

DISPOSICIÓN DE FONDOS A FAVOR DE TERCEROS

ÁNGELA GABRIELA LEO

Contadora Pública Nacional
Especialista en Tributación
Universidad Nacional de La Rioja

Palabras Clave:

Tributación, Aportes
irrevocables, presunciones
impositivas.

Key Words:

Taxation; Irrevocable
contributions ; tax
assumptions

Resumen

El presente trabajo se aborda la complejidad del tema de los aportes irrevocables a favor de terceros en conjuntos económicos. Se analiza la figura prevista por el artículo 73 de la ley del impuesto a las ganancias (LIG) - incorporado en el año 1985 por la Ley 23.260. Se realiza un estudio de la jurisprudencia y se realiza un propuesta para proveer de mayor claridad y equidad fiscal en el tema

Abstract

The present work, the complexity of the subject of irrevocable contributions to third parties is addressed in joint economic .Built in 1985 by Law 23,260 - the figure provided for in Article 73 of the law of income tax (LIG) is

analyzed. A study of case law is made and a proposal is made to provide greater clarity and fairness in the tax issue.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se abordará la figura prevista por el artículo 73 de la ley del impuesto a las ganancias (LIG) - incorporado en el año 1985 por la Ley 23.260-, referida a las disposiciones de fondos a favor de terceros que no responden a operaciones efectuadas en interés de la empresa.

Se analizarán dos temas en particular: APORTES IRREVOCABLES y DISPOSICION DE FONDOS A FAVOR DE TERCEROS EN CONJUNTOS ECONOMICO. Los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de capital son montos o importes financieros que se desembolsan a un ente económico, por parte de sus socios, accionistas o terceros, ejerciéndose el correspondiente derecho de preferencia a acrecer en la participación del capital por parte de los socios o accionistas en su caso. La disposición de bienes o fondos se efectiviza si se efectúa 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.

Siendo que el objeto del presente está constituido por el estudio de una presunción que no admite prueba en contrario, en forma previa al detallado análisis de los requisitos para su procedencia y de las implicancias tributarias que el instituto genera, se realizará una introducción de las presunciones en general en el derecho tributario.

Es importante destacar que la finalidad de la normativa fue la de evitar el desmedro de la base imponible provocado por operaciones de préstamos gratuitos o a tasas inferiores a las de mercado, pero en la actualidad y 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. Además, su aplicación literal, llevaría por su defectuosa redacción, a ficciones violatorias de garantías constitucionales.

Desde el análisis de la jurisprudencia identificaremos los presupuestos

para la aplicación de la presunción: calidad de "tercero" del sujeto que percibe los fondos o bienes en préstamo y desvinculación de la operación con el giro comercial de la empresa que los efectúa.

Al respecto, desde el fallo en la causa "Fiat Concord"⁴², diversos pronunciamientos del Tribunal Fiscal de la Nación, por aplicación del principio de realidad económica, han venido sosteniendo que no revisten la calidad de terceros las empresas que conforman un mismo conjunto económico, razón por la cual no corresponde la determinación de intereses presuntos previstos en el artículo 73 de la LIG.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en oportunidad de su primer pronunciamiento en la causa "Akapol S.A."⁴³.

No obstante estos antecedentes, también han surgido pronunciamientos tanto del Tribunal Fiscal de la Nación, como de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en donde se establece la aplicación de la presunción, por considerar a las empresas que conforman un mismo conjunto económico sujetos jurídica y tributariamente distintos.

Con fecha 2 de febrero de 2009, el Ministerio Público Fiscal ha dictaminado en las causas FIAT CONCORD S.A. y AKAPOL S.A., ambos dictamen fijan un importante precedente. Finalmente el 6 de marzo de 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación pone fin a un interrogante de larga data confirmando la sentencia apelada. Un préstamo entre compañías aun vinculadas que no prevea intereses y que no pueda demostrarse que su otorgamiento resulta en interés de la prestadora, hace nacer la obligación de tributar impuesto a las ganancias en conceptos de intereses presuntos por disposición de fondos o bienes a favor de terceros⁴⁴.

Como cierre, y por su conexión por el tema tratado, se analizará la cuestión particular de los aportes irrevocables a la luz de la normativa y de

⁴² Fallo del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala O, 16/1 0/2002

⁴³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 09/03/2005.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación Fiat Concord SA c DGI

la jurisprudencia existente hasta el momento, y sus consecuencias en el impuesto a las ganancias por aplicación de la presunción del artículo 73 de la LIG.

Capítulo 1

1. Presunciones en el derecho tributario

Al igual que el instituto previsto en el derecho público, la presunción del derecho tributario surge de un razonamiento mediante el cual, partiendo de un hecho determinado de existencia cierta -denominado indicio-, se infiere un hecho desconocido que se desea probar. La técnica presuntiva debe 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.

Las presunciones pueden ser legales o judiciales. Las presunciones legales, se pueden clasificar en relativas (*iuris tantum*) y absolutas (*iuris et de iure*). La primera, se caracteriza por admitir prueba en contrario - inversión de la carga de la prueba-, a contrario de lo que sucede en las presunciones absolutas que no lo admite. En las presunciones legales absolutas, la relación entre hecho base y hecho inferido es asumida como cierta e inexorable, con carácter de verdad legal (Litvak y Laspina, 2004). Aquí, la inadmisibilidad de prueba en contra se constituye en un recaudo del legislador para reforzar sus efectos.

Párrafo especial 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.

La figura contenida en el artículo 73 de la ley del impuesto a las ganancias, constituye una presunción legal que no admite prueba en contrario (presunciones legales absolutas), 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 cabe extraer las siguientes definiciones:

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

Hecho inferido: "una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual ('.').".

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 (sin perjuicio de que su razonamiento no encuadraría en la figura del artículo analizado) con el perjuicio de afectar derechos constitucionales como: legalidad, razonabilidad y capacidad contributiva.

Al respecto expresa Zicardi⁴⁵:

"Es válida una presunción cuando se funde en hechos reales y probados, como lo prescribe el art. 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Esto indica que cualquiera sea la naturaleza de la presunción - hominis o legal- debe existir, por parte de la administración tributaria, una tarea esencial, cual es la de establecer el indicio en forma real y concreta, lo que significa que debe ser sólido y probado, ya que si no fuera así, estaría estableciendo una presunción sobre otra presunción".

2. Antecedentes normativos

Mediante la sanción de la Ley 23.260 (B.O. 11/10/1985), se incorporó en el texto de la Ley del Impuesto a las Ganancias el actual artículo 73 (t.o.

⁴⁵ Sexto Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 10 al 12 de agosto de 2004, Comisión N° 3: "Ley 11.683. Presunciones y Sanciones. Propuesta de modificación."

1997)⁴⁶, que expresa lo siguiente:

"Toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso a), y que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa, hará presumir, sin admitir prueba en contrario, una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual no menor al fijado por el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA para descuentos comerciales o una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del OCHO PORCIENTO (8%) anual, el importe que resulte mayor. (...)"

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 vieja ley de impuestos a los réditos preveía la gravabilidad del valor locativo de los inmuebles cedidos gratuitamente o a un precio no determinado. No obstante ello, como antecedente jurisprudencial, un fallo del Tribunal Fiscal de la Nación, apeló a las normas de la segunda categoría para aplicar intereses presuntos en un caso de aportes dinerarios entre sociedades⁴⁷.

La principal finalidad de esta norma fue la de evitar reducir la base imponible del tributo mediante 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.

En efecto, en el mensaje de elevación del proyecto de la ley al Congreso por parte del Poder Ejecutivo se señalaba lo siguiente⁴⁸:

En virtud de la modalidad de imposición propuesta, la doble imposición económica sobre utilidades distribuidas, aunque atenuada, subsiste; situación que puede inducir a la retención de utilidades por parte

⁴⁶ Texto ordenado en 1997, a través del D. 649/97 (B.O. 06/08/1997) Y sus modificaciones.

⁶ Causa "Rivex S.A.C.F. el", T.F.N., Sala A, 30/11/1999.

⁴⁸ Cfr. Mensaje N° 662, Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, 04/09/85, p. 4177.

de sociedades cerradas cuyos accionistas tengan altos niveles de ingresos, con el objeto de canalizarlos luego hacia los segundos por vías que no supongan para los mismos una imposición adicional. A efectos de restringir dicha posibilidad, se extiende el tratamiento previsto para la distribución de utilidades a las sumas facilitadas por sociedades a sus accionistas en calidad de préstamo, en los casos en que no se estipule el pago de intereses, o éstos resulten inferiores a los contemplados en el texto legal.

El régimen sobre tratamiento de los dividendos ha sufrido modificaciones a lo largo de la vigencia del impuesto. La presunción legal del arto 73 fue introducida cuando la distribución de dividendos se encontraba gravada en cabeza de los accionistas, de modo que el espíritu de la norma era la de evitar el desmedro de la base imponible originado en la retención de utilidades, para canalizarlas luego en préstamos otorgados a sus accionistas sin estipulación de intereses o cuando éstos fueran inferiores a los legalmente establecidos.

En este sentido, el antiguo 2do párrafo del arto 73 de la ley, asignaba el carácter de dividendo a la disposición de fondos o bienes que a favor de sus accionistas hicieran las sociedades que tuvieran utilidades susceptibles de ser distribuidas. Este segundo párrafo fue luego suprimido por ley 24.073 que modificó la imposición sobre los dividendos, disponiendo que no sean incorporados por sus beneficiarios en la determinación de su ganancia neta.

Por otra parte, es importante señalar, que otro de los objetivos primarios buscados con la incorporación del actual artículo 73, estuvo directamente vinculado con las normas sobre ajuste por inflación. Cabe recordar que mediante la ley 23.260 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).

Mediante la aplicación de intereses presuntos a las disposiciones de fondos por parte de los sujetos obligados a practicar el ajuste por inflación, se buscaba evitar todas aquellas maniobras tendientes a reducir la efectiva incidencia del "ajuste dinámico" o para minimizar la carga del gravamen. Al respecto, explica Angel Schindel⁴⁹, en razón de que el pago de dividendos o

⁴⁹ Angel Schindel. *Disposición de/ondas a favor de terceros ¿presunción, ficción o sanción encubierta?* Doctrina Tributaria, Ed. Errepar, N° 317, Agosto de 2006.

el retiro de fondos por parte de socios generaba un ajuste dinámico positivo desde el mes del referido pago de dividendos o retiro de fondos, con el fin de evitar estos ajustes, las empresas retiraban los fondos a principios de mes, los colocaba en entidades bancarias a nombre de socios o accionistas (cuyos intereses estaban exentos) y los restituían 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.

Capítulo II

1. Requisitos

La renta gravada del artículo 73 de la ley del tributo, como toda presunción, sólo puede ser de aplicación acreditando que se configuran los presupuestos requeridos legalmente.

Los presupuestos identificados en la normativa para la aplicación del interés presunto son los siguientes:

La existencia de una disposición de fondos o bienes a favor de terceros;

- i. Efectuada por los sujetos del artículo 69 de la Ley del Impuesto;
- ii. Que no responda a operaciones realizadas en interés de la empresa.

2. Disposición de fondos o bienes en calidad de préstamo

La definición del concepto "*disposición de fondos o bienes*" la encontramos en el artículo 103 del reglamento de la Ley del tributo, en donde se establece que el mismo queda configurado cuando se entreguen en calidad de *préstamo*, sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa, o que deban considerarse generadoras de beneficios gravados. Dicho concepto, aclara el mismo artículo del Decreto, no comprende las liberalidades (consideradas éstas en

los términos del art. 88° inc. "i" de la ley del gravamen), las que no darán lugar al cómputo de intereses y actualizaciones presuntos, ni serán deducibles por parte de la sociedad que los efectuó.

Es decir que la norma mencionada se aplica exclusivamente en los casos en que no se verifica la transmisión de dominio de los bienes en cuestión.

3. Sujetos alcanzados

Conforme al artículo 69 de la LIG, los sujetos alcanzados por la presunción legal son los siguientes:

- Sociedades Anónimas;
- Sociedades en comandita por acciones (sólo en la parte correspondiente al capital comanditario);
- Asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país;
 - Sociedades de economía mixta;
- Entidades y organismos a que se refiere el arto 10 de la ley 22.016;
- Fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441 , excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario;
- Fideicomisos financieros;
- Fondos comunes de inversión constituidos en el país, no comprendidos en el primer párrafo del art. 1º de la ley 24.083 y sus modificaciones;
- 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.

4. Excepciones

Según lo establece los artículos 73 de la LIG y 103 del DR, tres son los casos en los cuales pese haber una disposición de fondos o bienes a favor de terceros, no se aplica la presunción:

- i. Anticipos de honorarios de directores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia;
- ii. Las entregas que efectúen a sus socios las sociedades de responsabilidad limitada, en comandita simple y la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades por acciones -sociedades comprendidas en el apartado 2. del inc. a) del art. 69;
- iii. Las transacciones entre los establecimientos permanentes ubicados en el país con las personas o entidades vinculadas constituidas o domiciliadas en el exterior.

La primera excepción indicada, la encontramos en el artículo 103 del decreto reglamentario, en donde dice que las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejo de vigilancia en concepto de honorarios, deben entenderse incluidas como operaciones propias del giro de la empresa, en la medida que éstos no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron, y siempre que se encuentren debidamente individualizados y registrados en la contabilidad de la compañía⁵⁰.

Al respecto, en el caso en que los fondos dispuestos superen los honorarios fijados por asamblea, la jurisprudencia ha entendido que la presunción de intereses debe aplicarse únicamente en relación a los excedentes que superen dichos valores; no debiendo confundirse este límite con el tope establecido para la deducción de honorarios en el texto legal, en vistas de que ambas situaciones no guardan relación alguna entre sí⁵¹.

Asimismo, y a los efectos de que los fondos anticipados como honorarios no generen intereses presuntos, las condiciones previstas por el reglamento deben verificarse con anterioridad al vencimiento de la declaración jurada del período fiscal correspondiente a la percepción de los bienes o fondos, según lo entendió la sala A del Tribunal Fiscal de la Nación en la causa "Fenoglio S.A.C.I." del 13/03/2001.

⁵⁰ Causa "Eurocine S.A", C.N.A.C.A.F., Sala I1, 01/11/2007.

⁵¹ Causa "Punte S.A.C.LF.", T.F.N., Sala B, 28/03/2005; causa "Muscariello Hnos S.A.", T.F.N., Sala D, 22/02/2000; causa "Servando Pedrido S.A.LC.", T.F.N., Sala D, 28/12/2000.

En cuanto a **la segunda excepción mencionada**, respecto a las disposiciones de fondos que efectúen a sus socios las sociedades de responsabilidad limitada, comandita simple, o la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones, la normativa ha previsto su exclusión de la imposición de la renta presunta, en razón de que la realidad económica ha demostrado que el manejo habitual de los fondos en estas sociedades, son similares a las sociedades de personas, en donde los socios requieren de dichos fondos para su sustento y uso personal. En tal sentido se ha expresado el Tribunal Fiscal de la Nación en la causa "Augusto H. Spinazzola S:A."⁵²

La tercera y última excepción, está directamente vinculada con las regulaciones en materia de precios de transferencia, a partir de las cuales la aplicación de las disposiciones del artículo 14 de la Ley del Impuesto a las Ganancias -principio general de "arm's length"-, tienen preeminencia sobre el artículo 73, no resultando aplicable en estos casos.

En este sentido, conforme lo dispone el tercer párrafo del artículo 14 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, cuando las transacciones entre empresas vinculadas (internacionalmente) no se ajusten, en sus prestaciones y condiciones, a las que establecerían partes independientes en condiciones habituales de mercado, deberán practicarse -en el balance fiscal de la entidad local- los ajustes necesarios para que las aludidas transacciones reflejen precios acordes con las reglas sobre precios de transferencia, fijadas en el artículo 15 de la ley.

Efectos tributarios de la presunción

Ante la verificación de las condiciones previstas en la normativa, se aplicará una renta presunta consistente en un interés con capitalización anual no inferior al mayor de los siguientes:

- i. Interés fijado por el Banco de la Nación Argentina (BNA) para descuentos comerciales, o bien
- ii. Una actualización igual a la variación en el índice de precios mayoristas, nivel general, con mas un interés del 8 % anual.

⁵² T.F.N., Sala D, 23/06/2003.

En relación al segundo sistema de cálculo de renta presunta, a partir de la sanción de la ley 24.073, surgió el dilema de la aplicación o no de la actualización, dado que el artículo 39 de la mencionada norma dispuso tomar como límite máximo las variaciones en el índice de precios operadas hasta el mes de marzo de 1992 inclusive.

Asimismo, se encuentra actualmente vigente la Ley N° 23.928 que establece la inadmisibilidad de las actualizaciones monetarias, indexación de precios, variación de costos o repotenciación de deudas.

En el contexto normativo descripto, no correspondería aplicar la actualización que surge del artículo 73 de la ley del impuesto, dado que de hacerlo resultaría contrario a la normativa de fondo.

a) Tasa de interés aplicable

La AFIP ha manifestado respecto a la tasa de interés aplicable, mediante una reunión de enlace con el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CPCECABA)⁵³, que debe utilizarse la tasa de interés de descuentos comerciales del BNA fijada a la fecha en la que se concreta la operación, vinculándola con el término de la misma. De superar el vencimiento el plazo máximo fijado por el banco, se tomará el mayor y vencido éste se realizará una nueva ponderación teniendo en cuenta las mismas variantes.

Por el contrario en la causa "Autosanjuan S.A.", con fecha 05/06/2007, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, confirmó la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación por el cual ordenaba a la AFIP recalcular los intereses presuntos del artículo 73 considerando los cambios producidos en la tasa de interés de referencia durante el período en que los fondos estuvieron en poder de terceros.

b) Cese en la imputación de los intereses presuntos

El tercer párrafo del artículo 103 del decreto reglamentario 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

⁵³ Grupo de enlace. Acta 18/1 0/2006

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 excede ampliamente el alcance de la ley, al pretender aplicar intereses por un período en el que no hubo disposición de fondos. En este mismo sentido opina D'Agostino (1998), quien sostiene la irrazonabilidad de la norma, y denuncia el exceso por parte del reglamentador que establece una pena excesiva por actos que pueden no tener relación alguna y que va más allá de lo establecido en la ley. El autor explica que 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 pena sin causa y sin régimen recursivo alguno ya que no admite prueba en contrario.

Asimismo, Angel Schindel (2006) 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.

c) Devengamiento de rentas inferiores a la fijada legalmente

En un exceso reglamentario, el artículo 103 prevé que la imputación de intereses y/o actualizaciones 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 los parámetros legales. En tal caso el interés presunto resultara igual a la diferencia que se registre entre ambos.

Al respecto, resulta excesivo interpretar que el mero hecho de obtener una renta inferior a la tasa de interés que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento comercial, constituye

una pauta suficiente para la aplicación del artículo 73 de la LIG. Una interpretación distinta, llevaría al fisco intentar gravar rentas hipotéticas o fictas que incluso puedan ser imposibles de generar en el mercado. La obtención de una tasa menor podría resultar perfectamente acorde con las costumbres de plaza, teniendo en cuenta las condiciones del acreedor y deudor. O inclusive, pactar una tasa menor podría resultar justificado en operaciones en donde se busca obtener, directa o indirectamente, un beneficio para la empresa.

Por ello, entendemos que el fisco no debe aplicar el ajuste en los casos en donde no se cumplan rigurosamente todos los requisitos para la procedencia de la presunción.

5. Otras cuestiones especiales

a) Disposición de bienes

En el caso en que hubiera operado disposición de bienes a favor de terceros, a los efectos de su consideración como base de cálculo de intereses presuntos, el artículo 103 del decreto reglamentario, dispone que los mismos se valuarán a su valor de plaza a la fecha de la respectiva disposición.

Ahora bien, cuando se trata de bienes inmuebles, la normativa no hace ninguna diferenciación, de modo tal que debe tomarse el valor en plaza del inmueble como capital dispuesto y aplicar sobre el la tasa de interés dispuesta en el artículo 73 de la Ley. Si bien así lo ha interpretado la AFIP en una consulta vinculante de fecha 20/10/2005⁵⁴, no hay dudas de que esta aplicación literal de la norma, da a lugar a resultados ficticios que no guardan relación a un valor locativo presunto que sería lo más razonable aplicar.

Respecto a esta última observación, gozaría de mayor razonabilidad que se aplique el mismo criterio que existe para las rentas de primera categoría, es decir el valor locativo del inmueble, y no como actualmente se encuentra redactada la norma, en donde se aplica una tasa de interés que difiere sustancialmente del rendimiento inmobiliario posible de obtener.

⁵⁴ AFIP Consulta vinculante del 20/10/2005 en exp. Act. (DI ASLE) 1410/2005.

b) Anticipos de dividendos

En relación a la disposición de fondos a favor de los accionistas, cabe señalar el caso particular de los retiros a cuenta de dividendos que, a diferencia de los anticipos de honorarios analizado anteriormente, si se encuentran alcanzados por la presunción.

Al respecto, el artículo 224 de la Ley de Sociedades Comerciales (LSC) expresa:

“La distribución de dividendos o el pago de interés a los accionistas son lícitos sólo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

Está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el artículo 299”.

La jurisprudencia se ha expedido en este sentido en el fallo "Agropecuaria Dipe S.A"⁵⁵ la sociedad había entregado fondos a sus únicos accionistas en concepto de retiros a cuenta de utilidades, cuya aprobación no había sido efectuada.

El Tribunal confirmó el ajuste practicado por el fisco en virtud del art. 224 de la Ley de Sociedades Comerciales el cual prohíbe la distribución anticipada de dividendos quitándole trascendencia al hecho de que los únicos accionistas sean además directores de la empresa.

En el mismo sentido, en la causa "Luis Pasquinelli e Hijos S.A" el Tribunal Fiscal de la Nación 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 empresaria dentro del marco regulatorio fijado en la normativa vigente⁵⁶.

Ahora bien cuando se trata de empresas con resultados ya consolidados de ejercicios anteriores concluidos y finiquitados, en un

⁵⁵ T.F.N., Sala C, 12/10/2004

⁵⁶ T.F.N., Sala B, 03/07/2006

principio la Sala "B" del Tribunal Fiscal de la Nación en un fallo del año 200557, había resuelto no aplicar intereses presuntos, puesto que no se trataba ya de sumas anticipadas, sino que pertenecen al sujeto tomador en su carácter de accionista. No obstante el antecedente jurisprudencial antes comentado, con fecha 05/10/2006 en la causa "Welton S.A.C.LF.I. y A", la Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación, con buen criterio resolvió aplicar la presunción de intereses a las sumas depositadas en las cuentas personales de los accionistas, y no considerarlos adelantos de dividendos como pretendía la actora. Si bien la sociedad contaba con resultados no asignados, la asamblea de accionistas habría aprobado tales asignaciones con posterioridad a la entrega de los fondos - en similar sentido se expidió la Sala "A" del Tribunal Fiscal de la Nación en la causa "BJ Services S.R.L" con fecha 10/05/2006⁵⁸-.

Por otro lado, del artículo 224 de la LSC, surge que las sociedades que queden comprendidas por el régimen de fiscalización permanente, si podrían realizar anticipos de dividendos, y por lo tanto no es de aplicación la presunción de intereses dispuesta por el artículo 73 de la ley del gravamen.

c) Disposición de fondos en el exterior

El artículo 155 de la LIG, regla la disposición de fondos en el exterior similar a la prevista por el artículo 73, con la diferencia de que 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, el artículo 155 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 (sociedades de responsabilidad limitada, sociedades en comandita simples y la parte correspondientes a socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones), ni a las que los establecimientos estables 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.

⁵⁷ Causa "Kepner S.A.", T.F.N., sala B, 16/12/2005

⁵⁸ El Tribunal convalidó el ajuste fiscal en virtud a lo dispuesto por el artículo 234 de la ley 19.550, que otorga con exclusividad a la asamblea ordinaria el derecho de resolver sobre la disposición y destino de los fondos. Posteriormente con fecha 11/05/2007 la CNCAF Sala V convalidó el fallo.

d) Disposición de fondos en moneda extranjera

En un primer análisis, la AFIP en una reunión del grupo de enlace con el C.P.C.E.C.A.B.A.⁵⁹, concluyó que al no haber distinción legal entre las disposición de fondos en pesos de la de moneda extranjera, corresponde realizar la conversión del importe en pesos y aplicar la tasa de interés correspondiente.

Contrariamente a lo arriba interpretado por la AFIP, el Tribunal Fiscal de la Nación⁶⁰, en un caso de operaciones de préstamos de dinero pactado en dólares, sostuvo que a fin de ponderar la aplicación de la figura de la disposición de fondos a favor de terceros, debe tenerse en cuenta la tasa de interés del mercado para operaciones de préstamos en dólares efectuadas entre partes independientes y no la tasa de interés en pesos del Banco de la Nación Argentina.

Si bien compartimos lo resuelto por el Tribunal, resulta discriminatorio contra las operaciones realizadas en moneda local, en donde se aplica por disposición legal una tasa que resulta superior a la de mercado. Obsérvese que una empresa difícilmente pueda realizar una inversión que le reditúe semejante tasa, salvo que su actividad sea financiera. Por esta razón consideramos que la disposición legal del artículo 73 es violatorio del principio de capacidad contributiva al determinar una renta que se eleva por encima de la real, realizando una apropiación indebida de la renta empresaria.

Capítulo III

Aportes Irrevocables

Como veremos más adelante, en determinados casos, el fisco ha pretendido aplicar a los aportes irrevocables la presunción del art. 73 de la LIG. Por la vinculación con el tema tratado consideramos convenientes su desarrollo.

⁵⁹ Grupo de enlace AFIP-DGI/CPCECABA. Reunión del 2211 1/2006.

⁶⁰ Causa "Kasdorf S.A.", T.F.N., Sala C, 27/09/2005.

1. Concepto

Los aportes irrevocables nacen de necesidades concretas de las empresas para obtener recursos para el desenvolvimiento de su giro, y tienen lugar cuando un socio o un tercero entrega fondos a la sociedad con intención de suscribir en una futura emisión de capital (acciones o cuotas sociales). Debemos destacar que este instituto no ha sido legislado en la Ley de Sociedades Comerciales, sino que se trata de una creación doctrinaria. Los aportes para futuras suscripciones de capital constituyen una expectativa de sus titulares en cuanto a obtener el estatus de socio o incrementar su participación societaria, y mientras no sea capitalizado, no otorgan a sus aportantes los derechos políticos y patrimoniales que brinda el estatus de ser socio de una sociedad comercial.

2. Características y requisitos

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 ésta o de acrecentar su participación, por esta razón no se contempla el pago de intereses de financiación.

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.

A los efectos de no ser considerado como un pasivo para la sociedad receptora de los fondos, la Resolución Técnica 17 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (norma 5.19.1.3.1.), establece los siguientes requisitos:

- Hayan sido efectivamente integrados;
- Surjan de un acuerdo escrito entre el aportante y el órgano de administración del ente;
- 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.

3. Plazo para su tratamiento

La Inspección General de Justicia ⁶¹, dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación, dictó la Resolución General 7/2005⁶², que dispone en su art. 96, apartado 5º 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 de ciento ochenta (180) días corridos computados desde la aceptación del aporte por el directorio de la sociedad.

4. Acuerdo preliminar

El acuerdo preliminar entre el aportante y el directorio deberá cumplir con los requisitos contemplados por la resolución técnica 17 de la Federación Argentina de Consejos Profesionales, y además deberá: i) identificar debidamente a las partes -especificando si es un tercero o accionista, o sociedad directa o indirectamente controlante o controlada de aquella-; ii) 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 día⁶³; iii) identificar la cantidad, características y clase de acciones que deberán entregarse al aportante en caso de aprobarse su emisión; iv) 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; vi) establecer el no devengamiento de intereses compensatorios sobre el monto portado; vii) 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.

⁶¹ El ámbito de aplicación por el art. 2 de la ley 22.315 es: Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur.

⁶² Los antecedentes normativos son RG(IGJ) 25/2004 Y 1/2005.

⁶³ Dicho plazo no podrá exceder de 180 días corridos computados desde la aceptación del aporte por el directorio de la sociedad. Si se va a decidir su capitalización y el aumento del capital social es mayor a su quíntuplo deberá realizarse en asamblea extraordinaria

5. Jurisprudencia

En la causa Entretenimientos S.A.⁶⁴, el fisco entendió que los aportes irrevocables a cuenta de futuras suscripciones de acciones que el contribuyente efectuó en una empresa emisora (de la cual detentaba el 50% de la participación societaria), no eran tales sino que se trataba de una disposición de fondos a favor de terceros, teniendo en cuenta que dichos importes fueron devueltos.

El Tribunal estimó pertinente considerar a las empresas referidas como "terceros" en los términos del referido art. 73 de la ley del impuesto a las ganancias, puesto que: (i) cada una de ellas tiene personalidad propia y son responsables directas del impuesto como personas de existencia ideal perfectamente diferenciadas; y (ii) que si bien la apelante tiene una participación del 50% en el capital accionario de la otra, no reviste el carácter de controlante respecto de la misma, ni ambas conforman un grupo económico.

Esta postura se refleja en el voto del Dr. Brodsky, quien dijo:

“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 decreto reglamentario, vigentes en el período objeto del ajuste, configurando un pasivo para la receptora del dinero y un crédito para la otra”.

De esta manera el tribunal otorgó el tratamiento previsto en el arto 73 de la ley del impuesto a las ganancias atento que los importes dados en

⁶⁴ T.F.N., Sala D, 28/06/2004

su oportunidad para futuras suscripciones de acciones fueron devueltos.

En otro fallo de fecha 12/10/2006, "Comply S.A.", la Sala "C" del Tribunal Fiscal de la Nación desestimó el ajuste realizado por el Fisco que aplicó a un contribuyente la presunción de intereses del artículo 73 de la ley del impuesto. 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, mientras que la apelante tiene 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.

Respecto al momento a partir de cuándo se entiende configurada la disposición de fondos, el Dictamen de Asesoría Legal (DAL) 56/2004 determina que en aquellas situaciones en donde no se ha cumplido con el requisito de convocar a asamblea de accionistas a los efectos de tratar el aumento de capital, la fecha a considerar es desde que la empresa tenedora efectuó las erogaciones a favor de la firma emisora y no desde la fecha de vencimiento del plazo en el cual debía convocarse a asamblea mencionada.

Capítulo IV

Disposición de fondos en conjuntos económicos

Según hemos analizado hasta aquí, para que la presunción legal se efectivice, 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. En este capítulo veremos mediante el análisis de opiniones del fisco y jurisprudencia el alcance de estos requisitos en aquellos casos en que existen conjuntos económicos.

1. Dictámenes del fisco

En relación al tema tratado, no. existe un gran número de antecedentes administrativos.

Entre los más destacados podemos citar los siguientes:

♦ **Dictamen (DAT) 29/1998:** este caso se trataba de empresas

vinculadas, en donde la controlante realizaba pagos por gastos y otros conceptos que correspondían a las empresas controladas, generando saldos pendientes de cancelación que en principio no eran abonados y sobre los cuales se reconocía un interés mínimo. El fisco entendió aplicable la presunción contenida en el artículo 73 de la Ley del gravamen, toda vez que la disposición de fondos no respondía a operaciones efectuadas en interés de la empresa.

♦ **Dictamen (DAL) 100/2000:** en este antecedente una empresa que había suscripto un contrato de comercialización y distribución con otras entidades, se obligaba a adquirir sus productos para cubrir las demandas estimadas en un periodo de nueve meses. Se plantea, si a estos adelantos de fondos le resultaba aplicable la presunción del artículo 73 de la ley. Al respecto las autoridades fiscales resolvieron que los fondos atienden al interés de los receptores al obtener un financiamiento en sus operaciones, en tanto que quien los desembolsa no goza de ninguna ventaja. Por esta razón consideran de aplicación intereses presuntos. En este dictamen, vemos como a pesar de ser una operación gestada en el marco de un acuerdo comercial, es decir una consecuencia del giro de la empresa, el fisco no obstante ello resuelve aplicar la presunción por considerar que el mayor beneficio lo recibe la otra parte.

2. Jurisprudencia

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, el segundo grupo de fallos, sostiene 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.

a) Principio de la realidad económica

Los artículos 1 y 2 de la ley N° 11.683 reconocen la autonomía del derecho tributario y adoptan el principio de la realidad económica como base de interpretación de las normas fiscales.

El primer artículo se refiere al criterio de interpretación de las normas tributarias, a cuyo efecto se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Solo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de ellos, podrá recurrirse a los del derecho privado.

Por su parte el artículo 2º, 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 a continuación que, cuando los mismos se sometan a formas o estructuras jurídicas que no se correspondan con las del derecho privado, se prescindirá de las mismas y se considerará la situación económica real que hubiera correspondido aplicar.

Es decir que ante excesos manifiestos, existe una interpretación económica, que no importa violación al principio de legalidad, y que consiste en el último análisis en dar a la ley, en su aplicación a las hipótesis concretas, una inteligencia tal que no permita al contribuyente manipular la forma jurídica para lograr un menor pago del tributo⁶⁵.

Al respecto, Martínez⁶⁶ (1974) señala la necesidad de su utilización restringida a efectos de evitar una grave incertidumbre jurídica. En este sentido, algunos ordenamientos tributarios extranjeros hacen referencia a este criterio, pero limitándolo a los supuestos de utilización de formas jurídicas manifiestamente inapropiadas, es decir para casos de abusos del derecho.

En el caso de sociedades vinculadas por subordinación financiera, orgánica o económica, el derecho tributario alemán aplica la teoría del órgano, en

⁶⁵ Araujo Falcao, Amilcar de; El hecho generador de la obligación tributaria; Ed. Depalma, 1964, pag. 24 y 25.

⁶⁶ Ex vocal del Tribunal Fiscal de la Nación

donde se considera que la entidad dominada es un órgano de la dominante con lo cual se integra en un sólo ente orgánico.

En nuestro país, el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Kellogg"⁶⁷, terminó por resolver que la doctrina de la "penetración" (teoría del órgano) no debe aplicarse en forma indiscriminada, dejándose de lado cuando no existen actos antijurídicos que importen un "abuso de derecho". En el fallo la Corte cita la doctrina emanada de los Fallos t. 287, p. 79 (Rev. LA LEY t. 152, p. 342) conforme el cual:

"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 S.A. Frigorífica s. convocatoria de acreedores (expte. C-705-XVI)" 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".

En materia de disposición de fondos, un gran número de jurisprudencia se inclina por la no aplicación de intereses presuntos por préstamos entre empresas del mismo conjunto económico por aplicación del principio de realidad económica, y la consecuente inexistencia de "terceros" en los términos de la normativa bajo análisis.

Para ello, se adentra en el análisis de las estructuras societarias a la luz del principio de la realidad económica, independientemente de su estructura jurídica utilizada, conforme el antecedente comentado de Corte "Kellogg Co. Argentina S.A".

En función de ello, y en tanto se encuentre debidamente probado, se entiende que las empresas deudoras y acreedoras no revisten el carácter de terceros, y al no cumplirse uno de los extremos exigidos por la norma para la aplicación de la presunción, se concluye que la misma no es procedente.

Por último, en algunos fallos se cita como fundamento adicional el

⁶⁷ Causa "Kellagg Ca. Argentina S.A.", C.S.J.N., 26/02/1985

espíritu de la norma aquí analizada. Ello así, por cuanto consideran que no puede existir maniobras evasivas en los casos de préstamos interempresas en que la deducción de los intereses por parte de una de las partes, implica la gravabilidad de los mismos en cabeza de la otra. De tal forma, los intereses que pretenden gravarse, dentro de un conjunto económico, no implican la existencia de evasión, sino la neutralidad del impuesto.

A continuación se realizará un sumario de los antecedentes y criterios de los fallos que siguen esta corriente de pensamiento.

✓ **Fiat Concord S.A. - TFN Sala D, 16/10/2002**

En esta causa, los inspectores habían detectado un saldo en la cuenta "Préstamos- Sociedades art. 33 de la ley 19.550", que tenían como destinataria a la empresa Fiat Argentina S.A., socio mayoritario y controlante de la recurrente con una posesión del 99,99 %, y que no devengaban interés a favor del contribuyente.

El argumento por parte del fisco era que probada la existencia de préstamos entre ambas sociedades, y que no respondían al giro de la empresa, correspondía gravar los intereses presuntos de ellos derivados por aplicación del art. 73 de la ley del gravamen.

Asimismo, agregó que para la interpretación y aplicación de la ley fiscal, debe considerarse que se trata de dos sociedades legalmente constituidas, con estatutos y objetos sociales propios, con inscripciones diferentes en Inspección General de Justicia y con registro e inscripción ante la D.G.I. para cada una de ellas.

El contribuyente, por su lado, argumentó la falta de independencia real entre ambas empresas, pese a tratarse de personas jurídicas diferentes, de modo que no se cumplía con uno de los requisitos ineludibles de la normativa, que se refiere a la calidad de tercero del sujeto que recibe los fondos, por cuanto Fiat Argentina SA era la controlante de Fiat Concord SA.

Además se argumentó que Fiat Argentina S.A., por su desarrollada infraestructura administrativa, asistía a las demás compañías del grupo económico y pagaba los gastos operativos de su controlante con los fondos

que le remitía, quedando los saldos a disposición de Fiat Concord S.A. sin producir ningún interés.

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 11.683, 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.

(…) desde el punto de vista de la realidad económica, y atento la preponderante participación de FIAT ARGENTINA S.A. en el capital de la recurrente, debe concluirse que se trata de empresas vinculadas, que constituyen en realidad prácticamente una sola empresa entendida como unidad económica, en la que Fiat Argentina es indudablemente la controlante, razón por la que no se puede considerar "un tercero" en los términos del art. 73 de la ley de ganancias. 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.”

De esta manera vemos como el Tribunal analiza la estructura societaria de la compañía a la luz del principio de la realidad económica, para concluir que en el caso analizado no se verificarían los extremos exigidos por la normativa legal relativos a que la disposición de fondos se realiza a favor de un tercero. Es decir que más allá de estar frente a sociedades con personalidad jurídica propia, al ser integrantes de un mismo grupo económico, la realidad indica que se está en presencia de una unidad económica no pudiendo ser entonces consideradas terceros.

Asimismo, hace referencia a la neutralidad del impuesto en la operación cuestionada, al sostener que el interés presunto gravado en cabeza de una de ellas constituiría un gasto deducible para la otra.

✓ **Agropecuaria KKHATU S.A. - TFN Sala C, 29/06/2004 - CNCAF Sala 1, 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 -en forma directa o indirecta- correspondía a las mismas personas físicas, en los mismos porcentajes del capital.

El Tribunal, en atención al principio de la realidad económica, resuelve no aplicar el tratamiento previsto en el artículo 73 de la ley de ganancias, por tratarse de empresas vinculadas que constituyen una unidad económica, pues si bien tienen personalidad jurídica tributaria propia integran un conjunto económico y no revisten entre ellas la calidad de tercero.

Con fecha 08/10/2009 la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (CNCAF), convalidó el fallo del Tribunal concluyendo que la vinculación existente entre las empresas que conforman un grupo económico impide que pueda considerarse a la entrega de fondos como realizada a favor de terceros.

✓ **Bio Sidus S.A. - TFN Sala B, 19/10/2004**

El Tribunal concluyó que la operatoria financiera se producía entre empresas que integran un conjunto económico y en interés del mismo grupo y por lo tanto de Bio Sidus S.A. La decisión se fundó en la referencia a la existencia de un "acto normal de gestión empresarial". Como carga probatoria, se aceptaron acuerdos entre partes y con su controlante, la exposición del conjunto económico en la información presentada a entidades bancarias, y la comprobación de la utilización del criterio de "caja única". Asimismo, se consideraron la concentración geográfica de la operatoria financiera y la "comunidad de operaciones" existente entre las mismas, aún cuando la actuación formal correspondiera a una u otra de las empresas según su objeto social.

✓ **Dragados y Obras Portuarias S.A. - TFN Sala B, 23/11/2004 - CNCAF Sala IV, 05/06/2008**

En este caso se apeló a la existencia de numerosos negocios emprendidos en forma conjunta y mancomunada con su controlante (Supercimiento SA), ya sea por contratos de colaboración o formando uniones transitorias de empresas, y que de este desarrollo surgían permanentes compensaciones de valores entre una y otra. De esta forma, la disposición de fondos se realiza claramente en beneficio o interés propio. El decisorio del Tribunal también hace referencia al propósito seguido por el legislador para introducir la normativa bajo análisis y que es la de restringir "... la posibilidad de que las sociedades retengan utilidades con el objeto de canalizarlas hacia sus accionistas por vías que no supongan para los mismos una imposición adicional..", no verificándose en los autos dicha situación, visto la neutralidad del citado accionar frente al impuesto (argumento ya considerado en el fallo Fiat Concord S.A.).

Luego con fecha 05/06/2008 la C.N.C.A.F. Sala IV, confirmo la resuelto por el Tribunal por no darse dos requisitos para la aplicación de la presunción: i) no puede considerarse que la disposición de fondos se haya hecho a favor de terceros tratándose de empresas vinculadas; ii) la disposición de fondos responde a emprendimientos conjuntos por lo que son en interés de ella.

✓ **Akapol S.A. - CNCAF Sala V, 09/03/2005**

En esta instancia, la Cámara revoca la decisión del Tribunal Fiscal de la Nación bajo los mismos fundamentos descriptos en el caso Fiat Concord S.A.

El contribuyente había efectuado préstamos a las empresas Tridal SA y Ardal SA de las cuales Akapol detentaba una tenencia accionaria del 95% y 75% respectivamente, además de ejercer el control en la toma de decisiones. Los aportes financieros estuvieron destinados a financiar la instalación de la planta industrial de Ardal SA y su reconstrucción y a financiar el proyecto de urbanización encarado por Tridal SA.

La Cámara resolvió improcedente la aplicación del interés presunto, aún cuando cada empresa tiene personería jurídica propia y son sujetos directos del impuesto, dado que la relación existente entre ellas al detentar

Akapol el control accionario y la toma de decisiones, impide que pueda considerarse a los préstamos como realizados a favor de terceros.

Asimismo, sostiene que los prestamos claramente corresponden a operaciones en interés de la compañía que los otorgara, por cuanto ésta obtenía un interés igual o superior al que hubiera obtenido en una entidad bancaria, y deshecha el argumento esgrimido por el Tribunal en cuanto a que el objeto social de la Compañía no comprende actividades financieras: el objeto social de Akapol S.A. es de naturaleza amplia, comprendiendo - incluso- un apartado especial descriptivo de las actividades financieras que puede desarrollar.

Vemos claramente como la Cámara prioriza el hecho de que las empresas conformaban un conjunto económico, por sobre el requisito de que la operación sea una consecuencia del giro de la empresa. Si bien el objeto social es amplio, es claro que la actividad principal y el giro comercial no es la actividad financiera, y además los fondos tuvieron destinos ajenos al interés de Akapol por cuanto las actividades de las empresas no se encuentran vinculadas o complementadas.

✓ **Empresa de Combustible Zona Común S.A. - TFN Sala B, 23/05/2005 - CNCAF Sala III, 17/03/2009.**

En razón de la coincidencia de sus titulares accionarios (idénticos accionistas, en idénticas proporciones), el Tribunal entendió que no constituyen "terceros".

Además, ambas empresas (Empresa de Combustible Zona Común S.A. y Distribuidora El Faro S.A.) se desenvuelven en actividades análogas y complementarias, por lo que "resulta lógico" (según el Tribunal) que por su familiaridad afecten fondos alternativamente, conforme exigencias del mercado y de los proveedores con que operan. El Tribunal entiende que este accionar implicaría la existencia de un "acto normal de gestión" entre las empresas que integran el conjunto económico, sin existir un aprovechamiento de ventajas fiscales, ni una desnaturalización fiscal de las obligaciones impositivas.

Con fecha 17/03/2009 la C.N.C.A.F. sala III confirmó el fallo del Tribunal.

✓ **Symrise S.A. - TFN Sala B, 27/09/2006**

En el presente caso, la firma poseía en los rubros "inversiones" y "otros créditos" saldos deudores a favor de la compañía controlante Bayer S.A. que poseía un 99,87% del paquete accionario.

La apelante demostró además que los fondos tuvieron como destino la financiación de un proyecto comercial conjunto, gastos financieros comprometidos en forma mancomunada, el sistema de "caja única" para optimizar los recursos financieros del conjunto Económico.

El Tribunal fundamenta con los antecedentes de los fallos "Biosidus S.A." y "Dragados y Obras Portuarias", resolviendo así revocar el ajuste fiscal, por considerar la inexistencia de "terceros" en la disposición de fondos al conformar las empresas un conjunto económico, y además, considera que ha sido en interés de la empresa al quedar demostrado las operaciones conjuntas en el plano comercial.

✓ **Secin S.A. - T.F.N. Sala "C", 07/05/2007**

En este caso, la Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación, aplica el principio de la realidad económica, y resuelve no considerar como tercero a la sociedad controlante, pues al adquirir la contribuyente el 99% del paquete accionario no se configura el requisito de la existencia de tercero.

✓ **Haarmann & Reimer S.A. - CNCAF Sala IV, 14/04/2009.**

De conformidad con lo resuelto por la misma Sala en "Dragados y Obras Portuarias" se decide no aplicar intereses presuntos a la disposición de fondos realizada a favor de empresas vinculadas que conforman un mismo grupo económico.

✓ **Roemmers S.A. - TFN Sala B, 29/11/2006 - CNCAF Sala IV, 31/08/2010**

La empresa dedicada a la fabricación de medicamentos dispuso fondos a favor de tres sociedades de las cuales detenta una tenencia accionaria de entre el 98% y el 99,99% sin contemplar el pago de intereses. Además el contribuyente celebró contratos de mutuos con terceras sociedades no vinculadas económicamente, pactando un interés inferior al previsto por la presunción legal.

Respecto a la disposición de fondos entre empresas vinculadas, el

Tribunal expuso los fundamentos ya utilizados en las causas "Dragados y Obras Portuarias" y "Bio Sidus", resolviendo entonces la no aplicación de intereses presuntos por no constituir el carácter de terceros empresas controladas.

En cuanto a los mutuos celebrados con empresas no vinculadas, considera que si bien se ha pactado un interés y este es superior al de mercado, corresponde realizar un ajuste por ser inferior a la prevista en la normativa legal, agregando finalmente que la presunción no admite prueba en contrario.

Finalmente como explicaremos más adelante, con fecha 31/08/2010 la C.N.C.A.F. sala IV, revirtió el fallo del tribunal.

b) Principio de independencia jurídica y tributaria

Otra línea jurisprudencial sostiene que en los casos de préstamos entre empresas vinculadas es aplicable el interés presunto previsto en el arto 73 de la LIG, por cuanto la deudora y acreedora revisten el carácter innegable de terceros, ante la existencia de entes con identidad societaria independiente, legalmente constituidos.

Los antecedentes que obran en este efecto, afirman 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 1ro de la Ley 19.550, en donde se 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 la ley del gravamen no formula referencia alguna al diverso tratamiento a dispensar a las empresas vinculadas con relación a la aplicación del artículo 73, por lo que se entiende que no existe en el ámbito de la ley un concepto de personalidad especial y diferenciamiento del derecho privado.

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 primer fallo emitido en este sentido fue "Akapol S.A."⁶⁸. En forma contraria al antecedente inmediato de Fiat Concord S.A.⁶⁹, la Sala A del Tribunal sostuvo que no puede soslayarse la existencia de dos entes independientes y separados societariamente, con individualidad propia como sujetos del derecho y del impuesto.

El Tribunal refuerza su posición al sostener que no se encuentra debidamente probado el interés "propio" de la empresa, y destaca además la desvinculación de los préstamos con la actividad principal de la compañía, en vistas de no preverse en el objeto social consignado en sus estatutos la realización de actividades financieras.

Posteriormente, la Sala C del Tribunal Fiscal de la Nación, con fecha 27/09/2005 en la causa "Tensioactivos del Litoral S.A.", resuelve bajo los mismos argumentos de "Akapol S.A." aplicar intereses presuntos sobre la disposición de fondos.

En este caso, la 8va. Nominación se encontraba vacante y la 9na. Nominación fue subrogada por el Dr. Celdeiro, vocal de la sala A, quien actuó como vocal preopinante en el caso. Y fue su criterio el que prevaleció, haciendo extensivo a la sala C el criterio sustentado hasta ese momento sólo por la sala A, que desecha la consideración del principio de la realidad económica a los efectos de determinar la existencia de "terceros" en los casos de disposición de fondos entre empresas vinculadas.

El fallo toma en forma casi textual todos los argumentos esgrimidos en el caso "Akapol S.A.", de la sala A del Tribunal Fiscal:

"(...) asiste razón al Fisco Nacional en cuanto afirma que tales empresas son "terceros accionistas" en relación a la aquí recurrente. En efecto, más allá de las relaciones existentes entre ellas, cada sociedad de capital tiene su personalidad propia, cada una es un sujeto de derecho perfectamente individualizado y

⁶⁸ T.F.N., Sala A, 08/07/2003

⁶⁹ T.F.N., Sala D, 16110/2002.

esencialmente distinto de los restantes y es sujeto directo del impuesto como persona de existencia ideal de conformidad con el art. 1 de la ley el tributo". "(...) más allá del amplio objeto social que se desprende de los estatutos sociales (.. .) el giro comercial de la empresa no estaba dirigido a la actividad financiera sino a la fabricación y comercialización de jabones, detergentes, tensioactivos sintéticos, ácidos sulfónicos, sulfatos y auxiliares químicos (...) con lo que no puede afirmarse que los préstamos efectuados corresponda a operaciones propias de su giro comercial (...)"

c) Disposición de fondos realizados en interés de la empresa

Como vimos anteriormente, la jurisprudencia está dividida entre los que por aplicación del principio de realidad económica desconocen la existencia de un "tercero" y no aplican entonces la presunción prevista en el art. 73 de la LIG, y en segundo lugar, quienes afirman que todo sujeto de derecho goza de autonomía jurídica y en consecuencia las disposiciones de fondo que no reporten un beneficio gravado en cabeza del disponente están gravadas por el interés presunto.

Ahora veremos una nueva línea de jurisprudencia que prioriza demostrar, para que se configure la presunción, la inexistencia de un verdadero interés o beneficio en la empresa disponente de los fondos.

Este nuevo criterio comienza con el fallo de la sala C del Tribunal Fiscal de la Nación de fecha 27/09/2005 en la causa "Kasdorf S.A." y luego el 21/03/2006 con el fallo "Fiat Concord S.A." de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

En ellos se desecha la teoría de la unidad económica, y se prioriza el interés o provecho que obtiene la empresa que aporta los fondos, de modo tal que se constituye éste en el principal y decisivo presupuesto del hecho presuntivo.

En los apartados siguientes se realiza una reseña de los fallos emitidos tanto por el Tribunal Fiscal de la Nación como por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

✓ **Kaskorf S.A. - T.F.N., Sala C, 27/09/2005**

A diferencia de los casos anteriores, no se trató de desvirtuar la presunción por el lado de la teoría del conjunto económico o principio de la realidad económica, sino que se demostró la existencia del interés de la empresa acreedora. En efecto, Kasdorf realizaba los préstamos financieros con el claro objeto de conseguir los estándares necesarios de calidad en la producción de su proveedora deudora Milkaut -empresa no vinculada-.

En este sentido, el Tribunal dice lo siguiente:

(...) 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, y desechando la tasa fijada legalmente (B.N.A).

✓ **Fiat Concord S.A. - C.N.A.C.A.F., Sala IV, 21/03/2006**

En la instancia previa Fiat Concord había obtenido una resolución favorable en cuanto a que no correspondía devengar intereses presuntos al no encontrarnos ante préstamos entre terceros, por conformar las empresas deudora y acreedora un conjunto económico.

Sin embargo, en la presente instancia la Sala interviniente concluye que sí corresponde aplicar la presunción de intereses, por cuanto no se ha demostrado el interés de la empresa acreedora, y en vistas que la deudora y acreedora revisten el carácter de terceros, ante la innegable existencia de empresas con entidad jurídica independiente.

Los fundamentos de la Cámara fueron los siguientes:

- No se aportó prueba alguna sobre el beneficio que, para las empresas involucradas, derivaría de esta operatoria: "No surge de autos que la realización de tales operaciones haya implicado un beneficio para quien efectuaba los préstamos y que las sociedades no demostraron la alegada necesidad de tales préstamos para su giro

normal (conf. Art. 103 del dec. Reglamentario de la ley cit.)”.

- “(...) 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”.

Por último, en relación al argumento del TFN, en donde manifiesta que el espíritu de la norma bajo análisis apunta a evitar maniobras elusivas de las empresas deudora y acreedora, y que por lo tanto, en un conjunto económico, dichas maniobras son inexistentes por la neutralización del impuesto a ingresar, la Cámara entiende que no puede sostenerse la neutralización del impuesto por cuanto la empresa deudora no podría deducir un interés no abonado (en alusión a los intereses presuntos).

✓ **Cobertura Federal de Salud S.A. - T.F.N. Sala "C", 14/05/2007**

En la presente causa, un contribuyente solicitó la devolución de las sumas ingresadas en concepto de intereses presuntos alegando que los fondos habían sido dispuestos a una empresa que pertenecía al grupo económico, de modo que la receptora de los fondos no puede ser considerada como tercero.

El Tribunal resolvió en contra del contribuyente, por cuanto no se encontraba probado el beneficio que implicó la operación para la actora -no se percibió un interés equivalente al de mercado-, ni tampoco se había demostrado la necesidad de efectuar dicha transacción para el giro normal de la actividad.

Además, el solo hecho de que las sociedades estén vinculadas entre sí, no demuestra para el Tribunal, que el préstamo de dinero haya sido efectuado en beneficio de quien lo realizó.

Por último, se menciona que la relación orgánica de subordinación entre la sociedad argentina y la foránea no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad contributiva.

✓ **Demetrio Bezus e Hijos S.A - T.F.N. Sala "C", 15/08/2007.**

El tribunal descartó la existencia de un grupo económico, y señaló que la disposición de fondos había sido efectuada en función a intereses extraños al objeto y fines de la empresa. Asimismo señaló que la posición en el capital social de las mismas personas físicas, no enerva la distinta personalidad jurídica y fiscal que ambas entidades poseen, dándoles autonomía y plena independencia jurídica.

✓ **Supercanal Internacional S.A. - T.F.N. Sala "B", 20/09/2004 - CNCAF Sala IV, 23/02/2010.**

Con fecha 23/02/2010 la sala IV de la CNCAF, confirmó la aplicación de intereses presuntos resuelto por la sala B del TFN, por cuanto si bien pudiera existir vinculación económica entre las empresas, no se acreditó fehacientemente que esas operaciones de mutuo se hubiesen relacionado con el giro comercial de la empresa o importaran un beneficio gravado para la sociedad actora.

✓ **Mirror Holding S.R.L. - CNCAF Sala II, 30/03/2010**

La Cámara sostuvo que corresponde la aplicación de intereses presuntos, con lo cual confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación. El fallo se remite al fallo de la sala IV de la Cámara en autos "Fiat Concord S.A", en donde se sostuvo 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".

✓ **Roemmers S.A. - CNCAF Sala IV, 31/08/2010.**

Como se mencionó anteriormente, por aplicación del principio de realidad económica, el TFN resolvió revocar el impuesto determinado por AFIP respecto de créditos otorgados a las empresas que conformaban un conjunto económico, y confirmar el interés presunto originado en contratos de mutuo celebrados con terceras empresas por devengar una renta inferior en más del 20% a la que debe imputarse de acuerdo con el 5º párrafo del artículo 103 del decreto reglamentario.

La Cámara posteriormente revocó completamente el fallo del Tribunal. Respecto al primero de los puntos en discusión, dijo que independientemente de que conformen un conjunto económico, la aplicación del artículo 73 de la LIG debe ser ponderada en función de las circunstancias de cada caso en particular y considerarse el provecho del sujeto contribuyente que dispuso los fondos.

En cuanto al segundo punto, la Cámara entiende que los contratos de mutuo cumplen con el requisito de haber sido realizados en "interés de la empresa" por tanto estaba dentro de sus actividades financieras previstas en el estatuto y recibió además por dichas operaciones intereses superiores a las de mercado.

d) Procuración Fiscal de la Nación

La Procuración Fiscal de la Nación, con fecha 2 de febrero de 2009, emitió dos dictámenes sumamente importantes vinculados a la causa AKAPOL S.A. y FIAT CONCORD SA.

Respecto al primero de ellos, la Dra. Monti opinó que los créditos otorgados por AKAPOL S.A. a dos empresas vinculadas, a una tasa superior a la que podía conseguirse en el mercado, fueron realizados en "interés de la empresa".

Concluyo que no resulta procedente la postura del fisco en donde cualquier préstamo a una tasa de interés menor que la que surge de la norma legal quedará automáticamente abarcada por la presunción.

En relación al segundo, la Dra. Monti sostuvo que los fondos entregados por Fiat Concord S.A. a Fiat Argentina S.A. a efectos de hacer frente ciertos gastos operativos, no lo han sido en calidad de préstamo, sino en virtud a una modalidad jurídica más cercana al mandato y a la gestión oficiosa, pero alejada del mutuo.

Distinta consideración mereció las sumas que en exceso a sus gastos operativos, Fiat Concord S.A. transfirió a Fiat Argentina S.A. La Dra. Monti consideró que no se había probado el interés de Fiat Concord S.A. en la permanencia de los saldos en exceso en el patrimonio de su controlante.

Finalmente, respecto a la personalidad propia e independiente de las empresas que conforman un conjunto económico, la Dra. Monti destacó que

la relación orgánica de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente ni tampoco anula su capacidad tributaria. De esta forma todos los eventuales receptores de fondos calificarían como "terceros".

e) Corte Suprema de Justicia - Fiat Concord SA TF (16.778-I) c. DGI. 06/03/2012

La Corte Suprema de Justicia estableció 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"., además considero que ".establecida la individualidad jurídica de cada sujeto, cabe concluir que cuando el Artículo 73 de la ley alude a las operaciones realizadas en "interés de la empresa" -recaudo estrechamente ligado al establecido en la reglamentación acerca de que la presunción operará si los fondos entregados en calidad de préstamo no responden a operaciones propias del "giro de la empresa"-, no se refiere al interés del conjunto económico sino al del sujeto al que se encuentra dirigida la norma, esto es, la sociedad de capital que efectúa la disposición de fondos o bienes".

En base a lo citado ut supra declaro formalmente admisible el recurso extraordinario con los alcances señalados en la presente, y se confirma la sentencia apelada.

El reciente fallo hizo primar el hecho de que, si el préstamo se realiza entre personas jurídicas que pueden ser correctamente individualizadas, corresponde la aplicación de un interés presunto y el respectivo pago en Ganancias.

Y puso punto final al criterio bajo el cual se amparaban las sociedades, que indicaba que, si detrás de ambas compañías se encuentra el mismo capital, el préstamo no es ni más ni menos que un pase de fondos de un bolsillo a otro.

Repercusiones del reciente fallo de la Corte:

* El consultor impositivo Alberto Coto remarcó que "el decisorio de la Corte tiene la particularidad de resolver un tema que, en instancias anteriores, presentó pronunciamientos en distintos sentidos".

El fallo de la Corte "no sólo ha puesto punto final a una antigua controversia jurisprudencial en cuanto al tema de fondo, sino que también posee y esto es así, debido a que el máximo tribunal entendió que "la personería jurídica de cada uno de los integrantes del conjunto económico se encontraba por encima de la unicidad económica subyacente".

Además, especificó que si bien el aspecto sancionatorio no fue discutido en el caso "de generarse un aumento en el impuesto determinado debería admitirse en las causas actualmente en trámite, la eximición de la eventual multa por omisión, sobre la base de la existencia de error excusable, fundado tanto en la existencia de disímiles pronunciamientos jurisprudenciales como en lo novedoso de la cuestión planteada y a las dificultades que presenta".

*El consultor tributario, Marcelo Domínguez, señaló que este pronunciamiento de la Corte obliga, una vez más, a las sociedades de capital a revisar los créditos financieros al cierre, a los efectos de distinguir aquellos que les generan un interés de mercado de los que no, o los que les generan un interés inferior al del mercado. Cuando se exhiben este tipo de créditos financieros al cierre del ejercicio, resulta de aplicación la presunción del artículo 73 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, dado que la normativa no concibe que una sociedad de capital disponga de sus fondos sin ningún interés, o que prevea uno inferior al de mercado", aseguró el especialista.

*Juaan Pablo Scalone, socio del estudio Enrique Scalone & Asociados, criticó la decisión de la Corte al sostener que habiendo vinculación económica, un préstamo a tasa cero o inferior a la de mercado puede ser hecho en conveniencia de la empresa. Éste debería ser entendido en sentido amplio, y no quedar restringido a lo dispuesto por la reglamentación, que estaría introduciendo definiciones no previstas por la Ley. En tal contexto, existiendo vinculación, y aunque haya independencia jurídica de los dos entes, no necesariamente se debe entender que la disposición se hizo a favor de un tercero.

*El consultor tributario Iván Sasovsky, destacó que el fallo resulta de una importancia relativa que, en términos generales, cambia radicalmente el status del tema. Hasta antes de que el Alto Tribunal se expida en la presente causa, la idea reinante era justamente contrapuesta con la

posición determinada por la Corte. En esa perspectiva, indicó que en el caso de operaciones con compañías del mismo grupo económico, la jurisprudencia previa mayoritaria expresaba que no sostuvo que hoy por hoy, la posición doctrinaria dominante se invierte.

Los argumentos desarrollados se basan en que la existencia de "grupo económico" no vale en la Argentina como estructura con personalidad jurídica propia, sino todo lo contrario, cada uno de los sujetos intervinientes son sujetos de derecho dependientes del Impuesto a las Ganancias alcanzados individualmente "correspondía calcular interés presunto".

CONCLUSIÓN

El interés previsto en el artículo 73 de la ley del gravamen, como toda presunción, sólo puede ser desvirtuada acreditando que no se configuran los presupuestos requeridos legalmente para su aplicación.

Los distintos fallos que hemos comentado a lo largo de este trabajo, han examinado la presencia de los siguientes requisitos:

- La existencia de terceros a la luz del principio de la realidad económica
- Disposición de fondos que no reporten beneficio al dador, y que no se vinculen a su giro comercial.

Respecto al primer presupuesto, nos encontramos con jurisprudencia dividida tanto del Tribunal Fiscal de la Nación como de la Cámara Federal de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo. Pero según surge de los últimos fallos analizados, y de la opinión de la Procuración Fiscal de la Nación, se ha desechado como elemento esencial el principio de la realidad económica que se venía aplicando en forma indiscriminada.

En relación a la aplicación de éste principio en la disposición de fondos a favor de terceros en conjuntos económicos, Gabriela Rigoni (2006) concluye que las normas tributarias deben ser interpretadas atendiendo a la realidad económica subyacente en los hechos y formas jurídicas, y a los propósitos anhelados por el legislador. De este modo, si el objetivo de la norma es evitar el desmedro de la base imponible, cuando queda demostrado que el beneficio obtenido en la realización de la operación obedece a la dinámica de los negocios corporativos y no existe un perjuicio

fiscal en el análisis del conjunto, no correspondería la aplicación de los intereses.

Respecto a este tema, entendemos que la aplicación del principio de realidad económica 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 arto 73 de la LIG, 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.

La Corte Suprema de Justicia en el reciente fallo Fiat Concord SA aclaro que la subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente ni anula su capacidad jurídica tributaria.

En cuanto al segundo de los presupuestos requeridos para la aplicación de los intereses presuntos, la Corte Suprema de Justicia aclaro que no debe considerarse el interés del conjunto económico sino al del sujeto al que se encuentra dirigida la norma, esto es, la sociedad de capital que efectúa la disposición de fondos o bienes..

Como bien mencionamos en los antecedentes de la normativa, el objetivo fue la de evitar todos aquellos artilugios llevados adelante por sociedades que buscaban eludir el impuesto mediante la entrega de fondos en calidad de préstamo a sus accionistas sin pactar intereses. Entonces 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 sumamente beneficioso que el decreto reglamentario establezca con más precisión cuando una operación debe ser considerada en interés de la empresa.

Por otra parte, coincidimos con lo resuelto por la C.N.A.C.A.F. en la causa Fiat Concord S.A, cuando afirma que no es correcto considerar una neutralización del impuesto en los conjuntos económicos, ya que la empresa deudora no está habilitada para deducir un interés no abonado.

No hay dudas que en los intereses presuntos el egreso dinerario no existe, y respecto a esta situación la ley permite la deducción sólo de aquellos que impliquen un menoscabo o sacrificio patrimonial. El artículo 80 de la ley del gravamen establece el impedimento de computar los intereses presuntos al receptor de los fondos al permitir sólo la deducción de los gastos efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas.

En cuanto al monto de la tasa de interés aplicable, en el caso de cumplirse con los presupuestos legales, no hay dudas de la arbitrariedad, exceso y en consecuencia confiscatoriedad del interés dispuesto por la norma bajo análisis. Existe una clara diferencia entre la tasa de interés que obtendría el inversor en el mercado financiero y el que aplica el artículo 73 de la ley del gravamen. En este sentido se ha expresado la Cámara en el fallo analizado de la causa "Kasdorf", en donde se resuelve comparar el interés pactado con la tasa de mercado para la moneda correspondiente.

Por otro lado, en relación al carácter de presunción absoluta establecida por la normativa, sería más adecuado que la presunción fuera *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.

En lo que respecta a la aplicación de la presunción del arto 73 de la LIG a los aportes irrevocables, 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, 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 sumamente importante que el órgano administrativo de la sociedad receptora dé cumplimiento a la convocatoria en el tiempo acordado de la asamblea de accionistas con la intención de 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, estaremos frente a una disposición de fondos a favor de terceros que devengará el interés presunto del artículo 73 de la normativa impositiva, 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 la Res. 7/2005 le otorga el mismo efecto que una resolución negativa, según hemos visto la posición del fisco es contraria y 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 ley del gravamen, devengando intereses desde la fecha de la entrega de los fondos.

PROPUESTA:

Debería incluirse como segundo párrafo del Art. 103 del Decreto reglamentario:

“Cada uno de los sujetos intervinientes en los grupos económicos, serán considerados como sujetos de derecho independientes y con capacidad jurídica tributaria. Por lo tanto, se consideraran como terceros. Será de aplicación el art. 73 de la ley cuando exista un beneficio a favor del conjunto económico”.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina

- ♦ Cambra, Santiago A. Disposición de fondos o bienes a favor de terceros. A raíz de una nueva actuación del Fisco. *Práctica Profesional* 2006-27, I
- ♦ Chalupowicz, Israel: "Las disposiciones de fondos o bienes a favor de terceros y el impuesto a las ganancias". *IMP* 2000-B, pág. 2316.
- ♦ D' Agostino Heman. Disposición de fondos a favor de terceros en el impuesto a las ganancias. *Doctrina Tributaria*. Editorial Errepar. Tomo XIX. Junio 1998
- ♦ Di Chiazza, Iván G. Los intereses presuntos en las relaciones grupales. *Periódico Económico Tributario*, 23/12/2010.
- ♦ Giuliani Fonrouge Carlos M., Susana Camila Navarrine: *Procedimiento tributario y de la seguridad social*. Editorial Depalma, 8va edición.
- ♦ Grupo de enlace. Acta 18/1 0/2006. Publicado en: *Práctica Profesional* 2007-43, 95.
- ♦ Grupo de enlace AFIP-DGI/CPCECABA. Reunión del 22/11/2006. Texto conformado por la AFIP-DGI con fecha 02/08/2007. Publicado en: *Práctica Profesional* 2007-53, 38

- ♦ Litvak José D., Esteban A. Laspina. "Algunas reflexiones en torno de la esencia de la figura de las "Disposiciones de fondos o bienes a favor de terceros". Editorial Errepar. Doctrina Tributaria N° 295, pág. 933. Tomo XXV. Octubre 2004
- ♦ Litvin, Cesar; Rigoni, Gabriela. Nueva línea jurisprudencial en la disposición de fondos a favor de terceros. A propósito de los préstamos entre compañías vinculadas. Publicado en: Práctica Profesional 2006-24,67.
- ♦ Lorenzo Armando; Fabián Bechara; Gabriel A. Calcagno; César M. Cavalli; Andrés M. Edelstein. Tratado de Impuesto a las Ganancias. Editorial Errepar. Primera Edición.
- ♦ Lorenzo Armando; Andrés Edelstein; Gabriel Calcagno. Disposición de fondos o bienes a favor de terceros. Estado actual de la jurisprudencia. Errepar, Doctrina Tributaria Errepar, N° 307, Octubre 2005, T. XXVI.
- ♦ Marmillion, Viviana. Disposición de fondos a favor de terceros en el Impuesto a las Ganancias. Práctica Profesional 2008-63, 4.
- ♦ Martin, Julian. Precios de transferencia en la actividad financiera. Segunda Parte. Practica profesional 2007-40,31.
- ♦ Martina, Carlos. Disposición de fondos a favor de terceros. Impuestos, 2004, T. LXIIB-N° 16.
- ♦ Martinez, El criterio económico. La importancia que para el derecho fiscal tiene la divergencia en el negocio jurídico entre la intención empírica ("intentio facti") y la intención jurídica ("intentio iuris") (en D.F., XX-849, y en Estudios de derecho fiscal, Ed. Contabilidad Moderna, Buenos Aries, 1974, ps. 169 y ss.).
- ♦ Menna, Juan P. La disposición de fondos o entrega de bienes a favor de terceros. A propósito de un reciente fallo del Tribunal Fiscal de la Nación. Práctica Profesional 2006-21, 80.
- ♦ Michel, Guillermo. Intereses presuntos en el Impuesto a las Ganancias: ¿caja única o independencia jurídica? Publicado en: IMP 2006-3, 441.
- ♦ Nicolini, Juan C. Impuesto a las Ganancias Virtual. La medición incorrecta de la capacidad contributiva. Publicado en: Práctica Profesional 2006-15,4.
- ♦ Olveira, Dolores. La AFIP obliga a empresas a declarar intereses más altos. Cronista, 23/03/2009.
- ♦ Perciavalle, Marcelo L. y Elois, María A. Cuestionario práctico sobre aportes irrevocables. Editorial Errepar.
- ♦ Reig, Enrique. Impuesto a las Ganancias, Editorial Macchi, 10° edición.
- ♦ Rigoni, Gabriela. Disposición de fondos en el Impuesto a las Ganancias. Giros en la jurisprudencia. Publicado en: IMP 2006-9, 1138
- ♦ Schindel, Ángel. Disposición de fondos a favor de terceros ¿presunción, ficción o sanción encubierta?. Doctrina Tributaria, Errepar, N° 317, Agosto 2006
- ♦ Simesen de Bielke, Sergio A.; Egüez, Hermosinda. Algunas reflexiones acerca del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta. IMP 2006-29 (Octubre), 2302

- ♦ Sirena, José Luis. Aportes irrevocables y otros rubros del patrimonio neto. Aspectos jurídicos y societarios según la normativa vigente. Segunda Edición. Editorial Errepar

- ♦ **Jurisprudencia**

- ♦ Agropecuaria Dipe S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 12/10/2004.
- ♦ Agropecuaria KKHA TU S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 29/06/2004. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, 08/10/2009.
- ♦ Agropecuaria Santa Inés, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 15/09/2006.
- ♦ Akapol S.A., Procuración Fiscal de la Nación, 02/02/2009
- ♦ Akapol S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 09/03/2005.
- ♦ Augusto H. Spinazzola S.c.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "0", 23/06/2003.
- ♦ Autosanjuan S.A., Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 05/06/2007.
- ♦ Bio Sidus S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 19/10/2004.
- ♦ BJ Services S.R.L., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 10/05/2006; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 11/05/2007.
- ♦ Cobertura Federal de Salud S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 14/05/2007.
- ♦ Comply S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 12/10/2006.
- ♦ Demetrio Bezus e hijos S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 15/08/2007.
- ♦ Dhinco S.A.C.I.F.I., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 25/08/2003.
- ♦ Dragados y Obras portuarias S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 23/11/2004; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 05/06/2008.
- ♦ Empresa de Combustible Zona Común S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 23/05/2005; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 17/03/2009.
- ♦ Empresa de Transporte Mariano Moreno S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 11/08/2004.
- ♦ Empresa de Transporte Martín Guemes S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 26/04/2007.
- ♦ Entretenimientos S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 28/06/2004..
- ♦ Eurocine S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 01/11/2007.
- ♦ Fenoglio S.A.C.I., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 13/03/2001

- ♦ Fiat Concord S.A., Procuración Fiscal de la Nación, 02/02/2009.
- ♦ Fiat Concord S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 16/10/2002; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 21/03/2006
- ♦ Haarmann & Reimer S.A., Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 14/04/2009.
- ♦ Hermanco S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 02/11/2004.
- ♦ Hernando S.A., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 19/07/2006.
- ♦ Jaime Bernardo Coll S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 28/09/200 I.
- ♦ Janssen Cilag Farmacéutica S.R.L, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 29/07/2005.
- ♦ Kasdorf S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 27/09/2005.
- ♦ Kellogg Co. Argentina S.A., Corte Suprema de Justicia de la Nación, 26/02/1985.
- ♦ Kepner S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 16/12/2005.
- ♦ Lemiro Pablo Pietroboni S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 11/09/2003.
- ♦ Luis Pasquinelli e Hijos S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 03/07/2006.
- ♦ Martinez Hnos S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 07/11/2005.
- ♦ Merlino Automotores S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 28/06/2002.
- ♦ Mobil Argentina S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 16/07/2010.
- ♦ Mirror Holding S.R.L., Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, 30/03/2010.
- ♦ Muscariello Hnos S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 22/02/2000.
- ♦ Promofilm S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 07/02/2003.
- ♦ Punte S.A.C.I.F., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 28/03/2005; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, 12/07/2006.
- ♦ Rondo Difusión S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 24/05/2005.
- ♦ Roemmers S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 29/11/2006; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 31/08/2010.
- ♦ Secin S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 07/05/2007.
- ♦ Servando Pedrido S.A. I.C; Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 28/12/2000.
- ♦ Servando Pedrido S.A.I.C. y F., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 11/10/2005.

- ♦ Service Pilot S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 21/12/2004.
- ♦ Sucesores de Gerardo Mehring S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A", 05/09/2006.
- ♦ Supercanal Internacional S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 20/09/2004; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 23/02/2010.
- ♦ Symrise S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 27/09/2006.
- ♦ Tensioactivos del Litoral S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "C", 27/09/2005.
- ♦ Trainmet Seguros S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 06/02/2007.
- ♦ Wrlton S.A.e.I.F.L y A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "B", 05/10/2006.
- ♦ Whirpool Argentina S.A., Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "D", 22/11/2005; Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, 09/10/2009.

Cita de este artículo:

LEO, A. G. (2014) "Disposición de fondos a favor de terceros"
Revista OIKONOMOS [en línea] 15 de Septiembre de 2014, Año 4, Vol. 1.
 pp.118-164 Recuperado (Fecha de acceso), de
<http://oikonomos.unlar.edu.ar>