

CPCE CABA

20° SIMPOSIO SOBRE LEGISLACIÓN TRIBUTARIA ARGENTINA

Comisión N° 2 – Reforma del impuesto a las ganancias

TRATAMIENTO DE LA RENTA CORPORATIVA

por Rubén H. Malvitano

El tema que abordaremos (Tratamiento de la renta corporativa), resulta de fundamental importancia en la estructuración del impuesto en cualquier latitud.

Lo prueba el constante análisis al que ha sido sometido en muchísimos Congresos y eventos tanto internacionales como celebrados a nivel local, a lo largo de los últimos 50 años.

La evolución operada en este orden permite observar que han quedado atrás algunas cuestiones que en su momento generaran controversia y que actualmente han sido zanjadas; como p. ej., las que tuvieran que ver con la conveniencia o no de otorgar personalidad fiscal a las sociedades de capital frente al impuesto atento a que el impuesto a la renta constituye un tipo impositivo claramente imaginado para recaer sobre la persona humana. Para, una vez entendido que ello era conveniente, pasar a analizar si las rentas generadas por la actividad de esos entes debían tratarse en forma autónoma con respecto a la utilidad que su distribución supusiera para los titulares del capital.

En este sentido, la tendencia de los últimos años en la legislación comparada es contundente en cuanto a considerar que dicho tratamiento debe ser integrado entre el reconocido en cabeza de la sociedad con respecto al previsto para el accionista. No obstante, quedará por definir una cuestión fundamental, que consiste en establecer el grado y la extensión de dicha integración.

1. RENTA SOCIETARIA Y DIVIDENDOS (UTILIDADES). EL IMPUESTO DE IGUALACIÓN

La ley 27430 de Reforma (PBO 29/12/2017) fue pergeñada con el propósito de mejorar las condiciones de competitividad de nuestra economía para lograr un desarrollo económico sostenido y la generación de empleo de calidad.¹

En ese contexto, se consideró imprescindible contar con normas fiscales más eficientes y equitativas en un marco de estabilidad que otorgue certeza y previsibilidad a las inversiones, tanto

¹ Mensaje de Elevación del proyecto de ley por parte del PEN (15/11/2017)

nacionales como extranjeras. Ello siempre en línea con los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

En el caso específico de la cuestión tratada, se destaca que el propósito de la rebaja en la tasa corporativa del impuesto a las ganancias tuvo como objetivo lograr un incentivo a la reinversión de utilidades.

En realidad, la disminución de la tasa prevista para las sociedades no termina morigerando la carga fiscal sobre la actividad empresaria: más que una rebaja, el cambio supone un diferimiento de la obligación. Es decir que la carga tributaria total se mantiene, aunque su completamiento se produce en cabeza de los titulares del capital societario.

Ello se observa con mayor claridad en aquellos supuestos de empresas con políticas de distribución inmediata, lo que resulta particularmente visible –por lo inevitable–, en emprendimientos familiares cuyos titulares deben afrontar con estos ingresos las necesidades cotidianas básicas, tanto propias como de su entorno familiar².

Por otra parte, se mantiene la crítica al sistema anterior que diera origen a su calificación como “anómalo” ya que sigue sin considerarse, en el esquema vigente, la situación personal del contribuyente que –en todos los casos, prescindiendo de su situación familiar, su nivel de ingresos, etc.–, ve afectado el rendimiento de su inversión con la misma tasa proporcional.

Sin desconocer las cuestiones de equidad que podrían argumentarse en contra, pensamos que –en aras de alcanzar objetivos de eficiencia económica impulsando la inversión empresaria–, hubiese sido conveniente conceder un tratamiento más ventajoso por vía de una imposición final menor a la marginal máxima prevista en la escala del art. 90 LIG.³

Es de destacar que el PEN justifica la medida comparando la tasa corporativa vigente a ese momento con la que en promedio aplican los países que integran la OCDE (24,18 %) y los países latinoamericanos (27,98 %). Se admite incluso en forma expresa, que la estructura tributaria impacta en forma directa en las decisiones de inversión siendo el factor capital altamente móvil, por lo que “el mantenimiento de una tasa corporativa que se ubica en el rango más alto a nivel mundial, como es el caso de Argentina, desincentiva fuertemente la inversión y perjudica la creación de empleo y la mejora de los salarios reales.”

Sin perjuicio de adherir a la rebaja planteada, hay que resaltar el valor relativo de comparar el nivel de nuestra tasa corporativa con la vigente en otros países; esto es, que creemos muy difícil

³ Más allá de sus detractores –que en nuestro país abundan–, esta hubiera sido probablemente una señal clara a favor de la economía de mercado y de fomento a la iniciativa privada; figuras estas que deben ser revalorizadas si se pretende que el nuestro sea un país que genere riqueza, empleo y oportunidades, para salir del triste lugar que ocupamos a nivel mundial: un informe del Banco Mundial muestra que a lo largo de los últimos 70 años, en una lista de 200 países, el Congo encabeza el ranking de los que más tiempo habían sufrido recesión, y que la Argentina ocupa el 2º lugar, seguida por Irak, Siria y Zambia (Diario La Nación, 26/8/2018)

conocer a ciencia cierta a cuánto asciende la tasa efectiva del impuesto (sobre la utilidad real), atento a diversas distorsiones que provocan –entre otras circunstancias-, la imposibilidad de reflejar el efecto del deterioro provocado por la inflación sobre los resultados de las compañías o la falta de actualización de los parámetros monetarios fijados por la ley (como ejemplo, aquellos relativos al tratamiento de inversiones en automóviles); y también, por la aplicación de normas que hace años han dejado de tener otro propósito que no sea el recaudatorio y sobre las cuales las entidades profesionales advirtieron a las autoridades a pesar de lo cual continúan incólumes, como p. ej. el caso del art. 40 de la ley del impuesto que faculta al Fisco a impugnar la deducción de gastos sobre los que el contribuyente hubiera omitido actuar como agente de retención; olvidando que tal incumplimiento está debidamente contemplado desde hace años por la LPT 11.683 que prevé expresamente la posibilidad de aplicar una multa para esos casos.

No puede dejar de tenerse en cuenta que la cuestión de la falta de consideración del efecto inflacionario afecta en forma despareja a los contribuyentes, lo que impide aproximarnos a una estimación razonable de la tasa efectiva a que se somete a las inversiones empresarias en nuestro país.

No desconocemos que este tipo de comparación tiene siempre un valor relativo desde que las legislaciones no resultan uniformes ya que p. ej. pueden incidir eventuales incentivos fiscales en la determinación de la base imponible (tal como sucede en nuestro país en el marco de sujetos Micro y PyMEs, beneficiarios de la L 27264 - PBO 1/8/2016); pero entendemos que para lograr los objetivos señalados por el PEN en su Mensaje, debió haberse partido –por lo menos-, de la reimplantación sin cortapisas de la posibilidad de reconocer el efecto inflacionario en todos los ámbitos correspondientes.

Como dijimos, no nos oponemos –y de hecho apoyamos-, la rebaja de la tasa como postura general; sólo afirmamos que mientras se mantengan las distorsiones, la pretendida comparabilidad del caso argentino con el resto del mundo resultará una quimera. Nuestra experiencia profesional nos indica que a la hora de decidir hacia dónde dirigir sus capitales los inversores del exterior desarrollan como parte de su ejercicio la comparación de las tasas nominales, pero sin dudas complementan ese análisis considerando los efectos que puedan provocar distorsiones significativas en aquellas.

Para finalizar, es necesario resaltar que el esquema legal vigente plantea una falta de alineamiento entre el tratamiento previsto para el resultado por compraventa de acciones (participaciones), con el contemplado para dividendos (utilidades).

Así, mientras el primero es sometido a un impuesto cedular del orden del 15 % los segundos terminan alcanzados por las tasas del 7 % o 13 %, según el ejercicio fiscal de origen. Ello afecta la neutralidad del gravamen, atento al impulso que supone a decidir la distribución de la renta societaria en fecha inmediatamente anterior a una eventual enajenación de los valores.

a) Tasa corporativa

En concreto la tasa se redujo al 25 % para ejercicios fiscales iniciados a partir del 1º/1/2020. En forma transitoria tal alícuota se fijó en el 30 % para ejercicios iniciados desde el 1º/1/2018 y hasta el 31/12/2019 (art. 69 LIG)⁴.

Seguramente el nuevo tratamiento impulsará –en ciertos casos-, la decisión de utilizar alguno de los tipos jurídicos contemplados por el art. 69 LIG a fin de evitar la posibilidad de que los titulares de los emprendimientos se vean afectados por tasas marginales superiores a la proporcional corporativa (art. 90 LIG). Así, podrían existir empresas unipersonales (ahora incluidas en el art. 49, inc. d), LIG), con un nivel de rentabilidad tal que haga conveniente evaluar su posible conversión en alguno de los tipos societarios contemplados por el art. 69 a fin de aprovechar la ventaja de tributar una menor tasa frente a la reinversión de sus utilidades

b) Dividendos (utilidades)

Pasan a estar gravados para personas humanas y sucesiones indivisas sin importar el origen de los fondos empresarios con que se los pague (reservas anteriores, ganancias exentas) (art. 46 LIG). Incluso en caso que provengan de primas de emisión, lo que resulta cuestionable al no representar aquellas una verdadera utilidad, por lo que se estaría en el caso del reintegro de la prima a quien la aportó, frente a un reembolso de capital y no ante un verdadero dividendo (utilidad). Idéntica conclusión –sobre la misma base argumental-, corresponde a nuestro juicio al supuesto en que el beneficiario no hubiera sido el aportante de la prima⁵.

El beneficiario deberá determinar un impuesto de carácter cédular aplicando sobre su ganancia neta una alícuota del 13 % o del 7 % según la tasa corporativa a que hubiera estado sometida la renta societaria (25 % o 30 %, según lo indicado en el punto anterior. Arts. 90.3 y 118.1 LIG). Así este impuesto cédular actúa en forma coordinada con la tasa corporativa para que la imposición conjunta termine siendo equivalente a un 35 %⁶

Sin perjuicio de lo anterior, la calificación como *no computable* del dividendo (utilidad), se mantiene para el caso en que su cancelación sea por vía de la entrega de acciones liberadas originadas en revalúos o ajustes contables y por capitalización de utilidades líquidas y realizadas

⁴ Es interesante observar que estas tasas implican un descalce con otras que prevé la ley; p. ej., para los casos de las *salidas no documentadas* (35 %), o para rentas percibidas por sujetos del exterior (35 %). Nótese que en este último caso, será más complicado desarrollar el hasta ahora habitual arbitraje entre las deducciones a nivel de las sociedades locales y su simétrica gravabilidad en cabeza de los sujetos del exterior vinculados (art. 18, último párrafo LIG)

⁵ Adherimos al respecto a la denominada teoría de la “prima capital” que califica a las primas como un suplemento de capital sobre el nominal exigido a nuevos accionistas para equiparar valores teniendo en cuenta el derecho que adquieren sobre todo el fondo social (E.J.Reig, J. Gebhardt, R.H.Malvitano – “Impuesto a las ganancias”, 12ª. edición, Ed. ERREPAR, 2010, pág. 547)

⁶ De todos modos no deja de ser esta una conclusión teórica que difícilmente se presente en la práctica. La realidad muestra importantes diferencias entre los resultados que surgen de los balances comerciales y las respectivas bases imponibles. La posibilidad de que próximamente puedan convivir balances ajustados por inflación (moneda funcional) e históricos, también se enmarca en este contexto

(art. 46, 3er párrafo, LIG). De allí que, si estas fueran rescatadas, no tendrían costo alguno al momento de determinar el resultado por su enajenación. (art. 46, 4º párrafo in fine, LIG).

Permanece sin cambios para las empresas, la calificación de *no computables* de los dividendos (utilidades) de los resultaran beneficiarios (art. 64 LIG); lo que resulta correcto en aras de evitar la piramidación del gravamen.

c) Dividendos (utilidades) fictos (art. 46.1 LIG)

Se hace referencia en el Mensaje de Elevación del proyecto de ley, a la introducción de presunciones que se constituyen en normas anti abuso y que pretenden identificar distribuciones encubiertas de dividendos (utilidades). Ello es consecuencia de que aquellos pasaron a estar gravados en cabeza de sus beneficiarios, lo que podría haber alentado la distribución solapada de las utilidades empresarias para evitar el efecto del gravamen.

A través de las situaciones fácticas descritas por la norma, se pretende completar la conceptualización clásica de la figura del dividendo (utilidad) distribuido como consecuencia de una decisión formal de los titulares del ente, identificando el goce de la ganancia empresaria por parte de sus titulares, a pesar de no haberse formalizado la distribución de renta; circunstancias que permitirían al beneficiario evitar o diferir el pago del impuesto cedular a su cargo.

La ley presume que, de darse las circunstancias que detalla, se configura la puesta a disposición del beneficio en los términos del art. 18 LIG; es decir que, en tanto aquellas se concreten en los hechos, se generará automáticamente la obligación de retener el impuesto por parte de la compañía.

Avizoramos un horizonte de gran conflictividad alrededor de esta nueva figura ya que aun cuando el reglamento pendiente pueda aclarar y solucionar ciertas cuestiones, la casuística aparece tan extendida que es muy poco probable que pueda contemplar todas las alternativas posibles⁷.

En este orden, es posible observar en primer lugar que la ley no aclara expresamente si la presunción admite o no prueba en contrario. Ello hace que entendamos que esgrimir tal prueba por parte del contribuyente evitará su aplicación. No obstante, sería por demás interesante que en aras de evitar discusiones el reglamento así lo aclare expresamente.

De las diversas circunstancias que generarán la obligación de actuar como agente de retención por parte de la empresa, surgen algunos interrogantes que merecerían ser considerados por el PEN en la reglamentación:

⁷ Estos problemas serán seguramente muy extendidos, sobre todo, en el marco de las empresas familiares

Inc. a) - retiro de fondos: probablemente sea este el indicio que resulta más claro –por su objetividad-, de la existencia de una utilidad distribuida en forma encubierta⁸.

Entre las cuestiones que debieran aclararse destacamos las siguientes:

- i) ¿qué consecuencias derivan de la eventual devolución posterior de los fondos?. Atento a que el retiro obliga a la empresa a retener y a ingresar, la devolución, ¿permitirá recuperar el impuesto ingresado?. En esa hipótesis, ¿corresponderá aplicar la presunción del art. 73 por el tiempo durante el cual la empresa se desprendió de sus fondos?
- ii) ¿qué ocurre si el retiro de los fondos tiene como propósito afrontar gastos propios de la empresa? Entendemos al respecto, que con la prueba de dicha circunstancia debidamente preparada, la presunción cede.

Inc. b) – uso o goce de bienes de la compañía: esta disposición está dirigida a evitar que p. ej., la empresa compre bienes para ser entregados a sus titulares sin exigir pago alguno; esto es, la norma entiende que el alquiler que deja de exigirse representa un dividendo (utilidad) encubierto.

Uno de los casos más típicos, sería el de automóviles. Sin embargo, si se lograra demostrar que su uso no se vincula con la vida personal del titular, la presunción no operará.

La norma se complementa con otra presunción –esta sí con la posibilidad expresa de demostrar en contrario-, que hace a la magnitud de la renta reconocible como dividendo (utilidad): 8% o 20 %, según se trate de inmuebles o de otro tipo de bienes respectivamente, del valor de los bienes en plaza.

No hace falta extendernos demasiado sobre las dificultades que, en la práctica, implicará esta remisión a valores de plaza, tanto para fijarlos como para controlarlos.

La experiencia respecto a situaciones semejantes como la contemplada por la L 11683 que presume la existencia de ganancia gravada “cuando los precios de inmuebles que figuren en las escrituras sean notoriamente inferiores a los vigentes en plaza . . .” (art. 18, inc. b), LPT)⁹, así lo certifica.

El reglamento deberá establecer a través de qué mecanismos –sencillos y de bajo costo-, el contribuyente podrá probar esas magnitudes.

⁸ No será extraño comenzar a observar balances de empresas con importantes saldos de Caja

⁹ Como muestra de estas dificultades ver, entre otras, las causas “El Privanero SRL”, TFN, B – 12/6/1997; “Puerto Vallarta”, TFN, C – 10/12/2003; “Sias, A.”, TFN, 14/7/2003; “Gracecol SA”, TFN, A – 8/9/2014

Inc. c) – ejecución de garantías sobre bienes de la sociedad, por obligaciones de los titulares: en este supuesto, la presunción operará en tanto la garantía sea ejecutada; no alcanza por lo tanto con que la empresa simplemente la conceda. Debiera aclararse que si el otorgamiento no es gratuito porque el beneficiario reconoce una retribución a la sociedad que sea razonable, la presunción no opera.

Inc. d) – compras al titular por valor mayor, o ventas por valor inferior al de mercado. Aparece aquí nuevamente la cuestión relativa a las dificultades en cuanto a la determinación de ese valor de mercado.

Lógicamente la presunción operará sobre la diferencia entre el precio de mercado y el asignado efectivamente a la operación entre la sociedad y sus titulares.

Queda abierta la posibilidad de que se presenten situaciones de doble imposición que debieran ser resueltas: el titular que sobrevaluó su venta a la empresa, incluirá ese exceso en su liquidación anual como parte de su ganancia gravada¹⁰; sin perjuicio de lo cual la misma magnitud deberá ser computada por el mismo contribuyente como ganancia ficta sometida al impuesto cedular.

Inc. e) – gastos efectivamente realizados (erogaciones) a favor de los titulares que no respondan al interés de la empresa.

Se aclara no obstante, que el eventual reintegro de estos montos disparará la aplicación de la presunción de intereses consagrada por el art. 73 LIG. Parece necesario que se establezca reglamentariamente que la devolución dentro de un determinado período de tiempo hará no operativa la presunción. Ello evitará el engorro administrativo que de otro modo se producirá ante la multiplicación de estos casos.

Inc. f) - sueldos u honorarios reconocidos en exceso a los que se pagarían a terceros, o respecto a los cuales no pueda probarse la efectiva prestación del servicio.

Nuevamente debemos alertar respecto a las dificultades de la prueba; y, consecuentemente, a la posibilidad cierta de una extendida litigiosidad si el reglamento no es lo suficientemente claro y flexible al respecto, y si las autoridades no aplican esta disposición en forma mesurada. Agreguemos que el PEN debiera establecer al respecto mecanismos sencillos y de bajo costo para el contribuyente.

¹⁰ Sometida incluso al régimen de retención RG AFIP N° 830

Aunque ello no surge expresamente del texto legal, debe entenderse que la presunción opera en cuanto al importe que exceda el monto de referencia.

Con el propósito de evitar que se presuma una distribución de resultados por encima de las reales, la norma prevé una limitación cuantitativa que viene dada por las utilidades acumuladas al cierre del ejercicio anterior. De lo que se deriva que las empresas podrán encontrarse en muy diferente situación al momento de entrada en vigor de la nueva norma.

En tanto se supere el límite antedicho, el excedente quedará sometido a la presunción de intereses consagrada por el art. 73 LIG. De este modo ambas presunciones quedan engarzadas y en principio los hechos identificados por el art. 46.1 pasan a ser en términos prácticos, generadores de la presunción consagrada en el art. 73 LIG.

Lo indicado en los dos párrafos anteriores permite observar que las consecuencias podrán ser diferentes según las empresas cuenten o no con utilidades acumuladas al inicio de la entrada en vigor: si tales ganancias existieran habrá más posibilidades de que opere el art. 46.1 LIG (dividendo/utilidad ficto) que afecta a nivel personal al involucrado; de lo contrario, es probable que deba aplicarse la figura del art. 73 (interés presunto) cuyo cómputo afecta la liquidación de la sociedad y, por lo tanto, a todos sus titulares.

Se deberá monitorear entonces, la evolución de los saldos iniciales como consecuencia de las eventuales afectaciones que pudieran sufrir a lo largo del ejercicio; ello permitirá precisar a partir de qué momento dejará de aplicarse la presunción del art. 46.1 LIG (dividendo/utilidad ficto) para dar paso a la del art. 73 LIG (interés presunto).

No prevé la norma cuáles son las consecuencias que se generarán en caso que en fecha posterior (p. ej. al retiro de fondos), esos resultados acumulados fuesen formal y efectivamente distribuidos por la sociedad, más allá de que el accionista hubiera sufrido la retención y los hubiera incorporado oportunamente en su liquidación anual.

Las incógnitas son varias:

- ¿debería volver a tributarse sobre ese monto distribuido? Nos inclinamos por la negativa al no ser razonable exigir al mismo contribuyente dos veces el impuesto sobre lo que no deja de ser el mismo concepto. Debe recordarse que lo que es ficción es el hecho de la distribución pero no la renta, que es única.
Interpretamos que debe seguirse un camino semejante al que prevé la LIG en la última parte de su art. 133 respecto a dividendos (utilidades) originados en ganancias que hubieran sido imputadas -como consecuencia de las normas de transparencia fiscal internacional-, en años fiscales previos (ver también art. 165 (VI).4, DRIG)
- El planteo anterior abre al mismo tiempo otro interrogante: ¿qué ocurre si quien retiró los fondos sufriendo la correspondiente retención transfiere su tenencia accionaria en una

fecha posterior? ¿Corresponde al nuevo accionista beneficiario de los dividendos gravarlos en cabeza propia?

Insistimos: se trata de una misma y única renta. Por eso nos oponemos a la idea de que pueda ser gravada más de una vez. Todo el tributo que la ley puede reclamar ya fue cancelado en cabeza del ex accionista. Por ende el reglamento debiera otorgar carácter de no computable a ese dividendo (utilidad).

No hemos de ahondar en la complejidad que en la vida práctica se deriva de este panorama.

La ley aclara que las presunciones deben calcularse teniendo en consideración la participación que corresponde a cada titular en las rentas acumuladas. Debiera establecerse que la proporción a considerar será la existente a la fecha en que se presente alguna de las circunstancias que dispere la presunción de puesta a disposición de la renta; y no al cierre del ejercicio, ya que entre ambas fechas pudieron ocurrir cambios de tenencias p. ej.

Digamos también que la identificación del dividendo (utilidad) ficto se extiende a los siguientes casos:

- a) los sujetos de las circunstancias descriptas por la norma, resulten ser ciertos familiares de los titulares: cónyuge, conviviente, ascendiente o descendiente de primer o segundo grado de consanguinidad o afinidad. Esta extensión puede dar origen a situaciones curiosas ya que si p. ej., quien cobra honorarios excesivos resulta ser la nuera del accionista, el dividendo ficto se asignará a este último. El ejemplo se complica más si tenemos en cuenta que la nuera pudo haber sufrido la retención del impuesto al cobrar sus honorarios y haberlos incluido en su declaración jurada anual personal. Debiera contemplarse una solución para estos casos que supondrían una injustificada doble imposición. No se nos ocurre otra que establecer un mecanismo ágil de reintegro del impuesto retenido al cobrar el honorario sin la necesidad de verificación previa por parte de AFIP, la que por supuesto podrá a posteriori verificar su procedencia aplicando –en caso de corresponder-, las penalidades derivadas de una solicitud de devolución improcedente.
- b) inversiones en sociedades del exterior (art. 140, inc. a) LIG). En este supuesto la ficción implica el reconocimiento de un dividendo (utilidad) ficto de fuente extranjera que el contribuyente deberá incorporar en su liquidación anual para ser sometido a la escala de tasas progresivas (art. 90 LIG), ya que no corresponde su tratamiento cedularizado. Cuesta imaginar cómo podrán encaminarse las acciones fiscalizadoras tendientes a comprobar algunos de los supuestos planteados por el art. 46.1 LIG, sobre todo por el limitado acceso a la información sobre la actividad de la sociedad extranjera. Otras situaciones en cambio –como p. ej. el uso sin cargo de un inmueble como casa habitación situado en nuestro país por parte del accionista, que resulte de propiedad de la compañía del exterior-, serán más identificables para el Fisco argentino. Imaginemos la misma hipótesis pero respecto a un inmueble situado en Punta del Este – ROU, que fuera utilizado para vacacionar por el accionista y su grupo familiar.

Pensamos que la intención del legislador al incorporar esta figura ha sido fundamentalmente disuasiva. Existe el convencimiento de que con la incorporación de este tipo de norma se logrará que los contribuyentes eviten caer en las situaciones descritas al aparecer como una suerte de "puerto seguro" (*safe harbour*).

Es probable que en muchos casos ello así ocurra.

Sin embargo la experiencia recogida en cuanto a la aplicación de disposiciones de este tipo permite observar que son origen de una gran y extendida conflictividad sobre todo porque suelen no tenerse en cuenta los objetivos últimos de las disposiciones legales generándose resultados irracionales (reparar los antecedentes jurisprudenciales alrededor de la aplicación del art. 73 LIG nos alcanza para imaginar lo que podrá llegar a venir). Por eso abogamos por una reglamentación que complete el panorama planteado por la ley, pero teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por el legislador; a la vez que por una aplicación prudente de parte de las autoridades fiscales.

Para sintetizar lo referido a la interacción de la nueva figura con la presunción del art. 73 LIG, es de señalar que en la aplicación de ambos regímenes (arts. 46.1 y 73 LIG), la prioridad corresponde al primero, ya que los dividendos (utilidades) fictos se calcularán en tanto y en cuanto existiera un monto de utilidades acumuladas. Y sólo de existir un excedente sobre aquellas, entrará a jugar el marco presuntivo consagrado por el art. 73 LIG. (Cfme art. 46.1, 2º párrafo, LIG)

Téngase además en cuenta que este último ha sido objeto de modificaciones introducidas por la L 27430 observándose cambios importantes:

- desaparece la exclusión que regía respecto a ciertos contribuyentes (p. ej. SRL), extendiéndose su aplicación a todos los sujetos comprendidos en el art. 69 LIG¹¹. De ello se colige que la alternativa de transformar el vehículo jurídico adoptado para desarrollar la actividad empresaria (p. ej. SA transformada en SRL) para gozar de esta ventaja, quedó neutralizada.

Como puede apreciarse, la Reforma cierra el círculo sobre pequeños emprendimientos constituidos como SRL (o como SAS p. ej.) donde –como dijimos–, es frecuente el uso de fondos para afrontar gastos personales de los titulares; habiendo distribuido íntegramente los resultados que se fueron generando durante ejercicios anteriores para que los titulares enfrenten sus necesidades económicas personales, lo que se disparará respecto a eventuales retiros es la presunción de intereses que impactará en la liquidación del impuesto a las ganancias de la empresa.

Un aspecto no contemplado que merecería consideración reglamentaria, tiene que ver con la entrada en vigencia de este cambio. Téngase en cuenta que, siguiendo con el ejemplo de la SRL, sus cuotapartistas podrían registrar deudas en cuenta corriente con la sociedad al 31/12/2017 por retiro de fondos, sin que existieran utilidades a distribuir. Ante

¹¹ Debe tenerse presente que para ciertos entes la posibilidad de estar incluidos en dicho artículo es optativa (art. 69, inc. a), punto 8)

ello, en nuestra opinión la presunción del art. 73 LIG operará respecto a eventuales nuevos retiros.

- La norma aclara que la presunción no procede cuando:
 - o se trate de disposiciones de bienes a favor de terceros en condiciones de mercado (art. 73, 3er párrafo, LIG). Llama la atención que no se haga referencia al caso de entrega de fondos que reúnan esas características. Entendemos que ello no obsta a similar conclusión tal como incluso ya lo ha admitido la jurisprudencia en casos resueltos con la legislación anterior¹². No estaría de más que el reglamento aclarara que el término “disposición de bienes” empleado por la ley (art. 73, 3er. párrafo LIG), incluye a los fondos;
 - o proceda el tratamiento de la situación bajo el prisma de la figura del dividendo (utilidad) ficto. Esta aclaración consolida la interacción entre ambos institutos;
 - o se trate de transacciones con vinculadas del exterior y corresponda su análisis de acuerdo con las pautas vigentes en materia de precios de transferencia. Ello es lógico teniendo en cuenta que el análisis de la razonabilidad de las condiciones que rodean tales operaciones se desarrolla por vía de dicho régimen; y si eventualmente de la aplicación de esa normativa surgiera un ajuste, no tendría sentido la presunción basada en el art. 73 LIG.
- Se delega en la reglamentación la fijación del interés presunto que se genere por la disposición de fondos (art. 73, inc. a), LIG). Se aclara que a ese respecto, deberá tenerse en cuenta el “tipo de moneda”. Celebramos esta aclaración, que evitará que en el futuro se vuelvan a presentar las controversias del pasado cuando el Fisco intentara aplicar la tasa de referencia fijada por el reglamento a entregas de moneda extranjera¹³. Por otra parte, esperamos que la referencia que eventualmente haga el reglamento se corresponda con una tasa que refleje la realidad del mercado evitando cálculos excesivos con todo lo que ello arrastra.
- En el caso de disposición de bienes (art. 73, inc. b), LIG), la nueva norma presume el interés gravado en el equivalente al 8 % del valor corriente en plaza para el caso de inmuebles y del 20 % para el resto. Es decir que existe un alineamiento con lo ya analizado respecto a los dividendos (utilidades) fictos. Lo que dispara el mismo comentario crítico allí formulado sobre todo con respecto a la determinación del valor corriente en plaza. No obstante, es de observar que, a diferencia de lo que ocurre para el cálculo del monto del dividendo (utilidad) ficto, en este caso no se admite prueba en contrario; lo que aparece

¹² Causas CSJN “Akapol SA” – 3/5/2012; “Cía. de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión TRANSENER SA” – 10/5/2016

¹³ La postura de las autoridades ha sido la de considerar que la ley no distinguía entre la disposición de fondos en moneda local y extranjera. Por lo que se debía convertir el importe a pesos para aplicar la tasa de referencia fijada por la ley, la que correspondía a operaciones en moneda nacional (Ver respuesta AFIP a consulta formulada en el marco de la reunión del Grupo de Enlace AFIP –CPCE CABA del 22/11/2006). Es interesante volver a mencionar el caso TRANSENER citado en nota anterior ya que allí el Alto Tribunal analizó el caso de entrega de dólares y aceptó la no aplicación de la presunción porque las tasas pactadas estaban alineadas con las que los bancos exigían por préstamos a empresas en esa moneda y por depósitos a plazo fijo también concertados en la moneda estadounidense

como contradictorio y debiera revisarse en el futuro. La rigidez de la presunción no permite tener en consideración los eventuales cambios que puedan ir ocurriendo a lo largo del tiempo, en los mercados vinculados con la cesión del uso de estos bienes.

- Más allá de las aristas que de acuerdo con la ley deben ser objeto de consideración por la norma reglamentaria, entendemos que el PEN deberá rever en detalle cada párrafo del art. 103 del actual decreto.

Así p. ej., ha resultado fuente de conflictos una disposición que es la de su tercer párrafo que, en cuanto contempla la posibilidad de la devolución de los fondos entregados por parte de su receptor, establece que la existencia de nuevas disposiciones de fondos en el ejercicio en que se produzca la devolución, o en el siguiente, llevará a entender que la devolución no tuvo lugar.

El Fisco ha venido aplicando literalmente la norma, sin considerar que en realidad aquella está destinada a neutralizar eventuales maniobras, y no respecto a todos de los casos.

Es evidente que el resultado de la aplicación automática de este párrafo genera resultados absurdos; concretamente se calcula interés por períodos que no se corresponden con el tiempo durante el cual el capital fue efectivamente usado¹⁴.

No obstante, lo que nos resulta inquietante, es que en el texto del nuevo art. 73 LIG (inc. b), in fine) la situación se resuelve sólo para el supuesto de pagos que el sujeto beneficiado por la entrega del uso o goce de bienes, hiciera a la empresa. Ello es absolutamente razonable porque de no tenerse en cuenta esos pagos, la renta calculada sin detraerlos sería totalmente ficticia.

El caso de los fondos devueltos debió haber sido también así considerado. Lo contrario da lugar a un resultado ilógico que el reglamento debiera evitar extendiendo la solución prevista legalmente al caso de entrega de fondos.

Siguiendo con los aspectos reglamentarios, recordemos que el actual art. 103 DR en su anteúltimo párrafo indica que la presunción opera no sólo si no se pactan intereses sino también cuando aquéllos resultan inferiores al 80 % de la pauta fijada. En este orden, debemos señalar primeramente que una norma de esta entidad debiera haber sido oportunamente incorporada al texto legal.

En segundo término, si el PEN insistiera en mantenerla en el reglamento, debiera aclararse expresamente que en el caso el interés presunto se habrá de determinar por la diferencia entre el pactado efectivamente y el 80 % del que sirva como referencia. Una solución contraria daría lugar a un tratamiento desigual entre los contribuyentes ya que aquellos que hubieran establecido para la operación del caso una tasa inferior en menos de un 20

¹⁴ La jurisprudencia no ha sido uniforme y pueden identificarse casos en los que se aceptó la postura fiscal (Causas "Roemmers SA", CNACAF, III; "Jaime B. Coll SA", TFN – 28/9/2001) y otros en los que se desechó (Causa "Promofilm SA", TFN, D – 7/2/2003, en la que se hicieron netear las devoluciones). El Fisco ha mantenido su postura tal como incluso ha indicado en respuesta dada en el marco del Grupo Enlace AFIP CPCE CABA según Acta de reunión del 23/6/2011

% a la de referencia, serían tratados con una tolerancia no reconocida respecto a quienes hubieran fijado el interés por debajo de aquella¹⁵.

c) Obligación de la sociedad de actuar como agente de retención

La puesta a disposición de dividendos (utilidades) genera la obligación de retener de acuerdo con el siguiente esquema, según el carácter del beneficiario (art. 90.3, LIG):

- Residente argentino no inscripto. En este caso la retención tendrá carácter de pago único y definitivo
- Residente argentino inscripto. A diferencia del supuesto anterior, la retención será computable en la liquidación anual del beneficiario.

Esta circunstancia resulta trascendental, atento a que supone la posibilidad de que el contribuyente compute en su liquidación final aquellos gastos vinculados con los dividendos (utilidades) cobrados. Se destacan aquí, casos como los de impuestos (impuesto sobre débitos y créditos bancarios; impuesto sobre los bienes personales abonado por la sociedad (art. 25.1 LIBP) que sea reintegrado por el titular); honorarios por servicios de administración de las inversiones del sujeto (en la proporción que corresponda); etc. Entendemos, respecto de aquellas erogaciones que estuvieran al mismo tiempo vinculadas con la obtención de ganancias sometidas al impuesto general, que su afectación a la determinación cedular deberá establecerse según la ganancia bruta que derive de una y otra fuente.

En este orden, debemos alertar sobre una disposición que –por su falta de coherencia con el resto del plexo normativo-, merece nuestra crítica. Se trata de lo dispuesto por el último párrafo del art. 90.6 LIG que impide en la determinación de las rentas cedularizadas en general, el cómputo de las deducciones contempladas por los arts. 22 (gastos de sepelio), 23 (deducciones personales) y 81 LIG (deducciones generales). Especialmente respecto a estas últimas, el sinsentido de esta limitación se hace evidente cuando observamos que ella lleva, por ej., a no permitir el cómputo de intereses de deudas tomadas para fondar la compra de acciones y participaciones por parte de los contribuyentes. Restricción que en cambio no aplica en el supuesto en que las acciones adquiridas correspondan a una sociedad del exterior.¹⁶

Téngase presente que el inc. a) del art. 81 LIG habilita la deducción de intereses de deudas en función al principio de afectación patrimonial, por lo que –de no existir esta

¹⁵ Cabe recordar en este sentido que la presunción del art. 73 LIG no se constituye en una sanción sino en un mecanismo de determinación de la ganancia gravada (Ver causa "Agropecuaria Dipe SA", TFN, A – 11/3/2004)

¹⁶ La limitación opera sólo para determinar la base del impuesto cedular, mientras que el resultado por compraventa de acciones extranjeras –sometidas al 15 % -según art. 90.3, 3er párrafo, LIG-, y los dividendos que aquellas reconocen –sometidos a la escala progresiva del art. 90, LIG-, forman parte de la liquidación general (y no de la cedular).

injustificada y perjudicial limitación para el desarrollo de los negocios-, no habría dudas en cuanto a la procedencia de su cómputo.

Nos resulta difícil de identificar la razón para que alguien con suficiente capacidad económica como para calificar en la obtención de un préstamo bancario que destine a su inversión en un emprendimiento empresario, quede al margen de poder reconocer esos intereses como deducibles al momento de reconocer el producido de aquella. En otras palabras, se ha decidido tratarlo como si la deuda la hubiera tomado para financiar consumos o la compra de bienes afectados a su vida personal, rompiendo – una vez más-, la regla de causalidad respecto al cómputo de las erogaciones.

El procedimiento determinativo de la renta sometida al impuesto cedular abre la posibilidad de que se generen saldos a favor del contribuyente. En nuestra opinión, por aplicación de las normas generales y la inexistencia de impedimento legal alguno, los mismos tendrán para el contribuyente el carácter de saldos de libre disponibilidad pudiendo entonces ser aplicados a la cancelación de otros saldos de signo contrario dentro de la propia liquidación final del impuesto o de otras obligaciones impositivas a su cargo, en tanto no exista respecto a ellos alguna limitación legal.

- No residentes (beneficiarios del exterior). Se presentará aquí la necesidad de analizar las cláusulas contenidas en los Tratados firmados por nuestro país para evitar la doble imposición, ya que existen algunos que prevén la limitación de la tasa de retención al 10 % ¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, si las rentas que son la fuente de los dividendos (utilidades) distribuidos se generaron con anterioridad a la vigencia de la nueva normativa (es decir mientras rigiera la tasa corporativa del 35 %), la sociedad no deberá actuar como agente de retención. Al efecto, la empresa deberá hacer un seguimiento de su stock de utilidades acumuladas empleando el criterio Primero Entrado Primero Salido (“PEPS”) para considerar las correspondientes bajas (art. 118.1, último párrafo, LIG).

Una reflexión adicional corresponde al caso de los dividendos (utilidades) fictos los que, como se indicara antes, se reconocen puestos a disposición a partir de materializarse las circunstancias enunciadas por el art. 46.1 LIG.

Al respecto, se observa que en buena parte de los casos enunciados no es posible identificar un flujo de fondos sobre el que la compañía podría actuar como agente de retención. Ante ese supuesto, la obligación quedará a cargo del sujeto titular de la participación, quien deberá incorporar esa renta en su determinación anual (en extremo el Fisco podría instaurar un régimen de auto retención).

¹⁷ De modo que la retención podrá ser inferior al 13 % en casos como los de Australia, Canadá, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Reino Unido, Noruega, Países Bajos, Rusia. Para los dos primeros la condición es que el accionista posea directamente no menos del 25 % del capital de la sociedad argentina; en el resto, se requiere que el accionista sea una sociedad –en algunos casos no debe tratarse de una sociedad de personas-, que posea 25 % o más del capital de la sociedad argentina

Nótese que la ley no prevé –como sí lo hace en otro caso de imposibilidad de actuar como agente de retención-, el ingreso del impuesto por parte de la sociedad¹⁸. Una norma reglamentaria que eventualmente ampliara la obligación al ingreso del tributo por parte de la sociedad, carecería de sustento legal.

Por otro lado, la Reforma ha eliminado la figura del denominado “**impuesto de igualación**” contemplada por el art. 69.1 LIG respecto de utilidades originadas en ejercicios fiscales iniciados a partir del 1º/1/2018.

De lo que se colige que se mantiene la obligación de retener por parte de la empresa respecto al exceso entre lo distribuido y la base sobre la cual la empresa pagó su impuesto a las ganancias; ello obviamente, considerando el stock de resultados acumulados a la fecha de entrada en vigor de la L 27430. De manera que la distribución de resultados por encima de lo que hubiera sido la base imponible –con los ajustes correspondientes- para la sociedad, generará la obligación de retener este impuesto de igualación aun cuando el pago se produjera después.

No nos parece conveniente haber previsto esta vigencia que implica mantener en el tiempo un sistema que, aunque pudiera tener cierta fundamentación teórica¹⁹, ha generado innumerables situaciones controvertidas con origen –en general- en la pretensión del Fisco de exigir su aplicación ante situaciones que nada tienen que ver con lo que fueran los objetivos tenidos en cuenta por el legislador al momento de su sanción.

Creemos por tanto que el art. 69.1 debió haberse derogado sin más.

El camino elegido conlleva un alto nivel de complejidad que debiera ser atendida por la reglamentación; como se dijo, los contribuyentes tienen –al momento de entrada en vigencia de la reforma-, un stock de resultados acumulados contables e impositivos a partir de cuya comparación –al momento de puesta a disposición de las utilidades empresarias-, debían determinar la procedencia o no de la retención.

Hasta ahora, el cálculo se hacía sobre una base acumulativa; esto es que, aunque a una determinada fecha de cierre se observara un resultado acumulado contable mayor al impositivo, nada ocurría si no se decidía su distribución. Y si p. ej. dos años después tal distribución se producía por el total del resultado contable acumulado al cierre anterior, el contribuyente debía volver a comparar ambas bases acumuladas a esa fecha. Si de ello resultaba que el acumulado impositivo superaba a la utilidad distribuida, la retención no correspondía.

¿Cómo entender ante ese panorama la norma de entrada en vigencia de la derogación?

Supongamos que al 31/12/2017 los resultados contables no asignados superaran a los impositivos como consecuencia de una diferencia temporaria; pero a la fecha de distribución de dividendos

¹⁸ Art. 91, último párrafo in fine LIG (Beneficiarios del exterior)

¹⁹ Amparada en la idea de que los eventuales beneficios impositivos reconocidos a la sociedad no deben mantenerse si aquella decide distribuir la renta generada entre sus titulares (Sistema de “wash out”)

(20/4/2020) dicha diferencia se hubiera revertido en el acumulado entre ambos conceptos al 31/12/2019. ¿Debería retener la compañía considerando que está distribuyendo dividendos que incluyen una diferencia que estuvo no gravada para la empresa al 31/12/2017?

No nos parece razonable porque justamente esa diferencia se revirtió en ejercicios posteriores al corte (31/12/2017) y sobre ella la compañía tributó el impuesto.

No obstante, reconocemos que el tema también puede dar lugar a otra interpretación posible: que la diferencia al 31/12/2017 se considere consolidada para generar la retención al momento de quedar incluida en una futura distribución.

Sin embargo, el resultado sería irrazonable desde que –tal como surge del ejemplo-, el pago del impuesto por la sociedad en fecha posterior a la consolidación de la diferencia al momento de corte estará dando cuenta de que la neutralización de las eventuales ventajas impositivas concedidas a la empresa al distribuirse la renta (objetivo final de la norma), quedó cumplido. Exigir la retención supondría una injustificable doble imposición económica.

Digamos finalmente que nuestra conclusión no se ve alterada por el hecho de que para reconocer el consumo del stock de los resultados acumulados la normativa ordene priorizar los más antiguos (arts. 118.1 LIG y 102.1 DR)

d) Dividendo de rescate

Tal como en general ocurre cuando los dividendos resultan gravados, se incorpora una norma anti abuso para impedir que se evite el cargo del impuesto camuflando el pago de dividendos bajo la apariencia de un rescate accionario (capital).

De este modo el art. 46 LIG en sus últimos tres párrafos califica como dividendo al resultado derivado de esa operación. Para el supuesto en que las acciones hubieran sido adquiridas a otros accionistas, se ordena una apertura del resultado en dos componentes: - dividendo de rescate; - resultado por compraventa.

Aunque no definida por la L 19550 LGS, es usual entender que la figura del rescate implica el pago por parte de la sociedad, del valor de las acciones para retirarlas de circulación; es decir que la empresa logra por este mecanismo hacerse de sus propias acciones con el fin de extinguirlas o, eventualmente de darles un destino alternativo²⁰.

De este modo, para el supuesto de un suscriptor original sometido al impuesto cedular, se determinará el resultado por diferencia entre el importe del rescate y el costo computable; siendo este último el que surja de relacionar el patrimonio neto al cierre anterior (neto de utilidades líquidas y realizadas más reservas), con la cantidad de acciones en circulación.

²⁰ Ver art. 220 LGS

En este contexto, nada dice la norma para el supuesto en que esta operación generara un resultado negativo. Aparece como una posible solución que dicho quebranto sea conceptualizado como pérdida de capital deducible. Sería conveniente que ello fuera así reglamentado.

Por su parte, si el beneficiario del rescate hubiera adquirido las acciones (participación), el resultado por compraventa será la diferencia entre el costo computable y el costo de adquisición.

Tampoco aquí se indica qué ocurre si el resultado es negativo. Como un indicio de lo que podría ser la solución, el art. 142 LIG vinculado con la determinación de rentas de fuente extranjera, señala que esa pérdida deberá computarse contra el dividendo de rescate. Sería conveniente que el reglamento así lo indique también para este caso.

Sin embargo aparece otra posibilidad adicional: que aún luego de operada la compensación anterior, se mantuviera un monto de signo negativo. Al respecto parece razonable considerar que también en este supuesto esa pérdida debiera tratarse como un quebranto específico. Insistimos una vez más, en que el reglamento debiera pronunciarse expresamente al respecto.

2. ENDEUDAMIENTO EXCESIVO

Además de las mencionadas en párrafos anteriores, se identifican en la Reforma otras disposiciones que tienen como objetivo evitar posibles maniobras tendientes a lograr el ahucamiento de la base imponible; en este ámbito, destacamos las referidas a lo que el legislador considera el endeudamiento excesivo de la empresa contenidas en la nueva redacción del art. 81, inc. a) LIG a partir de su cuarto párrafo. Al respecto, cumple el Mensaje de Elevación en admitir en forma expresa que se siguen las recomendaciones formuladas en el marco de la Acción 4 de BEPS adoptadas por OCDE y G20, para limitar la erosión de la base imponible por vía de la deducción de intereses y otros cargos financieros originados en préstamos contraídos con sujetos vinculados cuando superen determinados parámetros; ello sin perjuicio de la fijación de algunos límites para la efectiva aplicación de estas pautas.

En realidad la figura, que penaliza el apalancamiento financiero cuando se lo califica como excesivo, no es novedosa ya que hace años venía contemplada por nuestra normativa.

Sin embargo, el nuevo planteo resulta más extendido al involucrar no sólo el caso de endeudamiento con sujetos vinculados del exterior, sino también al contraído con otros sujetos locales relacionados. Al incluir en la restricción, a los intereses de deudas con sujetos locales, queda neutralizada la posibilidad de sostener que la limitación no opera cuando el acreedor resida en un país con el que Argentina hubiera firmado un CDI que contenga la cláusula de “no discriminación” en materia de deducciones (en general, cláusula 24.4).

Sintéticamente, el esquema muestra lo siguiente:

- i) conceptos involucrados en la limitación: intereses financieros, diferencias de cambio (sin comprender a la generada por los propios intereses), y actualizaciones que tengan como beneficiarios a sujetos vinculados del país o del exterior (estas últimas en tanto no sea aplicable el cálculo del ajuste por inflación del art. 95 LIG. Ello es lógico atento a que de otro modo se produciría un doble perjuicio al contribuyente ya que los pasivos generadores de las actualizaciones obligarían al reconocimiento paralelo de una ganancia por inflación²¹).

Con respecto a la inclusión de las diferencias de cambio como objeto de la restricción, la ley no distingue entre las generadas por deudas tomadas con sujetos del país y del exterior. Sin embargo estos escenarios son diferentes ya que mientras en el primer caso tales diferencias serán renta gravada para el acreedor local, no representan ganancia sometida a retención para el beneficiario del exterior (como sí ocurre con los intereses).

Esta circunstancia amerita en nuestra opinión, una aclaración reglamentaria que, p. ej., indique que las diferencias de cambio provocadas por deudas con sujetos del exterior no forman parte de la restricción al no estar sometidas a la retención con carácter de pago único y definitivo. Sería lógico concluir en que si los intereses que se reconocen por una deuda con el exterior caen dentro de los parámetros legales para no ser limitados, las diferencias de cambio generadas por ese pasivo tampoco lo estén.²²

La norma también aclara que el importe objeto de limitación es aquel que supere “el importe de los intereses activos”. La falta de especificidad de esta expresión genera el interrogante acerca del origen de tales intereses. ¿Quedan involucrados los que tengan raíz comercial? ¿O sólo los provocados por inversiones financieras? El contexto general pareciera direccionar la conclusión hacia esta última alternativa por cuestiones de homogeneidad. Sin embargo también podría sostenerse que la falta de especificación responde a la intención de promover y facilitar el otorgamiento de créditos comerciales.

²¹ Entendemos que si en el futuro, el contribuyente reclamara -con fundamento en las conclusiones de la sentencia recaída en la causa “Candy SA” de CSJN-, la aplicación del procedimiento de ajuste por inflación previsto en el art. 95 LIG por algún período en el que aquel estuviera suspendido, las liquidaciones conteniendo dicho ajuste no deberán contemplar la limitación que venimos analizando para el cómputo de diferencias de cambio y actualizaciones de sus deudas financieras.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el recrudescimiento del fenómeno inflacionario verificado en los últimos meses y su consecuente proyección en el tiempo, haga que muy probablemente en el futuro cercano aumente el nivel de litigiosidad alrededor de la no aplicación del ajuste.

²² No hace falta resaltar la extrema importancia de esta cuestión atento al contexto de alta volatilidad cambiaria por el que viene atravesando nuestro país.

Por supuesto todo sería más sencillo y razonable de aplicarse el mecanismo del ajuste por inflación que permitiría medir adecuadamente la verdadera carga financiera que afecta el balance impositivo del contribuyente para someter su cómputo al tipo de restricción sugerido por la Acción 4 de BEPS. Debe tenerse en cuenta que esta Acción no comprende al concepto “diferencias de cambio”, atento tratarse de un fenómeno local.

En definitiva, entendemos que la falta de especificidad de la norma lleva a que no se la deba entender referida exclusivamente a los intereses financieros activos. No obstante, será conveniente que el reglamento se manifieste expresamente en ese sentido.

- ii) sujetos excluidos: entidades financieras L 21526, Fideicomisos financieros y empresas que tengan por objeto principal celebrar operaciones de leasing y en forma secundaria exclusivamente actividades financieras. Se evita así perjudicar a las actividades identificadas con un genuino alto nivel de endeudamiento para poder ser llevadas adelante.
- iii) supuestos objetivos de no aplicación del límite para los casos en que se pueda demostrar en forma fehaciente que:
 - la relación entre los intereses financieros y la ganancia neta (antes de intereses y amortizaciones) es menor o igual al ratio que –en ese ejercicio fiscal-, el grupo a que el contribuyente pertenece registra por pasivos contraídos con acreedores independientes y su ganancia neta (también antes de computar intereses y amortizaciones) (art. 81, inc. a), 7° párrafo, punto 5., LIG). Aunque no dicho expresamente, entendemos que los conceptos de ganancia neta y amortizaciones están referidos a su conceptualización y expresión en el ámbito del balance impositivo del contribuyente. Tampoco hay precisiones acerca de cuándo debe entenderse que el contribuyente forma parte de un grupo económico, lo que necesariamente deberá ser cubierto reglamentariamente.
 - que el beneficiario de los intereses financieros hubiera tributado efectivamente el impuesto según lo dispuesto por la LIG (art. 81, inc. a), 7° párrafo, punto 6.)

Con respecto a la primer alternativa, se hace depender la magnitud a computar de la situación global del grupo (sea este local o internacional) en materia de endeudamiento con sujetos independientes.

Es obvio que -particularmente en el caso de grupos económicos conformados a nivel mundial-, la demostración fehaciente de la relación intereses/deudas podría ser por demás compleja y costosa de determinar. Por eso el reglamento deberá ser muy preciso y claro al respecto, detallando nítidamente qué elementos de prueba serán necesarios para que la demostración califique como “fehaciente” teniendo en mira en especial la sencillez en la obtención de lo que se requiera al contribuyente local. No fijar pautas claras será por demás inconveniente para el contribuyente por la inseguridad que la orfandad normativa le provocará sobre todo cuando, como se señalara, la prueba incluya un número considerable de entes residentes del exterior empleando monedas diferentes, con cierres de ejercicios distintos al de la compañía local, etc.

La otra alternativa aparenta ser mucho más sencilla, sobre todo cuando el beneficiario resulte otro sujeto local. Sin embargo la letra de la norma en cuanto a la condición relativa a que el impuesto haya sido efectivamente tributado por el beneficiario de los intereses “con arreglo a lo dispuesto en esta ley”, abre los siguientes interrogantes:

- a) ¿qué debe entenderse por haber tributado efectivamente el impuesto cuando el acreedor fuese un residente? Parece razonable interpretar que ello ocurre cuando el interés haya sido o vaya a ser incluido en su declaración jurada, prescindiendo de la magnitud del impuesto final que aquella arroje. Al respecto, el reglamento debiera evitar condicionar el cómputo a demostrar que el acreedor termine tributando una cifra similar a la no ingresada por el deudor como consecuencia de la deducción del interés. Este camino es el que ha seguido el actual art. 142.1 del DRIG respecto a la consideración como no computable del excedente de honorarios de directores y administradores por sobre los importes computados por la sociedad, y que ha merecido amplia crítica al consagrar la posibilidad de que se produzca una doble imposición económica en el supuesto de que la sociedad pagadora registre una situación de quebranto que revierta con anterioridad al plazo en que aquel pueda usarse para absorber ganancias gravadas. Resulta necesario pues, que se reglamente adecuadamente el modo en que el contribuyente deberá probar el cumplimiento del requisito legal que habilite el cómputo.
- b) ¿queda cumplido el requisito en caso que el acreedor resulte ser residente en un país que hubiera firmado un Tratado para evitar la doble imposición con cláusula limitante de la retención para el supuesto de pago de intereses de fuente argentina? Entendemos que el reglamento debiera aclarar que también en ese supuesto se entenderá que el requisito se cumple; lo contrario supondría una discriminación contra el sujeto local por financiarse desde países con Convenio, lo que no resulta razonable por contradecir los objetivos del Convenio, ni justo. La otra posición sólo podría sostenerse en un objetivo recaudatorio. Idéntica conclusión corresponde en caso que la tasa efectiva (t.e.) de retención fuese inferior; tal el supuesto contemplado por el art. 93, inc. c) punto 1, LIG (t.e.: 15,05 %)

En síntesis, entendemos que tanto para a) como para b), no debe condicionarse la deducción a que se produzca una simétrica consecuencia en términos de impuesto ingresado por el acreedor.

iv) límite cuantitativo: la deducción no podrá superar al que resulte mayor de estos dos parámetros:

a) monto anual que establezca el PEN

b) 30 % de la ganancia neta del ejercicio que resulte antes de deducir los intereses por deudas financieras y las amortizaciones. Este parámetro no coincide con el clásico índice EBITDA, ya que no contempla el cómputo del propio impuesto a las ganancias.

Digamos respecto al supuesto a), que nos cuesta imaginar que el PEN pueda fijar anualmente un monto absoluto aplicable a todos los contribuyentes sin importar su tamaño, características de su actividad, situación económico financiera que atraviesa, etc. Por lo que en definitiva parece que el monto que operará efectivamente será el consignado en b), determinado en base a la realidad propia de cada empresa; lo que indudablemente resulta mucho más apropiado. La facultad otorgada al PEN para fijar este límite importa riesgos; si el monto fuese demasiado bajo, se tornaría prácticamente inaplicable. Y si fuese muy alto, el que desaparecería sería el parámetro

porcentual. En ambos casos lo que estará en juego serán los principios constitucionales de equidad, igualdad y razonabilidad.

No obstante, lo cierto es que el parámetro fijo supondrá para el contribuyente un “puerto seguro” (*safe harbour*) en el sentido de que su aplicación evitará el riesgo de cuestionamientos respecto al monto a computar como interés financiero deducible.

Con respecto a b), la norma se ha inclinado por la alternativa del ratio fijo máximo admitido por la acción BEPS (el otro extremo sugerido es del 10 %), y no toma en consideración –como ocurría en el pasado–, el parámetro basado en la relación existente entre las deudas financieras y el patrimonio del ente. Todo ello hace que la norma anti capitalización débil de nuestro ordenamiento pueda calificarse como flexible.²³

Sin perjuicio de lo anterior, debe aclararse que, razonablemente, se deja de lado el carácter anual de la liquidación para reconocer el caso de contribuyentes que a lo largo de los tres ejercicios fiscales anteriores al de la liquidación hubieran computado deducciones por los conceptos bajo análisis por montos inferiores al límite legal. En esos supuestos, los importes en defecto incrementarán el límite hasta el cual se puede computar la deducción. Sin embargo, es criticable que no se contemplara mecanismo alguno que permita la actualización de estos valores arrastrados desde el pasado y que podrán resultar deteriorados por efecto de la inflación hasta el momento de ser objeto de comparación con los cargos reales del período. En términos prácticos, existirá la posibilidad de que se genere un cómputo de excedente de intereses recién en el ejercicio cerrado con posterioridad al iniciado a partir del 1/1/2018; esto es, al 31/12/2021 para cierres 31/12.

Rompiendo también con el carácter anual del tributo, el legislador dispuso que los importes que resulten no deducibles, podrán trasladarse hacia adelante para ser adicionados a aquellos correspondientes a los cinco ejercicios fiscales inmediatos siguientes, respetando siempre los límites anuales. Otra vez aquí debemos criticar la falta de consideración de un mecanismo de actualización automática de estos importes.

Como puede apreciarse de su texto, la norma hace referencia a ejercicios fiscales anteriores y siguientes. Nos parece apropiado que el reglamento indique en forma expresa cómo se debe proceder cuando, por alguna razón (ejercicio inicial, cambio de fecha de cierre, proceso reorganizativo), alguno/s ejercicio/s fiscal/es abarcaran períodos inferiores a los doce meses. Obviamente tendrá que tenerse en mira al efecto, la búsqueda de una solución que evite que la existencia de un ejercicio irregular perjudique injustamente a aquellos contribuyentes que enfrenten estas situaciones.

²³ Puede decirse que el parámetro del 30 % es alto en términos comparativos. Pero evidencia falta de neutralidad al tratar de igual modo los casos de actividades en las que no se requieran importantes inversiones en activos (p. ej. prestación de servicios) y de otros, en los que las empresas deban endeudarse para afrontar el nivel de inversión requerido.

Finalmente, corresponde efectuar otras consideraciones:

- la obligación de retener en oportunidad del pago de los intereses, no se ve alterada por el tratamiento que aquellos merezcan en la liquidación del contribuyente. Ello permite observar que el legislador admite que se altere la simetría en el tratamiento ya que a pesar de que podrán existir conceptos que nunca serán deducidos por el contribuyente -lo que significa que en los hechos el impuesto sobre esos montos fue ingresado²⁴-, se exige al mismo tiempo que se practique la retención (a cuenta o definitiva, según el caso). Esta doble imposición económica no tiene justificación alguna;
- el hecho de haber involucrado en la limitación al endeudamiento tomado entre vinculados del país, elimina la posibilidad de que contribuyentes endeudados con otras empresas de su grupo que residan en países que hubieran firmado Tratados con Argentina puedan intentar hacer jugar la cláusula de no discriminación que eventualmente aquellos contemplen. (En aquellos casos en que las cláusulas no hicieran reserva de aplicación de las normas domésticas sobre capitalización exigua);
- interpretamos que la nueva disposición del art. 81, inc. a) LIG en cuanto limita el cómputo de intereses por deudas financieras debe entenderse aplicable sobre aquellos que se devengaran desde el primer ejercicio iniciado a partir del 1/1/2018 con prescindencia de que los pasivos hayan existido o no a esa fecha.

Las disposiciones que se comentan, conviven con las que resultaran aplicables en materia de precios de transferencia. En otras palabras, para que el cómputo quede habilitado no alcanzará con que se cumpla con lo dispuesto por el art. 81 inc. a) LIG si no se cubren los requisitos y condiciones del régimen de precios de transferencia consagrado a partir del art. 15 LIG.

3. AJUSTE POR INFLACIÓN IMPOSITIVO. ANÁLISIS CRÍTICO GLOBAL

En cuanto al reconocimiento de los efectos inflacionarios al momento de determinar la renta neta gravada, es sabido que nuestra normativa contempla fundamentalmente dos tipos de ajustes: aquéllos que afectan determinados rubros en particular (caso de amortizaciones de bienes del activo fijo o del costo de venta de ciertos bienes), y un ajuste integrador previsto en el Título VI de la LIG, oportunamente incorporados por las leyes 21894 y 23260 (ajustes identificados como “estático” y “dinámico” respectivamente)²⁵.

²⁴ Conceptualmente la conclusión no cambia aun en la hipótesis en que el resultado impositivo del contribuyente sea negativo

²⁵ Excede el marco de este trabajo el análisis de la evolución en la aplicación de ambos géneros de ajustes a lo largo del tiempo. Simplemente recordemos que por el art. 39 de la L 24073 se suspendieron sus efectos concretos –lo que entonces resultaba razonable ante el marco de estabilidad de precios imperante a partir de la entrada en vigencia del régimen de convertibilidad instaurado por la L 23928-, sin que la dramática escalada de los precios operada a partir de su caída llevara a que las autoridades dispusieran su rehabilitación.

Por el contrario, aunque la L 25561 dejara sin efecto la convertibilidad, al mismo tiempo mantuvo derogadas todas las normas legales que autorizaran la repotenciación monetaria.

Con respecto al que identificamos como ajuste "integrador", el PEN optó por recostarse en los lineamientos empleados por la técnica contable internacional (NIIF – Normas Internacionales de Información Financiera), que considera que el reconocimiento del efecto inflacionario corresponde cuando se supera cierto nivel de inflación. Así, en la L 27430 se fijó como pauta directiva que la aplicación de este ajuste correspondería recién cuando la inflación acumulada en los 36 meses anteriores al cierre del ejercicio liquidado, superara el 100 %

De acuerdo con el nuevo texto del art. 95 LIG el procedimiento resultará aplicable en el ejercicio fiscal en el que se verifique un porcentaje de variación del IPIM acumulado en los 36 meses anteriores al cierre del ejercicio, mayor al 100 %

Ello rige para ejercicios iniciados a partir 1/1/2018. Sin embargo, se habilita también la posibilidad de tal reconocimiento, si es que en el 1er y 2do ejercicio a partir de la vigencia mencionada, la variación acumulada del mismo índice supera 1/3 o 2/3 respectivamente, del aludido 100 %

La falta de precisión normativa referida en el párrafo anterior, ha generado dudas con respecto a cómo calcular ese parámetro. En principio parece que debiera descartarse la alternativa de considerar que el legislador intentó fijar el límite en el 33 % anual, toda vez que el acumulado de tal porcentaje llevaría a superar ampliamente la pauta del 100 % (de hecho un 33 % anual acumulado deriva en más de 135 %). Ante ello, el límite anual podría ser del 26 % (esta tasa constante a lo largo de los tres años mostraría un 26 % para el 1er ejercicio, 58,76 % para el segundo y algo más del 100 % al finalizar el tercero); o de alguna otra posible combinación de porcentajes decrecientes anuales que acumulen, a lo largo de esos tres periodos, más de un 100 %

Más allá de que no nos referiremos a ello en detalle, habrá que tener en cuenta a esta altura que el PEN elevó un proyecto de ley al Congreso con la clara intención –más allá de que no esté así expuesta-, de continuar vedando la posibilidad de que este ajuste resulte aplicable sobre los resultados del año en curso atento el sorpresivo incremento que se viene registrando en la inflación de los últimos meses y a la merma recaudatoria que provocaría. Ello por vía del reemplazo del índice aplicable (IPC en lugar de IPIM), y de la elevación del límite de inflación para el 1er ejercicio.

Ello, como es sabido, generó una extendida litigiosidad que llegó a la CSJN que resolvió en el leading case "Candy SA" (2009) a favor del contribuyente que probó la confiscatoriedad del impuesto por la falta de reconocimiento de los efectos provocados por la inflación sobre sus resultados, aunque sin declarar la inconstitucionalidad del art. 39 de la L 24073.

A pesar de ello, del tiempo transcurrido y de la inflación acumulada, tanto la Administración anterior como la actual se han opuesto a aceptar la rehabilitación plena de los ajustes legales lo que ha acrecentado la litigiosidad del asunto respecto de quienes resultan perjudicados por el deterioro del signo monetario, aunque no generando posibilidad de reclamo alguno por parte del Estado a aquellos que se hubieran beneficiado con el proceso inflacionario.

La CSJN no extendió las conclusiones de la causa "Candy SA" al supuesto de quebrantos impositivos (causa "Estancias Argentinas El Hornero SA" (2012)

Por su parte, aquellos ajustes permanentes y automáticos contemplados en forma autónoma por la ley, también fueron objeto de la Reforma (art. 89, 2º párr., LIG); en este caso, permitiendo su efectiva aplicación aunque sólo respecto a nuevas inversiones.

Debe destacarse que estos ajustes procederán independientemente de si el Título VI –ajuste “integrador”- cobra o no vigencia; y que comprenden no sólo a los sujetos alcanzados por dicho Título (empresas) sino también al resto de contribuyentes²⁶.

De lo anterior se deriva que para las inversiones efectuadas con anterioridad a la vigencia de la nueva norma en los rubros involucrados, no habrá reconocimiento del efecto inflacionario futuro salvo que el contribuyente optara por emplear la alternativa del revalúo impositivo instaurado por la propia ley 27430; opción que podrá ejercer en un plazo que ha sido prorrogado hasta el año próximo, y que podría aparecer más atractiva también a partir del incremento de la inflación observado en los últimos meses. No obstante la realidad muestra que aunque pueda terminar siendo en algunos casos una buena apuesta financiera, la postergación aludida ha hecho que no se observe actualmente una generalizada evaluación de esta posibilidad²⁷.

Un problema que plantea la norma resulta el de su efectiva vigencia.

Concretamente el texto indica como objeto del ajuste las inversiones efectuadas “en los ejercicios fiscales que se inicien a partir del 1/1/2018”.

Este texto pareciera orientado a contemplar sólo el caso de cierres operados al 31/12 de cada año. Lo que genera una evidente iniquidad respecto a contribuyentes con fechas de cierre distintas. Obsérvese p. ej., que un sujeto cuyo ejercicio finalizara el 30/11/18 recién podrá aplicar el mecanismo automático sobre aquellas inversiones concretadas desde el 1/12/2018; las anteriores a esa fecha no serán objeto del ajuste. Indudablemente esto debiera ser materia de una modificación que evite que se generalicen reclamos amparados en una flagrante vulneración de los principios constitucionales de igualdad y razonabilidad.

²⁶ Nótese que la postergación de la aplicación del ajuste “integrador” pero no de los permanentes parciales, implica en los hechos que quien se endeuda para comprar activos fijos podrá computar las amortizaciones a valores actualizados, aunque no deberá reconocer, paralelamente, la ganancia por inflación derivada de ese pasivo

²⁷ Sin perjuicio del análisis acerca de la conveniencia de haber instaurado este régimen de revalúo impositivo, no debe dejar de tenerse en cuenta que el mismo termina representando la exigencia del pago de una tarifa o precio como requisito para que el contribuyente pueda ejercer su derecho a actualizar valores. Si ello de por sí resulta criticable, más lo es que para poder ejercer esta opción se fije como condición la renuncia a la promoción de cualquier proceso judicial o administrativo por el cual se reclame aplicar el ajuste inflacionario con respecto al período de opción o respecto a ejercicios futuros en los que el contribuyente compute la amortización del revalúo o se lo considere como costo; y que desista de esas acciones y derechos con respecto a ejercicios fiscales cerrados con anterioridad (art. 292, L 27430). Que el Estado persiga disminuir el nivel de litigiosidad forzando la renuncia de derechos por parte del contribuyente, resulta una actitud inapropiada.

Queda por último un caso por demás trascendente respecto al cual se generan interrogantes: se trata de la posibilidad de actualizar los quebrantos acumulados al momento de entrada en vigor de las nuevas disposiciones.

En primer término digamos que no hay dudas en cuanto a la aplicación del mecanismo automático de ajuste tal como viene planteado por el ante último párrafo del art. 19 LIG para nuevos quebrantos.

Pero tal claridad no existe respecto a aquellos que vienen de arrastre ya que concretamente el art. 89 en su segundo párrafo no los incluye expresamente.

¿Podrá sostenerse que la redacción del art. 19 da pie a considerar que la actualización allí prevista opera sin interesar la fecha de origen del quebranto acumulado?

Sin dudas sería lo razonable; sobre todo teniendo en cuenta que el revalúo de bienes tampoco lo contempla expresamente.

En aras de terminar con esta incertidumbre debiera imaginarse una solución que permita al contribuyente el cómputo de sus quebrantos acumulados por valores homogéneos.

El panorama recorrido muestra limitaciones de distinta naturaleza que claramente impiden que quien se vea afectado por el fenómeno inflacionario pueda determinar su renta neta gravada en forma real. Sin perjuicio de lo cual, otras normas vigentes del impuesto a las ganancias lo obligan a reconocer rentas por mera tenencia, no generadas por operaciones con terceros. Es el caso del método de valuación de inventarios que exige aplicar el precio de las últimas compras sobre el total del stock del contribuyente (art. 52 LIG, y de valuación de títulos públicos y moneda extranjera en existencia al cierre (art. 97 incs. b) y c) LIG), lo que hace más crítica la situación.