

Universidad de Buenos Aires (UBA)

From the Selected Works of Nicolas Malumian

2020

Recalificación de pasivos como aportes de capital

Nicolas Malumian, *Universidad de Buenos Aires (UBA)*



Available at: <https://works.bepress.com/nicolas-malumian/55/>

Recalificación de pasivos financieros como aportes de capital en el Impuesto a las Ganancias

Ramírez Oyhanarte, Juan
Malumián, Nicolás

I. La deducción de intereses y diferencias de cambio en el Impuesto a las Ganancias — Introducción.— II. Los hechos de la causa.— III. El fallo del TFNac. y de la Cámara.— IV. Análisis del fallo de la CS.— V. Conclusión.

(*)

(**)

El 26 de diciembre de 2019, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CS") dictó sentencia en la causa "Transportadora de Energía S.A. c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo" (CAF 39109/2014/3/RH2) [\(1\)](#). Remitiendo íntegramente al dictamen de la Procuración General de la Nación emitido el 29 de junio de 2017 (el "Dictamen"), la CS hizo lugar al recurso de queja interpuesto por la contribuyente, revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal ("Cámara") y ordenó dictar un nuevo pronunciamiento con arreglo al fallo dictado.

Esta sentencia, que, reiteramos, recepta íntegramente el Dictamen, aporta elementos sustanciales para el análisis de futuros casos de recalificación de pasivos financieros como aportes de capital por parte del Fisco y establece criterios a los cuales este deberá ceñirse. Sin perjuicio de la existencia de anterior jurisprudencia tanto del Tribunal Fiscal de la Nación ("TFNac.") como de la Cámara sobre el tema, podemos entender que el reciente fallo dictado por la CS, por las pautas que se desprenden de él y al emanar del máximo tribunal nacional, constituye un muy importante precedente en la materia.

I. La deducción de intereses y diferencias de cambio en el Impuesto a las Ganancias - Introducción

El Impuesto a las Ganancias ("IG") permite que los sujetos del art. 73 —anterior art. 69— de la Ley de Impuesto a las Ganancias ("LIG") deduzcan intereses y diferencias de cambio correspondientes a deudas financieras en moneda extranjera. Por el contrario, los aportes de capital representan una participación en una sociedad medida en pesos y sin intereses. En otras palabras, las deudas en moneda extranjera permiten deducir los intereses y diferencias de cambio, mientras que los aportes de capital no lo permiten.

Esta diferencia se presenta relevante en el caso de compañías vinculadas, en la que un socio o accionista de una sociedad local podría financiar a esta última mediante aportes de capital o préstamos, dando lugar a negocios jurídicos distintos con tratamientos diferentes en el IG.

Particularmente en relación con períodos fiscales transcurridos desde el año 2002, en que la variación del valor de la moneda nacional ha tornado más relevantes estas diferencias de tratamiento —situación que persiste—, comenzaron a darse discusiones entre contribuyentes y el Fisco que, en ciertos casos, consideró que determinadas operaciones de préstamo entre una sociedad y sus accionistas no constituían mutuos sino aportes de capital, impugnando la deducción de diferencias de cambio e intereses; ello, por aplicación del denominado "Principio de Realidad Económica" receptado en el art. 2º de la ley 11.683 de Procedimientos Fiscales.

En este marco, el 21 de noviembre de 2005, el Fisco emitió la Instrucción General (AFIP) 747/2005 en la que plasmó pautas internas de seguimiento a fin de determinar en qué casos se está ante un aporte de capital y no un pasivo financiero; pautas que ha seguido regularmente en las fiscalizaciones sobre estos casos. En esta Instrucción General, el Fisco enunció criterios vinculados con la inexistencia de instrumentos de fecha cierta, la ausencia de plazo de devolución y falta de repago, ausencia de voluntad de obtener la devolución de los montos entregados por parte del accionista, desproporción entre el monto del crédito y los activos amortizables y la falta de documentación respaldatoria del ingreso de los fondos al país. A su vez, a fin de diferenciar futuros aumentos de capital de préstamos, se agregó que debía tenerse en cuenta la intención de las partes (si se espera una participación societaria o la devolución de los montos), la existencia de vocación de permanencia respecto de los fondos y la sujeción al riesgo empresarial por parte del accionista.

Asimismo, en ocasiones (como en el caso del fallo objeto de comentario) el Fisco ha invocado como sustento de estos ajustes una circunstancia adicional, sosteniendo que para la existencia de un contrato es necesaria la concurrencia de intereses opuestos y que, si se trata de intereses concurrentes o paralelos (como sucedería, a su entender, en el caso de vinculación entre las partes), no hay contrato sino acto complejo, de tal manera que la falta de independencia de la sociedad deudora en relación con el contrato impediría concluir que pueda existir un mutuo, trayendo a colación, aún sin citarlo, consideraciones que en este sentido hizo la CS en el fallo "Parke Davis"[\(2\)](#).

Por otra parte, en ciertos casos el Fisco ha considerado a la ausencia de garantías sobre los préstamos acordados entre compañías vinculadas como un indicio de la inexistencia de un real préstamo.

El fallo comentado establece principios aplicables a varios de estos elementos de análisis.

II. Los hechos de la causa

En síntesis, Companhia de Interconexão Energética ("CIEN"), accionista controlante extranjero de Transportadora de Energía SA ("TESA"), realizó préstamos en dólares a esta última empresa y las circunstancias que sobrevinieron fueron las siguientes: (i) el incumplimiento de los plazos originales; (ii) prórroga de plazos originales; (iii) realización de pagos parciales; y (iv) capitalización de intereses adeudados. En otras palabras, la típica necesidad de reprogramación de pagos por circunstancia emergentes de la inestabilidad económica y financiera argentina.

Frente a esta situación, el Fisco realizó un ajuste en el IG, correspondiente al período fiscal 2002, impugnando las deducciones realizadas por la contribuyente en concepto de diferencias de cambio e intereses por considerar que las operaciones mencionadas no constituían mutuos sino aportes de capital. La consecuencia fue una importante reducción del quebranto declarado respecto de dicho período.

Se desprende del Dictamen que el ajuste del Fisco tuvo los siguientes argumentos centrales: (i) la contribuyente carecía de interés contrapuesto por ser controlada en un 99,99% por el acreedor; (ii) ningún tercero independiente hubiera prestado desde el exterior las sumas acordadas en función del capital de la compañía (el mínimo legal) ni hubiera refinanciado los créditos de la manera acordada y (iii) la devolución de las sumas quedaba condicionada al éxito comercial de la contribuyente.

III. El fallo del TFNac. y de la Cámara

El TFNac. confirmó el ajuste practicado por el Fisco. Según el Dictamen, los fundamentos de la decisión fueron los siguientes:

i) Las operaciones se asimilan a un aporte de capital en la medida que el compromiso de devolución era laxo, condicionado a la existencia de utilidades, con plazos que se prorrogaron largamente, manifestando una vocación de permanencia de los fondos, sin que se respetaran las cláusulas contractuales sobre mora.

ii) Los plazos para cancelar capital e intereses no fueron respetados y se capitalizaron estos últimos, "sin que pueda considerarse ese hecho como un pago al no haberse puesto a disposición del acreedor la suma involucrada".

iii) Las sumas prestadas por el accionista del exterior eran muy significativas en relación con el capital social (mínimo legal), lo que demostraría que la devolución estaba relacionada con el éxito empresarial de la contribuyente.

iv) No correspondía hacer lugar al planteo de aplicación del principio de las correcciones simétricas con respecto a los pagos del IG vinculados con los intereses abonados al accionista del exterior porque no se encontraban probados suficientemente.

La sentencia del TFNac. fue apelada por la contribuyente y, a su turno, confirmada parcialmente por la Cámara. Conforme al relato del Dictamen, este último tribunal sostuvo que los agravios se vinculaban con los hechos y valoración de la prueba, cuestiones que, como principio, no son susceptibles de revisión por la Cámara, salvo arbitrariedad, resaltando que la contribuyente no había demostrado que se verificara esta circunstancia. Adicionalmente, la Cámara destacó que no se había acreditado la falta de vocación de permanencia, que las sucesivas prórrogas acordadas avalaban las conclusiones del TFNac. y que la contribuyente no había brindado explicaciones que permitieran sustentar lo alegado en cuanto a que la imposibilidad del pago oportuno de los créditos se debió a una mala situación económico financiera. Por último, la Cámara sí hizo lugar al planteo subsidiario de la contribuyente y resolvió que debían computarse los pagos realizados en concepto de retenciones a beneficiarios del exterior.

La sentencia fue objeto de recurso extraordinario federal, que fue rechazado por la Cámara, lo que motivó la presentación de recurso de queja ante la propia CS.

IV. Análisis del fallo de la CS

A continuación, se analizan los distintos argumentos del Dictamen a los que remite la CS para revocar la sentencia recurrida.

IV.1. Circunstancias sobrevinientes y el principio de realidad económica

En cuanto a la falta de pago en plazo del capital y de los intereses invocada por el Fisco, en el Dictamen se sostiene que "del mero incumplimiento de un acuerdo no se puede derivar sin más y sin considerar las circunstancias de cada caso, una mutación en la naturaleza jurídica de un instituto, ya que ello importaría, derechamente, dejar librada la sustancia jurídica de todo acto a lo que pudiera suceder a la postre".

Asimismo, se hace hincapié en que los tribunales anteriores no permitieron a la contribuyente producir medidas de prueba tendientes a acreditar las razones de la falta de pago en los términos acordados, a la vez que la decisión recurrida se apoyó en la falta de acreditación de los motivos de los incumplimientos. En función de ello, se concluye que la sentencia recurrida es arbitraria.

Más allá de las particularidades del caso, el criterio que emerge del fallo es que debe realizarse un análisis integral de los hechos que ocurran durante el devenir de la ejecución de los contratos en función de lo que ellos revelen con respecto a su verdadera sustancia económica, lo que solamente puede entenderse como la voluntad económica efectiva y original de las partes en los términos del art. 2º de la ley 11.683, es decir, el acto económico

que las partes quisieron verdaderamente alcanzar. Si, como sostiene la CS, por un lado, debe rechazarse como principio general que la naturaleza de un acto quede librada a lo que pueda suceder en el futuro y, por el otro, deben analizarse los hechos de cada caso, las circunstancias sobrevinientes que permitirían atribuirle a un determinado negocio una naturaleza diferente de la que corresponde a su estructura formal solamente podrían ser aquellas que revelen concretamente que la sustancia del acto no era la que las partes plasmaron formalmente sino otra.

En este sentido, se desprende del fallo que en estos casos es necesario realizar un análisis integral de los hechos y circunstancias, sin que ninguna en particular y en forma independiente de las demás pueda válidamente sustentar una pretensión de recalificar la operación. Así, el incumplimiento de condiciones de pago de créditos obtenidos por sociedades de sus socios no es una circunstancia que, por sí misma, permita recalificarlos como aportes de capital. Esto último requiere analizar las demás circunstancias del caso para determinar si el incumplimiento es relevador o no de una sustancia económica diversa.

Entonces, si las circunstancias sobrevinientes analizadas integralmente no permiten concluir que las situaciones o relaciones económicas efectivamente realizadas, perseguidas o establecidas por el contribuyente son diferentes de aquellas a la que se refiere la estructura formal de la operación, de manera tal que esta última constituya manifiestamente una forma jurídica que el régimen jurídico no ofrece para canalizar la intención económica de las partes, sino que se deben a razones diferentes, no es posible sustentar válidamente un ajuste de este tipo en aquellas circunstancias.

Por último, desde este aspecto de análisis, es clave garantizarle al contribuyente amplitud de prueba a fin de acreditar todas las circunstancias relevantes del caso, que puedan tener impacto la evaluación de los hechos.

IV.2. Existencia de pagos parciales

El fallo de la CS, mediante su remisión al Dictamen, destaca que en las decisiones anteriores se omitió tomar en cuenta la existencia de cancelaciones parciales de capital realizadas por la contribuyente. Al respecto, sostiene que "[e]stos pagos (...) obligarían —cuanto menos— a segmentar la recalificación del contrato cuestionado (...)". Posteriormente, se destaca que "se ha desestimado el valor cancelatorio del pago de los intereses que TESA [la contribuyente] alegó haber realizado por medio de su capitalización".

En consecuencia, un segundo aspecto del fallo es que, a los fines de analizar la naturaleza de la operación, es relevante la existencia de pagos ya sea de capital o intereses, o bien, de otros modos de cancelación de obligaciones, sin que pueda prescindirse de estos hechos en caso de haber ocurrido.

Se desprende del fallo, por un lado, que estas circunstancias son relevantes para la determinación de la naturaleza del acto y, por otro, que en ningún caso podría practicarse un ajuste comprensivo de la totalidad de la operación en caso que hayan existido pagos. Es decir, la existencia de pagos del préstamo impediría, como mínimo en la parte correspondiente, toda recalificación.

Por otro lado, la inexistencia de pagos (por no haber existido por o por haberse producido incumplimientos) no necesariamente deriva en una conclusión favorable sobre la procedencia de la recalificación, puesto que, tal como surge de lo expuesto en el punto anterior, ello debe ser analizado en conjunto con todas las circunstancias del caso para determinar si efectivamente esto revela una sustancia económica diferente del ropaje formal del acto.

En este sentido, lo que surge del fallo es que, por un lado, la existencia de pagos es un elemento relevante para determinar la sustancia de la operación y, por el otro, que estos son

determinantes y concluyentes respecto de la parte abonada. En cambio, la inexistencia de pagos no lo es por sí misma y debe ser evaluada junto con el resto de las circunstancias.

IV.3. Proyección de la vinculación entre las partes sobre todos los aspectos de análisis

Por otro lado, en el Dictamen se critica la desestimación del valor cancelatorio del pago de intereses por medio de su capitalización y se destaca que para ello el Fisco entendió que de conformidad con el art. 18 de la LIG (actual art. 24) debía existir una real puesta a disposición de los fondos. Al respecto, se afirma que "este aserto omite el hecho de que CIEN [el accionista del exterior] es controlante al 99,99% de TESA [el contribuyente], por lo cual no se advierte óbice para que aquella elija el momento en que podrá hacerse con las acciones que quedaron a su disposición al tiempo de ser emitidas, al estar en manos de su propia controlada".

En síntesis, lo que dice el Dictamen es que si el argumento es que no puede considerarse que haya habido pago de intereses puesto que ellos se capitalizaron y las acciones no fueron puestas a disposición, ello carece de relevancia si existe control, dado que el accionista del exterior puede determinar en cualquier momento la voluntad de la controlada a fin de que ello ocurra.

Lo que se pone de manifiesto, entonces, es que la existencia de vinculación entre las partes involucradas determina que todo análisis deba hacerse contemplando esta circunstancia. Esto es de particular importancia por sus implicancias en otros aspectos vinculados con este tipo de ajustes, que si bien no han sido objeto de tratamiento en el caso resultan relevantes. En particular, entendemos que esta cuestión debe ser considerada en relación con (i) las formalidades de los contratos y (ii) la existencia de garantías en operaciones financieras; dos elementos que el Fisco ha considerado en esta clase de ajustes.

IV.3.a. Falta de documentos con fecha cierta

En cuanto a las formalidades de los contratos, el Fisco ha dado especial relevancia a la inexistencia de documentos de fecha cierta. Sin embargo, y sin perjuicio de ser recomendable la instrumentación con fecha cierta de operaciones financieras desde este punto de vista, la realidad es que este tipo de instrumento destinado a dar seguridad a la relación jurídica entre las partes, en el caso de un acto entre accionista controlante y sociedad controlada, se presenta como de una importancia relativa.

Esto ya ha sido destacado por el TFNac. en la causa "Compañía Ericsson SACI"⁽³⁾, fallo en el que, frente al cuestionamiento de la falta de instrumentación de un préstamo por parte del Fisco, se sostuvo que "los acuerdos llevados a cabo por entidades vinculadas, por su propia naturaleza, pueden no estar revestidos de los requisitos formales que sí observarían empresas independientes".

Es decir, lo que puede ser principio general en la contratación entre partes independientes, en el caso de compañías vinculadas puede no darse justamente por la existencia de vinculación, sin que ello necesariamente signifique que no se está ante una efectiva operación de préstamo.

Por otro lado, en relación con esta cuestión, desde el punto de vista de la legislación argentina, el art. 558 del Cód. Com. establecía que el mutuo está sujeto a las leyes mercantiles cuando la cosa prestada es destinada al uso comercial o tiene lugar entre comerciantes y su art. 208 disponía que los contratos comerciales pueden justificarse por medios de prueba diversos (incluyendo sus libros, confesión de parte y testigos), sin limitación a los instrumentos privados de fecha cierta.

Por su parte, el art. 2246 del Cód. Civil establecía que "[e]l mutuo puede ser contratado

verbalmente; pero no podrá probarse sino por instrumento público, o por instrumento privado de fecha cierta, si el empréstito pasa del valor de diez mil pesos". Ahora bien, en primer lugar, esta limitación no debía considerarse aplicable a los mutuos que deban considerarse comerciales; en segundo lugar, conforme a los arts. 1190 y 1191 del Cód. Civil, aún en este caso sí son admisibles todos los medios de prueba cuando existe principio de prueba por escrito (4) y, en tercer lugar, esta norma no ha sido replicada en el Código Civil y Comercial, de tal manera que la limitación (relativa) en cuanto a la prueba no rige ya actualmente.

Por otro lado, con respecto a los instrumentos privados con fecha cierta, actualmente el art. 317 del Cód. Civ. y Com. establece lo siguiente: "[l]a eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después".

En consecuencia, en función del fallo comentado y demás antecedentes mencionados, entendemos que en estos casos la inexistencia de un instrumento privado de fecha cierta no puede determinar sin más que deba calificarse a una determinada operación como aporte de capital, particularmente en la medida que pueda acreditarse con otros elementos la existencia de una operación de préstamo y, al respecto, el principio es la amplitud de prueba.

A su vez, en caso que exista instrumento, no se requiere que sea un instrumento público y, en caso de ser instrumento privado, este adquirirá fecha cierta como consecuencia de cualquier hecho que constituya consecuencia necesaria de la existencia previa del documento, por ejemplo, la existencia de pagos de capital y/o intereses, así sean parciales, o la registración contable de los pasivos.

IV.3.b. Ausencia de garantías

Por otra parte, el Fisco ha también dado importancia a la ausencia de garantías en relación con este tipo de operaciones.

El principio que emerge del fallo comentado es que la existencia de vinculación entre el contribuyente y su accionista debe ser considerada a todos los efectos y no solamente respecto de algunos, especialmente aquellos que benefician al Fisco. Desde este punto de vista, en supuestos de vinculación, el otorgamiento de garantías resulta como principio superfluo. Si el accionista puede determinar la voluntad de la sociedad local, la presencia de garantías no aporta demasiado y, por lo tanto, su ausencia no significa que no exista voluntad de cumplimiento. En consecuencia, no constituiría un elemento que permita recalificar un préstamo.

Esta situación, naturalmente, no se presenta en la contratación con terceros independientes, en la que el otorgamiento de garantías tiene la función concreta de brindar una protección al acreedor que, en defecto de ellas, no existiría.

En esta línea, en la causa "Lexmark" (5) la Cámara sostuvo que "en el supuesto de las sociedades que integran un mismo conjunto económico, podrían existir modalidades comerciales peculiares e incluso omitirse estipulaciones tales como la constitución de garantías para el caso de incumplimientos en los pagos".

En el mismo sentido, el TFNac. explicó en la causa "Formex S.A". (6) que "resulta irrelevante el hecho de que en las Actas de Asamblea y Directorio de las tres sociedades se analizara o no el impacto de los contratos, ni la conveniencia de generar un índice de endeudamiento elevado, como expone el Fisco, siendo que todo ello se intrascendente por tratarse de empresas vinculadas y ser Expofrut SA y San Formerio SRL los únicos socios de Formex SA, lo que también torna ineficaz que se exija en este caso en particular la constitución de garantía o aval para préstamos donde el mismo conjunto económico es

deudor y acreedor a la vez (...)".

El criterio del TFNac. fue confirmado posteriormente por la Cámara (7) afirmando que "desde la perspectiva de la relación que existe entre las compañías no resulta sospechoso (...) la falta de garantías reales sobre el inmueble involucrado".

Entendemos que el reciente fallo de la CS sigue la línea de esta jurisprudencia, en el sentido de que el análisis de los distintos aspectos de la operatoria no puede hacerse sino desde la óptica de la existencia de vinculación, lo que determina que ciertas particularidades en cuanto a las modalidades de contratación que se expliquen por esa circunstancia no pueden llevar a conclusiones sobre la sustancia de la operación a los fines de su recalificación; ello sin perjuicio de lo expuesto en el punto que sigue.

IV.4. La vinculación económica y el principio de la realidad económica

En este tipo de ajustes, el Fisco suele plantear que no hay intereses contrapuestos sino concurrentes y que, en consecuencia, no existe contrato sino acto complejo, lo que impide entender que pueda haber un mutuo, siguiendo algunas consideraciones del fallo "Parke Davis" de la CS. Se desprende del Dictamen que este argumento fue planteado por el Fisco en el caso.

El principio que emergió del fallo dictado en "Parke Davis" fue que la comprobación de la vinculación económica impedía directamente entender que pueda haber contrato entre controlada y controlante del exterior a los fines tributarios, con independencia del análisis de adecuación de las formas jurídicas escogidas respecto de la intención económica y efectiva de las partes.

Esta jurisprudencia, que se mantuvo entre 1973-1976, no resulta aplicable actualmente (8), en la medida que ya en el año 1976 y a través de la ley 21.481 se modificó el art. 14 de la LIG, introduciendo un principio que se mantiene en la actualidad, en los siguientes términos: "[l]os actos jurídicos celebrados entre una empresa local de capital extranjero y la persona física o jurídica domiciliada en el exterior que directa o indirectamente la controle serán considerados, a por todos los efectos como celebrados entre partes independientes cuando sus prestaciones y condiciones se ajusten a las prácticas normales del mercado entre entes independientes".

Sin perjuicio de los cambios en la norma desde entonces, la legislación fiscal argentina expresamente consagra desde ese momento el principio según el cual, en la medida que las prestaciones y condiciones de un acto celebrado entre un sujeto local y un sujeto vinculado del exterior se ajusten a las prácticas normales de mercado entre entes independientes, dichas operaciones deben ser consideradas "a todos los efectos" como celebrados entre partes independientes. En consecuencia, ello impide que la mera vinculación permita prescindir de la existencia de un contrato entre dos partes.

Dicho esto, en el Dictamen se sostiene que "[c]abe recordar aquí, como ha indicado V.E. en CS, Fallos: 335:121 (sic), 'la relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente [respecto de la sociedad dominante] ni anula su capacidad jurídica tributaria' (Fallos 286:97)".

En este contexto, se invoca el fallo dictado por la CS en la causa "Fiat Concord" (9), sentencia en la que la CS resolvió el caso de disposición de fondos a favor de terceros (anterior art. 73, actual 76 de la LIG) entre sujetos vinculados que integran un conjunto económico (10). El principal punto de debate en estos casos era si los integrantes de un conjunto económico podían considerarse o no terceros en el marco de esta disposición. En dicha oportunidad, nuestro Máximo Tribunal sostuvo lo siguiente:

"Que, contrariamente a lo sostenido por el apelante, el hecho de que la disposición de fondos se efectúe —como ha ocurrido en el caso— entre sociedades vinculadas económicamente entre sí, o en relación de sujeción económica por revestir una de ellas una condición dominante respecto de otra dependiente, no impide considerar que dicha disposición se haya efectuado a favor de terceros, en los términos del art. 73 que se examina, puesto que se trata de distintos sujetos de derecho que son considerados individualmente como sujetos pasivos de la obligación tributaria.

"En rigor de verdad, el ordenamiento argentino no regula los conjuntos económicos como estatutos autónomos. No lo hace la ley tributaria ni la legislación comercial, puesto que, el principio general, es considerar a las sociedades integrantes de aquellos como partes independientes en tanto se ajusten a las prácticas normales del mercado, sujetándolas al deber de llevar sus registraciones contables en forma separada (ver art. 5º, ley 11.683; art. 1º de la ley del impuesto a las ganancias y su art. 14, en la redacción dada a partir del dictado de la ley 21.481 —BO 05/01/1977— y en las sucesivas reformas, al primitivo texto de la ley 20.628 —BO 31/12/1973—; arts. 33, 63 y 64 de la Ley de Sociedades comerciales), reservándose para casos de excepción la posibilidad de prescindir de la individualidad jurídica de cada sujeto, y de considerar, a los fines fiscales, a todos ellos como una unidad.

"En efecto, como lo precisó este Tribunal, la '... relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente [respecto de la sociedad dominante] ni anula su capacidad jurídica tributaria' (CS, Fallos: 286:97)" (el destacado es propio).

En consecuencia, la mera vinculación entre las partes no habilita a considerar que no existen intereses contrapuestos ni contrato de mutuo con dos partes en sus roles respectivos de deudor y acreedor, prescindiendo directamente de la forma jurídica elegida para instrumentar una operación económica y recalificarla. Ello es así puesto que la LIG no permite darle a una operación entre un sujeto local y un sujeto vinculado del exterior un tratamiento diferente del que se le daría a esta misma entre partes independientes, en la medida que las prestaciones y condiciones de los actos se ajusten a las prácticas normales de mercado. En caso que ello no fuera así, además, la propia LIG establece cuáles son las consecuencias a los fines fiscales. En este sentido, la vinculación por sí misma no permite sustentar la recalificación de un préstamo. Es necesario para el Fisco, entonces, recurrir a otros elementos, debidamente acreditados.

En conclusión, la pretensión del Fisco de calificar jurídicamente un préstamo como aporte de capital por la existencia de control entre acreedor del exterior y deudor, sosteniendo que no hay intereses contrapuestos sino concurrentes, que no hay contrato sino acto complejo y líneas de razonamiento similares, carecen de aplicación en nuestro sistema impositivo.

IV.5. Aplicación de las normas sobre precios de transferencia y capitalización exigua

En el Dictamen se hace hincapié en otro aspecto de importancia, vinculando con el anterior, que se refiere a la relevancia de las normas de precios de transferencia y de capitalización exigua. Al respecto, se formulan las siguientes consideraciones:

"Seguidamente, y como tercer punto —también encadenado en forma estrecha con lo anterior—, debo poner de manifiesto que el Fisco ha privado de toda relevancia al hecho de que, precisamente por tratarse de dos empresas fuertemente vinculadas entre sí, se han respetado todos los lineamientos legales a fin de evitar la aplicación de normas correctivas de estas situaciones —las que, básicamente, buscan evitar el fraude fiscal—. De esta manera, los contratos fueron celebrados atendiendo las pautas relativas a la independencia de las partes—aportando los respectivos estudios de precios de transferencia— y las normas que regulan el problema de la infracapitalización. Debe ponerse de resalto que en momento

alguno el Fisco cuestionó el accionar de ambas firmas desde estas perspectivas de las normas anti fraude (...).

"En cuarto término, el Fisco basó su ajuste también en afirmar que se trata de un aporte de capital puesto que nadie hubiera prestado a TESA en las condiciones en que lo hizo CIEN, debido a que su capital social era de \$12.000.

"Por una parte, los hechos desmienten este aserto (...)

"Y, por otra, que el capital social no necesariamente es el único índice de solvencia o capacidad de repago de una entidad, ya que para ello ha de tomarse en consideración también la cifra de su patrimonio neto, o bien la proporción entre activos corrientes y no corrientes, por ejemplo. Precisamente, y como se dijo, la ratio entre endeudamiento y su patrimonio neto resultaba inferior al legalmente previsto para considerar a la operación como una capitalización exigua y, por lo tanto, para proceder al ajuste fiscal desde este ángulo".

Las implicancias del extracto citado son de gran importancia, puesto que en esta clase de ajustes el Fisco suele recurrir a la introducción de sospechas sobre la base de elementos vinculados con las condiciones de las operaciones (comparando con otras entre partes independientes, ya sea en particular o en abstracto) y la capacidad de repago del contribuyente (relacionando los montos de los préstamos con el capital social o patrimonio neto), pero sin introducirse en los regímenes de precios de transferencia y capitalización exigua, aplicando sus respectivas normativas. El principio que emerge del fallo en este punto es que no pueden ignorarse las normas de precios de transferencia, ni los estudios de precios de transferencia presentados por el contribuyente, ni los criterios sentados por el legislador en materia de limitación a la deducción de intereses y el cumplimiento de ellos por parte de aquel, si se pretende sustentar el ajuste en este tipo de elementos.

En este sentido, el fallo destaca que las operaciones fueron realizadas atendiendo a las pautas relativas a la independencia entre las partes, que el contribuyente aportó los estudios de precios de transferencia y que el Fisco no realizó ninguna impugnación desde la perspectiva de las normas de precios de transferencia. Ello, entonces, implica que si se trata de justificar el ajuste en la comparación de las condiciones de los préstamos con lo que el Fisco entiende hubieran sido en caso de tratarse de partes independientes, el ajuste debe realizarse en función de la normativa de precios de transferencia. Lo expuesto, además, remite a una importante cuestión sobre la carga de la prueba en estos casos.

Recordemos que en materia de ajustes con sustento en las normas de precios de transferencia la jurisprudencia ha sostenido que la carga de la prueba pesa sobre la AFIP-DGI, de tal manera que las meras argumentaciones del Fisco Nacional no resultan suficientes para cuestionar procedimientos que emergen de los estudios de precios de transferencia sin que la AFIP-DGI aporte conclusiones fundadas en una tarea de investigación seria, en forma justificada (11). Al respecto, se ha afirmado que "el esfuerzo probatorio llevado a cabo por la parte actora desde que se confirmó la vista en el procedimiento administrativo posicionó al organismo fiscal en la obligación de agotar los medios a su alcance para justificar la decisión"(12) y que si el contribuyente acredita que las operaciones se ajustan a condiciones de mercado, la carga de la prueba se invierte, de tal manera que el Fisco debe realizar un esfuerzo que permita superar las pruebas aportadas por el contribuyente (13).

En cuanto a las normas de capitalización exigua, sin perjuicio de los cambios que han sufrido a lo largo de los años, "[s]e ha señalado que la expresión equivalente 'subcapitalización', refiere a supuestos en que los socios, en lugar de realizar aportes de capital, financian a la sociedad a través de préstamos, lo que supone que la sociedad tenga

unos fondos propios (capital y reservas) anormalmente reducidos en relación con su pasivo total, ya que gran parte de este son deudas con los socios [agregando que] [s]e trata de casos en que un tercero independiente (un banco ajeno al grupo, p. ej.) en condiciones normales de mercado, no habría realizado el préstamo o lo habría hecho por una cantidad inferior"[\(14\)](#). Asimismo, se ha explicado que "el fenómeno consiste en la erosión de la base imponible del gravamen a través de la utilización excesiva del capital ajeno, principalmente proveniente de empresas vinculadas, circunstancia que genera intereses deducibles a los fines de determinar el gravamen en lugar de dividendos cuyo pago no produce una disminución de la materia imponible"[\(15\)](#).

Sobre el punto, el fallo destaca que existen varios índices de solvencia y que la relación entre endeudamiento y patrimonio neto no permitía sostener que resultarían aplicables las normas de capitalización exigua, por lo que no se podía justificar el ajuste desde este punto de vista. En otras palabras, si el legislador estableció criterios en materia de deducción de intereses, estos criterios no pueden ser ignorados por el Fisco.

En definitiva, lo que entendemos expone el fallo es que la LIG contiene normas específicas dirigidas a evaluar estas situaciones y determinar cuándo y de qué manera deben ser corregidas. Es decir, el legislador ha receptado mecanismos destinados a determinar, por un lado, cuándo una operación entre sujetos vinculados no se ajusta a condiciones de mercado y por lo tanto se justifica una corrección a los fines del tratamiento en el IG y, por el otro, respecto de operaciones de financiamiento en particular, en qué casos cuando se trata de sujetos vinculados se justifica una limitación de la deducibilidad de intereses a fines de evitar la erosión de base imponible y cuál es el mecanismo de limitación. Se trata de las normas relativas a precios de transferencia y capitalización exigua.

En consecuencia, si respecto de una operación dada se respetan las pautas correspondientes a ambos regímenes, que son las que el propio legislador ha establecido a fines de evitar situaciones indeseables, de fraude o abuso en estos supuestos específicos, no sería procedente limitar la deducción de intereses y diferencias de cambio con sustento en los elementos cuya evaluación debe hacerse desde la óptica de estas normas, dado que la normativa vigente, fuera de los supuestos que cada régimen contempla, admite su deducción plena. De otra manera, se estarían vulnerando las normas de la LIG.

Las consideraciones del fallo llevan a concluir que si a los fines de calificar a la operación en función de su sustancia económica se recurre al análisis de las prestaciones y sus condiciones y a su comparación con otras entre partes independientes y/o al análisis de la capacidad de repago del préstamo en función de algún índice, ello remite, necesariamente, a la aplicación de las normas sobre precios de transferencia y capitalización exigua, y, si dichas normas han sido respetadas, no es posible justificar la recalificación de la operación como aporte de capital y proceder a un ajuste con sustento en aquellos elementos.

IV.6. La aplicación del principio de la realidad económica y la carga de la prueba

En relación con la aplicación del principio de la realidad económica, se introducen elementos destacables. Al respecto, se sostiene lo siguiente:

"Y para la aplicación del instituto se requiere que existan motivos serios por los cuales quepa dejar de lado la configuración de un determinado negocio jurídico para reencuadrarlo en aquel otro que mejor se adecue a la sustancia económica del asunto o a la auténtica intención jurídica de las partes intervinientes, circunstancias que, por lo ya expuesto, considero que no se hallan en la presente especie.

"Además, también ha dicho con firmeza esa Corte, en Fallos 319:3208, "Autolatina Argentina SA (TF 12463-I) c. Dirección General Impositiva", del 27/12/1996, que 'sin

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

"En resumen, y a modo de colofón, considero que los argumentos del Fisco que intentan sustentar la 'falta de intención de devolución de los fondos', o la 'vocación de permanencia' de ellos en el patrimonio de TESA [la contribuyente] se asientan en afirmaciones de la AFIP sin respaldo suficiente en documentos, dichos o hechos comprobados de las partes (...)".

Esta sección presenta un contenido nutrido y relevante. Por un lado, se refiere a los casos en que corresponde aplicar el denominado principio de realidad económica. En segundo lugar, destaca la limitación que encuentra este principio en normas tributarias expresas que dan tratamiento a determinadas circunstancias. Por último, aborda la carga de la prueba en estos casos.

Así, luego de destacar la falta de impugnación por parte del Fisco con apoyo en las normas de precios de transferencia y capitalización exigua, se hace hincapié en que la aplicación del principio de la realidad económica, por un lado, requiere de motivos serios que permitan apartarse de las formas elegidas por los contribuyentes y encuadrar la operación conforme a su real sustancia y, por el otro, no puede desvirtuar lo establecido en normas que regulan concreta y específicamente una determinada realidad tributaria puesto que, en caso contrario, existiría afectación del principio de reserva de ley en materia tributaria.

Esto implica, por un lado, consolidar la jurisprudencia de la CS según la cual la aplicación del denominado principio de la realidad económica no puede llevar a prescindir de normas que dan expreso tratamiento a determinadas operaciones económicas puesto que ello resultaría violatorio del principio de reserva de ley (en el caso, las que permiten la deducción de intereses y diferencias de cambio de pasivos financieros) y, por otro, refuerza lo expuesto en el punto anterior en cuanto a que si el Fisco se apoya en elementos vinculados con la modalidad o condiciones de las prestaciones en comparación con las usuales entre partes independientes o en elementos vinculados con la relación entre la deuda y algún índice como capital, patrimonio neto, etc., no puede recurrirse al principio de realidad económica de manera tal que se prive de virtualidad a las normas específicas aplicables a esos fines.

En consecuencia, el Fisco debe aportar elementos serios en caso que pretenda calificar una operación conforme a su realidad económica, no bastando una mera sospecha y, a su vez, en caso que ciertos elementos se encuentren sujetos a una regulación específica, el organismo debe ceñirse a ella.

En este punto, recordemos que anteriormente, en la causa "Consortio de Empresas Mendocinas Potrerillos SA"[\(16\)](#), la CS (por mayoría) sostuvo lo siguiente en relación con la aplicación del principio de la realidad económica:

"Que, en efecto, si bien el mencionado principio de la realidad económica (...) faculta al organismo recaudador a desconocer las formas y estructuras asignadas por los contribuyentes a sus actos o negocios, y le permite recalificarlos a fin de considerar 'la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o que les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de las partes (...), dicha facultad solo puede ser válidamente ejercida por la administración cuando resulta manifiesta la discordancia entre la sustancia

económica del acto o negocio y la forma o estructura que los contribuyentes le han asignado pues, como principio, salvo que se presente esa ostensible discordancia, 'debe darse prioridad a las estructuras utilizadas por los particulares', como bien lo señaló el Tribunal Fiscal en su sentencia (confr. en similar sentido, CS, Fallos 328:130 y 329:1812)".

Por otro lado, se sostiene que los argumentos del Fisco se asientan en afirmaciones sin respaldo suficiente. Si bien en el caso se concluye que existe arbitrariedad de sentencia en parte porque la decisión se apoyó en falta de prueba a la vez que se impidió la producción de dicha prueba al contribuyente, se introduce el principio de que si el Fisco alega elementos a fin de recalificar un negocio debe sustentarlos en prueba suficiente.

En este sentido, el fallo no pone en cabeza del contribuyente la exclusiva de responsabilidad de rebatir las conclusiones del Fisco, sino que, a la vez que insiste en garantizar el derecho de defensa del contribuyente, atribuye al Fisco la responsabilidad de sustentar probatoriamente argumentos dirigidos hacia la recalificación de un negocio.

Se desprende del Dictamen que, si el Fisco alega la falta de intención de devolución de los fondos o su vocación de permanencia, debe acreditarlo. Es decir, si se consideró que los argumentos sobre la "falta de intención de devolución de los fondos" o de la "vocación de permanencia" "se asientan en afirmaciones de la AFIP sin respaldo suficiente", entonces, el Fisco debe invocar circunstancias serias que determinen apartarse de la forma y recalificar el negocio y acreditarlas, no bastando su mera argumentación. En este sentido, no puede alcanzar la mera sospecha de la existencia de una sustancia económica diferente a la que refleja la estructura formal del acto o de una intención oculta de las partes sino que, como mínimo, debe acreditarse la existencia de circunstancias que revelen claramente que las formas jurídicas utilizadas por las partes para encauzar su intención económica y efectiva no son, en forma manifiesta, las que ofrece el derecho privado, de tal manera que pueda considerarse que son inadecuadas respecto de dicha intención.

Al respecto y en sentido coincidente con el fallo objeto de comentario, ya se había expedido el TFNac. en alguna oportunidad, por ejemplo, en la causa "Delta Dock SA"[\(17\)](#), en la que, luego de señalar que el contribuyente había probado la existencia de un préstamo mediante la acreditación de la procedencia, aplicación y devolución de fondos, atribuye al Fisco particular responsabilidad a fines de sustentar pretensiones recalificadoras.

En consecuencia, entendemos que el fallo sienta el principio de que pesa sobre el Fisco la carga de acreditar los hechos (que deben revestir seriedad) que revelen una manifiesta falta de adecuación entre sustancia y forma y, por lo tanto, permitan prescindir de la figura de préstamo utilizada por los contribuyentes a fin de recalificar la operación. Agregamos que el análisis de la actividad probatoria del Fisco debe ser particularmente estricto si este invoca (ya sea en forma expresa o implícita) la existencia de una simulación.

V. Conclusión

Sin perjuicio de que la CS no agrega argumentos al Dictamen del año 2017, el fallo hace una remisión total a sus consideraciones creando un precedente del máximo tribunal nacional que debe necesariamente ser tenido en cuenta tanto por el Fisco como el resto de los tribunales. Conforme a las conclusiones que emergen del análisis realizado de este precedente, destacamos que, para recalificar una deuda como aporte de capital, el Fisco (i) no podría apoyarse simplemente en la existencia de vinculación entre las partes, sosteniendo que no es posible que existan intereses contrapuestos y, por lo tanto, un mutuo con dos sujetos en sus roles de deudor y acreedor; (ii) debe contemplar la existencia de vinculación a todos los efectos para analizar tanto las características de la operación como de los hechos sobrevinientes; (iii) debe contemplar la existencia de pagos, así sean parciales, puesto que se

trata de un elemento relevante que, cuanto menos, impide toda recalificación respecto de la parte pagada; (iv) si pretende apoyarse en las condiciones y modalidades de la operación y su comparación con otras, debe recurrir a las normas de precios de transferencia y aportar elementos que desvirtúen concretamente los estudios de precios de transferencia presentados por el contribuyente; (v) si intenta sustentar el ajuste en la capacidad de repago de la deuda en función de determinado índice, no puede prescindir del criterio legislado en materia de limitación a la deducción de intereses para sujetos vinculados y (vi) toda pretensión de aplicar el principio de realidad económica debe sustentarse en motivos serios, pesando sobre el Fisco la carga de aportar pruebas suficientes.

A la fecha, la Cámara tiene a estudio el expediente a fines de dictar la sentencia correspondiente conforme a lo resuelto por la CS.

(*) Abogado con Orientación en Derecho Tributario y Diploma de Honor (Facultad de Derecho, UBA) - Especialización en Derecho Tributario (Facultad de Derecho, UBA) (trabajo final pendiente).

(**) Abogado y Doctor en Derecho de la UBA. Autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del leasing, fideicomiso, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(1) Con remisión a lo resuelto en la sentencia objeto de comentario, la CS, en la misma fecha, resolvió declarar inoficioso expedirse sobre el recurso de queja presentado por el Fisco en "Transportadora de Energía SA c. Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo" (CAF 39109/2014/2/RH1).

(2) CS, Fallos: 286:97, "Parke Davis y Cía. de Argentina SAIC s/ recurso de apelación impuesto a los réditos, de emergencia y sustitutivo", sentencia del 31/07/1973.

(3) TFNac., sala C, "Compañía Ericsson SACI s/ recurso de apelación s/ impuesto a las ganancias", sentencia del 15/08/2007.

(4) CNCiv., Sala I, "Catramados, Demetrio c. Felicetti, Isidoro N. s/ cobro de sumas de dinero", sentencia del 05/07/2016.

(5) CNFed. Cont. Adm., Sala IV, "Lexmark Internacional de Argentina Inc. Sucursal Argentina c. DGI s/ recurso directo de organismo externo", sentencia del 11/08/2015.

(6) TFNac., Sala D, "Formex SA c. AFIP s/ apelación", sentencia del 31/10/2012.

(7) CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Formex SA - TF 31754-I c. DGI", sentencia del 07/03/2014.

(8) TARSITANO, Alberto, "El conjunto económico y la teoría de la penetración en la doctrina tributaria de la Corte", ED 115-566, Jurisprudencia General, Buenos Aires, 1986.

(9) CS, Fallos: 335:131 (por error en el Dictamen se consigna "Fallos 335:121"), "Fiat Concord SA c. DGI", sentencia del 06/03/2012.

(10) Por otro lado, no puede dejar de destacarse la cuestionable actitud del Fisco que, en el caso de préstamos entre sujetos vinculados ha planteado que no puede considerarse que haya partes independientes con intereses contrapuestos ni un contrato propiamente dicho, pero, respecto de la aplicación de las normas para disposición de fondos a favor de terceros (art. 73, actual art. 76, de la LIG) ha planteado que los sujetos integrantes de un conjunto económico son terceros y que, por lo tanto, se aplica la presunción correspondiente.

(11) CNFed. Cont. Adm., Sala III, "Toyota Argentina SA", sentencia del 08/11/2012 y TFNac., Sala A, "Boehringer Ingelheim SA", sentencia del 13/04/2012.

(12) CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Oleaginosa Moreno Hnos. SACIFIA", sentencia del

05/09/2013.

(13) CNFed. Cont. Adm., Sala II, "Daimler Chrysler Argentina SA (TF 204936-I) c. DGI", sentencia del 13/11/2012.

(14) REIG, Enrique J. — GEBHARDT, Jorge — MALVITANO, Rubén H., "Impuesto a las Ganancias", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2012, 12ª ed., ps. 441-442.

(15) LORENZO, Armando — BECHARA, Fabián — CALCAGNO, Gabriel A. — CAVALLI, César M. — EDELSTEIN, Andrés M., "Tratado del Impuesto a las Ganancias", Ed. Errepar, Buenos Aires, 2007, 2ª ed., p. 125.

(16) CS, Fallos: 340:1513, "Consortio de Empresas Mendocinas Potrerillos SA (TF 24.929-I) c. DGI", sentencia del 31/10/2017.

(17) TFNac., Sala A, "Delta Dock SA s/ recurso de apelación - impuesto a las ganancias", sentencia del 31/05/2012.