributa en Argentina vía retención exclusivamente sobre sus ganancias de fuente argentina pasaría a estar alcanzado por sus ganancias netas de fuente mundial, en base a un distinto sistema de determinación del tributo en caso de ser recalificado como EP.

Convengamos que un EP está sujeto a las mismas reglas de precios de transferencia que otros sujetos contribuyentes, tales como una sociedad o fideicomiso comprendidos en los incisos a), b), c) y d) del art. 49, según dispone el tercer párrafo del art.14 de la LIG.

Joaquín de Arespachaga¹³ (1998) sintetiza el concepto de EP al recurrir a la diferencia entre desarrollar una actividad “con” un país y desarrollarla “en” dicho país a través de una presencia lo suficientemente sustancial y permanente como para considerar que se realiza en él una actividad empresarial (p. 162).

¹³ De Arespachaga, J. (1998). “*Planificación Fiscal Internacional*”. 2ª Edición. Madrid: Marcial Pons. p. 162.

IV.2 Situación pre-reforma.

Anteriormente, el artículo 69 inc. b) de la LIG contaba con una definición simplificada del término de Establecimiento Estable¹⁴ al referirse a “los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier otro tipo, organizados en forma de empresa estable, pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o a personas físicas residentes en el exterior”.

También el art. 128 preveía una descripción similar sobre establecimientos estables en el exterior pertenecientes a sujetos residentes argentinos en materia de rentas de fuente extranjera obtenidas por estos, aclarando además que el concepto incluía a las construcciones, reconstrucciones, reparaciones y montajes cuya ejecución en el exterior demande un lapso superior a 6 meses, así como los loteos con fines de urbanización y la edificación y enajenación de inmuebles bajo determinados regímenes realizados en países extranjeros.

Dada la falta de claridad en esta ley sobre un concepto tan importante, es que muchas veces se ha recurrido a la definición prevista en la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta¹⁵, o en la de su antecesor el derogado impuesto sobre los activos, siguiendo el carácter complementario entre ambos tributos. La definición allí prevista resulta notoriamente amplia, debido a que incluye también supuestos que normalmente calificarían como actividades auxiliares o preparatorias¹⁶.

Sin embargo, no es acertado recurrir a la definición prevista en esta ley a fin de definir el concepto de establecimiento estable, por cuanto el carácter supletorio al que hace referencia su artículo 18 lo es respecto de la LIG hacia ésta y no en sentido inverso. Pensarlo de otra manera sería violatorio del principio de legalidad, ya que no existe norma alguna que autorice la proposición inversa, esto es, que consagre la aplicación supletoria, para situaciones no previstas ni en la ley ni en la reglamentación del impuesto a las ganancias, de las normas que rigen en materia del impuesto a la ganancia mínima presunta. Este criterio fue sustentado por nuestro Tribunal Supremo en el año 1972 en la causa “*Lagazzio Emilio Francisco*”, que si bien trataba la supletoriedad del antiguo impuesto a los réditos

¹⁴ Previo a la reforma realizada por la ley 17430, la denominación que le asignaba la LIG era “establecimiento estable” en lugar de “establecimiento permanente”.

¹⁵ Art. 2 inc. h) de la ley 25 063 del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

¹⁶ Por ej. el uso de instalaciones con fines de almacenaje y el mantenimiento de un lugar fijo de negocios para reunir informaciones, entre otros.

hacia el impuesto a las ganancias eventuales, consideramos plenamente aplicables sus conclusiones al caso.

Asimismo, la ley del impuesto a la ganancia mínima presunta aclara que dicha definición aplica “a los fines de esta ley”, lo cual descartaría su extensión a otros tributos.

Cabe mencionar, por último, que este tributo será derogado para los ejercicios que se inicien a partir del 01/01/2019, con lo cual la discusión sobre la remisión a sus disposiciones se tornará abstracta.

Lo expuesto ha llevado a consideración lo establecido en el artículo 5 del Modelo OCDE de CEDI y en sus respectivos comentarios, a fin de lograr una aproximación al concepto de EP en los casos de ausencia de un CEDI aplicable al caso concreto. De esta manera, para determinar la existencia de un EP bajo parámetros más precisos en supuestos en los que no existe un CEDI entre Argentina y el país de residencia del inversor, tanto el Modelo OCDE como sus comentarios han brindado los lineamientos básicos a tener en cuenta para encuadrar la actividad del inversor del exterior.

A modo de síntesis, diremos que dicho criterio parte de una definición que considera EP a “un lugar fijo de negocios a través del que una empresa desarrolla total o parcialmente su actividad”, para luego dar lugar a una lista positiva entre las que se encuentra un lugar de dirección, una sucursal, una oficina, una fábrica o un taller, entre otros. También se incluyen determinadas actividades tales como las de construcción o instalación, siempre que su plazo de ejecución supere determinado límite. Existen actividades que, dado su carácter auxiliar o preparatorio, se incluyen como supuestos de excepción a la definición general, lo que normalmente se denomina lista negativa. Y, por último, se presenta otro supuesto dado por la actuación de representantes, quienes, aún sin contar con un lugar fijo de negocios, pueden ejercer atribuciones que los califiquen como un EP, salvo que tales atribuciones sean ejercidas por un agente independiente.

En los casos en los que efectivamente existe un CEDI, la cuestión encuentra un límite más preciso para definir la situación.

IV.3 Situación pos-reforma.

El nuevo artículo agregado a continuación del artículo 16 (art. 16.1)¹⁷ de la LIG introdujo una definición de EP que recepta los lineamientos derivados de la acción 7 de BEPS¹⁸, incluidos en la reciente actualización al Modelo OCDE aprobada el 21/11/2017.

La nueva norma, además de considerar como EP a un “lugar fijo de negocios”, incorpora la figura del EP por representación, es decir, cuando interviene un agente dependiente, definiéndolo como un sujeto que actúe en el territorio nacional por cuenta de una persona humana o jurídica, entidad o patrimonio del exterior y que cumpla con determinados requisitos. Si bien esta figura no era considerada hasta ahora en nuestra legislación, se encuentra presente en la mayoría de los CEDI suscriptos por Argentina. Bajo la redacción actual de la ley, cualquier actividad realizada por un agente que cumpla alguna de las condiciones previstas en los puntos a) al f) del penúltimo párrafo del art. 16.1 constituiría un EP, más allá del carácter auxiliar o preparatorio que dicha actividad posea con respecto a la actividad principal del sujeto del exterior al cual el agente representa. Según Daniela Rey (2018) “Esta disposición no solo excede lo dispuesto bajo el Modelo OCDE, sino que también excede las conclusiones obtenidas en el informe final de la acción 7 del Proyecto BEPS”.

Cabe destacar también que la ley 27430 agregó un párrafo al artículo 14 de la LIG aclarando las normas de atribución de ingresos al EP en línea con el principio de conexión efectiva ya plasmado en dicho artículo. En este sentido dispone que “en la medida en que el establecimiento permanente en el país lleve a cabo actividades que permitan directa o indirectamente a la casa matriz o a cualquier sujeto vinculado del exterior la obtención de ingresos, deberá asignarse a aquél la parte que corresponda conforme su contribución y de acuerdo con los métodos establecidos en dicho art. 15”. Esto implica gravar únicamente las rentas obtenidas por el EP con independencia de las que pueda obtener su casa matriz.

El principio de conexión efectiva se ve reflejado asimismo en la jurisprudencia¹⁹ en la que se estableció que “no se trata que el legislador haya instituido una suerte de presunción conforme a la cual, existiendo una sucursal en nuestro territorio, deben atribuírsele sin más las ganancias o pérdidas de todas las operaciones realizadas por la casa matriz en el

¹⁷ Incorporado por el artículo 13 de la ley 27430.

¹⁸ BEPS Acción 7: “Impedir la exclusión fraudulenta del estatus de establecimiento permanente”.

¹⁹ “San Faustín SA”, CNCAF, Sala III, 10/7/1980.

exterior. Para que proceda tal atribución, dichas ganancias o pérdidas deben provenir imprescindiblemente de actividades efectuadas por medio de la sucursal. Admitir otra interpretación importaría tanto como concluir que se tornen letra muerta las claras disposiciones contenidas en los artículos 14 de la ley y 14 del DR -en cuanto prevén la nítida separación de balances comerciales y, por ende, fiscales, entre las entidades señaladas-, conclusión que no corresponde acoger conforme a una razonable y discreta interpretación del conjunto de textos aplicables al caso”.

La incorporación de una definición más precisa del concepto de EP se da en un contexto particular, en el que incluso los CEDI firmados por Argentina están pasando por un proceso de revisión producto de la firma del Instrumento Multilateral²⁰ para implementar las medidas de la acción 15²¹ del Proyecto BEPS en los convenios bilaterales. En este sentido, el Instrumento Multilateral incluye expresamente las conclusiones obtenidas en el informe final correspondiente a la acción 7 del Proyecto BEPS. Por lo tanto, el concepto de EP se verá modificado también en lo que respecta a los CEDI.

V. DEDUCCIÓN DE INTERESES Y DIFERENCIAS DE CAMBIO

V.1 Requisitos para la deducibilidad general de gastos.

En principio, los artículos 17 y 80 de la LIG establecen que solo son deducibles aquellos gastos dirigidos a obtener, mantener, o conservar las ganancias gravadas, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario para alguna deducción en particular.

La legislación no contempla ninguna definición del concepto de gasto. Sin embargo, en su obra, Raimondi y Atchabahian²² (2007) lo definen como “todo sacrificio económico, o disminución de riqueza experimentada por el sujeto a raíz de la obtención de la ganancia gravada o para poder obtenerla y también para mantener la fuente” (p.629).

Es importante destacar que para que un gasto sea considerado necesario no debe tratarse exclusivamente de un gasto imprescindible para el giro del negocio, sino que incluye aquellos gastos prescindibles pero que contribuyen en el desarrollo de la actividad gravada.

²⁰ Cabe destacar que el 7/6/2017, Argentina junto con otros 75 países y jurisdicciones han suscripto o manifestado oficialmente su voluntad de adherirse al Instrumento Multilateral.

²¹ BEPS Acción 15: “Desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios fiscales bilaterales”

²² Raimondi, C. y Atchabahian, A. (2007). *El Impuesto a las Ganancias*. 1° Edición. Buenos Aires: La Ley.

El límite para que un gasto se considere necesario ha provocado infinidad de controversias entre la interpretación de los contribuyentes y la opinión del fisco. La jurisprudencia se ha ocupado en muchos casos de interpretar y decidir sobre esas diferencias, aclarando el concepto de gastos necesarios. En un caso²³ el TFN llegó a la conclusión que para que un gasto sea computable debe ser necesario, es decir, que sea ineludible para conseguir el fin determinado.

El maestro Dino Jarach²⁴ (2004) por su parte sostiene “la deducción de los gastos necesarios para obtener la ganancia o para mantener y conservar la fuente no exige otro recaudo que la comprobación del orden teleológico, respecto a que la erogación está destinada al fin de lograr la ganancia o mantener y conservar la fuente de dicha ganancia. (...) Los gastos necesarios constituyen un grupo de deducciones de amplio alcance y de aplicación no taxativa. Por ello, aunque no estén indicados expresamente en los artículos del Título III de la ley, su deducción es procedente, si los gastos son comprobados fehacientemente y si se demuestra su relación teleológica con la producción de la ganancia” (pp. 545-547).

V.2 Requisitos para la deducibilidad de gastos de financiamiento.

La deducción de intereses y gastos relacionados con préstamos lo será en la medida de su vinculación con actividades gravadas.

El artículo 81 de la LIG, en su parte pertinente, dispone que serán deducibles los intereses de deudas, sus respectivas actualizaciones y los gastos originados por la constitución, renovación y cancelación de las mismas. A continuación, se agrega que “en el caso de personas humanas y sucesiones indivisas la relación de causalidad que dispone el artículo 80 se establecerá de acuerdo con el principio de afectación patrimonial. En tal virtud sólo resultarán deducibles los conceptos a que se refiere el párrafo anterior, cuando pueda demostrarse que los mismos se originen en deudas contraídas por la adquisición de bienes o servicios que se afecten a la obtención, mantenimiento o conservación de ganancias gravadas. No procederá deducción alguna cuando se trate de ganancias gravadas que, conforme a las disposiciones de esta ley, tributen el impuesto por vía de retención con carácter de pago único y definitivo”.

²³ “Alto Paraná SA s/recurso de apelación”, TFN, Sala A, 03/11/1999.

²⁴ Jarach, D. (2004). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. 3° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

En materia de deducción de intereses, el artículo 120 del DR introduce un criterio específico para los sujetos empresa, en virtud del cual si tales contribuyentes poseen distintos bienes y parte de estos generan ganancias exentas, se admite la deducción de la proporción de intereses que corresponde a la ganancia gravada con respecto al total de la ganancia (gravada y exenta). A fines de determinar dicha proporción no debe computarse la ganancia de fuente extranjera.

Este criterio específico para la deducción de intereses difiere del principio general previsto para la deducción de otros gastos antes señalado, ya que en materia de intereses no es necesario efectuar una atribución específica a un tipo de ganancia, sino que corresponde efectuar directamente el prorrateo. Tal criterio encuentra respaldo en el principio conocido como “universalidad del pasivo”, en virtud del cual sería irrazonable pretender apropiarse un pasivo determinado a un bien en particular, aun cuando se origine en la compra del mismo. Este principio sostiene que “los préstamos no financian una actividad en particular del ente, sino que están destinados a la totalidad de las tareas desarrolladas por él, o lo que es lo mismo, el conjunto del pasivo financia el conjunto de los activos y actividades que hacen al giro de la empresa”²⁵. Ello se debe a una característica del dinero que es su fungibilidad.

Dino Jarach²⁶ (1978), en un trabajo sobre el tema señaló que “los intereses disminuyen directamente la renta global del contribuyente trascendiendo la figura del gasto necesario” y que “son deducibles totalmente en todos los casos, sin prorrateo y aun cuando pudiere demostrarse el destino final del monto de la deuda a la producción de rentas exentas” (pp. 163-172).

Sin embargo, el Fisco tiende a aplicar el principio de apropiación directa²⁷ lo cual ha dado lugar a múltiples controversias judiciales sobre el tema, puesto que las sociedades por lo general aplican el principio de universalidad del pasivo.

V.3 Principio de Universalidad del Pasivo. Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha ido variando su criterio, de acuerdo con las distintas circunstancias fácticas que se presentaron en cada caso, e incluso, frente a los mismos hechos pero

²⁵ “Hoteles Argentinos SA s/recurso de apelación”, TFN, Sala A, 20/04/2012.

²⁶ Jarach, D. (1978). *Impuesto a las Ganancias. La deducción de intereses en la determinación de la ganancia neta*. Buenos Aires: La Información.

²⁷ Dictamen (DAT) Nro. 65/2004 y Dictamen (DAT) Nro. 21/2006.

períodos distintos, llegó a conclusiones opuestas. A continuación, se exponen brevemente varios antecedentes que trataron la procedencia o no de la aplicación del principio de universalidad del pasivo para la deducción de gastos de financiamiento.

- *“Swift Armour SA Argentina”*:

La compañía dedujo los intereses pagados por un préstamo contraído para efectuar una reducción de capital, pero AFIP objetó dicha deducción argumentando que estos no se encontraban vinculados con la obtención, mantenimiento y/o conservación de ganancias gravadas. La Sala A del TFN, el 25/10/2005 resolvió a favor del contribuyente, aceptando que la ley no prevé el principio de afectación patrimonial para las personas jurídicas cuando sí lo prevé expresamente para las personas físicas y sucesiones indivisas. También expresó que el rescate de acciones no puede dejar de relacionarse directamente con el giro comercial de una empresa, ya que, en definitiva, se encuentra dirigido a la conservación de la fuente productora de la ganancia. El día 06/05/2010 La Sala I de la CNACAF confirmó dicha sentencia.

No obstante, el 18/02/2010 la Sala C del TFN llegó a la conclusión opuesta en otra causa del mismo contribuyente, bajo los mismos hechos, pero en otro período fiscal. En este caso se resolvió que “las características de la operatoria, hacen concluir que una modificación de capital autorizada por ley, no alcanza por sí sola para considerar el pago de los intereses y gastos del pasivo constituido por el rescate accionario, como objetivo del mantenimiento de la fuente generadora de ganancias (...) a la luz de las pautas de interpretación de realidad económica previstas en el artículo 2 de la ley 11683”. La Sala III de la CNACAF, confirmó la dicha sentencia el 29/12/2011, con similares argumentos.

En ambas causas se interpuso recurso ordinario ante la CSJN, pero ambos fueron rechazados ya que el Máximo Tribunal consideró que las impugnaciones de quebrantos no son apelables por esta vía en razón del monto. También se denegaron los recursos extraordinarios y se desestimaron las quejas, por lo tanto, ambas sentencias se encuentran firmes.

- *“Alto Paraná SA”*:

En 2001 la actora había emitido obligaciones negociables en los términos de la ley 23576. El 74 % de los fondos fueron destinados al rescate de acciones preferidas que se encontraban en poder de otras y al pago de dividendos que correspondían a las mismas

acciones preferidas objeto del rescate. El Fisco consideró que este destino dado a los fondos impide la deducción de los gastos, intereses y diferencias de cambio en esa proporción por considerar incumplida la exigencia del artículo 80 de la ley. Por el contrario, la empresa sostuvo que el rescate de acciones es un acto propio del giro de la empresa e inherente a la conservación de la fuente productora de la ganancia, lo que motivó a la reducción del capital por decisión de una asamblea extraordinaria, cumpliendo con la totalidad de los requisitos exigidos. En fecha 10/12/2009, la Sala D del TFN confirmó el ajuste fiscal, indicando que la emisión de obligaciones negociables efectuada por la recurrente no cumplió con las condiciones previstas en la ley 23576, y, por tanto, no podía ser acreedora de la franquicia fiscal. La contribuyente apeló y el 28/12/2012 la Sala I de la CNCAF confirmó la sentencia de la instancia inferior fundando su decisión en que “si bien el supuesto contemplado en el inciso a), primera parte, del artículo 81 de la ley del impuesto prevé que con relación a los gastos de endeudamiento de personas físicas y sucesiones indivisas se regirán de acuerdo con el principio de afectación patrimonial, ello no permite inferir a contrario sensu que las personas jurídicas puedan apartarse del principio rector en la materia (...) por lo tanto, y en atención a las normas que gobiernan la cuestión, no es razonable propiciar una aplicación automática del principio de universalidad del pasivo”. Dicha sentencia fue recurrida por la contribuyente, con lo cual se deberá esperar a lo que resuelva nuestro Máximo Tribunal sobre la cuestión.

- “*Entertainment Depot SA*”:

La Sala B del TFN, con fecha 30/03/2007 resolvió impugnar las deducciones efectuadas por la empresa de intereses originados en préstamos tomados para financiar la compra del paquete accionario de Musimundo SA. El Tribunal sostuvo que el pasivo contraído para la compra de las acciones no era necesario para mantener la fuente generadora de ganancias en la propia empresa. Esta sentencia fue luego confirmada el 07/09/2010 por la Sala I de la CNCAF. La Cámara en esta oportunidad sostuvo que no es posible aplicar el principio de universalidad del pasivo que esta misma Sala había tenido en cuenta en los precedentes “*Swift Armour*” y “*Alto Paraná*”, ya que en aquellas causas la situación fáctica era diferente de ésta en la que se persigue la deducibilidad de intereses pagados cuando no existía activo material significativo productor de ganancias a cuya adquisición fuera dedicado el dinero adeudado. El contribuyente interpuso recurso ordinario, el cual fue declara-

do mal concedido por la CSJN, mediante resolución de fecha 23/04/2013, por considerar que en el acto administrativo impugnado no se había intimado el pago de suma alguna, sino que la pretensión fiscal se configuró mediante la reducción de saldos a favor del contribuyente y reducciones de quebrantos. Posteriormente, por resolución del 31/10/2013, se desestimó el recurso extraordinario federal, con lo cual ha quedado firme la sentencia de la Cámara.

- “*Tetra Pak SRL*”:

La discusión se centraba en la deducción, por parte de la empresa, de intereses y diferencias de cambio resultantes de dos préstamos utilizados para la cancelación parcial de dividendos adeudados a sus accionistas. AFIP impugnó la deducción al entender que ambos conceptos no guardaban relación con la fuente productora de rentas gravadas y que, si bien es cierto que la ley prevé la asignación patrimonial de forma expresa para las personas físicas y sucesiones indivisas sin hacer lo propio con los sujetos empresa, de ello no puede inferirse que la ley haya consagrado para estos la doctrina de la universalidad del pasivo. La Sala B del TFN, mediante sentencia de fecha 23/09/2011, revocó la determinación y sostuvo que en el artículo 81 de la ley se prevé con carácter general la deducibilidad de los intereses de deudas, sus actualizaciones y los gastos que originen las operaciones crediticias y que la ley se ha ocupado de distinguir los casos en los que ese principio general no resulta aplicable -personas físicas-. El Fisco apeló y la Sala I de la CNCAF el 11/07/2013 revocó la sentencia apelada indicando que “si bien parte del inciso a) del artículo 81 prevé que con relación a los gastos de endeudamiento de personas físicas o indivisas se regirán de acuerdo con el principio de afectación patrimonial, ello no permite colegir a contrario sensu que las personas de existencia ideal puedan apartarse del principio rector en la materia, tal como lo pretende la actora y lo sostuvo el tribunal de origen”. En función de ello, la Sala I de la Cámara entiende que las deducciones están, salvo expresas excepciones, regidas por el principio de causalidad: “es decir que solo se podrán computar de la renta bruta aquellos gastos que guarden una relación causal directa con la generación de la renta o con el mantenimiento de la fuente en condiciones de productividad” y concluyó que “en autos no se respeta la finalidad perseguida por el legislador, ya que el crédito -cuyos intereses y diferencias de cambio se pretenden conceptuar como gastos deducibles- no se volcó en la actividad generadora de renta ni se invirtió en la empresa, sino que se destinó exclusiva-

mente a pagar dividendos a los accionistas”. Contra esta sentencia, la contribuyente interpuso recurso ordinario de apelación, el cual fue rechazado por la CSJN, por lo tanto actualmente ha quedado firme la sentencia de la Cámara.

- “*Terminales Rio de la Plata SA*”:

El 09/09/2014 la Sala A del TFN sentenció que las diferencias de cambio e intereses generados por pasivos contraídos para la adquisición de acciones no responden a la obtención, mantenimiento o conservación de ganancias gravadas ni poseen vinculación necesaria con la fuente productora de beneficios (en este caso, las derivadas de la explotación de las terminales), puesto que en rigor la actora, al adquirir las acciones, generó un aumento de su activo igual al valor de adquisición de ellas, esto es, se incorporaron activos pasibles de obtención de renta no computable.

- “*Hoteles Argentinos SA*”:

El Fisco habría detectado que la contribuyente dedujo en forma improcedente intereses devengados y diferencias de cambio originadas en los fondos provenientes de un préstamo que no habría sido utilizado para la obtención, mantenimiento y conservación de ganancias gravadas, sino que habría tenido por destino la devolución de fondos aportados por los accionistas en oportunidad de la compra del paquete accionario. La Sala A del TFN, con fecha 20/04/2012, basándose en el artículo 20 del DR de la ley, entendió que “en materia de intereses, gastos y diferencias de cambio provenientes de endeudamientos deducibles por sujetos de tercera categoría, la LIG prescinde del principio de afectación patrimonial directa, previendo específicamente el mecanismo de prorrateo de rentas gravadas y exentas. (...) Ello implica que las deudas pueden financiar activos, gastos o disposiciones (liberalidades o reducciones de capital) pero siendo el dinero el bien fungible por excelencia no puede efectuarse un seguimiento preciso del destino del capital a una determinada aplicación, desechándose así la asignación específica. En efecto, para los sujetos empresa, al ser todas las ganancias que obtengan de tercera categoría, todos los gastos deben deducirse de todas las ganancias brutas, siempre que se hayan efectuado para obtener, mantener o conservar alguna de ellas”.

- “*Ivax Argentina SA*”:

La empresa financiaba sus operaciones a través de la obtención de préstamos con terceros y con su controlada (Laboratorios Chile) para la compra de acciones, seguido por procesos de reorganización y fusión. El Fisco objetó la deducción de los intereses y diferencias de cambio argumentando que se trataba de gastos vinculados con ganancias no computables, en virtud del principio de pertenencia de las deducciones con la fuente productora de la renta. El 30/03/2016 la Sala B del TFN resolvió a favor del contribuyente, señalando que la LIG establece dos tipos de ganancias distintas: a) el rédito-producto, aplicable a las personas físicas, que reconoce distintas fuentes productoras de rentas asignándosele un pasivo a cada fuente (afectación específica de gastos a ganancias gravadas); y b) el rédito-ingreso, que rige para los sujetos empresa, en el cual cualquier incremento neto del patrimonio implica una ganancia, por lo que la atribución de gastos por “fuente” deviene superflua y lo que se busca es el vínculo entre el activo y el pasivo del sujeto, que se conoce como principio de universalidad del pasivo.

- “*Supermercados Norte (hoy INC SA)*”:

La compañía adquirió la totalidad del paquete accionario de Compañía Americana de Supermercados SA para lo cual obtuvo un préstamo y celebró un convenio de crédito bancario. Dichos pasivos fueron cancelados mediante el producido de obligaciones negociables emitidas en 1997. El Fisco entendió que la operación de compra de acciones no resultaba una operación destinada a obtener, mantener y conservar la renta gravada por el impuesto a las ganancias e impugnó la deducción de los intereses. El 18/11/2009 la Sala B del Tribunal Fiscal revocó la determinación de oficio practicada por las autoridades fiscales en el entendimiento de que el criterio de atribución directa solo resulta aplicable a las personas físicas y que la ley no ha previsto tal tratamiento para las personas jurídicas. El criterio fue confirmado el día 20/04/2011 por la Sala V de la CNACAF que sentenció que las operaciones financieras estaban comprendidas dentro del estatuto de la actora, como así también que los artículos 36 y 37 de la ley 23576 permiten deducir en la liquidación del gravamen, sin condicionamientos, los intereses relativos al pago de las obligaciones negociables emitidas con la autorización de la CNV. Contra dicho pronunciamiento, el Fisco interpuso recurso extraordinario federal. En fecha 22/12/2014, la Procuradora Laura Monti emitió dictamen, opinando que debía confirmar la sentencia apelada, destacando que el princi-

pio general es que los contribuyentes pueden deducir todos los gastos, en tanto hayan sido efectuados para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas -que en el caso de los sujetos empresas, son todas-, siendo que las restricciones a esta regla general deben estar expresamente legisladas. Asimismo, indicó se trató de una operación comercial llevada a cabo por la empresa dentro de su objeto societario y agregó que al mismo resultado se llegaría dada la particular forma de endeudamiento que realizó la actora, consistente en financiarse mediante la emisión de obligaciones negociables, dentro del marco de la ley 23576, la cual establece expresamente la deducibilidad de la totalidad de los intereses. Resta ahora esperar el pronunciamiento por parte de la CSJN.

- *“Litoral Gas SA”*:

El TFN confirmó el ajuste fiscal que impugnó la deducción de intereses originados en préstamos recibidos de empresas extranjeras vinculadas, porque no se encontrarían debidamente documentados como tales y por no corresponder a gastos orientados a la realización de actividades comprendidas en el objeto social ni a la necesidad de obtener y conservar la fuente gravada. La contribuyente apeló el fallo y finalmente el día 17/04/2008 la Sala II de la CNCAF ratificó la decisión del TFN. En su sentencia destacó que no resulta suficiente a los efectos de pretender desvirtuar la impugnación efectuada, afirmar dogmáticamente que todos los gastos de una empresa tienen vinculación con las ganancias, puesto que la ley exige requisitos particulares para considerar procedente la deducción y por ello es que la actora debió encauzar su conducta en la demostración de esos extremos, que, como dijo el TFN no ha conseguido.

Por nuestra parte, luego del análisis de la normativa y la jurisprudencia citada anteriormente, consideramos acertado el criterio seguido por la Procuradora General de la Nación, Dra. Laura Monti, al dictaminar en la causa *“Supermercados Norte (hoy INC S.A.)”*, con fecha 22/12/2014, donde, con cita en otro dictamen de la causa *“Pan American Energy LLC Sucursal Argentina”*, estableció que “el principio general relativo a la deducibilidad de los gastos aparece establecido en el art. 17 de la ley del gravamen, en cuanto preceptúa que para establecer la ganancia neta se restarán de la ganancia bruta los gastos necesarios para obtenerla o, en su caso, mantener y conservar la fuente, si bien lo condiciona a que los demás preceptos de la ley lo admitan y en las condiciones en que lo hagan. Y, en el caso de

la actora, que es un sujeto del art. 69 de la ley del gravamen, no debe dejar de tenerse presente que sus ganancias están alcanzadas en los términos del inc. 2) de su art. 2º. (...) Por su parte, y en línea con lo indicado, el art. 80 de esa ley reafirma tal principio general en cuanto establece que los gastos cuya deducción admite esta ley, con las restricciones expresas contenidas en la misma, son los efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas por este impuesto y se restarán de las ganancias producidas por la fuente que las origina. (...) Con base en esta asentada pauta hermenéutica, observo que del claro texto de la ley se infiere, sin hesitación, que el principio general reposa en la facultad del contribuyente de deducir la totalidad de los gastos que ha efectuado para obtener, mantener y conservar sus ganancias gravadas, y que las restricciones a esta regla general deben estar ‘expresamente’ legisladas. De esta forma se obtiene la ganancia neta que constituye el objeto del impuesto, esto es la renta bruta menos los gastos necesarios para su obtención y mantenimiento (arts. 17 y 80 de la LIG).”

En nuestra opinión, de la lectura del texto del art. 81 inc. a) se desprende que el legislador ha reservado el principio de pertenencia de la deuda sólo con relación a los sujetos que sean personas físicas y sucesiones indivisas, mientras que para los sujetos personas jurídicas parece haber prescindido de ello, existiendo solamente limitaciones en base a proporciones al monto del pasivo y del patrimonio neto. Teniendo en cuenta que las personas físicas pueden tener partes de su patrimonio que no constituyen “fuentes” de ganancia gravada, creemos que el legislador introdujo un parámetro objetivo de afectación patrimonial para limitar la deducción de intereses que en principio son generales, a la porción vinculada con las fuentes que producen rentas. Pero para las personas jurídicas entendemos que el legislador no consideró necesario establecer un criterio similar ya que en estos sujetos todo el patrimonio es “fuente” para el impuesto a las ganancias. Y dada la imposibilidad de asignación individual y directa debido a la naturaleza fungible del dinero, es que se establece un criterio que materializa el principio de la relación causal entre renta y gasto mediante la regla de prorrateo que introduce el artículo 120 del DR de la LIG, que respeta el principio de universalidad del pasivo.

Sin embargo, estamos a la espera que la CSJN se aboque a resolver esta cuestión, para de esta manera terminar con la incertidumbre que el caso plantea, y así aportar un cimiento más a la preservación de la seguridad jurídica.

V.4 Capitalización exigua.

V.4.a Criterio vigente hasta el 31/12/2017.

La ley 25063 introdujo en el artículo 81 inciso a) de la LIG, la condición del coeficiente deuda financiera/patrimonio neto (2,5 veces) a los efectos de determinar la deducibilidad o no de los intereses, siempre sobre el importe correspondiente al excedente del coeficiente. La particularidad de esta ley es que no mencionó los casos de relación entre vinculadas, siendo que esta fue la que introdujo el artículo 15 sobre precios de transferencia.

Con la modificación introducida por la ley 25784, con vigencia a partir del 22/10/2003, se previó la aplicación de la capitalización exigua en la relación entre vinculadas remitiendo “a los criterios previstos en el artículo 15”, refiriéndose a los distintos métodos a aplicar. Se modificó el coeficiente reduciéndose la relación deuda financiera/patrimonio neto a 2 veces y se agregó que el excedente no deducible tendrá el mismo tratamiento que los dividendos.

Es decir que de acuerdo con la normativa vigente hasta el 31/12/2017, los intereses financieros pactados con sujetos vinculados del exterior que estén sujetos a una alícuota de retención menor al 35 % (sea por aplicación de una alícuota reducida prevista en el art. 93 de la ley, o en un CEDI) estarán sujetos al test de capitalización exigua. Sin perjuicio de la deficiente técnica legislativa seguida para definir su alcance²⁸, bajo este supuesto los intereses de deudas contraídas con sujetos vinculados del exterior no serán deducibles del balance impositivo en la proporción excedente cuando el pasivo total supere dos veces el patrimonio neto de la empresa.

Una excepción en donde no se aplica el coeficiente es el caso en que corresponda efectuar la retención a beneficiarios del exterior a la alícuota máxima o sea el 35 %. Esto es por aplicación de la excepción a la norma del artículo 81, inciso a), que remite a los casos del artículo 93 inciso c) punto 2.

V.4.b Criterio vigente a partir del 01/01/2018.

El artículo 50 de la ley 27430 de reforma tributaria, sustituyó los párrafos cuarto y siguientes del inciso a) del artículo 81 de la LIG, con vigencia para los ejercicios que se inicien a partir del 01/01/2018.

²⁸ El Decreto 816/2004, de jerarquía inferior, extendió el alcance fijado por la ley 25784.

La reforma, si bien también limita el interés²⁹ de estas operaciones, fija nuevos límites y excepciones, introduciendo modificaciones sustanciales al régimen de capitalización exigua.

En primer lugar, establece que debe tratarse exclusivamente de deudas de carácter financiero contraídas con sujetos residentes o no de la República Argentina, con los cuáles estén vinculados. Excluyéndose expresamente las deudas generadas por adquisiciones de bienes, locaciones y prestaciones de servicios relacionados con el giro del negocio. De esta manera, en principio desaparecería la posibilidad de alegar discriminación bajo la cláusula de no discriminación previstos en los CEDI firmados por Argentina.

En segundo lugar, se reglan dos límites, de los cuales hay que elegir el mayor:

- El importe anual que establezca el Poder Ejecutivo.
- El 30 % de la ganancia neta del ejercicio que resulte antes de deducir tanto los intereses a los que alude este párrafo como las amortizaciones previstas en la ley.

Adicionalmente, el límite que no se hubiere aplicado en los 3 ejercicios fiscales inmediatos anteriores, por resultar inferior el monto de los intereses efectivamente deducidos, se podrá sumar al tope calculado para el ejercicio.

Asimismo, los intereses no deducidos se podrán computar en los 5 ejercicios fiscales inmediatos siguientes, quedando siempre condicionados al mecanismo de limitación previsto.

El nuevo régimen establece las siguientes excepciones en la aplicación del límite:

- a) Para las entidades financieras regidas por la ley 21526.
- b) Para los fideicomisos financieros.
- c) Para las empresas cuyo objeto principal sea la celebración de contratos de leasing y en forma secundaria realicen exclusivamente actividades financieras.
- d) Por el monto de los intereses que no exceda el importe de los intereses activos.
- e) Cuando se demuestre fehacientemente que, para un ejercicio fiscal, la relación entre los intereses sujetos a la limitación y la ganancia neta resulta inferior o igual al ratio que, en ese ejercicio fiscal, el grupo económico al cual el sujeto en cuestión pertenece posee por pasivos contraídos con acreedores independientes, y su ganancia neta determinada de manera análoga a lo allí dispuesto. Este enfoque pretende afectar principalmente a

²⁹ El término "intereses", según la reforma, incluye las diferencias de cambio y actualizaciones. En este último caso, no será de aplicación si se trata de actualizaciones provenientes del mecanismo de ajuste por inflación del art. 95 de la ley.

las entidades que registren un ratio de endeudamiento superior al ratio global del grupo del que forma parte. Esta excepción presentará un desafío para los contribuyentes en lo concerniente a la prueba y documentación del ratio del grupo. La sensibilidad de la información que podría tener que revelarse podría tornar la excepción impracticable, excepto para el caso de compañías cuyas acciones coticen en Bolsa, en tanto ya se encuentran obligadas por normas regulatorias de la CNV a revelar dicha información.

- f) Cuando se demuestre fehacientemente que el beneficiario de los intereses a los que alude dicho cuarto párrafo hubiera tributado efectivamente el impuesto respecto de tales rentas, con arreglo a lo dispuesto en esta ley. Con respecto a esta excepción, el texto de la norma en principio parecería indicar que en la medida en que el beneficiario, ya sea residente del país o no, haya tributado conforme a la LIG (mediante retención e imputación en la declaración jurada en caso de los residentes, o mediante retención en caso de no residentes), no resultaría aplicable la limitación. Sin embargo, no resulta claro si en el caso de acreedores residentes se debe demostrar el efectivo pago del impuesto respecto de dicha renta, o sólo la correcta imputación del ingreso en la declaración jurada del período correspondiente. Y en el caso de beneficiarios no residentes si la excepción resulta aplicable únicamente cuando los intereses estén sujetos a una alícuota del 35% [según art. 93, inc. c), ap. 2), LIG] o si también se aplicaría en caso de alícuotas de retención inferiores [según art. 93, inc. c), ap. 1, o según CEDI]. Esperemos que la reglamentación clarifique esta excepción.

Se establece que la reglamentación también podrá determinar la inaplicabilidad de la limitación, cuando el tipo de actividad que desarrolle el sujeto así lo justifique.

Por último, se especifica que, más allá de su deducibilidad o no, el pago de los intereses estará sujeto a las normas de retención vigentes. Es decir, se aclara expresamente que los intereses no deducibles por el contribuyente local igualmente estarán sujetos a la retención al momento de su pago al exterior. Esta aclaración parecería reafirmar la posición mantenida por la AFIP en el último tiempo, en cuanto a que no existe una simetría entre deducción y gravabilidad de los intereses, resultando gravados incluso aquellos intereses que no hayan representado para el deudor local una deducción fiscal.

Cabe recordar que los intereses pactados entre una entidad argentina y una entidad vinculada del exterior (como toda transacción internacional entre partes vinculadas) se encuentran igualmente sujetos a las normas de precios de transferencia (art. 15). Por lo

tanto, la limitación prevista en el artículo 81 inciso a) debe ser compatibilizada con las reglas de este instituto. Un endeudamiento que no respete los requisitos y condiciones mínimos para ser considerado como *arm's length* puede ser cuestionado aun cuando el *ratio* de endeudamiento de la entidad argentina sea inferior a los montos máximos previstos en este artículo.

V.5 Nuevo régimen de retención.

Como bien dijimos en el apartado anterior, el propio texto de la LIG esboza en el artículo 81, inciso a), que cuando los sujetos comprendidos en la limitación paguen intereses de deudas cuyos beneficiarios sean también sujetos comprendidos en dicha norma, debían practicar una retención del 35 %, tasa máxima del impuesto, la que tenía para los titulares de dicha renta el carácter de pago a cuenta del impuesto.

A tal fin, el Fisco había emitido la RG (AFIP) 500 (B.O. 17/03/1999), mediante la cual regló que la retención debía efectuarse al momento del pago, ya sea total o parcial, y en cuanto a la forma y plazo para ingresarlas remitía a lo dispuesto en la RG (DGI) 4110.

Por otra parte, también había emitido al respecto la Nota Externa 12/1999 (B.O. 22/11/1999), en la cual aclaró que los sujetos podrán solicitar, a los fines de que no se les practique la mencionada retención, la constancia especial de no retención prevista en el artículo 28 de la RG (DGI) 2784.

Lo importante es que la reforma tributaria, mediante la modificación del artículo 81, inciso a), dejó sin efecto el régimen de retención del 35 % sobre los intereses. Sin embargo, precisó que los intereses normados en dicho inciso y al momento del pago quedarán sujetos a las normas de retención vigentes dictadas por el Fisco Nacional, con independencia de que resulten o no deducibles, aunque obviamente dicha retención constituye un pago a cuenta por parte del sujeto que percibe dichos intereses.

El día 26/03/2018, el Fisco emitió la RG (AFIP) 4219, mediante la cual se deroga la RG (AFIP) 500, la Nota Externa 12/1999 y el punto 5 del inciso a) del Anexo III (“Conceptos no sujetos a retención”) de la RG (AFIP) 830, el cual hacía referencia a estos conceptos. Con lo cual, a partir del 26/03/2018, los intereses comprendidos en el inciso a) del artículo 81 de la ley del gravamen quedan sujetos al régimen de retención establecido por la RG (AFIP) 830. Así, la tasa de retención que resultará básicamente aplicable será la del

6 %, con un mínimo no sujeto a retención de \$ 5000, la cual se elevará al 25 % para el caso de los sujetos empresas no inscriptos.³⁰

V.6 Diferencias de cambio.

La LIG, en su artículo 68, establece que las diferencias de cambio se implementarán por revaluación de saldos impagos; por su parte, el artículo 96 establece, para los sujetos que ajusten por inflación, que las deudas se valuarán al tipo de cambio vendedor al cierre del ejercicio, y el artículo 97 inc. c) establece que se imputen a resultado las diferencias de cotización en moneda extranjera. Complementariamente, el artículo 97 del DR dispone que las operaciones en moneda extranjera se convertirán al tipo de cambio comprador o vendedor, según corresponda, conforme la cotización del Banco de la Nación Argentina al cierre del día en que se concrete la operación y de acuerdo con las normas y disposiciones que, en materia de cambios, rijan en esa oportunidad.

Las normas mencionadas siempre se refieren a las deudas, en consecuencia será relevante encuadrar en los distintos períodos en que la norma legal ha tenido vigencia las condiciones que regulaban la naturaleza jurídica de las remesas del exterior entre empresas vinculadas, si deben considerarse mutuo o aportes de capital.

Al tiempo de la ley 21481, la regla introducida por reenvío a la ley de inversiones extranjeras, se delegaba en el BCRA la facultad de definir la naturaleza jurídica. Por ende, si a la celebración del contrato se consideraba un mutuo, entonces las diferencias de cambio generadas sucesivamente a lo largo de la vigencia del mismo serán deducibles. En cambio, si el BCRA la consideraba aporte de capital, impositivamente no existirían diferencias de cambio.

Se produce una particularidad durante el período en que tuvo vigencia el Decreto nro. 485/1999 (vigencia desde el 12/5/1999 hasta el 2/4/2000), que en su artículo 20 establecía: “A los efectos de lo establecido por el artículo 14 de la ley, las disposiciones de su cuarto párrafo se considerarán aplicables con respecto al exceso de las prestaciones efectuadas por sobre las que hubieran correspondido de acuerdo con las prácticas normales del mercado entre entes independientes. Al importe de dichos excesos deberá aplicarse -en cabeza de la empresa local de capital extranjero- la tasa proporcional prevista en el artículo

³⁰ Conforme los nuevos valores dispuestos por la RG (AFIP) Nro. 4245 vigentes a partir del 01/06/2018.

69 de la ley, sin perjuicio de su deducción como gasto en el balance impositivo de dicha empresa”.

Se refiere al caso de entidades financieras que operen en el país en su relación con las casas matrices o sociedades vinculadas en el exterior. No es de aplicación para las sociedades que no revisten el carácter de entidades financieras las cuales se encuentran previstas en el tercer párrafo del artículo 14.

La norma actual del artículo 14 con referencia a las situaciones previstas en su tercer párrafo, que son las que se analizan en este trabajo, la consecuencia de que las operaciones y condiciones no respondan como entre partes independientes solamente afectan al exceso de intereses, sin afectar la deducción de las diferencias de cambio sobre el capital.

Tal como mencionamos al momento de analizar el nuevo inciso a) del artículo 81 sobre capitalización exigua, la norma innova en cuanto a la definición de “intereses”, en tanto incluye para el cómputo de la limitación las diferencias de cambio y actualización, en la medida en que no resulte aplicable el ajuste por inflación del art. 95. Corresponde aclarar que se trata de las diferencias de cambio y actualizaciones “generadas por los pasivos que los originan”, es decir las correspondientes al capital propio del préstamo y no a los intereses. Lo anterior tiene lógica, en tanto si resultara aplicable el ajuste por inflación, la corrección en sentido contrario neutralizaría en parte el efecto de la deducción, lo cual generaría un doble castigo para el contribuyente.

Sin embargo, tal como lo expresáramos anteriormente, a partir del año 2018, a raíz de los cambios introducidos por la ley de reforma tributaria, creemos que de mantenerse las actuales circunstancias económicas, resultaría prácticamente inviable que se comience a aplicar nuevamente el ajuste por inflación.

V.7 El pago como limitación a la deducción.

Si hablamos de gastos en el exterior, el artículo 116 del DR de la LIG admite su deducibilidad, siempre que se demuestre que los mismos están vinculados a la obtención de ganancias de fuente argentina. Por ende, el contribuyente tendrá a su cargo demostrar que los mismos están correctamente conectados a la fuente argentina.

El artículo 5 de la LIG es el que se ocupa de definir el criterio general de ganancia de fuente argentina como toda renta cuyo hecho generador se produce dentro de las fronteras de su territorio, estableciendo una serie de reglas, las que, una vez cumplidas, le asignan el

carácter de argentina a la fuente afectada. Así pues, son ganancias de fuente argentina aquellas “que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos”. Por su parte, el artículo 9 del DR del gravamen reafirma los principios esbozados en el texto legal y lo hace a través de una enumeración enunciativa de rentas consideradas como ganancias de fuente argentina, de aplicación a las ganancias obtenidas por los sujetos, sociedades y empresas o explotaciones unipersonales a los que se refiere el artículo 2, apartado 2 de la ley.

Sin embargo, el último párrafo del artículo 18 de la LIG, limita la deducción de las erogaciones efectuadas por empresas locales a favor de sujetos del exterior, cuando se verifiquen concurrentemente las siguientes situaciones:

- El pago resulta ganancia de fuente argentina para el beneficiario del exterior que lo recibe.
- La empresa local y el beneficiario del exterior se encuentran vinculados, o este último se encuentra ubicado, constituido, radicado o domiciliado en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación.

En tales casos, la imputación del gasto como deducción en el balance impositivo sólo podrá efectuarse cuando el gasto se encuentre pagado, o en su defecto, si la mencionada cancelación se configura dentro del plazo previsto para la presentación de la declaración jurada en la que se haya devengado la respectiva erogación.

Para entender el propósito de esta limitación es necesario remontarse al año 1971, cuando se incorporó esta condición para admitir la deducción, a partir del deseo manifestado por las autoridades fiscalizadoras de entonces, que no veían de buen grado que la deducción de estos cargos no fuese acompañada por un paralelo ingreso de la retención del impuesto a las ganancias correspondiente a los sujetos del exterior. De modo que, a partir de esta reforma, de alguna manera se lograba que la condición para admitir la detracción (el pago del concepto) sirviera a su vez para disparar la obligación de retener el impuesto a las ganancias.

Tal como señala el profesor Reig³¹ (2006), lo antes apuntado tiene como justificativo el resguardo de la declaración fiscal, para evitar que se deduzcan en el balance impositivo erogaciones contabilizadas en favor de beneficiarios del exterior, en supuestos que, por estar éstos vinculados económicamente, podrían posteriormente no pagarlas y, aun, llegar a renunciarlas, quedando sin efecto (p.365).

La ley es clara en cuanto a que el requisito de haber abonado el cargo como máximo hasta el vencimiento de la declaración jurada, está dirigido a conceptos que representen ganancias de fuente argentina para el beneficiario del exterior, es decir para el acreedor y no para quién realiza el gasto. En tanto no corresponda tal calificación, la letra no deja lugar a dudas: el condicionamiento no aplica.

A pesar de semejante claridad, existen antecedentes³² en donde el Fisco confundió el carácter de la ganancia de la empresa local con la obtenida por su contraparte del exterior, única que a estos efectos interesa. Sin embargo, tanto el TFN en primera instancia, como la CNCAF en segunda, rechazaron el ajuste pretendido por la Administración.

Con respecto al término “pago”, que en este caso nos sirve para identificar el momento en que corresponde la deducción de los conceptos aquí analizados, es dable destacar que el mismo artículo en su antepenúltimo párrafo se encarga de darle una definición conceptual, señalando que “cuando corresponda imputar las ganancias de acuerdo con su percepción, se considerarán percibidas, y los gastos se considerarán pagados, cuando se cobren o abonen en efectivo o en especie y, además, en los casos en que, estando disponibles, se han acreditado en cuenta del titular o, con la autorización o conformidad expresa o tácita del mismo, se han reinvertido, acumulado, capitalizado, puesto en reserva, o en un fondo de amortización o de seguro, cualquiera sea su denominación, o dispuesto de ellos en otra forma”.

Por lo tanto, lo que realmente interesa es la disponibilidad de la ganancia por su titular, es decir, se considera que el beneficiario la ha percibido en tanto ha podido disponer de ella, aun cuando tal disposición no haya sido real sino solo una posibilidad. De modo tal que se dan tres formas distintas de percepción (pago):

1. Real: puede ser en efectivo o en especie, y ocurre cuando el ingreso es cobrado por su titular.

³¹ Reig, E., Gebhardt, J. y Malvitano, R. (2006). Impuesto a las Ganancias. 11ª Edición. Buenos Aires: Macchi.

³² “Mustad Argentina SA”, TFN, Sala A, 27/10/2011 y “Rovafarm Argentina SA”, CNCAF, Sala V, 19/02/2015.

2. Presunta: cuando el ingreso es acreditado en cuenta, y en razón de la disponibilidad financiera existente se supone el acceso a su goce.
3. Indirecta: cuando el ingreso es reinvertido o puesto en reserva, o un tercero dispone de él por cuenta del beneficiario, que en razón de identidad con la persona del titular, se supone también su goce.

Es necesario que el beneficiario haya podido disponer de su ganancia, más allá de que no lo haya hecho en la realidad y ello haya sido solo una posibilidad; esto es, que el beneficiario del pago debe tener un derecho irrevocable sobre los fondos. Es decir que el acreedor debe haber tenido la posibilidad de decidir el destino de su dinero, siendo uno de esos destinos el de confiarlo a su deudor. Por el contrario, si no tuvo oportunidad de tomar la decisión de qué hacer con el dinero, no existe pago. Además, que la norma haga referencia expresa a la circunstancia previa de “estar disponibles” permite concluir que resulta indispensable el dominio previo o simultáneo del acreedor, de modo tal que el beneficiario tenga un derecho irrevocable sobre los fondos; de allí que una simple acreditación contable en cuenta no produce automáticamente la percepción por parte de aquel.

La definición del sistema de lo "percibido" no está relacionada con el movimiento físico de fondos, sino que depende del devengamiento previo. Impositivamente no existe percibido sin devengado.

Inclusive, existe un viejo dictamen de la DGI³³ que ha sostenido que “percibir significa cualquier acto que, jurídicamente o de acuerdo con la acepción del comercio, produce efecto de pago”.

Lo señalado da muestras de la amplitud con que se define legalmente la figura, lo que por supuesto no habilita a que pueda irse más allá de la letra de la ley. Así, en su momento, la CSJN³⁴ rechazó la pretensión de AFIP de considerar percibidas por el beneficiario del exterior regalías simplemente acreditadas en cuenta de provisión para registrar un pasivo, lo que el Fisco entendía lo autorizaba a exigir la retención del impuesto.

³³ Boletín DGI - Septiembre 1942.

³⁴ Cfr. “*Penn Controls Arg. SA*”, CSJN, 29/07/1980. En el mismo sentido “*Nivea SAIC*”, CSJN, 12/03/1981 y “*Sheaffer Arg. SACI*”, CSJN, 02/07/1981.

V.8 Otra alternativa. Deducir conforme al devengamiento.

Existe una alternativa, para sostener la deducibilidad de los cargos de financiamiento con sujetos vinculados del exterior, respetando su respectivo devengamiento.

Ello podría plantearse en el supuesto de deudas que las firmas de nuestro país tuvieran con empresas residentes en países con los cuales Argentina hubiera firmado CEDI, y cuyos textos incluyeran la denominada “cláusula de no discriminación”.

Esta cláusula se encuentra prevista en el artículo 24 del Modelo OCDE, y replicada en los mismos términos en el Modelo ONU. El fin que persigue es evitar tratamientos impositivos diferenciados para operaciones celebradas entre sujetos locales respecto a ese mismo tipo de transacciones cuando fueran concertadas entre un sujeto local y otro residente en el otro Estado signatario del CEDI. De modo que si la deducción de un concepto reconocido a una empresa local corresponde en función a su devengamiento, el mismo tratamiento debe aplicarse en caso que el beneficiario estuviera ubicado en un país signatario de un CEDI.

Como excepción a la prohibición de discriminación, o bien como justificación permitida de la discriminación, se acepta expresamente que los Estados establezcan restricciones o limiten la deducción de pagos a sujetos del exterior vinculados cuando el precio pactado no cumpla con el principio del operador independiente o *arm's length*. Esto es, que el precio pactado entre entidades vinculadas no sea similar a aquel que se hubiera pactado entre partes independientes. En este sentido, deducciones de pagos efectuados a sujetos vinculados residentes en el exterior en el marco de operaciones que no sean *arm's length* serían susceptibles de sufrir limitaciones.

Puede decirse que existiría una discriminación prohibida cuando, en el marco de transacciones con sujetos no residentes (que en el caso de ser vinculados cumplan con el principio *arm's length*), los pagos efectuados por una empresa de un Estado a un residente del otro Estado no sean deducibles “en las mismas condiciones” que las previstas para pagos efectuados a sujetos residentes en el primer Estado.

Si bien el alcance de esta cláusula ha generado controversias, ya que las autoridades fiscales intentan limitar el entendimiento antes desarrollado³⁵, la justicia se ha referido al

³⁵ En el memorándum 369/2002 de la Dirección Nacional de Impuestos se concluyó que la cláusula de no discriminación no impedía la aplicación de ese último párrafo del artículo 18 de la LIG.

tema con una interpretación bastante amplia en la causa “*Pirelli Neumáticos SAIC*”³⁶. Si bien el caso se trataba de la cuestión relativa al requisito de la inscripción en el Instituto Nacional de Propiedad Intelectual (INPI) de los contratos de asistencia técnica, creemos que abarca otros tipos de restricciones previstas en la LIG. La enorme trascendencia del pronunciamiento radica en el alcance otorgado a la cláusula de no discriminación contenida en el CEDI firmado entre Argentina e Italia, que consagra un tratamiento igualitario de los conceptos pagados alcanzados por aquel, respecto a los pagados localmente, en términos de su cómputo como deducción.

En este sentido, la sentencia bajo análisis reproduce el artículo 25, apartado 3, del CEDI: “Excepto cuando sean aplicables las disposiciones (...) del apartado 6 del artículo 12 (...) los intereses, regalías y otros gastos que pague una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles a los efectos de la determinación del beneficio imponible de dicha empresa, en las mismas condiciones que si hubieren sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer término”. Para concluir, a continuación, que “de acuerdo con esa cláusula las regalías pagadas por una empresa nacional resultan deducibles tal como si hubieran sido pagadas a otra empresa nacional; y al respecto cabe tener presente que los contratos de transferencia o cesión de tecnología celebrados entre personas o empresas nacionales no se hallan sujetos a lo previsto en el artículo 1, y en el artículo 9 de la ley 22426 que rigen en el supuesto de la transferencia o cesión de tecnología por parte de personas domiciliadas en el exterior, a favor de personas domiciliadas en el país”.

Diferentes especialistas han hecho un análisis pormenorizado de la sentencia de la Cámara y de los argumentos esgrimidos por la Corte, y han llegado a conclusiones disímiles en cuanto al alcance que puede tener la cláusula de no discriminación de un CEDI en la limitación que establece el último párrafo del art. 18 de la LIG.

En palabras Jorge Gebhardt y Rubén Malvitano ³⁷ (2014) al momento de analizar el citado fallo: “el pronunciamiento del que hemos dado cuenta se consagra como un fogonazo de lucidez en un contexto en el que cierta estrechez de miras ha socavado el alcance de un trascendental principio del derecho tributario internacional”.

³⁶ “*Pirelli Neumáticos SAIC c/DGI*”, CNAF, Sala V, 23/05/2013, confirmado por la CSJN el 09/05/2017.

³⁷ Gebhardt, Jorge y Malvitano, Rubén: “*Convenios de Doble Imposición: La deducción de gastos frente a la cláusula de no discriminación*”. ERREPAR - DTE - enero/2014 - T. XXXV.

Por su parte, Carlos Casanovas, Gustavo Scravaglieri y Juan M. Iglesias³⁸ (2017) afirman que “la cláusula de no discriminación hace expresa referencia a cargos 'pagados', y es bajo dicho supuesto que también podría efectuarse el análisis de comparabilidad con transacciones con sujetos locales. (...) Al respecto, no existe previsión alguna en los CEDI firmados por Argentina, como así tampoco en el Modelo OCDE o sus Comentarios, en cuanto a que el término 'pagados' deba ser interpretado en alguna forma en especial. En este sentido, en tanto sean 'pagados', los cargos de sujetos residentes con compañías vinculadas del exterior serían deducibles en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un sujeto residente en el país (...) Por todo ello, consideramos que el último párrafo del artículo 18 de la LIG podría no resultar por sí mismo discriminatorio”.

Nuestro país ha firmado acuerdos para evitar la doble imposición con 21 países, En cuanto a la recepción de la cláusula de no discriminación, el tratamiento en cada convenio puede resumirse de la siguiente manera:

- Los convenios firmados con Australia (no reconoce la prohibición de discriminación), Bolivia (el acuerdo suscripto sigue el modelo andino) y Uruguay (se trata de un acuerdo de intercambio de información con cláusula para evitar la doble imposición) no prevén una cláusula de no discriminación.
- Los convenios firmados con Brasil, Canadá y Emiratos Árabes Unidos, si bien contienen una cláusula de no discriminación, no prevén la cláusula específica referida a la discriminación de las deducciones.
- Los convenios firmados con Alemania, Bélgica, Chile, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, México, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, Rusia, Suecia y Suiza siguen los lineamientos de la OCDE y, en general, prevén la cláusula de no discriminación en los mismos términos.

Vale la pena recordar que el principio de no discriminación se encuentra consagrado en nuestra Constitución Nacional en el artículo 16 cuando menciona que “la igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, y en el artículo 20 al expresar: “Los extranjeros (...) no están obligados (...) a pagar contribuciones forzosas extraordinarias”.

³⁸ Casanovas, Carlos; Scravaglieri, Gustavo e Iglesias, Juan M.: “Cláusulas de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición formados por Argentina” - ERREPAR - DTE - N° 449 - agosto/2017 - T. XXXVIII - pág. 759.

VI. INCREMENTOS PATRIMONIALES NO JUSTIFICADOS

VI.1 Marco normativo, concepto y alcances.

La figura del “incremento patrimonial no justificado” (en adelante IPNJ) es un precepto contenido en el inciso f) del artículo 18 de la ley de 11683 de Procedimiento Tributario. Esta disposición, de larga data³⁹, contiene una presunción legal de carácter relativo (*iuris tantum*), es decir que admite prueba en contrario. Esto implica que, una vez acreditado el indicio establecido por la norma (en este caso el IPNJ), la AFIP está facultada para la aplicación de las consecuencias normativas previstas por el precepto en análisis, a menos que el contribuyente acredite la inexistencia del hecho soporte (indicio), o bien que la conclusión inferida por la ley es un error o resulta inapropiada.

Podemos decir que por IPNJ se entiende un método que se utiliza a los efectos de la reconstrucción presuntiva de la materia imponible durante el transcurso de un procedimiento determinativo. La probanza de la justificación del origen de los fondos es, en definitiva, una cuestión de hecho y prueba en donde, ante la aplicación de la presunción por parte del Fisco, se revierte la carga de la prueba, recayendo en cabeza del contribuyente.

El inciso f) del artículo 18 de la ley 11683 estipula las consecuencias aplicables a los IPNJ. Según esta normativa, tales incrementos representan:

- En el impuesto a las ganancias, ganancias netas por un monto equivalente a los IPNJ más un 10 % en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles;
- En el IVA, montos de ventas omitida por la suma de los conceptos resultantes del punto precedente, y la no generación de crédito fiscal por el pago del impuesto en estas condiciones.
- El método del punto anterior debe aplicarse a los rubros de impuestos internos que correspondan.

Giuliani Fonrouge (2005), en su obra Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social, realiza una crítica razonada sobre la “improcedencia de incorporar a una ley general, como es la 11683, normas que corresponden específicamente a tributos determinados,

³⁹ La primitiva disposición proviene del Decreto 14341/46 refiriéndose a los “aumentos de capital cuyo origen no pruebe el interesado”. Posteriormente la Ley 21858 del año 1978 modificó su denominación por la de “incrementos patrimoniales no justificados” agravándola en un 10% en concepto de renta dispuesta o consumida en gastos no deducibles. A partir del 17/11/2003 la Ley 25795 cambió el método de cálculo y la imputación de la presunción en el impuesto a las ganancias, IVA e internos.

rompiendo de tal modo la unidad y armonía de las disposiciones básicas del ordenamiento” (p. 197).

En cuanto a la imputación de los IPNJ en el impuesto a las ganancias, si bien la ley 11683 no hace referencia a que ejercicio corresponde imputar la diferencia, el DR de la LIG, en su art. 27 considera ganancias del ejercicio fiscal en que se produzcan a los aumentos patrimoniales cuyo origen no pruebe el interesado, incrementados con el importe del dinero o bienes que hubiere dispuesto o consumido en el año. En este sentido, es dable destacar las conclusiones a la que arribó la Sala II de la CNCAF en la causa “*Alvarenga Julio Majul*” de fecha 26/02/2008, en la sostuvo que “es condición *sine qua non* de la presunción señalada que el origen del incremento tenga relación directa con el ejercicio en que éste se produjo. Lo que no aconteció en el *sub lite*, en que el incremento patrimonial no data del mismo año del ejercicio sobre el que se efectuó la determinación del impuesto a las ganancias -2001- sino de una fecha anterior -1994-. Dada la falta de correlación entre la fecha del incremento y el ejercicio cuestionado, la presunción antes señalada no era aplicable al caso, y en consecuencia, la determinación de oficio efectuada sobre tal base resultó improcedente”. En IVA e internos, el mismo artículo ordena atribuir las operaciones al ejercicio inmediato anterior.

En lo que hace al alcance del concepto IPNJ, el “incremento patrimonial” constituye básicamente un aumento en el conjunto de bienes del contribuyente. Este aumento en el conjunto de bienes resulta “no justificado” dado que estos no han sido declarados ante el Fisco y que, por lo tanto, no han tributado en su debida medida. Se ha explicado acertadamente que no se encuentran justificados tales bienes cuando no se expone de manera clara y fehaciente el origen de los fondos que ingresan al patrimonio del contribuyente.

Estos bienes que incrementan el patrimonio y que no han sido declarados al Fisco, pueden ser tanto materiales como inmateriales. Sin embargo lo importante a los efectos de evaluar si se ha producido un IPNJ es que sean susceptibles de valor económico, ya que ello será lo que determine el perjuicio causado al Fisco mediante su ocultamiento.

El incremento patrimonial no solo puede reflejarse en aumento de bienes, sino también a través de los consumos, en la medida en que el Fisco pueda acreditar que dichos consumos exceden las rentas y el patrimonio oportunamente declarados. Es decir, los consumos resultan indicios de la existencia de un patrimonio que fue utilizado por el contribuyente en su vida cotidiana.

VI.2 Determinaciones sobre base presunta.

La reforma que la ley 25795 (BO: 17/11/2003) efectuó sobre la LPT, otorgó mayor fuerza a la aplicación de las determinaciones de oficio en base presunta por aplicación de ingresos de fondos de países de baja o nula tributación fiscal, montos de depósitos bancarios en exceso que superen las ventas y/o ingresos, etcétera.

Con la utilización de presunciones relativas como la aquí analizada, se le facilitan las tareas al organismo recaudador ya que se lo alivia de la carga de la prueba, eximiéndolo parcialmente de ella. Su función queda circunscripta en probar los hechos considerados como base de la presunción y acreditar que los resultados a los que arriba son razonables.

El contribuyente podrá atacar el hecho base o acreditar que la conclusión es inapropiada para el caso bajo análisis, es decir que resulta irrazonable. Antigua jurisprudencia ha afirmado que incumbe al contribuyente aportar la prueba que permita destruir la presunción legal⁴⁰, demostrando la razón de la diferencia operada en el patrimonio, a cuyo efecto puede recurrir a toda clase de pruebas, valorables según la naturaleza de la operación invocada, y en conjunto si cada una de ellas no alcanza a demostrarlo fehacientemente⁴¹.

Durante el procedimiento de inspección e impugnación, el Fisco debe adoptar todas las diligencias necesarias para recolectar la documentación e información a los efectos de determinar de oficio sobre “base cierta”. La falta de elementos concretos que impidan la consecución de tal cometido, podrá justificar la aplicación de la figura del art. 18 inc. f) de la LPT. Existe consenso doctrinario en que la determinación de oficio sobre base presunta sólo será de aplicación con carácter excepcional y subsidiario. La jurisprudencia⁴² ha sido unánime cuando se manifestó con referencia al orden de prelación que existe a favor de la determinación “sobre base cierta” respecto de la determinación “sobre base presunta”.

En la causa “*Moraco, Horacio Carlos*”, el TFN expresó: “Que, sabido es que en materia de determinaciones de oficio, la ley fija un orden de prelación cronológico: sólo

⁴⁰ “*Becco*”, CFCAC, 02/05/1967.

⁴¹ Cfr. “*Carvajal Palacios*”, TFN, 02/10/1963; “*Brochandel*”, TFN, 30/03/1970; “*Lee Wen Chi*”, TFN, 03/12/1970.

⁴² Cfr. “*Dadea Marta Elisa*”, TFN, Sala B, 22/12/1983. En igual sentido: “*Iglesias y CIA SCC*”, TFN, Sala C, 28/12/1984; “*DICA ICSA*”, CNCAF, Sala II, 23/12/1988; “*Beraja Arberto David y Dwek José Roberto*”, TFN, Sala A, 25/02/1998; “*Herrada Sergio Rodolfo y Vanni Carla Mariana SH*”, TFN, Sala A, 31/05/2012; “*Hodara Benjamín*”, CNCAF, Sala V, 09/08/1999; “*Gonzalez Antonio y otros Mansión Almar*”, TFN, Sala D, 16/08/1989; entre otros.

cuando el Fisco no disponga de elementos que acrediten fehacientemente la exacta dimensión de la materia imponible (ausencia de elementos, insuficiencia de éstos o descalificación fundada de los existentes) se encontrará facultado para recurrir al método indiciario de determinación. En otros términos, la Administración Fiscal debe primero agotar los medios que permitan reconstruir la materia imponible de modo directo (o "sobre base cierta") y, sólo en los supuestos más arriba indicados, recurrir a aquel modo excepcional de determinación. Ciertamente la materia imponible reconstruida a la luz de presunciones debe estar basada en una real razonabilidad, de modo tal que dichas presunciones tengan el poder de sustituir la materia declarada por el contribuyente; esto es, los signos de presunción deben permitir un control convincente de la declaración, pero jamás se pueden erigir en una reconstrucción abusiva de la materia sujeta a impuesto”.

La propia DGI, en Dictamen DATJ del 14/11/1977, ha dicho que las presunciones legales, admitan o no prueba en contrario, son instrumentos delicadísimos del orden jurídico y no pueden interpretarse y aplicarse sino con una gran prudencia y sentido de equidad. Ello fue recordado por la Sala A del TFN en la causa “*Lim Sur SA*” en sentencia de fecha 21/09/2010.

Las presunciones utilizadas para determinar de oficio la materia imponible deberán ser coherentes y concordantes con la documentación obrante en las actuaciones administrativas. Éstas encontrarán justificación en la existencia comprobada de un hecho base conocido o “indicio”. En el supuesto de la presunción que estamos analizando, el indicio es justamente el IPNJ. Por lo tanto, en primer lugar deberá la AFIP corroborar dicho incremento patrimonial, es decir que los bienes detectados aumentan el patrimonio oportunamente declarado por el contribuyente. En este sentido, la tenencia de un bien que no se corresponda con la renta o con el producido del patrimonio declarado puede deberse a situaciones de hecho muy diversas, y es el contribuyente quien deberá proceder a acreditar el origen de dichos bienes.

Otros casos donde el Fisco puede presumir que está en presencia de un IPNJ es en el caso de consumos que no se condigan con la situación declarada, por ejemplo la constitución de pasivos en los que su contrapartida no hubiese sido un gasto, o aportes de capital sobre los cuales no puedan justificarse los aspectos esenciales de la transacción.

Los indicios sobre los que se puede valer el Fisco para invertir la carga de la prueba deben ser concretos, ajustados a la realidad del caso y razonables. AFIP cuenta con innu-

merables fuentes de información donde puede recabar datos concretos para la acreditación de éstos indicios. En el ámbito local puede valerse por ejemplo de requerimientos (electrónicos y no electrónicos), regímenes generales de información, denuncias tributarias, allanamiento de domicilio, el intercambio de información con otras administraciones tributarias, entre otros. En el ámbito internacional, en cambio, debe valerse del intercambio de información con otros países y jurisdicciones.

Al contener la norma analizada una presunción *iuris tantum*, es factible que el contribuyente demuestre que la aplicación del citado inciso f) resulta improcedente. La Dra. Flavia Melzi⁴³, en un estudio profundo y pormenorizado que realizó sobre las presunciones de la Ley 11683, destaca el valor de la prueba en los procedimientos presuntivos. La autora afirma que “el valor probatorio de los expedientes administrativos es susceptible de destrucción por prueba en contrario y no resulta de la presunción de legitimidad del acto administrativo, ni de la competencia de los agentes que emanan”. Para generar convicción, agrega que “deben sustentarse en otros medios probatorios no resultando autosuficientes las afirmaciones en ellos contenidos”.

En estos casos, la jurisprudencia⁴⁴ tiene dicho que le corresponderá al contribuyente, en ejercicio de su derecho de contradicción, objetar la reconstrucción planteada por dicho organismo e intentar desvirtuar en todo o en parte, los efectos de la presunción. Al respecto, la CSJN⁴⁵ tiene dicho que quien pretende justificar un incremento patrimonial tiene la carga de acreditar con adecuado sustento instrumental el modo en que el dinero ingresó al país.

Es importante aclarar en este punto, que en el caso de que el contribuyente aceptara la pretensión del Fisco por IPNJ, entre el plazo que transcurre desde la notificación de la prevista y antes de dictada la resolución determinativa de oficio, no corresponderá incluir en la nueva declaración jurada del impuesto a las ganancias ni en la de IVA, el 10 % de renta dispuesta o consumida que establece el artículo 18 de la Ley 11683, en razón de que la nueva declaración presentada hace decaer el hecho cierto, absorbiendo de tal forma, las pretensiones fiscales sobre base presunta.

⁴³ Melzi, Flavia: “Sobre las presunciones y ficciones en el procedimiento tributario (introducción y análisis general de las presunciones legales y las hominis)”, en Fraga, N. y Sericano, Roberto P. (Dir.): “Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario Nacional” - LL/Thomson-Reuters - 2014.

⁴⁴ “Bottino y Caballero SCC”, TFN, Sala A, 06/02/1998.

⁴⁵ “Floriner SA”, CSJN, 10/12/2013.

VI.3 Los préstamos y los aportes. Formalidades y prueba.

Una gran cantidad de los antecedentes jurisprudenciales en materia de IPNJ se originan como consecuencia de que el Fisco cuestiona la veracidad de préstamos y/o aportes que son declarados por los contribuyentes.

Es abundante la jurisprudencia y las interpretaciones, tanto doctrinarias como administrativas, respecto de la prueba necesaria para contrarrestar las impugnaciones fiscales y acreditar la veracidad de este tipo de operaciones entre sociedades vinculadas dentro del territorio nacional, o recibidos desde el exterior.

Tales antecedentes se refieren a los medios de prueba que resultan necesarios para que los incrementos resulten justificados y, en consecuencia, inaplicable la presunción del inciso f) del artículo 18 de la ley de rito. Muchos de los precedentes a los que nos referimos se apoyan en la legislación civil vigente en ese entonces, toda vez que las normas que rigen el mutuo han sido sustituidas con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación⁴⁶ (en adelante CCyCN), que abandona la rigidez de las normas del anterior Código Civil y permite que la prueba de estos contratos pueda reconocerse por cualquier medio, sujeto a la apreciación rigurosa del juez (conforme lo establece el segundo párrafo del artículo 317 del CCyCN).

En materia de aportes desde el exterior, la CSJN estableció los requisitos que debían cumplimentar los mismos en el precedente *“Treas SA” del 14/09/1993*. Allí la Corte manifestó que la legislación en ese momento no establecía otras exigencias más que la acreditación de su ingreso y la individualización de los aportantes, no siendo exigible la probanza de que los fondos invertidos se hubiesen generado en actividades o capitales provenientes de extraña jurisdicción.

En lo que respecta a los préstamos, el artículo 2246 del antiguo Código Civil disponía que el mutuo podía ser contratado verbalmente, pero no podrá probarse sino por instrumento público o privado de fecha cierta, si el empréstito superaba el valor de diez mil pesos. Y el artículo 1035 establecía que un documento privado, cualquiera que sea su naturaleza, tenía fecha cierta o auténtica, desde cuando había sido registrado o presentado ante un notario, juez o autoridad administrativa, siempre que llevara la constancia y fecha de tal

⁴⁶ Aprobado mediante Ley 26994 (B.O. 08/10/2014), con vigencia a partir del 01/08/2015.

registro o presentación. Así lo consideró la Sala D del TFN en la causa “*Schwarzmans Ricardo*” de fecha 12/09/2001, en la cual revocó la impugnación que el Fisco realizara por carecer de fecha cierta el contrato de mutuo celebrado por instrumento privado. El Tribunal consideró prueba incuestionable de la fecha de celebración del acto el timbrado consignado en el mismo, mientras no se demuestre su falsedad.

En autos “*Curtiduría Castellano SA*”, la Sala D del TFN confirmó el ajuste atento a que el contrato de mutuo con el que la actora pretendía acreditar la existencia de un préstamo recibido de una entidad financiera del exterior no había sido extendido bajo la forma de instrumento público y no tenía fecha cierta. La misma tesitura fue sostenida por la Sala B en “*Gra - Al SA*” habiéndose considerado, además, que el contribuyente no demostró la realidad del préstamo invocado, ni los movimientos de fondos, ni la factibilidad de que los acreedores tengan actividades que les permitieran reunir los montos supuestamente prestados.

La Sala IV de la Cámara en el caso “*Nazer, Silvia Elia*” sostuvo “con relación al tema de la ‘fecha cierta’, se debe recordar -a título de principio general- que la enumeración contenida en el artículo 1035 del Código Civil no es taxativa ni limitativa, cabiendo admitir la demostración de la fecha del acto por otras vías, aun cuando, claro está, el análisis y valoración de la prueba que se produzca deba ser realizado en forma estricta”. Si bien en dicho antecedente lo que se discutía era la prueba de una donación, dicha doctrina sin dudas es aplicable también al caso de los pasivos.

La sentencia del TFN en “*Martínez, Sandra*” se pronunció sobre la falta de eficacia probatoria de las copias de los recibos de pagarés aportados como prueba de la diferencia patrimonial. En el caso se trataba de fotocopias simples, por lo que no reunían los mínimos requisitos para ser considerados como prueba eficaz. También en “*Maderas Rodriguez SRL*” el TFN confirmó la existencia de un IPNJ, aun cuando se acompañaron copias del contrato de línea de crédito con su correspondiente protocolización, y de la certificación de la firma del escribano interviniente, toda vez que “al ser estas fotocopias simples no tienen un valor probatorio *per se*, por lo cual no se encuentra acreditada la fecha cierta necesaria para que el mismo sea oponible a terceros”.

En “*Castelao Elena*”, el TFN dijo que la copia simple de un contrato de mutuo, firmada solo por quien supuestamente recibió el préstamo, no resultaba un medio idóneo para probar la existencia del mismo.

En “*Domaine Vistalba SA*”, el TFN concluyó que, ante la imposibilidad de comprobar la existencia del cheque emitido por la prestamista, las registraciones de esta carecían de fuerza probatoria, en la medida en que no estaban respaldadas por comprobantes fidedignos que permitieran acreditar el movimiento de los fondos involucrados.

En ciertas ocasiones, la fecha cierta se adquiere recién luego de iniciada la inspección. En autos “*La Cabaña SAIC*”, el TFN concluyó que la certificación de las firmas o la ratificación de sus contenidos realizados con posterioridad al inicio de la inspección no suplen la carencia de fecha cierta. También sostuvo que las declaraciones efectuadas ante escribano público con posterioridad a la fiscalización, por los supuestos acreedores de la recurrente, no resultaban suficientes para acreditar la autenticidad de las operaciones.

Otro antecedente relevante es “*González, Sergio Ángel Guillermo*”, en el que la Sala B del TFN concluyó que la inoponibilidad frente a terceros, a la que se refiere el ordenamiento civil, en modo alguno implica y determina en el ámbito tributario la pérdida del valor probatorio de los contratos privados suscriptos entre las partes, cuando los mismos vengán apoyados o corroborados por una serie de indicios precisos y concordantes que, apreciados en una articulación coherente y conjunta, puedan formar razonable convicción no solo de la celebración del acto, sino de la fecha en que el mismo ha tenido lugar, a modo de descartar la existencia de una maniobra armada por el fiscalizado.

Como se ha señalado anteriormente, las disposiciones del CCyCN permitirá otorgar valor probatorio a cualquier documento sujeto a aprobación del juez. Esto tiene incidencia directa en la justificación de pasivos, puesto que en el pasado los cuestionamientos del Fisco, avalados por la jurisprudencia, tenían como sustento una estricta aplicación de las normas del antiguo Código, inclusive a operaciones de carácter comercial, en las que existía una flexibilidad similar a la del nuevo CCyCN, mediante el art. 208 del antiguo Código de Comercio. Debe recordarse que las disposiciones comerciales se integraban con las del derecho civil ya que así lo disponía expresamente el artículo 208 del Código Mercantil. En este sentido, no puede dejar de citarse el fallo “*Autolatina Argentina SA*”, de la CSJN del 15/03/2011, en el cual la Corte ratificó “la especial importancia de la prueba a los fines de la justificación de pasivos contraídos desde el exterior, haciendo prevalecer la necesidad de un documento del cual surja una fecha cierta para poder demostrar la existencia del pasivo y no considerar al mismo como un IPNJ, gravado por ganancias”. En este caso, la AFIP rechazó la operación de crédito contraído desde el exterior, formalizado mediante un con-

trato de mutuo, considerando que solo pueden oponerse a terceros aquellos rubricados mediante instrumento público o privado con fecha determinada.

VI.4 La realidad económica de la operación.

Más allá de lo expuesto anteriormente, con respecto a las formalidades y la prueba del contrato de mutuo, no deben ser desatendidas las cuestiones de fondo de la operatoria desarrollada.

El artículo 296 del CCyCN establece que “El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”.

Esto significa que las cláusulas dispositivas y enunciativas del instrumento hacen plena fe en el sentido de que constituyen prueba completa, pero no indiscutible, de modo que las referidas cláusulas pueden caer por simple prueba en contrario, sin necesidad de intentar querrela de falsedad. El oficial público da fe de la verdad material de esas cláusulas, pero su contenido puede ser insincero por haber falseado las partes la verdad material, lo que no compromete la del oficial.

Es reiterada la jurisprudencia al considerar que “cuando el juez se encuentra frente a operaciones de alcance internacional, debe examinar la proyección en el ordenamiento tributario interno de aquella relación mediante un particularizado y exhaustivo análisis de las probanzas, a fin de que la operación invocada se corresponda con el mecanismo acordado por las partes⁴⁷. En tal sentido, merece destacarse que la prueba tendiente a comprobar la realidad de un pasivo debe ser, en casos como el presente, particularmente indudable. Para ello, resulta necesaria la demostración de la secuencia completa de la operatoria llevada a cabo, en especial la acreditación de la titularidad de los fondos en cabeza de quien presta, su entrega al deudor, la aplicación del préstamo a la actividad comercial de

⁴⁷ Cfr. “Vicente Manuel Orue SACIIE”, TFN, Sala B, 30/05/1990; “La Emiliana de Exportación SA”, TFN, Sala B, 31/05/1995; “Alfafin SA”, TFN, Sala B, 31/05/1995; “Fomerca SA”, TFN, Sala B, 11/08/2006; “Gómez Aguilar Jorge”, TFN, Sala B, 19/12/2012; entre otros.

éste, y su posterior restitución⁴⁸. Es que la exigencia de esa actividad probatoria resulta imperiosa para demostrar que los capitales no fueron sustraídos del poder fiscal argentino para luego retornar al país por medio de préstamos o capitalizaciones, incumbiendo la carga de la prueba que permita destruir la presunción de la norma citada al contribuyente⁴⁹; máxime, si se invoca un préstamo acordado con una sociedad vinculada domiciliada en el extranjero, particularmente en un país con ventajas fiscales para la operatoria off shore⁵⁰.

Como puede apreciarse, las sentencias de los tribunales evidencian la importancia que se le otorga a la realidad económica, a través de una adecuada evaluación de los hechos y de la situación en su conjunto. Recordemos que se trata de un mandato legal consagrado en el inicio del artículo 2 de la ley 11683, que no puede ni debe ser desatendido por ningún funcionario.

VI.5 Las cláusulas contractuales.

Otra cuestión de análisis por parte del Fisco, a fin de tener por convalidada la existencia de un mutuo, es el contenido de los contratos, es decir, las cláusulas contractuales.

El Dictamen (DAL) 72/1997 de AFIP ofrece los lineamientos para la impugnación de pasivos por préstamos que no se encuentren bien acreditados por el contribuyente. Allí se analizó el incremento del capital de una sociedad, originado en la capitalización de la supuesta deuda que la contribuyente mantenía con una empresa del exterior. La inspección actuante sostenía que la suma oportunamente ingresada al país, que el contribuyente pretendía justificar mediante un préstamo, no respondía a un mutuo, señalando que el contrato carecía de elementos básicos que deben estar presentes cuando se concretan operaciones de envergadura, tales como: la adopción de medidas que garanticen la verdadera personería de los firmantes, falta de avales y garantías, falta de fecha cierta, certificación consular, documentos que respalden la ampliación del préstamo, justificación de la celebración del

⁴⁸ Cfr. “*Lim Sur SA*”, CNCAF, Sala III, 20/11/2012; “*Badial SA*”, CNCAF, Sala I, 03/02/2015; “*Haras La Madrugada SA*”, CNCAF, Sala I, 20/05/2015; “*Formametal SA*”, CNCAF, Sala I, 29/08/2017; “*Ariston SA*”, CNCAF, Sala I, 16/07/2015; “*Seler SA*”, CNCAF, Sala II, 10/05/2012; “*Pasarín Armando SA*”, CNCAF, Sala IV, 24/09/2015; “*Valle Escondido*”, CNCAF, Sala IV, 17/05/2016; entre otros.

⁴⁹ Cfr. “*Castellanos Bonillo, Juan*”, TFN, Sala C, 29/03/2015; “*Sofrecom Argentina SA*”, CNCAF, Sala V, 27/10/2016; entre otros.

⁵⁰ Cfr. “*Procesamiento Industrial de Laminados Argentinos Residuales SA (Pilar)*”, TFN, Sala B, 11/06/2003; “*Llavaneras SA*”, CNCAF, Sala I, 21/12/2015; “*Standard Motors Argentina SA*”, CNCAF, Sala III, 12/05/2015; “*Molnar Hugo*”, CNCAF, Sala IV, 27/09/2016; “*Voz Link SA*”, CNCAF, Sala V, 22/12/2015; “*Club Vacacional SA*”, CNCAF, Sala IV, 14/04/2016; entre otros.

contrato en una jurisdicción ajena (Uruguay) a las partes contratantes, falta de pruebas fehacientes que acrediten el traslado a ese país de la persona que supuestamente suscribiera el mutuo en representación de la inspeccionada. En el análisis del caso, los dictaminantes aclararon en primera instancia que el asunto en discusión no era el origen de los fondos, ya que el ingreso de éstos al país se tuvo probado, sino el medio utilizado para ello, ya que consideraron que el contribuyente no acreditó fehacientemente que dichos fondos revistieran el carácter de préstamos.

El Fisco Nacional invocó la doctrina sentada por el TFN en la causa “*Luis Alberto Oddone y Compañía. Asesores Financieros SA*”. Allí se sostuvo que “se observan indicios unívocos que, por su concordancia y gravedad, permiten conjeturar que, si bien el ingreso de fondos al país ha quedado debidamente probado, no ocurre lo mismo en punto a que dichos fondos revistieran el carácter de préstamos (...) el número, precisión, gravedad y concordancia de los indicios precedentemente glosados producen la convicción, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que los préstamos de marras han sido simulados”. El dictamen luego fue ratificado por el Dictamen (DAL) 29/2003.

Si bien este dictamen enumera los elementos que todo contrato de mutuo debe contener, hay que tener presente que los elementos de un contrato de este tipo surgen del propio Código de fondo, y recordemos que el artículo 929 del CCyCN consagra el principio de la autonomía de la voluntad al disponer que “todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé”.

Por lo tanto, cualquier interpretación que haga el Fisco de ninguna manera puede prevalecer sobre una ley formal emanada del Congreso Nacional. En este sentido, la jurisprudencia⁵¹ tiene dicho que los dictámenes, circulares, instrucciones y toda otra reglamentación interna emitidos por la Administración Pública carecen de valor jurídico por tratarse de disposiciones internas con efectos en el orden jerárquico de la administración, sin carácter obligatorio para los particulares. Aún en el caso de los dictámenes vinculantes, las respuestas solamente resultan obligatorias para la AFIP y los consultantes, conforme al artículo 4 de la Ley 11683.

⁵¹ Cfr. “*Cámara de Comercio e Industria de la Plata*”, CNCAF, Sala II, 14/02/2013; “*Asociación de Psicólogos de Mendoza*”, CNCAF, Sala II, 02/07/2015; entre otros.

Por consiguiente, no resulta aceptable que una inspección desconozca la validez de un mutuo por no haberse solicitado avales u otras particularidades que no tienen carácter de requisito legal *sine qua non*.

En palabras del profesor Martín Caranta⁵² (2014): “Si bien rechazamos cualquier marco que disponga el contenido de un contrato que no sea la legislación positiva vigente, de acuerdo con nuestro entendimiento deben distinguirse dos situaciones: la simulación de un contrato, donde será la realidad económica el elemento que permitirá apreciar la verdadera esencia de la operación; y otra muy diferente una posición dogmática sobre cláusulas contractuales mínimas. Ningún funcionario puede exigir para acreditar una operación elementos o cláusulas contractuales que no sean exigidas por la legislación.”

Una sentencia ejemplar sobre la materia es “*Compañía Ericsson SACI*” de la Sala C del TFN de fecha 15/08/2007. En ella, el vocal instructor, Dr. Vicchi, señaló que los acuerdos llevados a cabo por entidades vinculadas, por su propia naturaleza, pueden no estar revestidos de los requisitos formales que sí observarían empresas independientes. Recordó que la OCDE ha expresado que “una dificultad práctica en la aplicación del principio del tercero independiente radica en el hecho de que las empresas vinculadas pueden encarar transacciones que no llevarían a cabo empresas independientes. Precisó el Dr. Vicchi, además, que, en expresa referencia a las formas contractuales utilizadas por las empresas vinculadas, la OCDE, al analizar cuestiones de precios de transferencia, formuló la siguiente observación: “en lo que respecta al principio del tercero independiente, los términos contractuales de una transacción generalmente explícita o implícitamente definen las responsabilidades, riesgos y beneficios a compartir por las partes independientes”, a lo que agrega: “Los términos de una transacción pueden surgir también de la correspondencia y comunicaciones entre las partes, más bien que de un contrato”.

VI.6 Ingresos provenientes del exterior.

La Ley 25795 (B.O. 17/11/2003) incorporó 2 artículos a continuación del artículo 18 de la Ley 11683. El primero se refiere a la presunción cuando se tratare de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación, o lo que comúnmente se denominan

⁵² Caranta, M. “*Incrementos Patrimoniales No Justificados. Reflexiones sobre la interpretación del Fisco sobre la fecha cierta y el contenido de los contratos prueba*”. ERREPAR - DTE - noviembre/2014 - T. XXXV.

“paraísos fiscales”. Y el segundo que legitima la presunción del artículo 18 cuando se origine en la falta de presentación de declaraciones jurada, o en la falta de registración fehaciente, o de los comprobantes respaldatorios de las operaciones entre sociedades locales y personas físicas, jurídicas o entidades vinculadas del exterior.

Con la incorporación del primero, quedó sin aplicación la jurisprudencia del caso “*Trebas SA*” (CSJN del 14/09/1993), antes comentado, la cual, si bien se refiere a aportes de capital, resulta invocable por analogía atento a que la cuestión de fondo es la misma: la justificación de incrementos patrimoniales que provengan del exterior. Allí la Corte manifestó que la legislación en ese momento no establecía otras exigencias más que la acreditación de su ingreso y la individualización de los aportantes, no siendo exigible la probanza de que los fondos invertidos se hubiesen generado en actividades o capitales provenientes de extraña jurisdicción. En este mismo sentido se expresó el TFN en la causa “*Lavia Pedro Roberto*”, “*Alfafin*” y “*La Emiliana de Exportación*” en donde se estableció que en el caso de préstamos del exterior provenientes de paraísos fiscales, se debe acreditar fehacientemente dos extremos: a) la introducción de tales capitales al país, y b) el titular extranjero del crédito.

Al explicar esa disposición, Daniel Domínguez⁵³ señala que la presunción del art. 18 bis de la LPT no pretende impedir las transacciones con sujetos que mantienen estructuras legítimas y declaradas en jurisdicciones de nula o baja tributación, sino que únicamente procura contrarrestar los supuestos en donde se pretende reingresar fondos que no tributaron oportunamente en el país. El autor sostiene además que “Las pruebas para destruir la presunción de incrementos injustificados deben ser fehacientes sobre el origen de los fondos y basarse en: a) actividades realizadas por el contribuyente en países de baja o nula tributación; b) actividades realizadas por terceros en dichos países o c) que se trate de colocaciones de fondos oportunamente declarados en esa jurisdicción”.

Si bien el citado artículo hace alusión a los denominados paraísos fiscales, cabe destacar que una parte de la jurisprudencia⁵⁴ tomó como referencia al caso “*Trebas SA*”, aun

⁵³ Domínguez, Daniel: “*Ingresos de fondos provenientes de jurisdicciones de baja o nula tributación. Presunción del incremento patrimonial no justificado (art. 18 bis)*”, en Fraga, N. y Sericano, Roberto P. (Dir.): “*Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario Nacional*” - LL/Thomson-Reuters - 2014.

⁵⁴ Cfr. “*Noxi SA*”, TFN, Sala B, 06/09/2002; “*Horacio Albano Ingeniería y Construcciones*”, TFN, Sala A, 10/07/2000; “*Bartolucci, José*”, TFN, Sala A, 20/12/1999; “*Jelgold*”, CNCAF, Sala III, 14/10/1980; entre otros.

cuando el país de procedencia de los fondos no era considerado de baja o nula tributación. Para estos casos, también se han establecido una serie de requisitos formales que sirven como lineamientos generales para poder justificar el origen de los fondos. En este sentido, abundante jurisprudencia⁵⁵ ha considerado que resulta necesario que los contratos de las operaciones internacionales que se realicen mediante instrumento público, contengan fecha cierta, la debida autenticación consular y se encuentren legalizados. Además, como información complementaria, pero no por eso menos importante, deben contener la especificación del destino y/o aplicación de los fondos y acreditación de la existencia de relación previa entre las partes. La intervención del escribano no debería limitarse a certificar copias de originales o las firmas de los intervinientes. Respecto de la certificación consular, se ha manifestado que otorga valor formal al instrumento, pero no material, ya que el cónsul no puede dar fe de la realización de los hechos, al igual que para el caso de que los montos involucrados resulten de importancia, se considere la constitución de garantías o avales.

Es interesante en este punto destacar la sentencia de la Sala B del TFN en la causa “*La Emiliana de Exportación SA*”, de fecha 11/08/1995, en donde el Vocal subrogante, Dr. Torres, hace referencia a la Circular (DGI) Nro. 264 del año 1949, en cuanto establece pautas referidas a las pruebas de aumento de capital o enriquecimiento originado en la introducción de capitales del exterior. En esa normativa se establecía que, a falta de otros medios, debía considerarse probado el origen de los capitales cuando concurriese alguna de las siguientes circunstancias: a) inversiones efectuadas por el contribuyente al poco tiempo de su ingreso al país, siempre que con anterioridad no hubiese desarrollado en el mismo actividades a las que razonablemente pudiera atribuirse el enriquecimiento o aumento de capital; b) liquidación, reducción o enajenación de inversiones o bienes poseídos por el interesado en el exterior, que guardan relación aproximada en su monto y en el tiempo, con la capitalización comprobada en el país; y c) movimiento de cuentas en entidades bancarias o particulares del exterior o del país que reflejen las variaciones aludidas *ut supra*.

Afirma el Dr. Torres que “cuando se invoca un préstamo acordado con una sociedad vinculada domiciliada en el extranjero, particularmente en un país con ventajas fiscales

⁵⁵ Cfr. “*Salem Gabriel*”, TFN, Sala B, 29/10/2003; “*Hilu Salomon*”, TFN, Sala D, 29/10/2003; “*Ortolani Mario*”, CNCAF, Sala I, 27/12/2001; “*Dieguez Ricardo Agustín*”, TFN, Sala A, 26/12/2000; “*Gosende Julio Cesar*”, TFN, Sala D, 01/03/2001; “*Zapiola Macnab Augusto Rodolfo*”, TFN, Sala C, 08/02/2001; “*Srur Horacio Ernesto*”, TFN, Sala B, 30/04/1999; entre otros.

para la operatoria *off shore*, débense acreditar tres extremos: la introducción de capitales al país, el origen de los fondos en el patrimonio o actividad de la sociedad prestamista y la oportunidad y condiciones del mutuo. Además, cuando se invoca un negocio jurídico con una sociedad vinculada -sin perjuicio de las consecuencias más severas en cuanto a la prueba que se prescriben cuando es un paraíso fiscal para el ordenamiento argentino- se requiere además, acreditar en la sociedad extranjera una cierta 'consistencia' (en lo temporal, patrimonial y actividad propia de su objeto), esto es, que no se trata de una sociedad ficticia, un montaje jurídico artificial constituido y desarrollado sólo por motivaciones de fraude”.

El tribunal finalmente revoca la pretensión del fisco por préstamos entre vinculadas, por argumentar que si bien los fondos provienen de una sociedad ubicada en un paraíso fiscal, esta era a su vez integrante de un grupo económico internacional con capacidad económica suficiente como para justificar tales operaciones. El TFN no utiliza un rigorismo formal a la hora de analizar la procedencia de la aplicación del ajuste, sino que busca a través de reglas y de la sana crítica la realidad económica, es decir, partiendo del principio de la verdad material de los hechos.

VI.7 IPNJ y la figura de las salidas no documentadas.

La LIG trata en el artículo 37 a la figura de las “salidas no documentadas”, refiriéndose a ellas cuando una erogación carezca de documentación, y no se pruebe por otros medios que por su naturaleza ha debido ser efectuada para obtener, mantener y conservar ganancias gravadas. En tales casos, la ley no admite su deducción en el balance impositivo y además se exige el pago de la tasa del 35 % sobre el monto de dicha erogación, la que se considera definitiva.

Según la doctrina de la CSJN⁵⁶ se trata de un impuesto “especial”, como un gravamen distinto del impuesto a las ganancias, pero legislado dentro de la misma ley.

La falta de individualización del beneficiario a cuyo cargo debería estar al pago del impuesto por el rédito percibido, quien hace la erogación queda obligado a abonar sobre ella el tributo y debe hacerlo a título propio. Es decir que el impuesto se tributa en cabeza de quien no es la persona que produce el hecho imponible del impuesto a las ganancias.

⁵⁶ “Radio Emisora Cultural”, CSJN, 09/11/2000.

Cabe recordar lo dicho por la Corte en el fallo “*Red Hotelera Iberoamericana*” en cuanto a que debe interpretarse que una salida de dinero carece de documentación, a los fines de esta previsión legal, tanto cuando no hay documento alguno referente a ella, como en el supuesto en que si bien lo hay, el instrumento carece de aptitud para demostrar la causa de la erogación e individualizar, al tratarse de actos carentes de sinceridad, a su verdadero beneficiario.

Es importante tener presente que en un proceso de determinación de oficio, donde se considere que el instrumento probatorio del mutuo no reúne las condiciones necesarias para justificar el incremento patrimonial, y por ende la operación de crédito en discusión sea rechazada por el Fisco, se le abre también la posibilidad de aplicar la figura de “salidas no documentadas” sobre los pagos en concepto de intereses girados al acreedor. Así lo consideró la Sala A del TFN, en sentencia del 27/05/2002, en autos “*Autolatina Argentina SA*”, en donde se confirmó además el tratamiento como salidas no documentadas de las remesas de fondos efectuadas por la actora en concepto de intereses del préstamo, al no haberse considerado admisible la existencia del mutuo que habría generado tales pagos, y por ende desconocerse al verdadero beneficiario de los importes girados. Este criterio fue luego reconfirmado por la Sala IV de la CNCAF en sentencia del 09/03/2006, y ratificado finalmente por nuestro Máximo Tribunal en sentencia de fecha 15/03/2011.

VII. INTERESES PRESUNTOS

VII.1 La figura de las “Disposiciones de fondos a favor de terceros”.

El artículo 73 de la LIG regula los supuestos de "disposiciones de fondos o bienes a favor de terceros" no efectuados en interés de la empresa. Dicha norma se integra con el artículo 103 del DR de la citada ley.

La norma presume, sin admitir prueba en contrario, que la disposición de fondos o bienes a favor de terceros es un negocio oneroso y por lo tanto generador de renta gravada.

Para la procedencia de ésta presunción *iure et de jure* es condición fundamental que se acredite de manera suficiente la presencia de tres elementos:

- 1) la existencia de una disposición efectiva de fondos o bienes, es decir que verdaderamente haya existido en la realidad de los hechos un movimiento de fondos o bienes;
- 2) realizada a favor de terceros; y

3) que no responda al interés de la empresa.

La ausencia de alguno de los citados elementos impide calcular intereses presuntos sobre los mutuos realizados.

El citado artículo 103 del DR complementa el contenido de tales elementos normativos y completa la presunción legal con otras circunstancias, en particular la parte final del tercer párrafo (“Sin embargo, si en el mismo ejercicio en el que opera la devolución, o en el inmediato siguiente, se registraran nuevos actos de disposición de fondos o bienes en favor del mismo tercero, se entenderá que la devolución no tuvo lugar en la medida dada por el monto de esas nuevas disposiciones, y que los intereses y actualizaciones que proporcionalmente correspondan a dicho monto no han sido objeto de la cancelación antes aludida”), y el quinto párrafo (“La imputación de intereses y actualización previstos por el citado artículo de la ley también procederá cuando la disposición de fondos o bienes devengue una renta inferior en más del 20 % a la que debe imputarse de acuerdo con dicha norma, en cuyo caso se considerará que el interés y la actualización presuntos imputables resultan iguales a la diferencia que se registre entre ambas”).

Este artículo fue incorporado por la Ley 23260 con la finalidad de combatir ciertas prácticas destinadas a evitar el pago del tributo mediante la disminución de la base imponible, a través de la entrega de bienes o fondos a terceros originados en operaciones no vinculadas con la actividad principal del ente y sin obtener retribución a cambio.⁵⁷

En este sentido, la Sala D del TFN, en la causa “*Muscariello Hnos. SA*”, sentenció: “Cabe destacar que la señalada (se refiere al artículo de la ley que examinamos) es una entre las varias presunciones que aparecen en la LIG (vgr., arts. 37, 46, 48 y 57, entre otros) para dar solución a situaciones susceptibles de generar modalidades elusivas ante el silencio normativo en ciertos casos, como el de la disposición de en los entes sociales, dando lugar a la regulación que introdujo fondos la ley 23260”.

Con anterioridad a la sanción de la ley 23.260, existía un vacío legal sobre la regulación de este tipo de rentas dentro de la tercera categoría, distinto al caso de rentas de la segunda categoría donde ya regía la presunción del actual artículo 48, y respecto a las rentas de la primera categoría donde la ley de impuestos a los réditos preveía la gravabilidad

⁵⁷ Así se aprecia en el mensaje de elevación del proyecto de la ley al Congreso por parte del Poder Ejecutivo (Mensaje N° 662, *Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación*, 04/09/1985, p. 4177, citado por la Procuradora Fiscal, Dra. Laura Monti, en su dictamen vertido con fecha 02/02/2009 en la causa “*Akapol SA*”)

del valor locativo de los inmuebles cedidos gratuitamente o a un precio no determinado. No obstante ese vacío, existe un antecedente jurisprudencial⁵⁸ del año 1999 en donde el TFN apeló a las normas de la segunda categoría para aplicar intereses presuntos en un caso de aportes dinerarios entre sociedades.

Por otra parte, es importante señalar, que otro de los objetivos buscados estuvo directamente vinculado con las normas sobre ajuste por inflación. Cabe recordar que mediante la ley 23260 se introdujo el denominado ajuste por inflación “dinámico” en reemplazo del anterior método estático dispuesto por la ley 21.894 (B.O. 01/11/1978).

En palabras de Ángel Schindel⁵⁹: “...su finalidad primaria fue la de complementar las normas sobre ajuste por inflación, particularmente el ajuste dinámico, a efectos de evitar maniobras por parte de los sujetos de la tercera categoría -obligados a practicar el referido ajuste- tendientes a evitar la efectiva incidencia del "ajuste dinámico" o para minimizar la carga del gravamen. Basta recordar que el pago de dividendos o el retiro de fondos por parte de los socios generaba un ajuste dinámico positivo desde el mes del referido pago de dividendos o retiro de fondos. En aquella época el mercado financiero admitía colocaciones a plazos fijos por períodos inferiores a un mes (siete días o más). Una forma de sustraer la imposición de los intereses en cabeza de las empresas era retirar a principios de mes, colocarlos a nombre de socios o accionistas (cuyos intereses estaban exentos del impuesto a las ganancias) y restituirlos antes del cierre del mes. De este modo, como a fines de los ajustes dinámicos positivos se tomaban las operaciones agrupadas por mes calendario, ningún efecto se traducía en cabeza de la empresa. En ese sentido el objetivo de la norma, como complemento del referido ajuste dinámico, era razonable”.

En la actualidad, como consecuencia del fenómeno de la concentración de empresas, la norma se ha convertido en un obstáculo difícil de sortear al momento de optimizar los recursos financieros de empresas que conforman un grupo económico.

⁵⁸ “*Establecimientos Rivex SACFel*”, TFN, Sala A, 30/11/1999.

⁵⁹ Ángel Schindel. “*Disposición de fondos a favor de terceros ¿presunción, ficción o sanción encubierta?*”. ERREPAR - DTE - agosto/2016 - T. XXXV. - Pág. 727

VII.2 Los cambios efectuados por la Ley 27430.

Si bien la Ley 27430 de reforma tributaria integral no alteró el concepto de la figura de intereses presuntos, si modificó de manera sustancial la metodología para su determinación, para los ejercicios que se inicien a partir del 01/01/2018.

La legislación anterior reglaba que la ganancia sería equivalente a:

1. Un interés con capitalización anual no menor al fijado por el Banco de la Nación Argentina para descuentos comerciales, o
2. Una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del 8 % anual.

De ambas, debía elegirse la mayor para aplicarla sobre el importe de lo adeudado.

Con la nueva redacción del artículo 73 de la LIG, el modo de calcular la ganancia proveniente de los intereses presuntos, quedó estipulada de la siguiente manera:

- a) En el caso de disposiciones de fondos, se presumirá un interés anual equivalente al que establezca la reglamentación⁶⁰, de acuerdo a cada tipo de moneda.
- b) En el caso de disposiciones de bienes, variará el interés a calcular según se trate de bienes muebles o inmuebles. Al respecto, se presumirá una ganancia equivalente al 8 % anual del valor corriente en plaza de los bienes inmuebles y al 20 % anual del valor corriente en plaza respecto del resto de los bienes.

Este criterio de valuación de los bienes, es concordante con el actual artículo 103 del DR que estipula que los bienes objeto de las disposiciones se valuarán por su valor de plaza a la fecha de la respectiva disposición.

Asimismo, se aclara que si se realizaran pagos durante el mismo período fiscal por el uso o goce de dichos bienes, los importes que se hayan pagado podrán ser descontados a los efectos de esta presunción. Es decir, se restará del capital prestado, lo que hará disminuir la base de cálculo de la ganancia gravable.

Además, se dispone que los intereses presuntos no deben aplicarse en los casos en los que tales sujetos efectúen disposiciones de bienes⁶¹ a terceros en condiciones de mercado, conforme lo disponga la reglamentación. El penúltimo párrafo del actual artículo 103 del DR establece que "... la imputación de intereses y actualización previstos por el citado

⁶⁰ Recalamos que a la fecha del presente escrito, la reglamentación correspondiente aún no ha sido oficializada. Sin embargo, continúan vigentes las disposiciones del artículo 103 del Decreto 1344/1998.

⁶¹ La norma se refiere sólo a las disposiciones de bienes, sin hacer referencia a las disposiciones de fondos.

artículo de la ley también procederá cuando la disposición de fondos o bienes devengue una renta inferior en más del veinte por ciento (20 %) a la que debe imputarse de acuerdo con dicha norma, en cuyo caso se considerará que el interés y actualización presuntos imputables resultan iguales a la diferencia que se registre entre ambas”.

La normativa actual eliminó la disposición que preveía la inaplicabilidad de la figura de los intereses presuntos, sobre las entregas que efectúen a sus socios las sociedades comprendidas en el apartado 2 del inciso a) del artículo 69. Estas son, las SRL, las SCS, y la parte correspondiente a los socios comanditados de las SCA. En todos los casos, cuando estén constituidas en el país. Por ende, estas sociedades quedan ahora comprendidas en la figura del artículo 73.

Asimismo, el artículo repite que no serán de aplicación los intereses presuntos cuando proceda el tratamiento previsto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 (referentes en general a operaciones cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre independientes para sucursales y filiales de empresas extranjeras). Pero se agrega que tampoco se calcularán intereses presuntos en los supuestos del primer artículo agregado a continuación del artículo 46. El artículo 46 bis fue incorporado por la reforma y establece presunciones de cuándo se considera que se ha configurado la puesta a disposición de dividendos o utilidades asimilables, en los términos del artículo 18 de la ley. Dicho artículo es muy importante, dado que el mismo es consecuencia de la modificación del artículo 46 de la ley, el cual determinó la gravabilidad de los dividendos y distribución de utilidades en general.

Con respecto al diferente tratamiento que la nueva normativa determina según se trate de disposición de fondos o bienes, es interesante resaltar la crítica que hizo Fernando García⁶², al momento de darse a conocer el proyecto de ley que finalmente fue presentado y aprobado en el Congreso. En ese entonces, el autor decía: “Se reitera: la apresurada redacción de la norma no considera que los ‘fondos’ también son ‘bienes’ y el presunto diferencial en función de la ‘clase de monedas’ carece de razonabilidad, debido a que con el nuevo Código Civil y Comercial unificado las monedas extranjeras deben tratarse como bienes (por su ausencia de poder cancelatorio forzoso de la moneda extranjera, al menos desde el punto de vista legal)”.

⁶² García, F. “*Ganancias. La Imposición a la renta societaria y a los dividendos en la ley 27430*”. ERREPAR - DTE - diciembre/2017.

VII.3 Disposiciones de fondos en moneda extranjera.

Si bien, como vimos en el punto anterior, la nueva redacción del artículo 73 contempla el caso de disposiciones de fondos en una moneda distinta a la de circulación en el país, es interesante repasar el criterio sostenido por la CSJN en la causa “*Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener SA*” de fecha 10/05/2016, que confirmando el criterio del TFN y de la CNCAF en sus anteriores instancias, resuelve que debe tenerse en consideración la situación concreta planteada entre las partes y, si la operación es en dólares, debe cotejarse la tasa de interés pactada con la tasa de interés de operaciones en dólares en el mercado. Utilizando este criterio, surge que el monto de intereses determinado por el contribuyente era superior al que regía en plaza en ese momento, y por lo tanto rechaza el criterio fiscal reconociendo como válido lo pactado por la actora con la empresa a la que le otorgó el mutuo.

Cabe tener presente que la posición fiscal fue sostenida en el Grupo de Enlace AFIP-CPCE. Así, en el acta del día 22/11/2006, se deja indicado que el Consejo observaba que el TFN se había expedido en contra del Fisco en algunas causas, por lo que se solicitaba que se reviera el criterio que venían aplicando en las operaciones en dólares. Los representantes del Fisco contestaron: “se ratifica el criterio anterior en base a la letra de la ley, en el sentido de realizar la conversión en pesos y aplicar sobre el importe así determinado el interés del Banco Nación”. Es decir, que AFIP reiteró siempre el argumento que sostuvo al apelar a la Corte en la causa que mencionamos, en el sentido de que no existiendo una norma específica para tratar a las operaciones en dólares, estas debían convertirse a pesos, aplicarse la tasa de interés del Banco Nación para operaciones comerciales en pesos y el resultado de ese cálculo cotejarlo con los pesos que arrojaba la operación pactada en dólares. Sobre esa diferencia debía practicarse el ajuste.

VII.4 Disposiciones de fondos en el exterior.

La ley 25063, que estableció la vigencia efectiva del criterio de renta mundial, incorporó el artículo 155 a la LIG que contiene una presunción similar a la del artículo 73 respecto de las sociedades de capital comprendidas en el inciso a) del artículo 69, a efectos de gravar las disposiciones de fondos o bienes ubicados en el exterior o afectados a la producción de ganancias de fuente extranjera. La tasa de interés a aplicar será la mayor fijada para

créditos comerciales vigente en las instituciones del país en que se encontraban los fondos o en el que los bienes estaban situados, colocados o utilizados económicamente. Asimismo, este artículo dispone que no se determinaran intereses presuntos a las entregas que efectúen a sus socios las sociedades comprendidas en el apartado 2 del inciso a) del artículo 69 (SRL, SCS y la parte correspondientes a socios comanditados de las SCA), ni a las que los EP del artículo 128 de la ley realicen a sus titulares residentes en el país, sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre valuación de las operaciones como si fueran partes independientes a que se refiere el artículo 130 de la ley. Cabe mencionar que el artículo 155 no ha sido modificado por la Ley 27430.

VII.5 Disposiciones de fondos en conjuntos económicos.

Tanto en el artículo 73 de la LIG como en el 103 del DR, se utiliza la expresión *empresa* en lugar de *sociedad*, *sujeto* o *contribuyente*, que hubiese sido más preciso.

Con respecto a la definición y alcance del vocablo *empresa*, si bien hay abundantes trabajos publicados sobre el tema, subsisten igualmente dudas sobre una precisa delimitación de su concepto. Sin embargo, creemos que ésta expresión debe ser entendida en forma más amplia que la expresión *sociedad*. En efecto, una sociedad puede, además de desarrollar su propia actividad, poseer participaciones en otras controladas, lo cual implicará que el conjunto de todas las actividades y sociedades conforme un conglomerado empresario. Por otro lado, hay empresas individuales, o que jurídicamente son sociedades de hecho, que no califican como *sociedad de capital* conforme el artículo 69 de la ley, por lo que, en ambos casos, no se les aplicaría la presunción que estamos analizando

Esto ha motivado diferentes y contradictorias interpretaciones jurisprudenciales en lo que atañe a disposiciones de fondos entre sociedades que conforman un mismo grupo o conjunto económico. Conforme lo hemos expresado, para que la presunción legal se efective, es condición ineludible que la disposición de bienes o fondos se haya efectuado en calidad de préstamo a favor de un tercero, y además que dicha disposición de recursos no se efectúe en interés, beneficio o provecho de la empresa.

Del análisis de la jurisprudencia podemos determinar dos doctrinas claramente opuestas. Una es aquella que basándose en el principio de la realidad económica, niega la existencia de un "tercero" en las empresas que conforman un grupo económico, y en consecuencia resuelven no aplicar la presunción. Por el contrario, hay otro grupo de fallos que

sostienen la independencia jurídica e impositiva de las empresas intervinientes, por lo que resuelven la aplicación de la presunción en la medida que la disposición de fondos no se vincule con el interés de la empresa.

Si bien consideramos que ésta discusión ha llegado a su punto final a partir del decisorio de la CSJN en el fallo “*Fiat Concord*” del 06/03/2012, ratificado como veremos más adelante en otras causas, en el cual se sostuvo que “la relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente (respecto de la sociedad dominante) ni anula su capacidad jurídica tributaria”; creemos también necesario hacer mención a la otra postura ya que fue el criterio mayoritario adoptado por los tribunales previo a la intervención de la Corte en el tema.

VII.5.a Principio de la realidad económica. La teoría del órgano.

El principio de la realidad económica está previsto en el artículo 1 y 2 de la LPT Nro. 11683. El primero de ellos reconoce la autonomía del derecho tributario al disponer que para interpretar sus normas se atenderá al fin de ellas y a su significación económica. El segundo instituye el principio de realidad económica, estableciendo que sólo para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas. Se añade que cuando estos se sometan a formas o estructuras jurídicas que no se correspondan con las del derecho privado, se prescindirá de ellas y se considerará la situación económica real que hubiera correspondido aplicar.

Esto significa otorgar a la ley una inteligencia tal que no permita al contribuyente manipular la forma jurídica para lograr un menor pago del tributo. Esta interpretación económica, no importa la violación al principio de legalidad y sólo se aplica restringidamente ante casos de abusos evidentes del derecho. Solo a partir de este supuesto, puede concebirse que un acto sea imputado a un sujeto diferente al legalmente designado, o en una modalidad diferente de tributación, debiendo el responsable responder por los daños causados con su propio patrimonio. La CSJN en la causa “*Transportadora de Energía SA*” del 29/06/2017 ha afirmado que “para la aplicación del instituto se requiere que existan motivos serios por los cuales quepa dejar de lado la configuración de un determinado negocio jurídico para reencuadrarlo en aquel otro que mejor se adecue a la sustancia económica del asunto o a la auténtica intención jurídica de las partes intervinientes”. Además, también ha dicho con firmeza en “*Autolatina Argentina SA*” del 27/12/1996, que “sin des-

conocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la ‘realidad económica’, su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regula concretamente la realidad tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o de legalidad (...), supondría paralelamente un serio menoscabo al de seguridad jurídica (...), e importaría prescindir de la ‘necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria’...”.

Este principio sirve a modo de herramienta contra el fraude, para indagar la realidad de los hechos económicos realizados por el contribuyente a efectos de su correcto encuadramiento en las normas tributarias sustantivas.

Algunos ordenamientos tributarios extranjeros hacen referencia a este criterio, pero, al igual que en nuestro país, limitándolo a los supuestos de utilización de formas jurídicas manifiestamente inapropiadas. En el caso de sociedades vinculadas, existe una creación del derecho tributario alemán conocida como la “teoría del órgano”, la cual consiste en considerar en donde se considera que la entidad dominada (filial o sucursal) es un órgano de la dominante (casa matriz) con lo cual se integra en un sólo ente orgánico, por lo tanto se le otorga personalidad jurídica al grupo empresario como unidad. En las legislaciones que admiten este criterio se suelen fijar determinados requisitos, particularmente si la opción queda a voluntad del contribuyente, tales como el mantenimiento de la misma durante un determinado número de años, tenencia de un porcentaje significativo en el capital de las sociedades controladas, etc.

En nuestro país, si bien la legislación nada establece al respecto, la CSJN al fallar en el año 1973 en las causas “*Compañía Swift de la Plata SA Frigorífica*”, “*Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC*” y “*Mellor Goodwin Combustión SA*”, recurrió a la teoría del órgano para justificar la aplicación del principio de la realidad económica al sentenciar que dos personas jurídicamente vinculadas por una comunidad de intereses económicos, a los efectos fiscales debían ser consideradas como una única persona, porque lo que interesa al derecho tributario es el verdadero sujeto que configura los hechos imposables sobre el cual recae el verdadero interés fiscal y puede ejercer el Estado su poder tributario.

El marco normativo que permitía la aplicación de la “teoría del órgano” fue sustancialmente modificado al dictarse la ley 21481 el 28/08/1976, la cual -entre otras cuestiones- modificó el artículo 14 del la LIG estableciendo el principio de contabilidad separada

entre las casas matrices, admitiendo la realización de operaciones entre ellas y la deducción de gastos en el sujeto local, en la medida que se cumplan ciertos y determinados requisitos.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el año 1985, la CSJN dicta otra sentencia en este mismo sentido en la causa "*Kellogg Co. Argentina SACIyF*" en la cual, haciendo referencia a los 3 fallos del año 1973 citados anteriormente, terminó por resolver que la doctrina de la "penetración", o "teoría del órgano", no debe aplicarse en forma indiscriminada, dejándose de lado cuando no existen actos antijurídicos que importen un abuso del derecho. La Corte destacó que "los Tribunales pueden descorrer el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración y asimismo, admitir la invocación -como en el caso- de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que como dijera esta Corte (*in re "Compañía Swift de La Plata SA Frigorífica s/convocatoria de acreedores"*) de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea ésta favorable al Fisco o al contribuyente".

Analizada la teoría del órgano, corresponde ahora profundizar su análisis en materia de disposición de fondos o bienes, al respecto puede decirse que al generarse la controversia sobre la aplicación de la figura de la disposición de fondos en este tipo de operaciones, la jurisprudencia de primera instancia había logrado cierto consenso sobre sus elementos tipificantes, especialmente respecto de los préstamos entre compañías vinculadas. Con estricto apego al principio de la realidad económica, consideraban que los mutuos entre empresas fuertemente vinculadas no disparaban la presunción del artículo 73, toda vez que faltaba la concurrencia de un elemento esencial: la presencia de un "tercero". Así pues, las relaciones negociales *intercompany* no generan intereses presuntos porque las compañías vinculadas, más allá de ser sujetos independientes, no son "terceros" entre sí desde un enfoque realista de la normativa fiscal.

En todos los casos, se adentró en el análisis de las estructuras societarias a la luz del principio de la realidad económica, independientemente de la estructura jurídica utilizada, conforme el antecedente comentado de la Corte en "*Kellogg Co. Argentina S.A.*".

En algunos fallos se citó como fundamento adicional el espíritu de la norma aquí analizada. Ello así, por cuanto consideraban que no podían existir maniobras evasivas en los casos de préstamos *intercompany* en que la deducción de los intereses por parte de una

de las partes implicaba la gravabilidad de los mismos en cabeza de la otra. De tal forma, los intereses que pretendían gravarse, dentro de un conjunto económico, no implicaban la existencia de evasión, sino la neutralidad del impuesto.

Uno de los primeros antecedentes en donde se trató el tema de los préstamos entre sociedades vinculadas que no devengan interés, fue en la causa “*Fiat Concord*” de la Sala D del TFN, de fecha 16/10/2002. El caso se trataba de un préstamo realizado por una sociedad local, que tenía como destinatario a otra sociedad del país que era socio mayoritario y controlante de aquella con una posesión del 99,99 %, y que no devengaban interés a favor del contribuyente. El Fisco entendió que correspondía aplicar la presunción del artículo 73 ya que se trataba de dos sociedades legalmente constituidas, con estatutos y objetos sociales propios, con inscripciones diferentes ante la IGJ y DGI. El Tribunal resolvió a favor del contribuyente expresando: “corresponde hacer aplicación al caso del principio de la realidad económica consagrado en los artículos 11 y 12 de la ley 11683 -según la normativa vigente en dicho momento-, aún cuando se trate de dos sociedades con personería jurídica propia. La realidad muestra que el mismo grupo decide operar valiéndose de sociedades separadas, en virtud de estrategias económicas que no están ahora en tela de juicio, pero que de ninguna manera supone hallarse frente a terceros (...) Pero además, debe señalarse, que si bien ambas sociedades tienen personalidad jurídica y tributaria propia, integran un conjunto económico, de tal manera que los intereses presuntos que pretenden gravarse en cabeza de una de ellas, constituirían un gasto deducible para la controlante, sin que se perfeccione evasión alguna, sino la neutralidad del impuesto.” Es oportuno señalar que este criterio fue revocado por la Sala IV de la CNCAF en sentencia del 21/03/2006, y finalmente dejado sin efecto por la Corte el 06/03/2012.

Otro caso importante de mencionar en el mismo sentido, es el de “*Agropecuaria KKHATU SA*” del TFN del 29/06/2004, confirmado por la CNCAF el 08/10/2009. En este caso también se trataba de sociedades que integraban un conjunto económico, pero con la diferencia de que no se trataba de sociedades controlantes, sino de sociedades cuya titularidad accionaria correspondía a las mismas personas físicas, en igual porcentaje.

Bajo esta corriente de pensamiento existen numerosos pronunciamientos tanto del TFN como de CNCAF, en donde las circunstancias de hecho de cada caso han sido ponderadas en virtud del principio de realidad económica, concluyendo en la inexistencia de “terceros” en las disposiciones de fondos entre empresas de un conjunto económico. Los

fallos que podemos citar al respecto son: “*Bio Sidus SA*”, TFN, Sala B, 19/10/2004; “*Dragados y Obras Portuarias SA*”, TFN, Sala B, 23/11/2004, confirmado por la CNCAF, Sala IV, 05/06/2008; “*Akapol SA*”, CNCAF, Sala V, 09/03/2005 revocando la sentencia del TFN, Sala A, 08/07/2003; “*Empresa de Transporte Mariano Moreno SA*”, TFN, Sala D, 11/08/2004; “*Supercanal Internacional SA*”, TFN, Sala B, 20/09/2004; “*Petroquímica Río Tercero SA*”, TFN, Sala B, 30/08/2005; “*Empresa de Combustible Zona Común SA*”, TFN, Sala B, 23/05/2005, confirmado por la CNCAF, Sala III, 17/03/2009; “*Symrise SA*”, TFN, Sala B, 27/09/2006; “*Roemmers SA*”, TFN, Sala B, 29/11/2006, confirmado por la CNCAF, Sala IV, 31/08/2010; “*Secin SA*”, TFN, Sala C, 07/05/2007; “*Haarmann & Reimer SA*”, CNCAF, Sala IV, 14/04/2009. “*Whirlpool Argentina SA*”, CNCAF, Sala III, 09/10/2009; entre otros.

VII.5.b Principio de la independencia jurídico-tributaria.

No obstante los antecedentes nombrados en el punto anterior, existieron también pronunciamientos de otras salas, tanto del TFN como de la CNCAF, que se inclinaron por la aplicación de la presunción, por considerar que las empresas que conforman un mismo conjunto económico son sujetos jurídica y tributariamente distintos.

Algunos de los antecedentes que podemos nombrar en este sentido fueron “*Akapol SA*”, TFN, Sala A, 08/07/2003; “*Tensioactivos del Litoral SA*”, TFN, Sala C, 27/09/2005; “*Fiat Concord*”, CNCAF, Sala IV, 21/03/2006; “*Mirror Holding SRL*”, CNCAF, Sala III, 30/03/2010; entre otros.

En todas ellas se afirma que no puede sostenerse la inaplicabilidad del instituto al amparo de la condición de conjunto económico, toda vez que se trata de operaciones entre dos empresas legalmente constituidas, con estatutos y objetos sociales diferenciados, lo que las califica como independientes desde el punto de vista jurídico-tributario. Estos argumentos se asientan en lo dispuesto por el artículo 1 de la LGS⁶³ nro. 19550, que establece que el tipo societario es un elemento indispensable para la existencia de la sociedad, y que una vez adoptado provee la calidad de sujeto de derecho otorgándole individualidad respecto de los socios que la componen. Además, se destaca que ni la normativa tributaria ni la legislación comercial regulan los conjuntos económicos como estatutos autónomos,

⁶³ Recordemos que la ley 26994 que instauró el nuevo CCyCN, cambió la denominación de la ley 19550 de *Ley de Sociedades Comerciales* a *Ley General de Sociedades* (LGS).

por lo que se entiende que no existe en el ámbito de la ley un concepto de personalidad especial para estos casos.

Por último, se agrega que al no mediar contraprestación en los términos previstos por la normativa aplicable, no se verifica el interés de la empresa disponente de los fondos, sino el de un tercero jurídicamente independiente.

El 02/02/2009, la Procuradora del Ministerio Público Fiscal, Dra. Laura Monti, dictamina en las causas “*Fiat Concord*” y “*Akapol SA*”, fijando un importante precedente. Finalmente, el 06/03/2012 es la CSJN la que sentencia en la primera causa citada, poniendo fin a la discusión que se venía manteniendo de larga data resolviendo que un préstamo entre compañías, aún vinculadas, que no prevea intereses y que no pueda demostrarse que su otorgamiento resulta en interés de la prestadora, hace nacer la presunción para la aplicación de la figura de la disposición de fondos en concepto de intereses presuntos.

El mismo día que la Corte dicta sentencia en la causa “*Fiat Concord*”, lo hace también en la causa “*BJ Services*”, remitiéndose a los argumentos de la primera. Y sólo dos meses después, el 03/05/2012, lo hace en igual sentido en la causa “*Akapol SA*” confirmando el criterio formalista adoptado anteriormente. Con posterioridad a estos 3 fallos, la Corte dictó varias sentencias en idéntico sentido⁶⁴, manteniendo su postura respecto de la delimitación formal del término “terceros”.

Cabe destacar, que el Alto Tribunal en la sentencia de “*Fiat Concord*”, aclaró que no dejaba de lado la necesidad de evaluar en profundidad situaciones que tuvieran particularidades que podrían permitir concluir que se trataba de operaciones incluidas en el giro del negocio, y por lo tanto no generadoras de intereses presuntos. En este punto, cabe tener presente que al mes siguiente la Corte sentenció en la causa “*Dragados y Obras Portuarias SA*” dejando sin efecto la determinación de oficio efectuada por el Fisco atento a que, si bien no procedía ponderar la existencia de un conjunto económico, quedó demostrado, por parte de la actora, que las operaciones que efectuaba con su sociedad vinculada estaban dirigidas a la realización de negocios en beneficio de la sociedad y por lo tanto no procedía el interés presunto.

⁶⁴ Cfr. “*Whirlpool Argentina SA*”, CSJN, 30/10/2012; “*Petroquímica Rio Tercero SA*”, CSJN, 14/07/2015; “*Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener*”, CSJN, 10/05/2016; entre otros.

VII.6 Disposiciones de fondos en interés de la empresa.

El primer párrafo del artículo 103 del DR de la LIG entiende que para la aplicación de los intereses presuntos, el préstamo no debe tener como antecedente un “beneficio gravado”. En este sentido, no existe obstáculo alguno para entender que el préstamo realizado sin intereses, o con una tasa menor a la instaurada por la ley, puede generar futuros “beneficios gravados” para la disponente.

Existe una línea de jurisprudencia que prioriza demostrar, para que se configure la presunción, la inexistencia de este “beneficio gravado” en la empresa que aporta los fondos. Este criterio comienza con el fallo “*Kasdorf SA*” de la Sala C del TFN de fecha 27/09/2005 en donde, a diferencia de los casos anteriores, no se trató de desvirtuar la presunción por el lado del principio de la realidad económica, sino que se demostró la existencia del interés de la empresa acreedora. En efecto, Kasdorf realizaba préstamos financieros a favor de Milkaut SA (empresa no vinculada) con la finalidad que ésta última desarrolle una planta de última tecnología. Para así decidir, el Tribunal tuvo en consideración que la beneficiaria del préstamo invertiría su crédito en la refacción de la planta, lo que a la postre la convertiría en el proveedor de la disponente. Así pues, “...se evidencia una repercusión directa sobre ‘Kasdorf’, ya que le permitió un incremento en la calidad de la elaboración de sus productos lácteos, confirmándose la existencia del alegado beneficio económico y el efectivo desarrollo de las actividades en interés directo y exclusivo de la recurrente...”. Asimismo, aclara el Tribunal que los préstamos no fueron otorgados sin retribución alguna, y tampoco el interés percibido fue inferior al interés del mercado. A tales fines, el Tribunal consideró la tasa promedio vigente a dicho momento para préstamos en la moneda pactada en el sistema financiero, desechando la tasa fijada legalmente.

Como puede apreciarse, el TFN analiza el beneficio económico exigido por el DR desde un punto de vista indirecto o mediato. La ventaja que obtiene la disponente no se relaciona de manera unívoca con el interés cobrado -que bien puede estar ausente-, sino más bien con los beneficios económicos que Kasdorf obtendrá a partir de la actualización de la planta de Milkaut, su principal proveedor. El precedente supone que el mutuo mejorará las utilidades de la mutuante y, en consecuencia, existirá un beneficio gravado en los términos del artículo 103 del decreto.

Bajo este mismo criterio sentenció la Sala C del TFN el 19/10/2007 en la causa “*Don Cesáreo SCA*”, en donde entendió que el mutuo sin retribución alguna efectuado a favor de

una empresa cuya actividad es el engorde del ganado, cumple con el fin económico inherente al giro del negocio, toda vez que la disponente se dedica a la cría de ganado. Atento a que ambas empresas realizan una explotación ganadera de ciclo completo, el préstamo tendrá repercusión en las ganancias de la disponente.

En “*Fiat Concord*”, la CNCAF sentenció que “el hecho de que las sociedades estén vinculadas entre sí no demuestra -por esa sola circunstancia- que los préstamos de dinero hayan sido efectuados, en el caso, en beneficio de quien los realizó. Tal como lo sostuvo la Corte Suprema la relación orgánica de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad tributaria”.

En el fallo “*Supercanal Internacional SA*” y “*Litográfica San Luis SA*”, la Sala IV y III respectivamente de la CNCAF consideraron que no corresponde interpretar que en el caso del mutuo deba pactarse una retribución económica para que dicho acto sea considerado en “interés de la empresa”. Las ventajas para el mutuante pueden ser múltiples, circunstancias que han llevado a ambas salas a equiparar el interés al “provecho”. Las dos sentencias destacan que “...independientemente de que las distintas sociedades integren un mismo grupo económico, la aplicación de las normas del artículo 73 de la LIG debe ser ponderada en función de las circunstancias de hecho de cada caso en particular y considerarse el provecho del sujeto contribuyente que dispuso los fondos”.

En “*Athuel Electrónica SA*”, en donde el TFN analizó el impacto de diversos préstamos efectuados por la recurrente a sus vinculadas, cuya imputación se relaciona con su capitalización y participación accionaria, se llegó a la conclusión que más allá de la vinculación existente, era indudable que el mutuo benefició exclusivamente a los accionistas de la sociedad mutuaría, y no a la empresa disponente.

En el reciente fallo “*Lamartine SA*” del TFN, del 14/08/2017, la Sala B concluyó que se estaba en presencia de operaciones que respondieron al interés de la empresa receptora de fondos, quien se financió para el desarrollo de sus actividades evitando recurrir a otro medio de financiación sujeto a condiciones normales de mercado, mientras que la recurrente no obtuvo beneficio alguno del pago de dichos adelantos. Finalmente, se destaca que todas las operaciones que se relacionen con el giro comercial de la empresa o que importen un beneficio gravado para la sociedad serán consideradas en interés de ella.

Así lo expresó la CSJN en “*Akapol*”, el 03/05/2012 al precisar: “Que, en efecto, el *a quo* tuvo por probado que los préstamos otorgados por la actora estaban relacionados con

el giro comercial de esa empresa y que le reportaron un beneficio, ya que obtuvo una tasa de interés -9,5%- igual o superior a la que hubiera obtenido en una entidad bancaria, de manera que fueron realizados en interés de la sociedad, en los términos contemplados por el artículo 103 del DR de la ley del tributo”.

Otros antecedentes que podemos nombrar en este mismo sentido fueron “*Cobertura Federal de Salud SA*”, TFN, Sala C, 14/05/2007; “*Demetrio Bezus e Hijos SA*”, TFN, Sala C, 15/08/2007; “*Mirror Holding SRL*”, CNCAF, Sala II, 30/03/2010; “*Roemmers SA*”, CNCAF, Sala IV, 31/08/2010; entre otros.

VII.7 Dividendos anticipados.

En los casos de vinculación societaria por participación mayoritaria en el capital, la disposición de fondos a favor de las empresas accionistas en concepto de retiros a cuenta de utilidades, también se encuentran alcanzados por la presunción del artículo 73 de la ley.

Al respecto, debemos recordar que el artículo 224 de la LGS nro. 19550 expresa que las distribuciones de dividendos son lícitas sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado. A su vez prohíbe la distribución anticipada de dividendos resultantes de balances especiales, excepto que se trate de sociedades comprendidas en el régimen de fiscalización permanente del artículo 224 de la misma ley. En este último caso, no resultaría aplicable la presunción en cuestión.

En este sentido se ha expedido la Sala C del TFN en la causa “*Agropecuaria Dipe SA*” en donde la sociedad había entregado fondos a sus únicos accionistas en concepto de retiros a cuenta de utilidades cuya aprobación no había sido efectuada.

En la causa “*Luis Pasquinelli e Hijos SA*” del 03/07/2006, la Sala B del TFN expresó que los accionistas de la sociedad no gozan de la facultad de extraer y disponer libremente del patrimonio neto del ente societario del cual participan, sino que deben ejercer su actividad empresarial dentro del marco regulatorio fijado en la normativa vigente.

En el fallo “*Kepner SA*” del 16/02/2005, la Sala B del TFN resolvió no aplicar intereses presuntos sobre dividendos provenientes de resultados acumulados de ejercicios ya cerrados pero que aún se encontraban pendientes de aprobación, con el argumento que “...la formalidad de decisión reglamentaria adquiere visos descalificables de exceso ritual manifiesto cuando no se trata ya de sumas anticipadas, sino que pertenecen, en realidad, al

sujeto tomador en su carácter de accionista mayoritario por resultados anteriores acumulados y no distribuidos”. En la sentencia, se hace referencia al pronunciamiento del fallo “*Metcasa*” donde se señalaba que “de manera alguna funciona el mecanismo legal cuando el sujeto detenta saldo acreedor (saldo a su favor por acreditación de dividendos, por ejemplo) y efectúa retiros de su cuenta. Allí sólo retira lo que le pertenece, por lo cual, no existe disposición de fondos a favor de terceros...”.

Pero a pesar del antecedente comentado anteriormente, el 10/05/2006 en la causa “*BJ Services SRL*”, la Sala A del TFN resolvió aplicar la presunción en virtud a lo dispuesto por el artículo 234 de la ley 19550, que otorga con exclusividad a la asamblea ordinaria el derecho de resolver sobre la disposición y destino de los fondos. Este criterio luego fue convalidado por la Sala V de la CNCAF en sentencia de fecha 11/05/2007. Y con similar criterio resolvió la Sala B del TFN en la causa “*Welton SACIFIA*” el 05/10/2006, al considerar que si bien la sociedad contaba con resultados no asignados, la asamblea de accionistas habría aprobado las asignaciones con posterioridad a la fecha de entrega de los fondos.

VIII. APORTES IRREVOCABLES DE CAPITAL

Los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital son montos que se desembolsan a un ente económico, por parte de sus socios, accionistas o terceros, permitiendo siempre la posibilidad de ejercer el correspondiente derecho de preferencia a acrecer en la participación del capital por parte de los socios o accionistas en su caso.

En determinados casos, el Fisco ha pretendido aplicar a los aportes irrevocables la presunción del artículo 73 de la LIG, y es por este motivo que consideramos conveniente su desarrollo.

VIII.1 Concepto y características.

Si bien los aportes irrevocables no están legislados explícitamente en la LGS nro. 19550, la doctrina en su totalidad admite su existencia, como así también los órganos encargados de la aplicación de la materia societaria [RG (IGJ) 7/2015, entre otras].

Éstos nacen de necesidades concretas de la actividad comercial, y tienen lugar cuando un socio o tercero entregan fondos a la sociedad, que esta requiere para su desenvolvi-

miento empresario, con intención de suscribir en una futura emisión de capital (acciones o cuotas sociales), y así poder acceder a la participación social y gozar de los beneficios de un socio. Mientras estos aportes no sean capitalizados, no otorgan a sus aportantes los derechos políticos y patrimoniales que brinda el estatus de ser socio en una sociedad comercial.

En palabras del profesor Ricardo Nissen⁶⁵ (1994) “La necesidad de efectuar los aportes irrevocables surge generalmente como consecuencia del urgente requerimiento de fondos por parte de la sociedad, que no encuentra, en los procedimientos previstos por la ley 19550 para la obtención de financiamiento interno una adecuada respuesta. Por ello, y frente a concretas exigencias financieras, la sociedad recurre por lo general a sus socios, quienes hacen entrega de los fondos necesarios para cubrir esas emergencias, con el propósito de su inmediata capitalización”.

A diferencia de los contratos de mutuo, los aportes irrevocables no son efectuados con la intención de ser devueltos, sino por el contrario para capitalizarlos y así formar parte de la sociedad, o de acrecentar su participación, por esta razón no se contempla el pago de intereses de financiación.

Al respecto, es interesante destacar lo dicho por la CNCom. en el fallo “*Dieguez Fernando c/Himalaya Cía. De Seguros s/quiebra s/sumario*” del 21/06/2007, en la cual, ante la declaración de quiebra de la sociedad, uno de los aportantes de los fondos solicitó su reintegro a razón del incumplimiento por parte de ésta de concretar el expresado aumento de capital y la consecuente emisión de acciones. En dicho antecedente, la Cámara expresó que “cuando un sujeto entrega en calidad de aporte a una sociedad una determinada suma de dinero, está renunciando a la posibilidad de volver sobre sus pasos y reclamar la restitución de lo aportado. De la naturaleza jurídica del aporte, que a su vez se enraiza con la distinta personalidad que, respecto de la aportante, detenta la sociedad que lo recibe, se deriva que lo aportado pasa a formar parte del capital del otro sujeto y queda afectado a su riesgo empresario. De ahí que si quien pretende convertirse en socio adelantó el cumplimiento de la prestación a su cargo, mal puede entenderse que se haya reservado el derecho a retractarse: la naturaleza aleatoria de la inversión y las características del aporte, resultan resultan incompatibles con el ejercicio de un derecho semejante”. El fundamento utilizado

⁶⁵ Ricardo Augusto Nissen, en “*Negocios parasocietarios*”, Editorial Ad-Hoc, 2da edición actualizada, capítulo 4to, pág. 95, párrafo 2do.

para llegar a tal decisorio, se basa en que la intención de las partes es que los fondos entregados a la sociedad se conviertan en verdaderos aportes de capital, quedando sujetos a los riesgos de la actividad empresarial, y esa entrega tiene, en principio, carácter irrevocable.

Otra característica diferencial de este tipo de contratos, es que no pueden estar constituidos por bienes en especie, títulos valores, aporte de fondo de comercio o participaciones sociales, de lo contrario se desvirtuaría la naturaleza del instituto.

VIII.2 Requisitos.

La RT 17 de la FACPCE, en su norma 5.19.1.3.1. establece los requisitos que deben cumplir los aportes irrevocables para no ser considerados como un pasivo para la sociedad receptora de los fondos. Ésta norma establece que sólo deben ser considerados como parte del patrimonio, los aportes que:

- a) Hayan sido efectivamente integrados.
- b) Surjan de un acuerdo escrito entre el aportante y el órgano de administración del ente que estipule:
 1. que el aportante mantendrá su aporte, salvo cuando su devolución sea decidida por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente mediante un procedimiento similar al de reducción del capital social;
 2. que el destino del aporte es su futura conversión en acciones;
 3. las condiciones para dicha conversión.
- c) Hayan sido aprobados por la asamblea de accionistas (u órgano equivalente) del ente o por su órgano de administración ad referendum de ella.

Una vez suscripto el acuerdo, formará parte del patrimonio neto, pero en caso de no celebrarse con posterioridad la asamblea de accionistas que decida su capitalización, o su decisión de no capitalizarlo, hará que el anticipo forme parte del pasivo de la sociedad.

A este respecto, la IGJ, con jurisdicción en Capital Federal, dictó la RG 7/2015, que dispone en su art. 103, apartado 1º inciso a), que el plazo durante el cual el aportante se obliga a mantener el aporte y dentro del cual deberá celebrarse la asamblea de accionistas que deberá decidir sobre su capitalización, no podrá exceder el término del ejercicio económico en que se haya aceptado computado desde la aceptación del aporte por el órgano de administración de la sociedad, salvo que en razón de la fecha de cierre del ejercicio económico, conforme los artículos 234, último párrafo, y 237 de la Ley 19550, la asamblea

general ordinaria deba celebrarse antes de cumplido el plazo, en cuyo caso la decisión sobre la capitalización de los aportes irrevocables deberá adoptarse en esa misma oportunidad.

El acuerdo preliminar entre el aportante y el directorio además de cumplir con los requisitos contemplados por la RT 17, deberá:

1. Identificar debidamente a las partes, especificando si es un tercero o accionista, o sociedad directa o indirectamente controlante o controlada de aquella.
2. Establecer el plazo durante el cual el aportante se obliga a mantener el aporte y dentro del cual deberá celebrarse la asamblea de accionistas que tendrá que decidir sobre su capitalización, como un punto especial del orden del día.
3. Identificar la cantidad, características y clase de acciones que deberán entregarse al aportante en caso de aprobarse su emisión.
4. Establecer el valor patrimonial proporcional de las acciones en circulación a la fecha del acuerdo y si las nuevas acciones se emitirán con o sin prima de emisión.
5. Establecer el no devengamiento de intereses compensatorios sobre el monto portado.
6. Mencionar la obligación de la sociedad de cumplir la restitución, sin necesidad de resolución asamblearia especial alguna, en el caso de no celebrarse la asamblea.

Para las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la CNV elaboró la Resolución 466/2004 que, entre otras cuestiones, determina que las sociedades podrán recibir este tipo de aportes cuando se esté en una situación de emergencia que no permita la realización del trámite ordinario del aumento del capital social. Respecto a dicha situación de emergencia, se requiere una justificación detallada en donde no sólo se limite a hacer mención a que no se pudieron hacer los trámites ordinarios de aumento de capital por cuestiones de emergencia, sino que se deberá explicar la situación concreta que lo justifique. Coincide con el plazo estipulado por la IGJ para decidir su capitalización, pero se incluye un requisito novedoso que es el que la sociedad debe detallar cual fue el destino que le dieron al aporte irrevocable.

Es interesante en este punto destacar lo resuelto en el caso “*Palacio del Fumador SRL*” de fecha 26/08/1986 en el cual la CNCom. señala que debe considerarse aporte de capital, y no mutuo la entrega de dinero a la sociedad por quien se desempeñaba como socio gerente, si pese a no cumplirse las formalidades propias del aumento de capital, median en el acto elementos propios de la relación societaria, como ser, expectativa en las ga-

nancias que pudiere dar la actividad social por el esfuerzo financiero y la vigilancia en el control de la inversión del aportante.

VIII.3 Pautas fijadas por AFIP.

En el año 2004, la Dirección de Asesoría Legal (DAL) de AFIP es consultada con el propósito de precisar si una empresa que entrega los fondos lo hace como un aporte societario o bien como una simple disposición de fondos o préstamo en los términos del artículo 73 de la LIG, y, de ser así cuál es el momento a partir del que se considera que se ha configurado dicha disposición a favor de la firma. Al respecto, el 29/12/2004 se publica el Dictamen (DAL) Nro. 56/2004 que establece que para que un ingreso de fondos en una sociedad pueda ser considerado como aporte societario se requiere el cumplimiento de una serie de exigencias, que exceden a la simple voluntad del aportante, que deben ser cumplimentados por la sociedad receptiva para que los importes sean formalmente capitalizados. Sin no se cumplen dichas exigencias, la configuración de la disposición de fondos a favor de terceros debe considerarse desde el momento en que se verificó la erogación, y no desde la fecha de vencimiento del plazo en el cual debía convocarse a asamblea de accionistas para tratar el aumento de capital.

Con fecha 21/11/2005 AFIP dictó la Instrucción General Nro. 747/2005, creando un “Programa Especial de Fiscalización” en materia de servicios financieros entre empresas vinculadas, destinado a verificar la existencia de pasivos que pudieran asimilarse a aportes de capital, a los efectos de evitar la deducción de las diferencias de cambio devengadas por aquellos.

Los criterios a seguir para determinar que no procede considerar la existencia de un pasivo son los siguientes, a saber:

- a) Se carece de un instrumento público o privado de fecha cierta, a fin de probar la existencia del contrato de mutuo. Sobre este requisito, es procedente destacar el fallo de la CSJN en “*Autolatina Argentina SA*” de fecha 15/03/2011, y el fallo del TFN en “*Compañía Ericsson SACI*” del 15/08/2007, ya analizados en los puntos VI.3 y VI.5 respectivamente.
- b) No solo no existe un plazo expreso de devolución, sino que en los hechos tampoco ha habido, restitución alguna.
- c) Resulta evidente que el dador no espera la devolución de las remesas efectuadas.

- d) La cuantía de los fondos obtenidos no guarda una proporción razonable con los activos amortizables. Con respecto a este requisito, se cita el apartado 25 del artículo 10 de los comentarios al Modelo de CEDI de la OCDE, el cual define una serie de circunstancias a tener en cuenta para precisar cuando un prestamista comparte los riesgos de la empresa, y en consecuencia imponerle a los intereses el tratamiento como dividendos en la normativa interna del país del prestatario. Las circunstancias citadas son las siguientes:
- El préstamo supera, en gran medida, las restantes aportaciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte importante del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción razonable con los activos amortizables;
 - El acreedor participa en los beneficios de la sociedad;
 - El reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas correspondientes a otros acreedores o al pago de dividendos;
 - La cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad;
 - El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula que prevea el reembolso en un plazo determinado.
- e) Falta de documentación respaldatoria del ingreso de los fondos al país.

Asimismo, y a fin de diferenciar un futuro aumento de capital de un préstamo, se enuncian algunos atributos a tener en cuenta:

1. La intención que debe primar entre las partes (si por lo ingresado en la sociedad no se espera una participación societaria sino la devolución del mismo aporte u otra contraprestación diferente, no hay aporte, habrá préstamo u otra prestación similar).
2. Vocación de permanencia (debe existir una vocación de permanencia tanto por la conducta del aportante como para el receptor. El primero ejerce un derecho subjetivo y no espera la devolución. La sociedad recibe el aporte porque desea recomponer el patrimonio o regularizar la insuficiencia del capital actual).
3. Sujeción al riesgo empresarial (una vez realizado el aporte, el inversionista asume los riesgos por el capital, por el beneficio y por la liquidez, cuando el prestamista comparte efectivamente los riesgos de la empresa prestataria, es otro aspecto a tener en cuenta para dilucidar si un préstamo puede tratarse como aporte de capital y sus intereses como dividendos).

VIII.4 Criterio contable.

La contabilización de los aportes irrevocables en cuanto a los requisitos y forma de exposición se encuentra regulada en las RT Nro. 9 y 17 aprobadas por la FACPCE.

Si bien, no nos adentraremos en el desarrollo de este tema por exceder el alcance del presente trabajo, sólo mencionaremos que los aportes irrevocables deben exponerse en los estados contables teniendo en cuenta la verdadera intención del aportante y de la sociedad que los percibió. Si la real intención del aportante fue la de transformarse en socio de la sociedad receptora en caso de ser este un tercero, o la de aumentar su participación accionaria si ya era accionista, los mismos deben exponerse como parte integrante del patrimonio neto. Por el contrario, si la intención fue la de obtener un rédito económico con su posterior restitución, los mismos deben exponerse formando parte del pasivo, habiéndose detallado cuales son los requisitos establecidos por la norma contable para su categorización como uno u otro.

Lo que sí resulta claro es que su ubicación en la cuenta pasivo o en la cuenta del patrimonio neto trae consecuencias jurídicas ulteriores totalmente distintas, no solo en los casos de concurso preventivo o quiebra de la sociedad aportada, sino también consecuencias tributarias en el impuesto a las ganancias, sobre todo en la posibilidad de deducción de las diferencias de cambio y en la aplicación de la figura de intereses presuntos del art. 73.

La contabilidad cumple un rol clave atento al fallo “*Industrias Plásticas Daccord*” del TFN del 17/12/1997, pues la falta de normativa legal o reglamentaria expresa motiva que el criterio contable y fiscal vayan alineados. En su pronunciamiento, la Sala A expresó: “Constituyendo las registraciones que surgen de los estados contables de la apelante el soporte técnico de la ‘contabilidad fiscal’, la consideración de ajustes al pasivo no reflejados en aquéllos significa un apartamiento inmotivado de las normas que gobiernan la confección de los balances contables. Admitir lo contrario implicaría suponer que los balances certificados por contador público no reflejarían la real situación económico-financiera de la sociedad ni su resultado final e importaría desconocer el principio general de derecho a través del cual nadie puede ir contra sus actos propios, resultando inadmisibles una conducta contradictoria”. La Sala II de la CNCAF, con fecha 06/07/2000, confirmó el fallo del TFN expresando “no existe una total autonomía en la contabilidad fiscal ya que para las liquidaciones impositivas debe partirse del resultado del balance comercial”. Si bien la doctrina emanada de estos fallos ha sido rechazada por la doctrina en el sentido que no

puede ser aplicada de manera absoluta, es un precedente que debe ser considerado y merituado.

VIII.5 Jurisprudencia.

En la causa “*Entretenimientos SA*” de fecha 28/06/2004, la Sala D del TFN otorgó el tratamiento previsto en el art. 73 de la LIG atento que los importes dados en su oportunidad para futuras suscripciones de acciones fueron devueltos. En su sentencia, el Tribunal expresó: “Que si bien la Asamblea social es la que tiene la facultad de decidir respecto de la emisión de acciones, el hecho de haber concertado una entrega de dinero con expresa afectación para integrar acciones a emitirse en el futuro sin que ello haya ocurrido, sólo genera como único compromiso para la sociedad receptora, el de su restitución, situación ésta que, visto desde otra óptica, basada también en el principio de la realidad económica - dado el carácter lucrativo de la actividad empresaria-, lleva a concluir en que esta derivación de fondos de una sociedad a otra, no puede ser otra cosa que la disposición de fondos a que se refiere los art. 73 de la ley del tributo y 100 del DR, vigentes en el período objeto del ajuste, configurando un pasivo para la receptora del dinero y un crédito para la otra”.

En el antecedente “*Comply SA*” de fecha 12/10/2006, la Sala C del TFN se pronunció en contra de aplicar la presunción de intereses del artículo 73 de la LIG atento a que la sociedad aportante tenía como objeto social la realización de inversiones, por lo que los aportes efectuados se acomodan a la esencia de su objeto como una alternativa válida de su operatoria, máxime cuando esos anticipos fueron finalmente capitalizados. El Tribunal sostuvo que para que proceda la mencionada presunción, la disposición de fondos debe efectuarse en función de intereses extraños al objeto y fines de la empresa que la realiza, circunstancias que no se dieron en el caso.

Con respecto a la posibilidad de deducción de diferencias de cambio negativas provenientes de devoluciones de aportes irrevocables instrumentados a través de contratos de mutuos pactados en moneda extranjera, podemos citar el fallo “*Los Acollarados SA*” del 07/09/2007 en donde la Sala D del TFN expresó que “para deducir como pérdida diferencias de cambio, ellas deben provenir de operaciones alcanzadas por el impuesto y una devolución de aportes irrevocables no es en modo alguno una operación gravada, sino la consecuencia de reducir una porción del patrimonio que no llegó a plasmarse en capital social, por simple desidia en dar ese paso, ya que tampoco la sociedad había considerado a esos

aportes como deuda exigible -no devengaban intereses- y sólo cuando sobrevinieron los acontecimientos de diciembre de 2001 se decidió modificarles el anterior status y tratarlos como mutuos cuando en realidad se trataba de créditos de los accionistas, originados en pesos, que no llegaron a capitalizarse.” De esta manera se confirmó el criterio del Fisco nacional que sostuvo que se trataba de una maniobra tendiente a sacar provecho de la emergencia financiera de fines de 2001, por medio de la cual se intenta generar quebrantos en la sociedad anónima, para emplearlos impositivamente, lo que no hubiera sido posible si tales quebrantos hubieran recaído en personas físicas no habitualistas -los accionistas-.

Otro antecedente importante en este sentido es el de la Cámara Nacional Penal Económico (CNPE), Sala B, en autos “*Agrosal SA s/evasión tributaria agravada*” de fecha 31/08/2010. La conducta denunciada penalmente habría consistido en la deducción improcedente de supuestas diferencias de cambio negativas por resultados financieros, originadas en la actualización de los importes correspondientes a aportes irrevocables de capital efectuados por el presidente y accionista mayoritario de dicha sociedad, la cual resolvió no capitalizar y restituir al accionista aportante en una moneda equivalente a la del momento en que fueron realizados los aportes. La Cámara lo definió como una liberalidad expresando que “toda vez que el ingreso a la sociedad de aportes irrevocables de capital (no préstamos) efectuados por los accionistas, no se encuentra gravado por la LIG, en principio la diferencia en más que se restituye a los accionistas al revertirse el aporte irrevocable de capital no puede ser deducido del tributo en cuestión. Lo expresado no impide que los accionistas decidan devolver el capital recibido en concepto de aporte irrevocable con más las diferencias que estimen convenientes, pero se impide deducir aquella diferencia del balance impositivo de la sociedad pues constituye una liberalidad del ente ideal, al no estar obligado a restituir ninguna diferencia en más pues el origen del capital no fue un mutuo en el cual se haya acordado el devengamiento de interés alguno”.

IX. PROPUESTAS

Previo al desarrollo de las propuestas o cambios que consideramos conveniente implementar, creemos oportuno resaltar que, en democracia, cualquier tipo de reforma que estén dispuestos a impulsar los gobiernos, éstas deben reflejar no sólo sus consensos inter-

nos, sino también los consensos que creen poder lograr con las demás fuerzas políticas, siempre en beneficio de la totalidad de la población.

IX.1 Modificar la presunción legal absoluta del Art. 73 de la LIG.

La figura contenida en el artículo 73 de la LIG, constituye una presunción legal que no admite prueba en contrario, debido a que se requiere para tener por configurado el hecho inferido, que se encuentre previamente acreditado el hecho base a partir del cual la norma conforma el esquema presuntivo sin admitir prueba en contrario.

Del texto legal se extraen las siguientes definiciones:

Hecho base: "Toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el inciso a) del artículo 49, que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa (...)".

Hecho inferido (antecedente normativo): "(...) una ganancia gravada que será determinada conforme (...)".

El paso lógico para arribar al hecho inferido desde el hecho base, la norma lo realiza a través de una presunción absoluta de ganancia: "(...) hará presumir, sin admitir prueba en contrario (...)".

Recordemos que las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las presunciones legales, se pueden clasificar en relativas (*iuris tantum*) y absolutas (*iuris et de iure*).

Las primeras, se caracterizan por admitir prueba en contrario, es decir activan una inversión de la carga de la prueba. El legislador supone que siempre ocurre lo que él considera como consecuencia normal, pero si en el caso particular ocurrió lo anormal, podrá ser probado y la presunción perderá virtualidad jurídica. El efecto de esta herramienta normativa se refleja solamente en la carga de la prueba y, en cierto sentido, ayuda al Juez para su razonamiento, o a la Administración en su gestión recaudatoria. Pero bastará probar el hecho contrario al que infiere la presunción para que ésta ceda. En este caso, el instituto desempeña un rol estrictamente procesal.

En las presunciones legales absolutas, en cambio, se dispone una mayor intensidad de los efectos de la inferencia, por cuanto ella no admite prueba en contrario. La relación entre hecho base y hecho inferido, que es solamente probable, es asumida como cierta e inexorable, con carácter de "verdad legal". Aquí, la inadmisibilidad de prueba en contra se constituye en un recaudo del legislador para reforzar sus efectos. La clase de técnica pre-

suntiva a la que pertenece esa especie también debería respetar la regla que exige que el enlace entre el hecho base y el hecho inferido responda a los cánones de la lógica y la normalidad.

Se ha dicho que, con la presunción relativa, el legislador ayuda al intérprete en el momento de examinar la existencia y el alcance de un vínculo jurídico, mientras que la presunción absoluta impone un modo determinado de dicha existencia y su alcance, sin alternativa alguna.

Desde el punto de vista práctico, la diferencia entre ambas figuras está dada por la exigencia probatoria que debe cumplir el sujeto al cual beneficia la aplicación de la presunción legal absoluta, en cuanto la existencia del hecho jurídico que constituye el antecedente normativo se considera acaecido si se prueba la presencia de un hecho previo legislado.

Párrafo aparte merece la explicación de las ficciones, en donde la vinculación entre antecedente y el consecuente normativo no responde a la realidad, convirtiéndose así en una invención o creación jurídica que afirma lo que racionalmente no podría sostenerse. En las presunciones se exige un mínimo de prueba, existencia del indicio, que permitirá tener por configurado el antecedente normativo, mientras que en las ficciones resultan operativas desde el momento mismo del acaecimiento del hecho jurídico previsto.

En razón de lo anteriormente explicado, la figura del artículo 73 de la ley del gravamen no constituye una ficción, puesto que el hecho inferido es producto de una consecuencia real y lógica en el curso normal de los negocios de los sujetos alcanzados la figura legal, en definitiva se trata de un hecho probable. Por lo tanto, es esencial que el fisco acredite debidamente el hecho base o indicio, a partir del cual la norma da origen al esquema presuntivo, caso contrario, arribaría a conclusiones erróneas con el perjuicio de afectar derechos constitucionales como legalidad, razonabilidad y capacidad contributiva.

Por lo expuesto, nuestra propuesta consiste en modificar la primera parte del artículo 73 de la LIG, con el propósito que la presunción admita prueba en contrario (*iuris tantum*), quedando a cargo del contribuyente demostrar la eventual improcedencia de los intereses presuntos o, en caso de pactarse intereses, la razonabilidad de la tasa aplicada.

IX.2 Suprimir el tercer párrafo del Art. 103 del DR de la LIG.

El tercer párrafo del artículo 103 del DR de la LIG, establece que cuando opere la devolución de los fondos o bienes, la imputación de intereses y actualizaciones presuntos cesará, considerándose que ésta implica la cancelación del crédito respectivo con más los intereses devengados, capitalizados o no, generados por la disposición de fondos o bienes respectiva. Sin embargo, si en el mismo ejercicio en el que opera la devolución o en el inmediato siguiente se registraran nuevos actos de disposición de fondos o bienes a favor del mismo tercero, se entenderá que la devolución no tuvo lugar en la medida dada por el monto de esas nuevas disposiciones, y que los intereses y actualizaciones que proporcionalmente correspondan a dicho monto tampoco han sido objeto de la cancelación antes aludida.

Aquí nos encontramos frente a una presunción creada por el reglamento, que, a nuestro criterio, excede ampliamente el alcance de la ley, al pretender aplicar intereses por un período en el que no hubo disposición de fondos. De aplicarse en forma rigurosa deberíamos rectificar declaraciones juradas anteriores por operaciones que ninguna relación tienen entre sí, generando intereses durante un período en el cual no existe disposición de fondos alguna ni perjuicio fiscal, transformando este instituto en una sanción sin causa y sin régimen recursivo alguno ya que no admite prueba en contrario.

Asimismo, Angel Schindel (2006)⁶⁶ sostiene que no contemplar las devoluciones si hay ulteriores retiros, genera una ficción en donde el fisco puede pretender el impuesto sobre pseudo rentas irrazonables de existencia meramente hipotéticas, lo cual puede tomar el gravamen resultante en irrazonable y confiscatorio y, por ende, violatorio de garantías constitucionales.

El mismo autor se pregunta: “¿Cuál es la razón de una restricción en el cómputo de las devoluciones tan severa como las que se disponen en esta norma reglamentaria? La explicación no es otra que las circunstancias de hecho de la época de la hiperinflación y de las maniobras de retiro de fondos de los primeros días del mes y su devolución antes del cierre del mismo, de modo de que no quedase registro de que los fondos efectivamente habían sido utilizados durante la mayor parte del período mensual por terceros (directores o accionistas). Lo que podría haber sido lógico en función de las pautas y modalidades de

⁶⁶ Angel Schindel. “Disposición de fondos a favor de terceros ¿presunción, ficción o sanción encubierta?”. ERREPAR - DTE - agosto/2016 - T. XXXV. - Pág. 727.

la aplicación del ajuste por inflación en el año 1985 dista de ser razonable a partir de 1991.”

Si bien aún estamos a la espera de la reglamentación del nuevo artículo 73 de la LIG, recientemente modificado por la Ley 27430, nuestra propuesta consiste en suprimir el tercer párrafo del actual artículo 103 del Decreto 1344/1998 reglamentario de la LIG.

IX.3 Restablecer el ajuste por inflación en la LIG.

A nuestro entender, la estructura tributaria argentina se caracteriza por la coexistencia de múltiples impuestos con alícuotas altas e ineficientes. Esta estructura refleja un gran número de cambios impositivos aislados que respondieron principalmente a las crecientes necesidades de financiamiento del gobierno en los últimos años.

El sistema tributario de nuestro país ha mutado en el tiempo hasta conformar un sistema caracterizado por un elevado nivel de presión tributaria, alta inequidad y gran presencia de tributos altamente distorsivos como por ejemplo el impuesto a los ingresos brutos y el impuesto sobre los débitos y créditos bancarios (impuesto al cheque). La presión tributaria ha tenido un crecimiento sostenido durante los últimos 20 años, explicado en parte por el denominado “impuesto inflacionario”. La inflación es un instrumento, no legislado, que le permite al gobierno financiar parte de su déficit fiscal evitando la creación de tributos o subas en sus alícuotas.

Si bien la inflación de un país es el resultado de decisiones de política monetaria y fiscal, creemos que el impuesto inflacionario usado como instrumento de recaudación presenta varias desventajas. Por un lado la inflación genera ineficiencias en la economía ya que distorsiona las decisiones de las empresas. Como el sistema tributario y contable no está diseñado para que el efecto de la inflación sea neutro, las decisiones de las firmas están orientadas a maximizar su ganancia contable y no necesariamente la rentabilidad económica.

Por otro lado, la desventaja principal se encuentra en que éste impuesto es sumamente regresivo en economías con mercados de capitales y bancarios desarrollados. En general, la cantidad de dinero a la vista en proporción al ingreso es mayor para las familias de menores recursos y, por lo tanto, el impuesto inflacionario opera de manera inversa al impuesto a las ganancias personales. Las familias de mayores recursos administran sus flujos financieros de manera eficiente y pueden resguardarse de la pérdida de valor que ocasiona la

inflación. La historia de nuestro país nos ha enseñado que la inflación es un flagelo que genera distorsiones tanto a nivel macro como microeconómico. Pero una de las peores características es su impacto asimétrico en las familias. Los sectores de menores ingresos suelen ser los que tienen tasas de ahorro nulas o muy bajas, y por lo tanto, la totalidad de sus salarios conforman los saldos monetarios expuestos a la inflación durante el transcurso del mes.

Con respecto al ajuste por inflación de la LIG, recordemos que las disposiciones de su Título VI no han sido derogadas. Sin embargo, el ajuste propiamente dicho no resulta de aplicación desde abril de 1992 hasta la reforma impositiva dispuesta por la ley 27430 (BO: 29/12/2017), en virtud de que el coeficiente a utilizar resultaba igual a 1, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 24073.

Pero lo concreto es que la ley 27430 de reforma tributaria no reinstauró el ajuste por inflación, solo prometió aplicarlo si la inflación llega a ser mayor al 33% en 2018; 66% en el acumulado 2018-2019; o 100% en el acumulado de 36 meses continuos anteriores a cualquier otro cierre de ejercicio futuro (LIG, nuevo art. 95).

Lo que ésta ley si estableció, es la posibilidad de efectuar la revaluación contable e impositiva con carácter optativo para ciertos bienes integrantes del activo, con el objeto de actualizar el valor de los mismos. Para efectuar el revalúo impositivo se debe abonar un impuesto especial que variará entre el 8 % y el 15 %, según el tipo de bien involucrado en la operatoria. Es decir, la ley ofrece un régimen voluntario, pero para entrar hay que pagar un impuesto especial sobre el importe del revalúo de todos los bienes que integren una misma categoría. O dicho de otra manera, se debe pagar un impuesto hoy, en aras de un ahorro fiscal eventual, hipotético y futuro, con lo cual somos bastante escépticos sobre el nivel de aceptación que va a tener esta medida y sobre si finalmente se alcanzará la meta de recaudación presupuestada por el gobierno para el 2018 de \$ 25 mil millones.

Otro punto importante es que, para poder aplicar el revalúo impositivo, se debe renunciar previamente a cualquier reclamo y/o derecho referido a la aplicación del ajuste por inflación impositivo para períodos anteriores. Es decir, todos aquellos que hayan aplicado el ajuste por inflación y quieran aplicar también el revalúo impositivo que trae la reforma, previamente deberán desistir del reclamo por el ajuste por inflación y, obviamente, pagar lo que no hubieran pagado oportunamente.

Sin embargo, con esta herramienta no se eliminan las inequidades de la imposición de ganancias derivadas de la revaluación de inventarios, ni tampoco la apreciación de los bienes ocurrida por la enorme devaluación del peso de los últimos años. Es indistinto que la empresa revalúe o no sus inventarios (opción solo admitida para inmuebles que sean bienes de cambio) y pague el impuesto especial. Hacia el futuro, cada año deberá continuar declarando como ganancias el mayor valor de sus existencias, aun cuando todo o parte de ese incremento se deba solo a la inflación.

Por todo lo expuesto, proponemos la aplicación inmediata del ajuste por inflación integral del Título VI de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

La excusa del gobierno para su no aplicación, a nuestro entender, es inadmisibles: se dice que el costo tributario, la pérdida de recaudación por admitir el ajuste por inflación sería enorme. Parecería que nadie ha advertido que ese enorme costo lo soportan actualmente las empresas argentinas, como un obstáculo fiscal que las condena a pérdidas de competitividad y de eficiencia.

Por otro lado, no olvidemos que la jurisprudencia ya ha aceptado, a partir del fallo de la CSJN en “*Candy SA*”, la protección a los contribuyentes ante los casos de confiscatoriedad evidente resultante de la falta de aplicación de ajuste por inflación en el impuesto a las ganancias.

IX.4 Reformular los tratados internacionales.

No podemos obviar el hecho que el impuesto a la renta (o ganancias) continúa siendo el impuesto rector en los sistemas democráticos de gobierno, significando ello que el mismo puede perdurar como componente esencial del conjunto de recursos que forman un sistema impositivo nacional. En tal sentido, consideramos razonable debatir sobre el principio jurisdiccional objetivo, un concepto común de fuente, profundizando el análisis en los casos de rentas de fuentes nacionales obtenidas por no residentes, con especial énfasis en aspectos tales como pagos de servicios financieros entre compañías vinculadas, a efectos de establecer parámetros que puedan considerarse generalmente aceptables a fin de determinar la renta neta en fuente.

En materia de CEDI o tratados con otros países, sería lógico que éstos se orienten a facilitar la actividad de fiscalización de los estados nacionales, sin perjuicio de ratificar temas o cuestiones generalmente aceptadas.

La celebración de cuerdos entre países desarrollados (PD-PD) tiene un efecto distinto al que se celebra entre países desarrollados y países en vías de desarrollo (PD-PED). En el primer caso se trata de países con flujos bilaterales de renta, en donde los países involucrados perciben, uno del otro, dividendos, intereses, regalías y rentas por actividades realizadas en uno de los estados por empresas residentes en el otro (Francia/Reino Unido, EEUU/Alemania por ejemplo). En estos casos, la pérdida que ambos países experimentan en su condición de país de origen o fuente, se compensa por su condición paralela de país de residencia.

En cambio, en la relación PD-PED, el flujo de renta es unilateral y ello significa que sólo a uno de los países se le impone un sacrificio fiscal para mitigar o eliminar la doble tributación de los residentes del otro estado parte del tratado (Argentina/Alemania por ejemplo). Consideramos que los modelos de CEDI, tanto de la OCDE como de la ONU, no respetan la condición de igualdad y reciprocidad, que es la base de toda contratación bilateral, dado que no tienen en cuenta las enormes diferencias existentes en las economías de los países contratantes.

Creemos que para crear incentivos eficaces a las inversiones, que se adecuen a las necesidades diferentes de los países, resulta necesario reconocer la potestad tributaria de los países interesados. Los objetivos deben plantearse en la búsqueda de un esquema que sea más justo que el actual, y que preserve la tributación del país en el que las rentas se originan, siempre procurando no afectar el desarrollo de las actividades económicas internacionales.

Es por ello que proponemos conformar un modelo de tratado propio para negociaciones entre países de la región, y otro con terceros países, que se limite sólo a algunos aspectos tributarios como ser el caso de operaciones entre sociedades vinculadas, intercambio de información fiscal, asistencia mutua en la recaudación de tributos, no discriminación, reglas de procedimiento de acuerdo mutuo, tratamiento de algunas actividades especiales como el transporte internacional. En materia de precios de transferencia, proponemos establecer criterios comunes para una correcta asignación de rentas, para su fiscalización y, de corresponder, para el ajuste de los mismos a fin de evitar sobreimposiciones.

Proponemos abandonar los esquemas de los modelos OCDE y ONU, sin perjuicio de poder utilizar sus estructuras técnicas, pero adaptándolas convenientemente con el fin de evitar la transferencia de recursos de un estado a otro.

IX.5 Fortalecer la seguridad jurídica para atraer inversiones.

Según el documento emitido por la Secretaría de Política Económica del Ministerio de Hacienda de la Nación en el mes de Junio de 2018⁶⁷, la Ley de Reforma Tributaria sancionada por el Congreso el 27 de diciembre de 2017 (Ley 27430), el Consenso Fiscal entre la Nación y las provincias del 16 de noviembre de 2017 (aprobado por la Ley 27429), la Ley Federal de Responsabilidad Fiscal (Ley 27428 del 21 de diciembre de 2017) y la Ley de Reforma Previsional (Ley 27426 del 28 de diciembre de 2017) han sido diseñados y consensuados de manera simultánea para poder lograr mayor consistencia en la estructura tributaria federal y una dinámica fiscal sostenible.

Este documento expresa que el proyecto de reforma fue elaborado con dos objetivos igualmente importantes. En primer lugar, intenta reducir las principales distorsiones asignativas que genera la estructura impositiva en la economía manteniendo el objetivo de progresividad del sistema tributario resultante. Sostiene que la reforma incluye una reducción gradual del impuesto a las ganancias corporativas retenidas (es decir, ganancia previa distribución de dividendos), la eliminación gradual de impuestos distorsivos, una reducción general en los impuestos al trabajo, y el rebalanceo de los impuestos internos y a los combustibles para equilibrar de mejor manera los gravámenes con las externalidades generadas en la economía. El segundo objetivo de la reforma es reducir la presión tributaria de manera sostenible. Expresa que para ser consistente con el plan macroeconómico general del gobierno, la reforma propone cambios tributarios de manera gradual en el tiempo. Con inusitado optimismo, el documento concluye que estas reformas constituyen un plan de trabajo fiscal para la sociedad argentina, que redundarán en un país estable, previsible, que crece y genera empleo, donde los salarios reales crecen y se reduce la pobreza.

Con respecto a las modificaciones realizadas en la LIG, aduce que tales cambios tendrán un impacto directo en las decisiones de inversión de las empresas y personas físicas. Afirma que la reforma al impuesto a las ganancias corporativas propicia una baja en el costo marginal del capital que genera incentivos a la reinversión de utilidades, y que esto finalmente redundará en una mejora en las posibilidades argentinas de competir con otros países por inversiones globales.

⁶⁷ “*La Reforma Tributaria Argentina 2017*”. Este libro compila y sintetiza diversos documentos internos utilizados por los equipos del Ministerio de Hacienda involucrados en la elaboración de la propuesta de reforma tributaria enviada al Congreso por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, a nuestro criterio, existen factores más relevantes que los agentes económicos priorizan a la hora de analizar sus decisiones de inversión. Si bien, en parte, coincidimos que la cuestión tributaria es importante, creemos que existen aspectos tales como la infraestructura, la seguridad jurídica y la economía interna de los países, que son más importantes a la hora de promover inversiones.

Consideramos que, actualmente, el factor tributario, principalmente el impuesto a las ganancias, ya no tiene la trascendencia que años atrás se le atribuía en las decisiones de inversión. En ello influyó el proceso de armonización implícito ocurrido en los últimos años, en donde las legislaciones tributarias de los distintos países fueron alineándose gradualmente. Ya no se observan países que apliquen el criterio de renta mundial sin otorgar crédito por impuesto, o en su caso, exención. Los factores determinantes de las inversiones se encuentran en el denominado “clima propicio” para la inversión, sin perjuicio de razones de carácter productivo o comercial para radicar la inversión en un circuito económico nacional. Consideramos que la renta se produce en virtud de un marco jurídico, económico y político que sea capaz de facilitar el desarrollo de actividades, la colocación de capitales, y la radicación de inversiones más allá de los servicios y bienes públicos que ofrezca el país receptor. Las cuestiones que demanda la conformación del clima general propicio son ineludibles a fin de brindar las condiciones cualitativas imprescindibles que facilitan las decisiones de inversión.

Por lo tanto nuestra propuesta consiste en hacer foco en otras reformas que las instituciones de nuestro país necesitan de manera inminente para alcanzar estándares de eficiencia sostenibles en la administración del Estado, y así generar el ambiente necesario para atraer inversiones que generen empleo y ayuden a reducir la pobreza.

Creemos que este clima adecuado se logra teniendo una administración de justicia eficiente, en donde el sistema jurídico no sea óbice en las decisiones de radicación de los capitales de empresas multinacionales. Por ello es que hacemos hincapié en el fortalecimiento de la seguridad jurídica del país, que a nuestro criterio es más importante que cualquier reforma que se lleve a cabo en la normativa de los impuestos.

A tal fin, proponemos encarar reformas estructurales en los procedimientos judiciales que impliquen dotar a los tribunales de la infraestructura adecuada para que los contribuyentes tengan mejores vías de acceso a ellos, y así garantizar el debido proceso que constitucionalmente poseen todas las personas que habitan el país. De esta manera habremos

dado un paso adelante en pos de garantizar la seguridad jurídica, que creemos constituye un factor fundamental que las empresas tienen en cuenta a la hora de tomar decisiones de inversión.

Una de nuestras propuestas consiste en reformar los Códigos Procedimentales Administrativos de las Provincias, para que cada una de ellas cuente con Tribunales Fiscales Locales, brindándoles a los contribuyentes vías recursivas alternativas ante actos emanados por las Administraciones Tributarias locales.

También en este sentido proponemos la modificación del artículo 145 de la Ley 11683 de Procedimiento Tributario, que se refiere a la sede del Tribunal Fiscal de la Nación. Creemos que si dicho tribunal tiene facultades para ejercer jurisdicción en todo el país, resulta necesario e indispensable que no sólo tenga sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como actualmente la tiene, sino también que posea sede fija en las principales urbes del interior del país. Es sabido que, a pesar de la posibilidad que el inciso a) y b) de éste artículo le brinda de establecer delegaciones fijas o móviles en el interior del país, lo cierto es que desde la creación del Tribunal en el año 1959, siempre funcionó con exclusividad en su sede en Capital Federal. Permitir que el TFN opere en varias jurisdicciones significaría un ahorro significativo en los gastos causídicos de los contribuyentes del interior del país que decidan apelar en esta instancia, propiciando un país más federal que le brinde posibilidades a todo su territorio por igual.

Por último proponemos encarar cambios en los Códigos Procesales Civiles y Comerciales, tanto Nacional como Provinciales, en pos de acortar los plazos de los procesos judiciales que se llevan a cabo en los distintos tribunales de justicia.

La notoria prolongación, a veces de muchos años, en la tramitación de las causas, obliga a tener una visión reflexiva sobre la importancia actual y potencial de los plazos o términos en la justicia, donde la realidad hace que la única justicia oportuna sea la de las medidas cautelares y precautorias.

Creemos que la calidad y eficiencia de la actividad administrativa, depende de la calidad y eficiencia de la revisión judicial, por lo cual un poder judicial que demora y no corrige ni sana los vicios administrativos, no hace sino perpetuar las causas de su propia ineficiencia. Con esta demora, lo único que logra es que la administración no la respete y luego ni siquiera cumpla sus sentencias, multiplicando así la ineficiencia del sistema.

Tengamos en cuenta que la mutación de las normas hace imprescindible que los tribunales encargados de administrar justicia, encaren su estudio con una perspectiva temporal. A menudo se da que recursos o reclamos que empiezan bajo un ordenamiento determinado, siguen su trámite con otro y terminan con un tercero. Cambian autoridades y gobiernos, y a veces hasta los particulares no son los mismos al inicio del proceso que al final.

Basta mencionar el caso de “*Supermercados Norte SA*” (expuesto en el punto V.3) en donde aún no existe sentencia firme sobre una determinación que el fisco le hizo del impuesto a las ganancias declarado en el período 1998. Han pasado 20 años de la liquidación controvertida y aún seguimos esperando tener una sentencia definitiva sobre el tema. Recordemos que en el año 2011 el fisco apeló la decisión de la CNCAF ante la CSJN, en el 2014 recién la Procuradora General emitió dictamen, y aún la Corte Suprema no se ha expedido. La firma durante todo este tiempo ya ha cambiado de dueños y hasta de razón social.

Consideramos una situación de tremenda injusticia que los plazos que tiene un contribuyente para impugnar judicialmente un acto sean fatales, y que la justicia no tenga plazo para expedirse.

X. CONCLUSIONES

La frase del célebre Albert Einstein con la que iniciamos el presente trabajo, debe ser interpretada sólo a modo introductorio a la complejidad de la temática que decidimos abordar. No es nuestra intención mencionar la incapacidad intelectual del científico para entender el sistema tributario, ni mucho menos. Tampoco es que consideremos que la teoría de la relatividad que él desarrolló sea menos compleja, o más fácil de comprender, que los temas aquí tratados. Si así lo creyésemos estaríamos, como mínimo, pecando de una enorme soberbia.

Sin embargo, ese gran genio era físico, y se supone que las leyes de la física son inmutables, todo lo contrario a las leyes fiscales que cambian constantemente, siendo muy difíciles de comprender a veces hasta por aquellas personas que se dedican con exclusividad a su estudio.

Einstein seguramente haya dicho aquello en broma. Quizás intentó confeccionar su declaración de renta un par de años seguidos, se encontró con que le habían cambiado por

completo las reglas del juego, y decidió pasarle todo a su contador para seguir trabajando en sus teorías

Lo que si creemos que es cierto, es que en nuestro país estamos ante un régimen tributario dinámico, en constante cambio, que incorpora criterios y tributos muchas veces contradictorios a los ya existentes, que no son modificados en el tiempo y se van superponiendo con otros ya existentes, conformando muchas veces un conjunto de normas sin coordinación, orientadas exclusivamente a obtener resultados de recaudación a corto plazo.

El caso que tratamos no escapa a esta realidad. Tal como hemos desarrollado a lo largo de todo el trabajo, los préstamos entre empresas vinculadas han tenido diferentes tratamientos en el tiempo, no solo en la legislación del impuesto a las ganancias, sino también en las interpretaciones que han hecho los tribunales en las distintas instancias.

En primer lugar, señalamos que cuando las operaciones de préstamos se lleven a cabo entre una sociedad residente y su vinculada no residente, es importante tener en cuenta la obligatoriedad que impone el artículo 15 de la LIG de realizar el análisis sobre precios de transferencia, a los efectos de verificar que tales prestaciones se ajustan a las prácticas normales de mercado abierto entre partes independientes. Recordemos que dicha normativa exige un test abarcativo de las condiciones particulares de las operaciones, el que comprende el análisis de razonabilidad en las condiciones de cancelación de las prestaciones acordadas. Un endeudamiento que no respete los requisitos y condiciones mínimos para ser considerado como *arm's length* deberá ser ajustado en el balance impositivo.

Para verificar si estamos en presencia de operaciones entre partes independientes o vinculadas, a partir del año 2018 debemos atenernos a lo que establece el nuevo artículo 15.1 de la LIG y esperar la reglamentación que seguramente va salir a aclarar sobre los supuestos de vinculación a tener en cuenta. Hasta tanto ésta no sea publicada, debemos seguir considerando los supuestos establecidos en el Anexo III de la RG (AFIP) 1122/01 y en el Anexo I de la RG (AFIP) 3572/13. Si la sociedad no residente se encuentra ubicada en algún país que tenga suscripto un CEDI con Argentina, por la superioridad jerárquica que constitucionalmente tienen estos acuerdos internacionales sobre la normativa local, debemos analizar el convenio en particular para determinar el supuesto de vinculación a aplicar. También debemos tener en cuenta que si esta sociedad está ubicada en una jurisdicción considerada no cooperante o de baja o nula tributación, conforme al nuevo artículo

15.1.1., estaremos también obligados a realizar el análisis de precios de transferencia por considerarse que no respetan el precio normal de mercado entre partes independientes.

Por otra parte, el nuevo escenario planteado a partir de la definición de EP introducida por la ley 27430 requiere evaluar la efectiva conveniencia de su constitución en el país según las necesidades del caso concreto. Las restantes disposiciones introducidas a través de la reforma tributaria, que directamente impactan en la tributación de los EP, también deberán considerarse en función de cada escenario en particular.

No debemos olvidar que la tributación internacional actualmente se encuentra en pleno cambio, tanto por el lanzamiento del Plan de Acción BEPS como por la reciente firma del Instrumento Multilateral, en el que incluso los CEDI firmados por Argentina están pasando por un proceso de revisión. Todo lo cual exige un análisis sistemático de las normas domésticas en conjunto con los compromisos asumidos por el país en los acuerdos internacionales y los estándares internacionales en materia de tributación.

El trabajo plasmado en los planes de acción BEPS ha puesto de relevancia la importancia de que los préstamos entre empresas de un mismo grupo económico hayan sido celebrados como entre partes independientes, tanto en las formas como en la sustancia. En un contexto macroeconómico, revisar de manera integral las condiciones *arm's length* de las operaciones financieras con partes relacionadas resulta, a nuestro criterio, muy importante. Las empresas que se anticipen y se adapten más rápido al nuevo entorno tendrán una ventaja comparativa con respecto a quienes no lo hagan a tiempo.

Con respecto a la deducción de intereses y diferencias de cambio, nos manifestamos a favor de la procedencia del principio de universalidad del pasivo para los sujetos empresa, para quienes consideramos que cualquier incremento neto de su patrimonio implica una ganancia, por lo que en definitiva todos los gastos que incurran están vinculados con la obtención de ganancias gravadas. En este sentido, compartimos el criterio doctrinario que expresa que los préstamos no financian una actividad en particular del ente, sino que están destinados a la totalidad de las tareas desarrolladas por él, o lo que es lo mismo, el conjunto del pasivo financia el conjunto de los activos y actividades que hacen al giro de la empresa. Sin embargo, esperamos que la CSJN se aboque a resolver esta cuestión ya que, atento a la jurisprudencia contradictoria existente, se genera incertidumbre entre los contribuyentes que deben aplicar las normas tributarias. Como ha dicho la misma Corte en "*San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales c/DGI*" el 11/09/2007, "el Estado debe

prescribir claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria y preservar la seguridad jurídica”.

Respecto a las modificaciones introducidas por la ley 27430 a las normas de capitalización exigua, creemos que el cambio es positivo y que está alineado con la tendencia internacional. Sin embargo estamos a la espera de la reglamentación que va a definir sobre ciertas cuestiones claves, como la cuantía de los intereses cuya deducción se admite, o el tipo de actividades que van a quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma.

En relación a la limitación de la deducción impuesta por el último párrafo del artículo 18 de la LIG, entendemos que la norma es clara y no deja lugar a dudas, más allá de los antecedentes en los cuales el Fisco confundió el carácter de la ganancia de la empresa local con la obtenida por su beneficiaria del exterior. A su vez celebramos que sea el mismo artículo el que defina el término “pago” para poder identificar el momento en que corresponde la deducción. Al respecto, creemos que lo que en definitiva interesa es la disponibilidad de la ganancia por su titular, es decir que se considera percibido en tanto el beneficiario ha podido disponer de ella. Los contribuyentes que tengan que demostrar esta situación deberán ajustar al máximo la prueba que les permita sostener la puesta en goce de la renta por parte del beneficiario del exterior. En este sentido, circunstancias tales como la transcripción de actas de los órganos de administración en libros rubricados, o la intervención de notario público dando fe de la fecha de los instrumentos, se convertirán en una barrera infranqueable ante la eventual pretensión del Fisco de sostener la falta de disponibilidad de los fondos.

Con respecto a la alternativa de deducción conforme al devengamiento, entendemos que la aplicación de la cláusula de no discriminación incluida en un CEDI, no es un tema susceptible de generalizaciones, sino que, por el contrario, exige una evaluación detallada caso por caso, atendiendo a las circunstancias particulares que puedan presentarse en cada uno de ellos y bajo una interpretación armónica de otras cláusulas relevantes del tratado.

En materia de “incrementos patrimoniales no justificados” compartimos la opinión que expresa que el eje central de todo análisis debe estar orientado a responder si un sujeto verificó o no el hecho imponible, no si cumplió o no con ciertas formalidades contractuales. Es cierto que cuando las formas han sido respetadas, ello predispone a una mejor vi-

sión de conjunto de la situación. Pero la causa de la obligación tributaria es el hecho imposible, no las formalidades contractuales.

Con relación a los IPNJ originados en pasivos, si bien abundan los antecedentes jurisprudenciales sobre el tema, generalmente todas las cuestiones giran siempre en torno a los medios de prueba utilizados. Volvemos a destacar en este punto la importancia de que el nuevo CCyCN haya abandonado la rigidez del anterior Código Civil en cuanto a la prueba de los contratos de mutuo, permitiéndose que puedan probarse por cualquier medio, sujeto a la apreciación rigurosa del juez.

En relación a los préstamos provenientes de entidades vinculadas del exterior ubicadas en paraísos fiscales, o países con ventajas *offshore*, sería más razonable que el Fisco y los Tribunales analicen si esas ventajas se dan en el caso, puesto que dicha presunción por sí sola no puede servir como justificativo de la impugnación de un pasivo declarado en el impuesto a las ganancias, cuando la contribuyente aporta las pruebas necesarias para su justificación.

Es importante también tener presente el antecedente que existe en cuanto a la posibilidad del Fisco de aplicar la figura de “salidas no documentadas” del artículo 37 de la LIG a los intereses girados al acreedor, cuando el instrumento probatorio del mutuo no reúna las condiciones necesarias para justificar el incremento patrimonial.

La presunción de la existencia de intereses en el caso de disposiciones de fondos a favor de empresas vinculadas, creemos que es razonable como medio de proteger eventuales maniobras para eludir el pago del impuesto en su justa medida, gravando tanto rentas reales como eventualmente potenciales. Sin embargo, consideramos que las presunciones deberían ser siempre *iuris tantum*, quedando a cargo del contribuyente demostrar la eventual improcedencia de los intereses presuntos o, en caso de pactarse intereses, la razonabilidad de la tasa aplicada.

Con respecto a las modificaciones introducidas por la ley 27430 sobre el artículo 73 de la LIG, salvo en lo que respecta a la determinación de los intereses presuntos, creemos que la legislación no ha tenido grandes cambios sustanciales, aunque aún falta la reglamentación. Y esto último no es un tema menor si consideramos que el legislador dejó en sus manos la definición de las tasas de intereses aplicables para el caso de préstamos dinerarios, las cuales variarán en función del tipo de moneda.

En relación a los distintos fallos que hemos comentado sobre el requisito de la existencia de terceros a la luz del principio de la realidad económica, nos encontramos con jurisprudencia dividida tanto del TFN como de la CNCAF. Pero según surge del antecedente de la CSJN en "*Fiat Concord*" en donde se aclaró que la subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente ni anula su capacidad jurídica tributaria, entendemos que se ha desechado como elemento esencial este principio de la realidad económica.

En relación a la aplicación de éste principio en la disposición de fondos a favor de terceros en conjuntos económicos, entendemos que debe ser utilizado restrictivamente y evaluando cada caso en particular, de lo contrario, si llegamos al extremo de considerar que las sociedades que conforman un conjunto económico no son terceros a la luz del artículo 73, entonces también, por aplicación del mismo principio, esas mismas sociedades deberían tributar como una sola persona, reconociendo a dicho conjunto como un sujeto de derechos y obligaciones tributarias, situación que no está prevista en la normativa del impuesto. En este sentido, no debe olvidarse que las sociedades que integran un conjunto económico son jurídica y tributariamente independientes.

En cuanto al requisito que la disposición de fondos no reporte beneficio al dador y que no se vinculen a su giro comercial, la CSJN también aclaró que no debe considerarse el interés del conjunto económico sino al del sujeto al que se encuentra dirigida la norma, esto es, la sociedad disponente de los fondos. Es cierto que cuando la operación se concreta en el marco de un grupo económico, el elemento "interés de la empresa" pierde sus contornos. En dichas estructuras empresariales, los beneficios del prestamista se confunden con aquellos del grupo económico, toda vez que los sujetos de derecho individualmente considerados pierden sentido jurídico y económico fuera del grupo. Por eso, creemos que es fundamental analizar cada caso en particular y evaluar si la disposición de fondos es en interés del curso de los negocios de la empresa que realiza la disposición, o por el contrario se busca la elusión de impuestos. Aquí es sumamente importante que el concepto "interés" se entienda más ampliamente y excediendo las meras consideraciones económicas, por esta razón, sería beneficioso que la nueva reglamentación establezca con mayor precisión cuando una operación debe ser considerada en interés de la empresa.

Por último, en lo que respecta a la aplicación de la presunción del art. 73 de la LIG a los aportes irrevocables de capital, tal como hemos visto, para que un ingreso de fondos en

una sociedad pueda ser considerado como aporte societario se requiere el cumplimiento de una serie de exigencias. De lo contrario el aporte dinerario deja de considerarse como parte del patrimonio para pasar a integrar el pasivo de la sociedad. En este sentido resulta muy importante que el órgano de administración de la sociedad receptora convoque en tiempo y forma a la asamblea de accionistas que va a tener a cargo evaluar el aumento de capital.

De este modo, luego de concluida la asamblea de accionistas, el aporte se transformará en acciones o se convertirá en una obligación de reintegrar el dinero. En este último caso, si no se pactan intereses, se estará frente a una disposición de fondos a favor de terceros que devengará intereses presuntos, desde la fecha en que la asamblea de accionistas rechazó la capitalización de los fondos aportados. De no darse cumplimiento a la obligación de convocar la asamblea de accionistas, si bien el artículo 315 de la Resolución Nro. 7/2015 de la IGJ le otorga el mismo efecto que una resolución negativa, el Fisco considera que no se han cumplido con los requisitos formales suficientes para encuadrar la entrega de los fondos como aportes irrevocables, y en consecuencia constituiría un pasivo encuadrado en el artículo 73 de la LIG, devengando intereses desde la fecha de la entrega de los fondos.

A modo de conclusión, queremos expresar que consideramos fundamental que las empresas multinacionales que actualmente tengan, o estén por emprender, operaciones de este tipo, hagan uso de una herramienta muy importante que los va a ayudar no sólo a minimizar el riesgo en su accionar como prestadores o receptores de fondos con sus vinculadas, sino también a maximizar sus beneficios disminuyendo la carga tributaria. La herramienta a la que nos referimos es la denominada “planificación fiscal”.

Por planificación fiscal nos referimos al derecho que todo contribuyente tiene de organizar su actividad, su patrimonio, sus negocios de forma tal de minimizar la carga fiscal tanto como sea posible, dentro de las posibilidades que permite el marco jurídico vigente, ya sea en materia impositiva, comercial, societaria, civil, etc.

Resaltamos que la planificación fiscal no es un delito, con ella no se busca incumplir ninguna ley. Por el contrario, su finalidad es justamente cumplir con la legislación, pero al menor costo posible. Nuestra Constitución Nacional es bien clara en el artículo 19 cuando dispone que “ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Ya en el año 1958 la CSJN estableció en el fallo “*ICA Industrial Comercial Argentina SRL*” que “ningún reproche merece el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal”, pero cierto es también que en los últimos años los jueces suelen analizar cada vez más las estructuras y las formas que las sociedades eligen para organizar y llevar a cabo sus actividades económicas, en orden a determinar si el propósito de las mismas es razonable, o si en realidad no persiguen otro diferente que el Estado no está dispuesto a tolerar.

Si para iniciar el trabajo hemos elegido la frase de un reconocido físico, para cerrarlo nos gustaría hacerlo con la palabra de un importante economista contemporáneo, considerado el “padre de la macroeconomía moderna”. El notable John Maynard Keynes una vez expresó: “*Evitar los impuestos es el único esfuerzo intelectual que tiene recompensa*”.

BIBLIOGRAFÍA

- Administración Federal de Ingresos Públicos. (2007). *Boletín Impositivo AFIP nro. 121/2007*. p. 1637.
- Amaro Gómez, R. (2017). Incrementos Patrimoniales No Justificados en el Impuesto a las Ganancias ante un fallo del Tribunal Fiscal de la Nación. *Práctica y Actualidad Tributaria ERREPAR*, 24, p. 9.
- Amaro Gómez, R. (2018). Ganancias. Intereses Presuntos. Adelantos de Fondos. Ante una sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación. *Práctica y Actualidad Tributaria ERREPAR*, 24.
- Amaro Gómez, R. (2018). Reforma Tributaria. Ganancias. La nueva legislación sobre los intereses presuntos. *Práctica y Actualidad Tributaria ERREPAR*, 24.
- Basaldúa, R. (2004). *La globalización, la regulación del comercio internacional y las aduanas*. Ponencia presentada en el Primer Congreso Mundial de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, celebrado en Méjico del 9 al 13 de febrero de 2004.
- Batalle, M. y Brandt, M. (2016). Principio de Universalidad del Pasivo y Deducción de Gastos de Financiamiento: A raíz de un nuevo precedente del Tribunal Fiscal de la Nación. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 37.
- Caranta, M. (2014). Incrementos Patrimoniales No Justificados. Reflexiones sobre la interpretación del Fisco sobre la fecha cierta y el contenido de los contratos prueba. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 35.
- Casanovas, C., Scravaglieri, G. e Iglesias J. (2017). Cláusulas de no discriminación en los convenios para evitar la doble imposición formados por Argentina. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 38, p.759.
- Chamantrópulo, M. (2005). Presunciones por préstamos al exterior. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 25.

- Condoleo, R. (2016). Prestamos entre empresas vinculadas. El concepto de partes independientes. Tratamiento en el impuesto a las ganancias. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 37.
- De Arespacochaga, J. (1998). *Planificación Fiscal Internacional*. 2º Edición. Madrid: Marcial Pons. p. 162.
- Ferreira, A. (2013). Relaciones entre establecimiento permanente y casa matriz en la legislación argentina. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 34.
- Figuerola, A. (1996). *Precios de transferencia. Implicancias y recomendaciones*. Trabajo presentado en el VII Seminario Regional de Política Fiscal organizado por CEPAL/PNUD en Santiago de Chile los días 22 al 25 de enero de 1996.
- Fonrouge, C. y Navarrine S. (2005). *Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social*. 9º Edición. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.
- Fraga, D. (2018). Apuntes sobre la configuración del incremento patrimonial no justificado y sobre su necesaria prueba. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 39, p.115.
- Fraga, D. y Sericano, R. (2014): *Presunciones y Ficciones en el Derecho Tributario Nacional*, Buenos Aires: La Ley, p. 10.
- García, F. (2017). Ganancias. La Imposición a la renta societaria y a los dividendos en la ley 27430. *Doctrina Tributaria ERREPAR*.
- Gebhardt, J. y Malvitano, R. (2014). Novedades en Tributación Internacional. Convenios de Doble Imposición: La deducción de gastos frente a la cláusula de no discriminación. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 35.
- Gebhardt, J. y Malvitano, R. (2015). El Cepo, generador de ganancias ficticias. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 36.
- Gebhardt, J. y Malvitano, R. (2016). Novedades en Tributación Internacional. Pagar para deducir. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 37.

- Goldemberg, C. (2017). Los cambios destacados en precios de transferencia. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 38.
- Jarach, D. (1978). *Impuesto a las Ganancias. La deducción de intereses en la determinación de la ganancia neta*. Buenos Aires: La Información. pp. 163-172.
- Jarach, D. (2004). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*. 3° Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot. pp. 545-547.
- Leo, A. (2014). Disposición de fondos a favor de terceros. *Revista Científica de Ciencias Económicas OIKONOMOS*, 4(1), pp. 118-164, Recuperado Abril 16, 2108 de <https://revistaelectronica.unlar.edu.ar/index.php/oikonomos/article/view/95/94>
- Litvak, J. y Laspina E. (2004). Algunas reflexiones en torno de la esencia de la figura de las “Disposiciones de fondos o bienes a favor de terceros”. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 25.
- Malvestuto, F. (2008). *Aportes Irrevocables y Aumento de Capital. Causalidad de una patología crónica*. Tesis presentada en la Maestría en Asesoramiento Jurídico de Empresas, Facultad de Ciencias Empresariales, Universidad Austral, Recuperado Abril 16, 2108 de http://www.malvestuto.com/aportes_irrevocables.pdf
- Manassero, C. (2017). *Impuesto a las ganancias. Legislación y Técnica Fiscal I*. 8° Edición. Córdoba: Asociación Cooperadora de la Facultad de Ciencias Económicas de la UNC.
- Martín, J. (2017). BEPS. Situación Actual. Implicancias locales y mundiales. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 38, p. 795.
- Nissen, R. (1994). Los aportes irrevocables a cuenta de futuras emisiones y la protección del aportante. En *Negocios parasocietarios*. 2° Edición. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- O'Donnell, A. (2016). El principio de la realidad económica y el de la inoponibilidad de la personalidad societaria como límites de la planificación. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 37.

- Pefferri, A. y Di Chiazza, I. (2016). Los préstamos intercompany y su impacto en el impuesto a las ganancias. *Revista Pensamiento Civil*. Recuperado Abril 16, 2018 de <http://www.pensamientocivil.com.ar/doctrina/2496-prestamos-intercompany-y-su-impacto-impuesto-ganancias>
- Raimondi, C. y Atchabahian, A. (2007). *El Impuesto a las Ganancias*. 1º Edición. Buenos Aires: La Ley. p. 629.
- Reig, E. (2001). *Impuesto a las ganancias*. 10º Edición. Buenos Aires: Macchi. p. 548.
- Reig, E., Gebhardt, J. y Malvitano, R. (2006). *Impuesto a las Ganancias*. 11º Edición. Buenos Aires: Macchi. p. 365.
- Rey, D. (2018). El nuevo concepto de establecimiento permanente bajo la reforma tributaria. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 39, p. 215.
- Rinci, D. (2010). Incrementos Patrimoniales No Justificados. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 31, p. 127.
- Schindel, A. (2006). Disposición de fondos a favor de terceros. ¿Presunción, ficción o sanción encubierta? *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 27, p. 727.
- Schindel, A. (2014). Disposición de fondos a favor de terceros. Comentarios sobre jurisprudencia reciente. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 35.
- Scravaglieri, G., Baroffio P. e Iglesias J. (2017). Apuntes sobre el proyecto de reforma tributaria respecto de normas de capitalización exigua y transferencias de acciones. *Doctrina Tributaria ERREPAR*, 38.
- Tandurella, A. (2002). Globalización: su impacto en la evolución socioeconómica de las naciones. En *Boletín de lecturas sociales y económicas*, Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, año 7, nro. 33.
- Virgile, P. (2000). *La Organización Mundial del Comercio y el fortalecimiento de las normas jurídicas para el comercio internacional*. París: L'Harmattan. p. 17.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

<u>Causa</u>	<u>Tribunal</u>	<u>Sala</u>	<u>Fecha</u>	<u>Página</u>
“Hoechst A. G.”	CSJN		28/04/1998	19
“Lagazzio Emilio Francisco”	CSJN		25/08/1972	22
“San Faustín SA”	CNCAF	Sala III	10/07/1980	24
“Alto Paraná SA”	TFN	Sala A	03/11/1999	25
“Swift Armour SA Argentina”	TFN	Sala A	25/10/2005	28
“Swift Armour SA Argentina”	TFN	Sala C	18/02/2010	28
“Swift Armour SA Argentina”	CNCAF	Sala I	06/05/2010	28
“Swift Armour SA Argentina”	CNCAF	Sala III	29/12/2011	28
“Swift Armour SA Argentina”	CSJN		10/04/2012	28
“Swift Armour SA Argentina”	CSJN		23/10/2012	28
“Swift Armour SA Argentina s/queja”	CSJN		24/09/2013	28
“Alto Paraná SA”	TFN	Sala D	10/12/2009	29
“Alto Paraná SA”	CNCAF	Sala I	28/12/2012	29
“Entertainment Depot SA”	TFN	Sala B	30/03/2007	29
“Entertainment Depot SA”	CNCAF	Sala I	07/09/2010	29
“Tetra Pak SRL”	TFN	Sala B	23/09/2011	30
“Tetra Pak SRL”	CNCAF	Sala I	11/07/2015	30
“Hoteles Argentinos SA”	TFN	Sala A	20/04/2012	31
“Terminales Rio de la Plata SA”	TFN	Sala A	09/09/2014	31
“Supermercados Norte (hoy INC SA)”	TFN	Sala B	18/11/2009	32
“Supermercados Norte (hoy INC SA)”	CNCAF	Sala V	20/04/2011	32
“Ivax Argentina SA”	TFN	Sala B	30/03/2016	32

“Litoral Gas SA c/DGI”	CNCAF	Sala II	17/04/2008	33
“Mustad Argentina SA”	TFN	Sala A	27/10/2011	42
“Rovafarm Argentina SA y otro”	CNCAF	Sala V	19/02/2005	42
“Penn Controlls Argentina SA”	CSJN		29/07/1980	43
“Nivea SAIC”	CSJN		12/03/1981	43
“Sheaffer Argentina SAIC”	CSJN		02/07/1981	43
“Pirelli Neumáticos SAIC”	CNCAF	Sala V	23/05/2013	45
“Pirelli Neumáticos SAIC”	CSJN		09/05/2017	45
“Alvarenga Julio Majul”	CNCAF	Sala II	26/02/2008	48
“Carvajal Palacios”	TFN		02/10/1963	49
“Becco”	CFCAC		02/05/1967	49
“Brochandel”	TFN		30/03/1970	49
“Lee Wen Chi”	TFN		03/12/1970	49
“Dadea Marta Elisa”	TFN	Sala B	22/12/1983	49
“Iglesias y CIA SCC”	TFN	Sala C	28/12/1984	49
“DICA ICSA”	CNCAF	Sala II	23/12/1988	49
“González Antonio y otros Mansión Almar”	TFN	Sala D	16/08/1989	49
“Beraja Arberto David y Dwek José Roberto”	TFN	Sala A	25/02/1998	49
“Hodara Benjamín”	CNCAF	Sala V	09/08/1999	49
“Moraco Horacio Carlos”	TFN	Sala B	11/11/2009	49
“Herrada Sergio Rodolfo y Vanni Carla Mariana SH”	TFN	Sala A	31/05/2012	49
“Lim Sur SA”	TFN	Sala A	21/09/2010	50
“Bottino y Caballero SCC”	TFN	Sala A	06/02/1998	51
“Floriner SA”	CSJN		10/12/2013	51
“Curtiduría Castellano SA”	TFN	Sala D	14/10/1998	53

“Schwarzmanns Ricardo”	TFN	Sala D	12/09/2001	53
“Gra - Al SA”	TFN	Sala B	03/10/2003	53
“Nazer Silvia Elia”	CNCAF	Sala IV	04/03/2010	53
“Castelao Elena”	TFN	Sala D	23/04/1999	53
“Maderas Rodríguez SRL”	TFN	Sala A	28/10/2004	53
“Martínez Sandra SA”	TFN	Sala D	10/08/2005	53
“La Cabaña SAIC”	TFN	Sala B	06/08/2004	54
“Domaine Vistalba SA”	TFN	Sala B	01/02/2005	54
“González Sergio Ángel Guillermo”	TFN	Sala B	14/02/2007	54
“Autolatina Argentina SA”	CSJN		15/03/2011	54
“Vicente Manuel Orue SACIIE”	TFN	Sala B	30/05/1990	55
“Alfafin SA”	TFN	Sala B	31/05/1995	55
“Fomerca SA”	TFN	Sala B	11/08/2006	55
“Gómez Aguilar Jorge”	TFN	Sala B	19/12/2012	55
“Procesamiento Industrial de Laminados Argentinos Residuales SA (Pilar)”	TFN	Sala B	11/06/2003	56
“Seler SA”	CNCAF	Sala II	10/05/2012	56
“Badial SA”	CNCAF	Sala I	03/02/2015	56
“Castellanos Bonillo Juan”	TFN	Sala C	29/03/2015	56
“Standard Motors Argentina SA”	CNCAF	Sala III	12/05/2015	56
“Haras La Madrugada SA”	CNCAF	Sala I	20/05/2015	56
“Ariston SA”	CNCAF	Sala I	16/07/2015	56
“Pasarín Armando SA”	CNCAF	Sala IV	24/09/2015	56
“Llavaneras SA”	CNCAF	Sala I	21/12/2015	56
“Voz Link SA”	CNCAF	Sala V	22/12/2015	56
“Club Vacacional SA”	CNCAF	Sala IV	14/04/2016	56

“Valle Escondido SA”	CNCAF	Sala IV	17/05/2016	56
“Molnar Hugo”	CNCAF	Sala IV	27/09/2016	56
“Sofrecom Argentina SA”	CNCAF	Sala V	27/10/2016	56
“Formametal SA”	CNCAF	Sala I	29/08/2017	56
“Luis Alberto Oddone y Compañía. Asesores Financieros SA”	TFN	Sala A	07/10/1988	57
“Cámara de Comercio e Industria de la Plata”	CNCAF	Sala II	14/02/2013	57
“Asociación de Psicólogos de Mendoza”	CNCAF	Sala II	02/07/2015	57
“Compañía Ericsson SACI”	TFN	Sala C	15/08/2007	58
“Treas SA”	CSJN		14/09/1993	59
“Lavia Pedro Roberto”	TFN	Sala A	22/11/1999	59
“Jelingold”	CNCAF	Sala III	14/10/1980	59
“Bartolucci José”	TFN	Sala A	20/12/1999	59
“Horacio Albano Ingeniería y Construcciones”	TFN	Sala A	10/07/2000	59
“Noxi SA”	TFN	Sala B	06/09/2002	59
“La Emiliana de Exportación SA”	TFN	Sala B	31/05/1995	60
“Srur Horacio Ernesto”	TFN	Sala B	30/04/1999	60
“Dieguez Ricardo Agustín”	TFN	Sala A	26/12/2000	60
“Zapiola Macnab Augusto Rodolfo”	TFN	Sala C	08/02/2001	60
“Gosende Julio Cesar”	TFN	Sala D	01/03/2001	60
“Ortolani Mario”	CNCAF	Sala I	27/12/2001	60
“Hilu Salomon”	TFN	Sala D	29/10/2003	60
“Salem Gabriel”	TFN	Sala B	29/10/2003	60
“Radio Emisora Cultural”	CSJN		09/11/2015	61
“Red Hotelera Iberoamericana”	CSJN		26/08/2003	62
“Autolatina Argentina SA”	TFN	Sala A	27/05/2002	62

“Autolatina Argentina SA”	CNCAF	Sala IV	09/03/2006	62
“Muscarriello Hnos. SA”	TFN	Sala D	22/02/2000	63
“Establecimientos Rivex SACFeI”	TFN	Sala A	30/11/1999	64
“Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener”	CSJN		10/05/2016	67
“Transportadora de Energía SA”	CSJN		29/06/2017	69
“Autolatina Argentina SA”	CSJN		27/12/1996	69
“Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC”	CSJN		31/07/1973	70
“Compañía Swift de la Plata SA Frigorífica”	CSJN		04/09/1973	70
“Mellor Goodwin Combustión SA”	CSJN		18/10/1973	70
“Kellogg Co. Argentina SACIyF”	CSJN		26/02/1985	71
“Fiat Concord”	TFN	Sala D	16/10/2002	72
“Agropecuaria KKHATU SA”	TFN	Sala C	29/06/2004	72
“Agropecuaria KKHATU SA”	CNCAF	Sala I	08/10/2009	72
“Whirpool Argentina SA”	CNCAF	Sala III	09/10/2009	73
“Tensioactivos del Litoral SA”	TFN	Sala C	27/09/2005	73
“Symrise SA”	TFN	Sala B	27/09/2006	73
“Supercanal Internacional SA”	TFN	Sala B	20/09/2004	73
“Secin SA”	TFN	Sala C	07/05/2007	73
“Roemmers SA”	TFN	Sala B	29/11/2006	73
“Roemmers SA”	CNCAF	Sala IV	31/08/2010	73
“Petroquímica Río Tercero SA”	TFN	Sala B	30/08/2005	73
“Mirror Holding SRL”	CNCAF	Sala III	30/03/2010	73
“Haarmann & Reimer SA”	CNCAF	Sala IV	14/04/2009	73
“Empresa de Transporte Mariano Moreno SA”	TFN	Sala D	11/08/2004	73
“Empresa de Combustible Zona Común SA”	TFN	Sala B	23/05/2005	73

“Empresa de Combustible Zona Común SA”	CNCAF	Sala III	17/03/2009	73
“Dragados y Obras Portuarias SA”	TFN	Sala B	23/11/2004	73
“Dragados y Obras Portuarias SA”	CNCAF	Sala IV	05/06/2008	73
“Bio Sidus SA”	TFN	Sala B	19/10/2004	73
“Akapol SA”	CNCAF	Sala V	09/03/2005	73
“Akapol SA”	TFN	Sala A	08/07/2003	73
“Whirlpool Argetina SA”	CSJN		30/10/2012	74
“Petroquímica Rio Tercero SA”	CSJN		14/07/2015	74
“Fiat Concord”	CSJN		06/03/2012	74
“Dragados y Obras Portuarias SA”	CSJN		24/04/2012	74
“BJ Services SRL”	CSJN		06/03/2012	74
“Akapol SA”	CSJN		03/05/2012	74
“Kasdorf SA”	TFN	Sala C	27/09/2005	75
“Don Cesáreo SCA”	TFN	Sala C	19/10/2007	75
“Supercanal Internacional SA”	CNCAF	Sala IV	23/02/2010	76
“Litográfica San Luis SA”	CNCAF	Sala III	13/11/2012	76
“Lamartine SA”	TFN	Sala B	14/08/2017	76
“Fiat Concord”	CNCAF	Sala IV	21/03/2006	76
“Athuel Electrónica SA”	TFN	Sala A	03/10/2010	76
“Luis Pasquinelli e Hijos SA”	TFN	Sala B	03/07/2006	77
“Kepner SA”	TFN	Sala B	16/02/2005	77
“Demetrio Bezus e Hijos SA”	TFN	Sala C	15/08/2007	77
“Cobertura Federal de Salud SA”	TFN	Sala C	14/05/2007	77
“Agropecuaria Dipe SA”	TFN	Sala C	12/10/2004	77
“Welton SACIFIA”	TFN	Sala B	05/10/2006	78

“BJ Services SRL”	TFN	Sala A	10/05/2006	78
“BJ Services SRL”	CNCAF	Sala V	11/05/2007	78
“Dieguez Fernando c/Himalaya Cía. De Seguros s/quiebra s/sumario”	CNCom.	Sala B	21/06/2007	79
“Palacio del Fumador SRL s/ quiebra”	CNCom.	Sala C	26/08/1986	81
“Industrias Plásticas Daccord”	TFN	Sala A	17/12/1997	84
“Industrias Plásticas Daccord”	CNCAF	Sala II	06/07/2000	84
“Los Acollarados SA”	TFN	Sala D	07/09/2007	85
“Entretenimientos SA”	TFN	Sala D	28/06/2004	85
“Comply SA”	TFN	Sala C	12/10/2006	85
“Agrosal SA s/evasión tributaria agravada”	CNPE	Sala B	31/08/2010	86
“Candy SA”	CSJN		03/07/2009	92
“San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Grales.”	CSJN		11/09/2007	99
“ICA Industrial Comercial Argentina SRL”	CSJN		27/08/1958	104