



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



Capitalización exigua

Ananía, Beatríz C.

2001

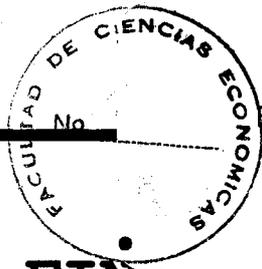
Cita APA: Ananía, B. (2001). Capitalización exigua.

Buenos Aires : Universidad de Buenos Aires.

Facultad de Ciencias Económicas. Escuela de Estudios de Posgrado

Este documento forma parte de la colección de tesis de posgrado de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios".
Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.

Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires



Secretaría de Posgrado
Facultad de Ciencias Económicas

016-0064

TRABAJO FINAL

Cd 1502/0252

POSGRADO DE TRIBUTACION

U.B.A. Fac. Cs. Ecómicas

**CAPITALIZACION
EXIGUA**

*rep. N. 23210, N. 2333
A3C
Trab. Econ.*

CATALOGADO

Alumno: C.P. Beatriz C. Ananía

Tutor: Dr. Hugo González Cano

Julio 2001

INDICE

	Página
1- INTRODUCCION	1
1.1. Contexto Económico	7
Tasa de Interés	9
2- DEFINICION DEL TERMINO	
2.1. Concepto	13
2.2. Intereses	
Naturaleza Jurídica del Préstamo Comercial	17
Intereses	18
Tasa	18
Tratamiento Impositivo	19
2.3. Intereses en Prestaciones Internacionales	25
Modelo OCDE	26
2.4. Préstamos sin Interés	27
2.5. Préstamos a corto plazo	28
2.6. Financiación Back to Back	28
2.7. Dividendos	
Naturaleza Jurídica - Acciones	30
Dividendos	31
Determinación y Distribución	32
Dividendos Ficticio	33
Dividendo Garantido	33
Dividendo de Partición	33
Tratamiento Impositivo y Efectos Económicos	33
Modelo OCDE	39
3- ANALISIS DE LA ELECCION DE FINANCIAMIENTO A TRAVES DE DEUDA - PRINCIPIOS TRIBUTARIOS	44
Características de la Financiación a través de deuda	45
Motivos de la Elección	46
3.1. Principios Generales Aplicables como Medida Correctiva	47
3.1.1. Principio de la Realidad Económica	48
3.1.2. Abuso de Derecho	54
3.1.3. Principio Arm's Length	54
3.1.4. Reglas de Capitalización Exigua	59
3.1.5. No Discriminación	64
3.2.1. Criterios de Vinculación de la Renta	68
3.2.2. Doble Imposición Internacional	69
4- CONVENIOS CELEBRADOS POR ARGENTINA PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL	
4.1. Aplicación del Arm's Length	75
4.2. Dividendos	76
4.3. Intereses	81

	Página
4.4. No discriminacion y procedimiento amistoso	86
4.5. Convenios con Bolivia y Chile	86
4.6. Consideraciones respecto de Subcapitalización	87
5- ESTRUCTURA FINANCIERA	
5.1. Estructura de Financiamiento	91
Efecto Palanca	92
5.2. Sustento Jurídico	93
5.3. Sustento Económico	94
5.4. Reacción del Contribuyente	95
6- OTRAS LEGISLACIONES	
Alemania	98
España	101
Méjico	102
Australia	105
Austria	107
Bélgica	108
Brasil	110
Canadá	110
Chile	111
Dinamarca	112
Finlandia	112
Francia	113
Irlanda	114
Israel	114
Italia	114
Japón	115
Korea	117
Luxemburgo	117
Holanda	118
Nueva Zelanda	119
Noruega	120
Portugal	121
Sudáfrica	121
Suecia	122
Suiza	122
Reino Unido de Gran Bretaña	123
Estados Unidos	124
Uruguay	125
6.1. Resumen de Experiencia Mundial	126
7- MODELO ARGENTINO	130
7.1. Artículo 81, inciso a), de la ley	133
7.2. Cuarto Párrafo y siguientes del inciso a) del artículo 81 de la ley. Reglas anti subcapitalización	134
Sujetos Comprendidos	135
Sujetos no Comprendidos	135

	Página
Intereses comprendidos	136
Intereses no comprendidos	136
Limitación	136
Variaciones del pasivo al cierre	138
Realidad Económica del pasivo	138
Excedente	138
Actividades a Excluir	139
7.3. Impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresario	139
7.4. Marco Legal en el impuesto a las ganancias	141
7.5. Retención del Impuesto a las Ganancias entre Empresas Locales	142
7.6. Propósito de la medida	143
7.7. Incentivos	143
7.8. Comportamiento Económicamente Motivado	147
7.9. Considerandos de la ley N° 25063	149
7.10. Composición de Empresas en el mercado	150
7.11. Recaudación impositiva a partir de la aplicación del régimen actual	151
7.12. Consideraciones Finales	154
8- CONCLUSIONES	157

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1) An Examination Of the Ooperation Of Thin Capitalization Legislation. A global perspective. Dean Hanlon. Clayton Victoria, Australia.
- 2) Bertazza, Damonte, Figueroa, García Cozzi, Gebhardt, Kaplan, Nicolini, Ruival, Zunino, Reforma Tributaria del '99, Editorial Errepar.
- 3) Bianchi Alejandro, La Nación, 30-7-2001, Wall Street sigue con atención los resultados.
- 4) Cahier de Droit Fiscal International, IFA, 50th. Congress, Genova, 1996.
- 5) Campagnale, Catinot, Parrondo, El Impacto de la Tributación sobre las Operaciones Internacionales, Editorial La Ley.
- 6) Canadian Tax Highlights. Coral Mohamed, Volumen 5, Number 9, September 1997, Canadian Tax Foundation.
- 7) Celdeiro, Ernesto Carlos, Procedimiento Tributario, Tomo I, Ediciones Nueva Técnica S.R.L.
- 8) Código de Comercio Comentado, Tomo II, Juan Carlos Madrid, Editorial Errepar.
- 9) Congreso Tributario, realizado en Pinamar, Octubre de 2000.
- 10) Consejo Profesional de Ciencias Económicas Capital Federal, Propuestas para Reducir la Evasión Fiscal, Premio Anual Dr. Manuel Belgrano, 1989.
- 11) Coral Damsky Barbosa M., Límites para la deducción de intereses, Revista Impuestos T° LVII-B.
- 12) Cordón Ezquerro, Teodoro, La subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, Trabajo Presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF, Pinamar, Octubre del 2000
- 13) D'Agostino, Hernan M., Reforma Tributaria y la Deducción de Intereses, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIX, Marzo 1999.
- 14) Dean Hanlon, An Examination of the Operation of Thin Capitalization Legislation. A Global Perspective, Clayton, Victoria, AUSTRALIA. Keywords internet: Cross border transactions, thin capitalization, tax advantages, approaches to deterrence, global perspective.
- 15) Debates Parlamentario de la ley N° 25063 y N° 25239.
- 16) Derecho Financiero y Tributario, Legilación Básica, Sistema Tributario Español, Ed. Mc. Graw-Hill, Madrid.
- 17) Eidelman, José R., Impuesto sobre el endeudamiento y Ganancia Mínima Presunta, Periódico Económico Tributario N° 176 - 1999.
- 18) Errepar, Impuesto a las Ganancias, Tomo III.
- 19) Estadísticas Tributarias AFIP, 1998, 1999, 2000.

- 20) Ferraro, Ricardo H., Limitación a la Deducción de Intereses, Revista Impuestos, T° LXII-A.
- 21) Figueroa, Antonio H., Competencia Fiscal Nociva.
- 22) Figueroa, Antonio H., Consideraciones Sobre la Cuestión Tributaria Nacional, Revista Impuestos 1998-A-863, Editorial La Ley.
- 23) Figueroa, Antonio H., Doble Tributación Internacional, Revista La Información, T° XLV, pág. 1189.
- 24) Figueroa, Antonio H., Precios de Transferencia, Implicancias y Recomendaciones, Boletín DGI N° 512-1996, Editorial La Ley.
- 25) Fisco Agenda 1996. Ediciones Fiscales ISEF S.A., CP Efrain Lechuga Santillán, México D.F.
- 26) García, Fernando D. y Scalone, Enrique L., La Inversión en Bienes de Uso y los intereses no deducibles. Análisis de las restricciones a la deducibilidad impositiva de los intereses originados en deudas incurridas para la adquisición de bienes de capital, trabajo presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF, oct. 2000.
- 27) Gómez Sabaini, Juan Carlos, El Papel de los Incentivos Tributarios en la Política Tributaria de América Latina, Doc. CIET N° 1040, OEA, Junio 1991.
- 28) González Cano, Hugo, Análisis de los Gastos Tributarios en la Argentina, Doc. CIET N° 1028, OEA, Febrero 1990.
- 29) González Cano, Hugo, Armonización Tributaria del Mercosur, Ensayos sobre los Aspectos Tributarios en el Proceso de Integración, Asociación Mutual Federal de Empleados de la DGI, Ediciones Académicas.
- 30) González Cano, Hugo y Simonit, Silvia Beatriz, Estimación de los Gastos Tributarios en los Sectores Sociales, publicado en Boletín Impositivo de AFIP N° 34, Mayo 2000.
- 31) Informe Económico de Coyuntura, Año 20, N° 211.
- 32) Instituto de Estudios Fiscales y Económicos, "Dicen que el déficit cero hará caer el PBI", Diario Clarín del 30-7-2001.
- 33) Jarach, Dino, Curso Superior de Derecho Tributario, Editorial Liceo Profesional Cima.
- 34) Jarach, Dino, Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Tercera Edición, Ed. Abeledo Perrot.
- 35) Jarach, Dino, Impuesto a las Ganancias, la deducción de intereses en la determinación de la renta, Revista La Información, T° XXXVII, pág. 163.
- 36) Jauregui, María de los Angeles y Alé, María Ester, Posibles respuestas al problema de la infracapitalización, trabajo presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF, Oct. 2000.
- 37) Kern, Juan R., Impuesto a las Ganancias, Art. 81, inciso a) de la ley, Restricción del cómputo de

- intereses por deudas, Periódico Económico Tributario N° 192, 1999.
- 38) Lanziano, Washington Esc., Teoría General de la Exención Tributaria, Editorial De Palma, 1979.
 - 39) Ley de Impuesto a las Ganancias, Intereses y Costo Financiero, Separatas Errepar.
 - 40) Macón, Jorge, Cómo gravar los Intereses, Diario Clarín, Suplemento Económico, Domingo 21 de Noviembre de 1999.
 - 41) Macón, Jorge, Imposición sobre la renta: Efectos en el Ahorro y la Inversión, Consejo Profesional de Ciencias Económicas de Capital Federal, Pinamar, Abril de 1994.
 - 42) Malumian, Nicolás, Diplotti, Adrián, Impuesto al Endeudamiento y Tenencia de Obligaciones Negociables, Periódico Económico Tributario N° 209 - 2000.
 - 43) Malumian, Nicolás, Diplotti, Adrián, Tratamiento Fiscal de la Financiación Internacional de Proyectos en la Argentina, Periódico Económico Tributario N° 189 - 1999.
 - 44) Martín, Julian, Tratamiento Impositivo de Operaciones Financieras,
 - 45) Minister of National Revenue, Canadá, IT59R3, Interest on debts owing to specified non residents (thin capitalization), webmaster@rc.gc.ca.
 - 46) Navarrine, Susana Camila, El Fomento para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, Periódico Económico Tributario N° 215 - 2000
 - 47) Nota Externa AFIP N° 11/1999.
 - 48) Nuñez Miraña, Horacio, Finanzas Públicas, Segunda Edición, Ediciones Macchi.
 - 49) Oklander, Juan, El excedente no deducible de los intereses financieros, Cómo calcularlo en el impuesto a las ganancias, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XX, Octubre 1999.
 - 50) Parrondo, Alfredo, La subcapitalización como herramienta de planificación fiscal, trabajo presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF, oct. 2000.
 - 51) Piltz, Detlev J. (Alemania), Ponencia General, International Fiscal Association, 50th. Congress, Yearbook 1996.
 - 52) Raimondi, Carlos A. y Atchabaian, Adolfo, Impuesto a las Ganancias, Ediciones De Palma, segunda y tercera edición, 2000.
 - 53) Reig, Enrique E., El criterio de localización territorial de la fuente Vs. el de domicilio, residencia o nacionalidad en la opción de los países en proceso de desarrollo, Revista La Información, T° LX, pág 395.
 - 54) Reig, Enrique E., Impuesto a las Ganancias
 - 55) Reig, Enrique E., Integración Económica y Armonización Fiscal en la Imposición a la renta (conclusión), Revista Impuestos, 2000-B, (oct. 19-2000)

- 56) Reig, Enrique E., Sistemas de integración del impuesto a la renta societaria, características y efectos, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Capítulo VII, 1983.
- 57) Simonit, Silvia, Incidencia Tributaria en las Decisiones de Financiación Empresaria, Reglas de Subcapitalización, trabajo presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF, oct. 2000.
- 58) Schindel, Angel, Metodología del Derecho Tributario, Revista La Información, T° LVIII, pág. 219.
- 59) Valdés Costa, Ramón, Instituciones de Derecho Tributario, Editorial De Palma, 1992.
- 60) Vicchi, Juan Carlos, Imposición Sobre la Renta, Efectos en el Ahorro y la Inversión, Apunto aportado por el autor.
- 61) Vicchi, Juan Carlos, El uso de la herramienta fiscal para desalentar la subcapitalización, informe Relator General VIII Congreso Tributario CPCECF, oct. 2000.
- 62) Winkler, Dora Paula, Régimen de Promoción Económica Industrial.
- 63) Wolfsohn, Ariel E., Precios de Transferencias, Ediciones Errepar.
- 64) Leyes Nos. 22317, 23928, 24241, 24401, 24467, 25063, 25239, 25402, 25413, 25414.
- 65) Convenios de Doble Imposición celebrados por Argentina.
- 66) Decreto Reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias.
- 67) Jurisprudencia citada.

CAPITALIZACION EXIGUA

1- INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por objeto analizar la forma de financiamiento de las empresas, ante el distinto tratamiento en el impuesto a las ganancias que recibe el mismo, bien sea a través de capital propio o a través de empréstitos.

Se tratará el problema de la capitalización exigua para el impuesto a las ganancias cuya definición se expone en extenso en el punto 2.

En el caso que las operaciones de la empresa se financien con capital propio, los titulares de la inversión recibirían renta a través de distribución de utilidades vía dividendos, que no son deducibles para la entidad pagadora ni son renta computable para el beneficiario salvo que supere la utilidad contable generando retención en la fuente.

En cambio en el caso de préstamos resulta deducible el interés que los mismos generan para la sociedad pagadora resultando imponibles en cabeza del prestador, en ese caso la tasa a aplicar sobre los mismos puede resultar menor que la que corresponde a la sociedad, habida cuenta que la tasa máxima para personas físicas es del 35%, resultando ésta la tasa correspondiente a la sociedad. Las retenciones que se practican sobre los mismos en caso de superar la obligación tributaria de residentes en el país tienen el carácter de libre disponibilidad y son susceptibles de devolución.

Cabe recordar que la legislación impositiva contempla la determinación de la base de imposición del impuesto a las ganancias de manera que resultan deducibles todos aquellos gastos que resultan necesarios, relacionados o vinculados con la obtención o mantenimiento de la ganancia gravada.

No sucede lo mismo con los préstamos interempresarios que resultarían deducibles en una empresa pero gravados en otra, si éstas están radicadas en el país tributarían la misma alícuota ante la existencia de ganancias. Pero no siempre la empresa que percibe intereses obtiene ganancias, pueden poseer quebrantos que absorben la utilidad de la otra empresa vinculada en cuyo

caso se estarían compensando resultados aún dentro del país. Criterio que además no resulta ajustado al previsto en el artículo 14 aplicable a operaciones transnacionales y otras normas contenidas en el Capítulo III del Título II de la ley de impuesto a las ganancias, aplicable a operaciones entre nacionales que se exponen más adelante, que adoptó el principio de arm's lengths mediante el cual cada sujeto debe determinar su utilidad impositiva como partes independiente.

La distinta incidencia impositiva en la forma de financiar una compañía da lugar al planeamiento de la misma, no con fines de optimizar el resultado de una empresa sino como forma de optimizar la imposición del grupo en su conjunto, resultando un comportamiento incentivado en la forma de imposición.

A través de la ley N° 25063 se incorporó límites a la deducibilidad de intereses de préstamos entre empresas prevista en el inciso a) del artículo 81 de la ley de impuesto a las ganancias, aplicando reglas para el 60% de los intereses siempre que superen 2,5 veces al patrimonio y el 50% de la ganancia neta del ejercicio.

Respecto de los intereses que resultan deducibles sin límite en el impuesto a las ganancias, provenientes de préstamos otorgados por personas físicas o sucesiones indivisas, domiciliadas o radicadas en el país, de obligaciones negociables exentas del impuesto a las ganancias, de entidades financieras, resultan alcanzados por el impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresario a la alícuota del 20% en el primer caso y de 8% en el segundo y tercer caso.

En el caso en que la vinculación trascienda las fronteras cabe señalar que los dividendos distribuidos por una empresa argentina a otra extranjera no sufren retención en la fuente, sí en cambio los intereses girados al exterior dependiendo el porcentaje de retención de quienes resultan las partes intervinientes en la operación.

Cuando el tomador sea un sujeto comprendido en el artículo 49 o una persona física o sucesión indivisa y el acreedor resulta una entidad bancaria o financiera radicada en países en los que sus bancos centrales u organismos equivalentes hayan adoptado los estándares internacionales de supervisión bancaria del Comité de Bancos de Basilea la retención será del 35% sobre el 43% de base presunta. Cuando el acreedor no se trate del sujeto citado, o se trate de entidades financieras que aún cuando se encuentre radicado en los países mencionados estén imposibilitadas

legalmente para captar fondos y otorgar préstamos a los residentes del respectivo país, la retención será del 35% sobre el 100% de base presunta.

No existen límites a aplicar a la deducción de préstamos transnacionales interempresarios.

Sin perjuicio de ello puede tratarse de préstamos efectuados por entidades financieras del exterior encuadradas en la retención del 15,05% que otorguen préstamos a sociedades locales con garantía en depósitos por igual monto efectuados por sociedades controlantes (préstamos back to back). En cuyo caso dicha situación resultaría difícilmente controlable.

Asimismo, en el caso de empresas locales de capital extranjero que resulten controladas por sujetos del exterior generando para éstas ganancias de fuente argentina, la deducción del gasto efectuado por la empresa local procede siempre que se paguen dentro del plazo previsto para presentar declaración jurada del año fiscal en que se haya devengado la erogación -artículo 18, último párrafo.

Tratándose de transacciones internacionales deben considerarse además las disposiciones del artículo 15 de la ley del gravamen, dado que regula parámetros a utilizar para determinar que una operación se ajusta a las efectuadas por partes independientes de acuerdo con situaciones comparables.

También tanto a nivel local como para sujetos del exterior cuando se trate de personas físicas o sucesiones indivisas se encuentran exentos del tributo el resultado que resulte de la transferencia de títulos valores representativos de capital que coticen en bolsa -artículo 20, inciso w) y Decreto N° 2284/91 ratificado por ley N° 24307.

Se advierte que a nivel transfronteras se estaría incentivando la capitalización de aportes mediante un tratamiento desventajoso para los intereses pagados al exterior mediante la regulación de la base presunta sobre la cual se aplica el gravamen.

Este tipo de medidas fue introducida por numerosos países, otros manejan el problema a través de jurisprudencia. Con estas medidas interactúan principios tributarios en conflicto y medida unilaterales no coordinadas que darían lugar a doble imposición.

En la opción entre estas dos alternativas financieras también ejerció influencia el impuesto sobre el patrimonio neto, dado que los préstamos netean el activo reduciendo la base de imposición.

En nuestro país se gravan los activos empresarios respecto del cual resulta deducible el impuesto a las ganancias, en caso que éste hubiera arrojado quebranto se acumula 10 años, a partir del cual se considera como un impuesto a la ganancia mínima presunta si persisten los mismos. Respecto de personas físicas accionistas residentes en el país o empresas del exterior que no apliquen régimen de nominatividad de títulos valores -bajo el régimen de presunción-, rige un impuesto sobre los bienes personales que incorporan a la base el valor patrimonial proporcional correspondiente a las participaciones sociales que posee, incidiendo en este caso el pasivo de la sociedad, siempre que no se origine en un crédito del propio accionista local.

Ahora bien, cabe distinguir la finalidad de la regulación del tema. Habida cuenta que por la aplicación literal de la ley del tributo podría determinarse si la figura jurídica adoptada encuadra en las deducciones admitidas por el impuesto a la renta. De manera que no se incentive un comportamiento determinado en función de finalidades extrafiscales, ni se persiga redistribuir la riqueza, respondiendo a una *igualdad jurídica*.

En ese sentido, de acuerdo con la teoría de los conceptos indeterminados, mencionada por Ramón Valdéz Costa (1), la administración tributaria "sólo tiene que interpretarla conforme a las reglas de hermeneútica que la ciencia jurídica preconiza, recurriendo, cuando sea necesario, a los procedimientos técnicos adecuados. Por lo tanto el apartamiento de esa regla viciaría de nulidad el acto de ilegalidad". Conforme a ello la solución para impugnar una deducción de intereses sólo sería una, resultando en el caso en análisis difícil determinar si la opción se ajustó a una realidad económica de acuerdo con el artículo 2° de la ley N° 11683 y sus modificaciones.

Desde esa perspectiva, en la medida en que los intereses resulten un gasto necesario y vinculado con la obtención de la ganancia gravada, y en tanto no resulten impugnables por no ajustarse a los principios aplicables tales como: partes independientes, abuso de derecho, o fraude a la ley o porque la forma jurídica adoptada no se ajuste a la realidad económica, no cabría su objeción. Resultando difícil la comprobación de su apartamiento, sin

perjuicio de destacar que determinados países como Estados Unidos regulan el concepto a través de la jurisprudencia.

Otra forma de regular el problema, como política tributaria, está orientada al logro de finalidades extrafiscales de manera de incentivar las inversiones de riesgo frente a préstamos. Criterio que se ajustaría a la aplicación del principio de *igualdad económica*.

De esa manera las inversiones de riesgo serían alcanzadas a alícuotas más bajas o resultarían desgravadas frente a las inversiones que se intenta desincentivar.

No escapa a la consideración que el endeudamiento muchas veces resulta ajustado a las necesidades de la empresa y su regulación incentivando las inversiones de riesgo y gravando el endeudamiento traería como consecuencia la desaparición de empresas ineficientes, encontrando reparo en la relevancia del *bienestar general*, la *justicia social*, y la *razonabilidad* de las disposiciones.

Ramón Valdés Costa (2), fundamenta la imposición en cumplimiento de finalidades económicas a los fines de estimular un mejor aprovechamiento de los factores económicos y cita además (3) a la Constitución del Ecuador que se orienta a estimular "... la inversión, la reinversión y el ahorro y su destino para fines productivos y de desarrollo nacional", atendiendo a la "estabilidad y progreso social".

Según apreciaciones de Jorge Macón (4), en una *interpretación social*, "Cómo pueden subsidiarse los intereses, cuando hay tantas personas en la pobreza extrema, que requieren subsidios y no los obtienen por restricciones presupuestarias" -justicia social. Otra *interpretación* es la *económica* "Se trata de una severa distorsión que, en un sistema de economía mixta con una parte sustancial asignada por el sistema de precios libres, implica -en términos no técnicos- una reducción de la productividad del capital y en consecuencia de los bienes y servicios disponibles, según lo admitido desde los años veinte".

El mensaje que acompañó el proyecto de ley que incluyó la reforma comentada tendía a superar la asimetría que existía entre el tratamiento tributario de intereses y utilidades de capital, entendiendo que "Esta situación no presentaría dificultad alguna si los ingresos se incluyeran en el ingreso imponible de los receptores". Entendió Macón en el artículo mencionado que no existiría problema cuando

los intereses están gravados en cabeza del prestamista, aspecto que no sucede ni siquiera en la mayoría de los casos.

Al margen de lo expuesto, no cabe dejar de mencionar que la regulación responde a razones antievasivas.

La evasión fiscal es definida por Lanziano Washington (5) como "Si la intentio juris, es decir, la manifestación de voluntad intenta poner la relación económica bajo una determinada disciplina de derecho civil, está motivada por la intención de que las consecuencias tributarias de la relación económica sean menores de lo que serían de otra manera estamos frente al fenómeno de la evasión fiscal", advirtiendo que la naturaleza del hecho imponible es económica y no jurídica y la fuente de la relación impositiva es la ley y no la voluntad de las partes, el punto central del concepto de evasión fiscal no es la finalidad de evadir el impuesto, sino la inexistencia de una finalidad económica.

Ante la dificultad de medir la realidad económica de la operación celebrada, además de razones de política fiscal como fuera expuesto, se adoptan medidas conducentes a evitar esa forma de financiación, ello considerando además que es el país fuente el que pierde recaudación ante la deducción de la base de imposición de intereses.

Muchos países de fuente aceptaron esta situación sin tomar medidas correctivas, pero otros buscaron corregir esa situación a través de la aplicación de principios impositivos (principio de la realidad económica, arm's length criterio, mal uso de la ley) o a través de la creación de reglas especiales aplicables a la subcapitalización.

Las normas correctivas de subcapitalización no se adecuan de un estado, pudiendo los ajustes efectuados no resultar admitidos por el estado de residencia.

La no armonización de los criterios impositivos adoptados por los diferentes países frente al tratamiento de los intereses provoca doble imposición internacional.

Por otra parte, la inflación se incorpora a las utilidades de la empresa mientras que los préstamos en moneda del tomador implica que se incrementa la deuda.

Por otra parte, en los países de Europa Occidental y los países económicamente más avanzados de

otros continentes, las reglas de capitalización exigua deben compatibilizar con el Modelo OECD, resultando relevante a ese efecto el artículo 9 (empresas asociadas), artículo 10 y 11 (definición de dividendos e intereses) y el artículo 24 (no discriminación).

Hay tres tipos de reglas especiales adoptadas por diferentes países destinadas a atemperar la capitalización exigua. Una es que el interés no sería deducible, no se recategoriza como dividendo, la tasa de retención aplicable es la correspondiente a intereses no para dividendos y las reglas aplicables de doble imposición son las correspondientes a intereses. Otra es que el interés se recategorice como un dividendo y por esa razón no es deducible en el impuesto a la renta, la tasa de retención es la correspondiente a dividendos y la aplicación de reglas de doble imposición es aquella para dividendos. Ambos tipos de reglas pueden pero no necesariamente deben incorporar normas correctivas tales como que las reglas se aplicaban si el préstamo excede un índice cierto de deuda sobre patrimonio tal como 3.1. Por su parte, las reglas preventivas son de dos clases: aquéllas donde el contribuyente es obligado a satisfacer el índice en orden a evitar sanciones y aquellas donde le es permitido argumentar un índice más alto sobre actividades comerciales relevantes para su negocio.

Existen países que fijan un índice de endeudamiento superado el cual deben tratarlos como dividendos, resultando posible que permitan a la empresa demostrar que pese a que su coeficiente de endeudamiento sobrepasa el valor considerado normal, en un coeficiente establecido en situación de independencia o aceptable por otras razones.

1.1. CONTEXTO ECONOMICO

En la economía argentina rige a partir de abril de 1991 el régimen de convertibilidad -Ley N° 23928-, mediante el cual se equipara el dólar al peso argentino y se prohíbe la indexación de créditos y deudas.

A partir de la financiación en divisas del gasto público (incluido pago de deuda interna y externa) se hizo posible el déficit en la cuenta corriente del balance de pagos. En ese sentido la variable a ajuste en el corto plazo resultaron las importaciones. Concatenado a ello la producción en base a las importaciones sufrió mermas.

En junio del 2001 se creó el factor de empalme o convergencia que introdujo el euro en la convertibilidad. El factor de convergencia surge del cálculo de un dólar menos el promedio de cotización de un dólar y un euro, o sea, $1 - (1 + 0,86) / 2$ por ejemplo. Dicho factor comenzó siendo de \$ 0,07 por dólar.

Simultáneamente se redujeron 7 puntos porcentuales los reintegros a la exportación y bajó el arancel máximo para bienes de consumo en 7 puntos. Esto tiene efectos similares a una devaluación.

Se beneficiaron con las medidas las exportaciones de productos primarios, pues el factor de convergencia es mayor. Las actividades no exportadoras vieron aumentada su protección de los productos brasileños y se verán perjudicadas aquellas actividades que utilicen insumos importados que ahora se encarecen.

La evolución del euro y la convergencia al régimen de convertibilidad ampliada frente al comercio intrazona fue erosionada por la depreciación del real.

El índice de precios al consumidor registra una tendencia declinante respecto del mes anterior.

De acuerdo con información extraída del Informe Económico de Coyuntura CPCECABA (6), el Gobierno ha reconocido que la tasa de desocupación que se viene incrementando desde años atrás se ubica sobre el 16%. Ello significa que hay 2,2 millones de personas sin empleo, resultando un nivel récord.

Allí también se alude a un informe de la Organización Internacional del Trabajo dirigido por Barbeito y Lo Vuolo establece que sólo 4% de los desocupados recibe apoyo económico de parte del Estado. El resto recibe ayuda de sus familiares (66%), se apoya en trabajos ocasionales (10%) o subsiste mediante una jubilación o pensión (4%).

Se registra además una desaceleración de la economía, tendencia que se registra a nivel mundial, impulsada en parte por la contracción del crecimiento en Estados Unidos, tampoco existen expectativas favorables de evolución en la economía de Japón, ni en la Unión Europea influya por sus Bancos Centrales que se resisten a bajar la tasa de interés apoyados en que la estabilidad de precios es la mejor contribución de la política monetaria para impulsar el crecimiento económico.

Frente ello y la tendencia a radicación de las plantas industriales en Brasil se implantaron programas de competitividad para las industrias automotores, de la madera, muebles y plástica, esperando que se incluya a la construcción, informática y telecomunicaciones, papel, autopartes, transporte de cargas, y lavarropas.

Los acuerdo incluyeron beneficios impositivos, tales como la eximición del pago de los impuestos a los intereses pagados, a la renta mínima presunta y sobre los ingresos brutos en la etapa industrial, además de la posibilidad de tomar las contribuciones previsionales patronales a cuenta del pago del IVA.

No obstante ello, el balance comercial arroja superávit, sobretodo el comercio con Brasil que se espera que en el año sea de unos U\$S 1.100 millones.

Asimismo, el nivel de las exportaciones se podrían haber visto incrementadas ante la devolución de importaciones, por otra parte, la contracción de importaciones en forma continua podría reflejar la debilidad de la actividad económica.

Ahora bien, respecto del mercado de capitales, se registró una tendencia declinante en las cotizaciones de títulos públicos y en los Fondos Comunes de Inversión en un 21%.

El mercado financiero registró descenso en los depósitos en el orden de U\$S 2.700 millones y se registra un ascenso constante en la tasa de interés.

Tasa de Interés

A fin de	Tasa Activa		Tasas Pasivas	
	Adelantos en Cta. Cte. en pesos	Plazo Fijo +60d. \$	Plazo Fijo +60d.U\$S	Call en \$
Abr.2000	29.00	8.22	6.64	6.67
May.2000	29.58	9.47	6.88	7.11
Jun.2000	28.99	8.81	6.90	7.18
Jul.2000	28.41	8.33	6.80	7.06
Ago.2000	27.98	8.35	6.78	7.23
Set.2000	27.96	8.64	7.04	8.29
Oct.2000	28.93	9.48	7.16	8.95
Nov.2000	29.95	11.82	7.96	11.18
Dic.2000	30.99	11.40	8.45	14.68
Ene.2001	29.51	8.81	7.43	7.31
Feb.2001	28.45	8.47	6.66	5.72
Mar.2001	31.92	12.20	7.00	21.14

El sistema tributario está basado impuestos a los consumos, el IVA, Impuesto a los Combustibles y en menor medida Impuestos Internos, que a nivel nacional se llevan la mayor recaudación. Así como también impuesto a las ganancias, ganancia mínima presunta -tendiente a poner un piso a la obtención de beneficios empresarios a fin de evitar la erosión de base imponible ante las distintas deducciones-, bienes personales, a la transferencia de inmuebles, contribuciones patronales sobre la nómina salarial, y a nivel provincial impuesto sobre los ingresos brutos con la mayor recaudación, el impuesto inmobiliario y varias tasas retributivas de servicios.

Respecto del régimen previsional, cabe señalar que el mismo está basado en parte en un sistema de transferencias entre activos y pasivos, y rige a partir de julio de 1994 -Ley N° 24241- un régimen de capitalización de aportes a través de la Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones que invierten en el mercado los fondos administrados en los rubros admitidos por la ley. Esta ley pretendió otorga liquidez al mercado financiero y de capitales.

Asimismo, durante este gobierno pretendiendo incrementar la recaudación y regular la competitividad empresaria de manera de activar la equidad en la tributación y combatir la evasión, se crea por ley N° 25413 el impuesto sobre los débitos y créditos bancarios, a una alícuota que hoy es de 0,6% permitiéndola computar a cuenta del impuesto al valor agregado, ganancias y ganancia mínima presunta.

En forma simultánea se redujo el encaje bancario de las entidades financieras de manera de no restar fondos a la base monetaria.

Por último y ante un inminente default, se implantó un presupuesto base cero, mediante el cual se contempla equiparar el gasto público a la recaudación del período, que fue objeto de numerosos comentarios. El factor de ajuste son los sueldos de los empleados públicos y jubilados que se verían reducidos.

El Instituto de Estudios Fiscales y Económicos IEFE (7) -vinculado al partido opositor bonaerense- estimó que se generaría una disminución del Producto Bruto Interno (PBI) en un 1,5% anual y eso, a su vez, provocaría una caída mayor en la recaudación impositiva, un nuevo

achicamiento de los salarios y un incremento de la desocupación -en un 14%, pérdida de 100.000 puestos de trabajo.

Por otra parte, se espera que la reducción del gasto público en salarios de empleados públicos y jubilados libere fondos que el Estado obtenía a través de empréstitos del sector privado, permitiendo que éstos se inviertan en el mercado interno.

Ello depende también del apoyo político y social que se dé a las medidas y de la credibilidad que demanda la gestión de gobierno para que la imagen en el exterior atraiga inversiones.

Otro aspecto a considerar es la proliferación en los últimos años de las micro, pequeñas y medianas empresas que no fueron desapercibidas por el Estado que intenta protegerlas a través de la creación de incentivos como las sociedades de garantía recíproca (ley N° 24467), los regímenes promocionales de capacitación (Ley N° 22317) en los que se las incluyó en el régimen de financiamiento del IVA (ley N° 24401).

La protección de las mismas y su capacitación tiene externalidades habida cuenta que en su mayoría se trata de desempleados que realizan sus propios emprendimientos tal como fue considerado al momento de regular el régimen que se les aplica.

Una consecuencia de ello es la existencia de un mercado emergente que no adopta decisiones económicas racionales y no pueden en consecuencia regularse a nivel macroeconómico.

A ello se agrega que en el exterior también se toman decisiones de inversión en base a la estabilidad en general de los países que conforman el cono sur.

- (1) Valdés Costa, Ramón, Instituciones de Derecho Tributario, Editorial De Palma, 1992, pág. 145.
- (2) Valdés Costa, Ramón, Instituciones de Derecho Tributario, Editorial De Palma, 1992, pág. 386.
- (3) Valdés Costa, Ramón, Instituciones de Derecho Tributario, Editorial De Palma, 1992, pág. 397.
- (4) Macón, Jorge, en El Suplemento Económico del Diario Clarín del domingo 21 de noviembre de 1999
- (5) Esc. Lanziano, Washington, en su obra Teoría General de la Exención Tributaria, pág. 205 citando la opinión de Dino Jarach, en su obra El Hecho Imponible, 2° Edición, págs. 146 a 161,
- (6) Informe Económico de Coyuntura CPCECABA, de Agosto de 2001, pág. 13.
- (7) Instituto de Estudios Fiscales y Económicos, Artículo publicado en el Diario Clarín del 30-7-2001, pág. 11, "Dicen que el déficit cero hará caer el PBI".

2- DEFINICION DEL TERMINO

2.1- CONCEPTO

Expresa Antonio H. Figueroa (8) que capitalización "exigua" o "encubierta" se utiliza para describir la situación en que puede considerarse que una empresa, financiada aparentemente mediante crédito en realidad está financiada mediante capital social. Incluye dentro del concepto tanto a los préstamos en efectivo como en bienes.

Esta expresión implica que la parte del capital de la empresa financiada mediante deuda es anormalmente alta en relación con la parte financiada mediante capital social (coeficiente de endeudamiento alto), aunque este índice no prueba por sí mismo la existencia de capitalización encubierta, habida cuenta que existen numerosas variedades de situaciones en las que puede darse este concepto.

Otro aspecto destacado por Figueroa es la "financiación híbrida" mediante bonos que dan derecho a una participación en las utilidades (bonos preferentes) o bonos convertibles en acciones (bonos convertibles), destacando la necesidad de definir el carácter de estos instrumentos mediante disposiciones jurídicas específicas.

Dean Hanlon (9) entiende que la capitalización exigua es un término referido a aquellas entidades residentes financiadas por inversores no residentes a través de deudas como opuesto a patrimonio por razones impositivas. Agrega que el concepto es visto desde diversos países como una forma de evadir impuestos, se determinan tres alternativas aproximadas para determinar tales prácticas:

Primero la aproximación al flexible arm's length criterio determina un nivel aceptable de deuda financiera con relación al patrimonio basado en los hechos y circunstancias de cada corporación particular.

Segundo el índice fijado aproximado especifica lo que es un aceptable nivel de deuda respecto del patrimonio aplicable a todas las corporaciones.

Tercero una combinación de las dos alternativas existentes, por ejemplo un índice fijado de deuda sobre patrimonio es específico pero debe ser descartado si una

corporación puede probar que otro índice de deuda sobre patrimonio es apropiado a las circunstancias.

Destaca que desde una perspectiva global, sin embargo, poco consenso existe como a cual método es más apropiado dado que cada índice aproximado es adoptado por las autoridades impositivas nacionales a través de todo el mundo.

De esa manera, el autor citado transita entre la fijación de un índice por medio de la ley que admita prueba en contrario por parte del contribuyente, es decir que si puede probar que se asimila más otra alternativa a la circunstancia específica ésta última debe ser considerada.

Por su parte, Teodoro Cordón Ezquerro (10) la definió como "... cualquier desproporción conmensurable o constatable entre la magnitud del capital de responsabilidad fijado legal o estatutariamente y el nivel de riesgo de la empresa que en cada caso se programe para llevar a efecto el objeto social"

Expresó además que el fenómeno de la sucapitalización lo encontramos, básicamente en el tráfico mercantil de las sociedades "cerradas" (sociedades de capital con estructura personalista) y en los grupos de sociedades.

En las sociedades cerradas, porque la función económica que desempeña la limitación de la responsabilidad en tales hipótesis es la de reducir los riesgos empresariales que los socios tendrían que soportar alternativamente como empresarios individuales. Por el contrario, en las sociedades abiertas la misión que está llamada a ejercer la limitación de responsabilidad es facilitar economías de escala en la formación de capital. En estas sociedades la limitación de responsabilidad no persigue la limitación del riesgo empresarial de los socios, por la sencilla razón de que éstos no la tendrían que soportar, dado que no serían empresarios individuales.

En los grupos de sociedades porque la función que en estos casos viene a servir la limitación de la responsabilidad no es una función financiera sino una función de diversificación de riesgos. Las sociedades filiales se constituyen en la mayoría de los casos para desarrollar una empresa arriesgada y evitar que su eventual fracaso afecte el patrimonio de la sociedad matriz.

Por otra parte, basa su análisis en dos tipos de subcapitalización la material y la nominal. La material

consiste en que los socios no suministran fondos suficientes para el ejercicio de la empresa proyectada, de tal modo que se produce una escasez absoluta no sólo de capital de responsabilidad sino también de capital crediticio suministrado por los socios. La nominal se produce cuando la sociedad resulta dotada de los medios financieros necesarios para el desarrollo de su objeto social. La particularidad no reside en la falta de capital adecuado o suficiente sino en su tratamiento jurídico como capital de crédito.

Así también se trató el tema de capitalización exigua con relación a los bienes del activo que se financian con préstamos de terceros, resultando en el caso de bienes de uso deducibles las amortizaciones y los intereses de capital, a diferencia del tratamiento aplicable cuando la adquisición de los mismos se realiza mediante capital propio, no resultando deducibles los intereses correspondientes a éste último.

Respecto de ello Fernando D. García y Enrique L. Scalone (11), hace mención al criterio de universalidad del pasivo que financia el activo y a la limitación de deducción que corresponde a los préstamos y a los efectos económicos positivos para los sectores más holgados en términos de liquidez y negativos para pequeñas empresas que se encuentran más endeudadas "En ese contexto, quien incurre en inversiones de bienes de capital normalmente enfrenta restricciones en su capacidad de pago producto de la inmovilización de capital propio o ajeno. En cualquier caso, las soluciones teóricas lo afectan negativamente: en un caso, el cargo a amortización en el primer ejercicio le puede ocasionar, a corto plazo, un incremento de la imposición como consecuencia de la prescripción del quebranto. Si la alternativa es la restricción a la deducibilidad de intereses, el inversor en bienes de uso (o de capital) afronta una indisponibilidad financiera que dificulta el pago de impuestos (o tiene que pagar impuesto a las ganancias a pesar de haber perdido en términos económicos)".

Agrega que "... se debe evitar que la deducción de la amortización de bienes se reduzca en términos reales debido al efecto de la tasa de interés. En otros términos, cuanto más prolongada sea la vida útil de los bienes amortizables, menor será (en términos reales) la deducción impositiva y, en ese contexto, las amortizaciones diferidas en el tiempo pero aceleradas en su monto parecen ser la herramienta idónea para compensarlas".

Por su parte, Jaúregui, Alé (12) definen el concepto de subcapitalización como el conjunto de normas tributarias que regulan a efectos de la imposición la estructura del capital de una empresa o inversión. Dichas normas influirán en los medios por los cuales la empresa obtendrá y administrará los recursos financieros necesarios para llevar adelante el desarrollo normal del negocio. En síntesis, la normativa adquiere relevancia para determinar la relación entre deuda y capital como componentes de la estructura financiera de una empresa.

Los distintos autores citados abordan una definición del problema desde distintas perspectivas, bien sea considerando un contexto de globalización en el que empresas transnacionales optan por una alternativa en función de los costos fiscales a soportar por el grupo económico, configurando una conducta evasiva en la elección de la operación a realizar, en función de ello se plantean distintas soluciones a adoptar y los principios tributarios en juego. Así como también se consideró el fenómeno tendiendo en cuenta el tipo de sociedades comerciales -cerradas y grupos empresarios- que integran el mercado y la responsabilidad y riesgo que sus integrantes pretenden asumir, además de señalar que determinadas empresas presentan escasez de capitales y otras optan por el crédito en función de su tratamiento jurídico. Desde otro punto de vista se consideró la afectación de préstamos en inversiones de bienes de uso y los efectos económicos e impositivos que la aplicación de normas correctivas provocarían.

Es dable advertir que el problema se presenta frente a transacciones internacionales como también a nivel local. En el primer caso se trataría de recuperar recaudación frente a conductas evasivas, y en el segundo incidiendo las medidas correctivas en el comportamiento económico que se pretende incentivar como también se derivan en otros efectos de acuerdo a la composición de las empresas que integran una nación.

Frente a conductas evasivas se intentaría evitarlas a través de la consideración de la verdadera naturaleza de la operación que se grava con el impuesto. En ese sentido, cabe la aplicación de distintos principios tributarios tendientes a determinar la naturaleza material del hecho imponible.

Si se pretendiera incentivar determinado tipo de operaciones con fines extrafiscales las medidas correctivas modificarían esas conductas con los efectos económicos buscados. Es de hacer notar que la motivación de un

comportamiento económico debería dirigirse un beneficio social.

Ahora bien, antes de abordar un análisis de los distintos enfoques, cabe definir los términos en juego.

2.2- INTERESES

Naturaleza Jurídica del Préstamo comercial

Para que un préstamo sea comercial es preciso que la cosa prestada sea de género comercial, esté destinada a uso comercial y que el contrato se celebre entre comerciantes, o teniendo por lo menos el deudor esa calidad (CNCiv. - Sala D - 21/11/62 - DE - T.4 -Pag, 23, idem otros casos).

El préstamo a interés resulta unilateralmente mercantil por el sólo hecho de interposición en el cambio de dinero, como lo es por antonomasia el préstamo bancario o lo sería el practicado en las llamadas mesas de dinero, conforme lo reglado por el artículo 8º, incisos a), 2) y 3) del Código de Comercio, y ello ha sido sostenido, con abstracción de la profesión de los contratantes (Ihidoype, Domingo A c/Luchini, Carlos A" Tribunal de Arbitraje Gral de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires - 31/8/88 - LL - T.1989-B - pág. 434).

Se ha declarado que son préstamos comerciales: el préstamo de dinero hecho a un comerciante (CnCom - Sala B - 30/3/60 - LL - T-99- S - 4852), el préstamo de dinero con destino a la inversión de mayores beneficios (CNCom - Sala B - 28/8/63 - LL T.114 - S 1014), el préstamo realizado a una sociedad de responsabilidad limitada para inversiones (CNCom. - Sala A - 22/7/63 - JA - T. 1964-II - Pág. 12 N° 168, idem otros).

No se trata de un contrato formal, pudiendo celebrarse verbalmente, no obstante frente a terceros se prueba por instrumento público o privado con fecha cierta (art. 2264 del Código Civil). Impositivamente también se prueba de la misma forma.

La práctica bancaria indica que el mutuo, contrato por el cual un banco transfiere a un cliente cierta cantidad de dinero en propiedad y éste se obliga a devolverla en un plazo determinado con intereses, no está sujeto a formas determinadas, sino que queda instrumentado con la solicitud de crédito (base contractual), el acuerdo

del banco y el recibo de caja o nota de acreditación en cuenta corriente ("Banco Latinoamericano SA c/ Argentinal SAIC y otro, s/ordinario" - CNCom. - Sala C - 11/6/96 - RDCO - T1996 - pág. 714).

Existe obligación del deudor de devolver el dinero en el plazo convenido, en el caso de mutuos onerosos el plazo es favor de ambas partes por lo que el acreedor puede negarse al pago anticipado para conservar la inversión lucrativa a menos que se le pague interés por la totalidad del plazo (CN.Civ. - Sala D - 16/12/62 - DE - T.4 - pág. 275).

También fue definido por Piltz (13) como "Los empréstitos normales, esto es, lo que comprenden una tasa de interés fija apropiada y la obligación de reembolso pertenecen en todos los países ... al capital acreedor".

Intereses

En materia comercial los préstamos siempre devengan intereses, (CCom. Sala B - ED -T.55 - pág. 606) "pues el dinero nunca permanece inactivo para los comerciantes, de manera que no sería equitativo que el deudor comercial de una suma de dinero concedida en mutuo, estuviera dispensado del pago de intereses".

El pago de interés es la contraprestación natural a la cesión de un capital, porcentaje que normalmente implica la causa fuente del contrato para el prestamista. Causa directa es la restitución del capital y la causa indirecta el pago de intereses (M.A., I.M. del C. C/R, M.A.R." - CNCiv. Sala J - 13/3/97 - LL - T 1997-E - pág. 31).

Tasa

Si se ha estipulado el pago de intereses pero sin fijar la tasa, debe aplicarse la tasa que cobra el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de treinta días, pues si bien el artículo 565 del Código de Comercio se halla en el Título dedicado al contrato de préstamo, no existe óbice para extender esa previsión a todos los contratos comerciales. Se trata de una norma propia y típica del derecho comercial aplicable a todo su ámbito, que desplaza la del artículo 622 del Código Civil, que fuera aplicada por la Corte Suprema de Justicia en el caso de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, precedente cuya materia excede el ámbito del derecho comercial ("Banco Río

de la Plata C/Goya, Ernesto" - CNCom - Sala D - 7/8/92 - DJ - T. 1993-2 - pág. 1041).

La tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, obligatoria para el fuero civil, no cubre todos los supuestos y es inaplicable a préstamos de dinero o créditos de fuente contractual donde cabe estar a lo convenido en la medida en que no exceda de límites tolerables ("Davol SRL c/Sadovet, Marcelo R." - CNCiv. - Sala F - 4/10/96 - LL - T. 1997-C - pág. 241).

La jurisprudencia, por aplicación de los artículos 502, 530 y 953 y 1045 del Código Civil, ha declarado inmorales los intereses pactados cuando resulten excesivos. Pero ha evolucionado en el sentido de adecuar la tasa de interés a la realidad económica ("Vallerga, Antonio L y otra c/Galia SAC" - CNCom. - Sala C - 24/2/67), reduciendo el interés excesivo a límites justos y razonables (CMCom. - Sala A - 19/9/58 -LL - T.93 - pág. 564, idem otros).

A los fines de determinar la razonabilidad del interés pactado se ha estado a "la fecha de la celebración del contrato" (CNCom. - Sala B - 30/9/59 - LL - T.97 - pág. 387).

Tratamiento Impositivo

En función de la teoría de la fuente quedan alcanzadas con el impuesto a la renta todas las ganancias netas periódicas, por lo menos potencialmente, de una fuente permanente deducidos los gastos necesarios para conservar intacta la fuente productiva incluso para obtenerla, excluidas las rentas ocasionales. Se considera además que la empresa constituye la fuente y por lo tanto se encuentran alcanzadas todas sus rentas según la teoría del balance como ampliación de la anterior.

Cabe hacer mención a la teoría de Irving Fisher mencionada por Dino Jarach (14) por la particular forma de fundamentar la imposición, la misma consiste en alcanzar la utilidad directa que los bienes proporcionan a su poseedor. De esa manera incluye en el concepto de renta no sólo a los ingresos monetarios sino también el goce de los bienes en poder del contribuyente, no incluye como renta los montos ingresados y no destinados al consumo sino al ahorro, ya sea para consumo futuro o para inversión. La teoría de Fisher desemboca en una conclusión análoga a la de John Stuart Mill y de Luigi Einaudi, de exención del ahorro.

Fisher demuestra que la exención del ahorro en el momento en que se produce y su inclusión en el impuesto sucesorio, permite al contribuyente incrementar la formación del capital, con apreciable ventaja para él y para la economía nacional, sin disminuir en su conjunto la recaudación del impuesto sino aumentándola considerablemente. John Stuart Mill por su parte propiciaba la absorción total del acervo sucesorio por el Estado.

A diferencia de la teoría del incremento patrimonial que incluye dentro del concepto de renta a todo ingreso neto al patrimonio, inclusive el ahorro y los ingresos de capital.

El impuesto a las ganancias nacional grava las rentas definidas por la teoría de la fuente y determinadas ganancias de capital obtenidas por personas físicas como obtenida por la venta de bienes muebles amortizables y los obtenidos por acciones, títulos, bonos y demás títulos valores -este último incorporado mediante la ley N° 25414, artículo 7°, publicado en B.O. 30/3/01.

Si bien regula determinadas exenciones correspondientes a intereses y resultado de la venta de acciones que coticen en bolsa, descarta la teoría que deja al margen el tributo a las sumas destinadas al ahorro, que por otra parte no conciliarían con la consideración de la capacidad contributiva del contribuyente, dado que el sujeto que obtiene ingresos destinados al ahorro tiene más capacidad que aquél que consume todo su ingreso. Quizás la teoría tendría fundamento en incentivar el ahorro dentro de determinado nivel de imposición aplicando sobre dichas sumas una alícuota inferior a la progresiva que le corresponda a ese sujeto sin llegar a igualar la renta de aquél sujeto de menor capacidad contributiva.

El efecto económico que provoca un impuesto en el ahorro depende de diversos factores referidos al contexto económico, si se trata de una situación recesiva o de pleno empleo, de la afectación del gasto público nacional en el mercado interno o al pago de deuda externa no generando inversión interna, de la distribución del ingreso de la población y de la consecuente propensión marginal al consumo. Un impuesto que afecte el ahorro futuro (ya sea sobre los intereses o sobre el capital) provoca un incentivo al consumo y disminuye el ahorro futuro al mismo tiempo que reduce la oferta monetaria del mercado y por consiguiente de la inversión.

En una situación de recesión la aplicación de un impuesto a los intereses disminuye el ahorro futuro y si además el gasto público derivado de la recaudación del tributo no se destina a inversión en el mercado interno, sumado a otros factores como el porcentaje de encaje requerido por el Banco Central, se estaría reduciendo la oferta monetaria y por consiguiente de la inversión.

Asimismo, como lo señala Jarach (15) un impuesto a la renta que incide sobre contribuyentes de altos ingresos, serán los ahorros los que mermarán por efecto de la incidencia, no incidiendo en el consumo. En cambio en un contribuyente de medianos y bajos ingresos con propensión marginal al ahorro a veces es nula y al consumo cercana a la unidad un impuesto sobre la renta afecta al consumo.

Desde ese punto de vista en un contexto recesivo un impuesto al ahorro o a sus intereses (ahorro futuro) incidiría en contribuyentes de altos ingresos con propensión marginal al consumo elevada, quedando a salvo el principio de equidad o de capacidad contributiva. Sin perjuicio de ello es el consumo el que debe incrementarse, por lo que en forma conjunta habría que manejar una política redistributiva de ingresos.

Respecto del gasto público en época de recesión habría que analizar si el ahorro se destina a la inversión privada, si así fuera un impuesto sobre el mismo provocaría una disminución de la inversión privada como consecuencia del alza de interés. Pero si el gasto público se destina a inversiones, se produciría una sustitución de inversiones, en cambio si el gasto público se destina a gastos corrientes se produciría una disminución de la inversión total. En el supuesto en que el ahorro se hubiera mantenido ocioso, habrá un aumento del gasto financiado que no restringe el gasto privado.

Hasta aquí y en un contexto recesivo con deudas públicas externas elevadas, un impuesto al ahorro podría provocar una disminución de la inversión privada, por lo que en forma conjunta debería incentivarse la misma.

Ahora cabe hacer mención al tratamiento de los intereses en la legislación nacional.

Los intereses originados en depósitos efectuados en entidades financieras regidas por la ley N° 21526 en la forma de "caja de ahorro", "cuentas especiales de ahorro", "a plazo fijo", "depósitos de terceros u otras formas de captación de fondos del público conforme lo determine el

Banco Central" se encuentran exentos por aplicación del artículo 20, inciso h), de la ley de impuesto a las ganancias.

Las entidades financieras reguladas por la ley N° 21526 comprende a bancos, compañías financieras, sociedades de ahorro y préstamo, cajas y cooperativas de crédito u otras sujetas al control del Banco Central, por efectuar habitualmente intermediación entre la oferta y la demanda. Los intereses generados por depósitos en otras entidades no goza de exención.

No se encuentran incluidos en la exención los intereses provenientes de depósitos con cláusula de ajuste.

Antes estaban exentos los intereses obtenidos en operaciones de aceptaciones bancarias, consistentes en la compra por el inversor de documentos de empresas o de particulares avalados por una institución bancaria, mediante un descuento sobre el valor nominal, exención prevista en el inciso q) del artículo 20 de la ley que fue derogada mediante la ley N° 25239.

El inciso i) regula una exención para los intereses de créditos laborales reconocidos en sede judicial o administrativa como accesorios de créditos laborales.

El inciso s) exime los intereses de los préstamos de fomento otorgados por organismos internacionales o instituciones oficiales extranjeras con las limitaciones que determine la reglamentación.

El inciso t) contempla la exención de los créditos obtenidos en el exterior por los Fiscos Nacional, Provinciales, Municipales o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el Banco Central de la República Argentina.

El inciso v) contempla la exención de actualización de créditos de cualquier origen o naturaleza. Disposición que a partir de la ley de convertibilidad quedó en desuso.

Así también la exención del artículo 20, inciso h), fue fundamentada por parte de la doctrina en que los intereses percibidos estaban conformados en su mayoría por actualización a consecuencia de la inflación. Aspecto que fue considerado al momento de sancionar la ley N° 24073, pretendiendo derogarla, sin perjuicio de haberse dejado de lado.

Mediante la ley N° 25239 se agrega un párrafo al artículo 20 mediante el cual se dispuso que cuando coexistan intereses activos del inciso h) o actualizaciones activas del inciso v), con los intereses y actualizaciones contemplados en el artículo 81, inciso a), la exención estará limitada al saldo positivo que surja de la compensación de los mismos.

El artículo 81, inciso a), se halla referido a la deducción de intereses y actualizaciones que se encuentren relacionados con la ganancia gravada. Contempla la aplicación del principio de afectación patrimonial para el caso de personas físicas y la excepción a la relación de causalidad para el supuesto de préstamos hipotecarios destinados a casa habitación hasta la suma de \$ 4.000 anuales.

Para los sujetos empresa la deducción de intereses se realiza conforme el principio de universalidad del pasivo correspondiendo realizar prorrateo cuando coexistan ganancias gravadas y no gravadas. Principio utilizado por la ley N° 19551 y sus modificaciones, en la distribución del activo entre la masa de acreedores, con excepción de determinados privilegios fundados en razones sociales, como el caso de los empleados y las deudas contra el fisco.

El artículo 109 de la ley establece que los intereses y actualizaciones negativos compensados no serán deducibles, si surgiera un saldo negativo y procediera el prorrateo se excluirán los bienes que originan intereses y actualizaciones activos exentos.

El artículo 43 del decreto reglamentario prevé a los efectos de la compensación que sólo deberán computarse los intereses y actualizaciones que resulten deducibles en virtud de los establecido en el artículo 81, inciso a), de la ley, es decir, aquellos que guarden la relación de causalidad. Si surge un saldo negativo, el mismo será deducible de la ganancia del año fiscal, cualquiera sea la fuente de la ganancia de que se trate.

Por su parte, el artículo 120 de la reglamentación contempla respecto de los sujetos comprendidos en los incisos a), b) y c) y último párrafo del artículo 49 que en caso de existir bienes que produzcan ganancias exentas resulta deducible la proporción de intereses correspondiente a la ganancia gravada con respecto al total, a cuyo fin no se computará la ganancia de fuente extranjera.

El artículo 121 del mismo texto por su parte prevé la solicitud de autorización a la administración tributaria para la aplicación de otros índices que refleje la incidencia de los intereses.

El artículo 137 de la ley contempla que la exención de depósitos en entidades financieras del inciso h) no se aplica cuando los depósitos sean realizados en o por los establecimientos estables de instituciones residentes en el país instalados en el exterior.

Respecto de ello, expresa Carlos A. Raimondi y Adolfo Atchabaian (16) que "Parece obvio el fundamento de esta norma apoyada en una razonable decisión de política económica, consistente en hacer merecedores de la exención los intereses devengados por depósitos hechos en el país, con lo cual se coadyuva en la consolidación de la masa monetaria disponible internamente para la actividad económica nacional".

Los sujetos empresas de acuerdo con el artículo 97, inciso a), no gozan de la exención del artículo 20, incisos h), k) y v), que en virtud de ello sólo resulta aplicable para personas físicas. Dicha exención fue aplicable a sujetos empresas, excepto entidades financieras, desde el 31 de diciembre de 1998 (ley N° 25063, artículo 12, inciso c)) hasta el 1/1/2001 (ley N° 25402, artículo 3°, inciso d))

También se encuentran exentos como en la mayoría de los países los intereses de títulos públicos, habida cuenta que el gobierno no quiere imponer obligaciones que encarecerían los empréstitos que el mismo contrae. Por dicha razón se exime generalmente a los intereses de capitales ofrecidos en el mercado financiero.

La legislación argentina también contempla a partir de modificación introducida por la ley N° 25063 (B.O. 30-12-1998) la limitación a la deducción de intereses para los sujetos empresas aplicando parámetros superados los cuales no resultaría deducible el excedente del gasto financiero.

Dicha disposición prevé además que cuando los sujetos empresas -excluidas las entidades financieras- paguen intereses de deudas a beneficiarios que resulten sujetos empresas -excluidas las entidades financieras- deben practicar una retención del 35% que tendrá para los titulares de dicha renta el carácter de pago a cuenta del impuesto a las ganancias.

El decreto reglamentario establece, además de aclarar la forma de calcular el límite, la aplicación del criterio de la realidad económica cuando una deuda financiera ha sido encubierta a través de la utilización de formas no apropiadas a su verdadera naturaleza dichas deudas deberán incluirse en el pasivo considerado para el cálculo del límite.

En el caso en que acreedor sea un beneficiario del exterior que no resulte una entidad bancaria o financiera radicada en países en los que sus bancos centrales hayan adoptado los estándares internacionales de supervisión bancaria establecidos por el Comité de Bancos de Basilea, no corresponde aplicar el límite mencionado, procediendo la presunción de base imponible del 100% prevista en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93.

En forma conjunta se sancionó la ley del impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresarial destinado a gravar aquellos intereses de préstamos y obligaciones negociables que resultan deducibles del impuesto a las ganancias y al mismo tiempo gozaban de exenciones para el sujeto beneficiario, cuyos prestatarios son las personas físicas, entidades financieras, que no emergen del giro comercial de la empresa, sino que se contraten como tales.

El objetivo de ambas medidas es inducir a la financiación con capital propio y reducir el efecto de las exenciones que regían para las captaciones financieras de personas físicas y obligaciones negociables.

2.3-INTERESES EN PRESTACIONES INTERNACIONALES

Como se expusiera el artículo 93, inciso d) contempla que los intereses provenientes de préstamos extranjeros cuyo acreedor sea una entidad financiera, están sujetos a la aplicación del límite y una retención del gravamen con presunción de base imponible del 43% del monto a girar al cual se aplica la alícuota del 35%, si se trata de otro tipo de acreedor se retiene directamente el 35% sin aplicar limitaciones a su deducción.

Se destaca que, en caso en que resulte aplicable la limitación a la deducción, el interés que no resulte deducible en un 60% sufría la aplicación de la alícuota general del gravamen del 35% y además cuando sea girado al exterior se sumaría la carga del 35% sobre el 43% de

presunción de base imponible, llegando -en forma similar a punto 2 del inciso c) del artículo 93- al 36,05% de carga total.

El excedente no deducido resulta imputable a ejercicios siguientes, no previendo la recalificación de los mismos.

Modelo OCDE

El tratamiento de los intereses está en el artículo 11 del modelo:

- 1) los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
- 2) Dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado del que procedan, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10% del importe de los intereses.
- 3) El término "intereses" en el sentido de este artículo significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en los beneficios del deudor y en particular los rendimientos de valores públicos y los rendimientos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y lotes unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.
- 4) Las disposiciones de 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado contratante, realiza con el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, o presta unos servicios personales independientes por medio de una base fija allí situada, y el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente o base fija.
- 5) Los intereses se consideran procedentes de un estado contratante cuando el deudor sea el propio Estado, una subdivisión política, una entidad local o un residente de ese Estado.

Sin embargo cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente o una base fija en relación con los cuales se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y éstos se soportan por el establecimiento permanente o la base fija, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado contratante en que estén situados el establecimiento permanente o la base fija.

- 6) Cuando por razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses habida cuenta del crédito por el que se paguen exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, tendiendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.

Según lo expone Piltz (17) Gran Bretaña e Irlanda admitieron que el artículo del convenio de doble imposición sobre intereses prohíbe la conversión de intereses vinculados a la subcapitalización en dividendos, ya que el artículo 11 se refiere en todo momento al concepto de "préstamo en función del cual se pagan los intereses".

En consecuencia si los Estados contratantes hallan dificultades en la aplicación de otras normas del Convenio en cuanto a la calificación del monto excedente de intereses, se habilita la figura del procedimiento amistoso.

No obstante ello, el artículo 11 define el término intereses sin incluir dentro ellos los elementos de rendimiento a que se refiere el artículo 10, entendiéndose que ello habilitaría una reclasificación. Ello es estimado por la mayoría de los países europeos.

2.4- PRÉSTAMOS SIN INTERESES

El Código Civil contempla la figura del mutuo gratuito, no obstante, dicho préstamo no tendría cabida en

el ámbito comercial en el cual se persiguen fines de lucro en todas sus operaciones, por lo tanto, no resultaría compatible su aplicación a una sociedad comercial.

Criterio que resultaría sostenible aún en el caso de préstamos de accionistas o de compañías relacionadas, dado que es aceptado a los fines impositivos la personalidad separada para la determinación de la obligación tributaria así como también para la atribución de la responsabilidad derivada de la misma.

Como asimismo cabe destacar que es recogida en la legislación tributaria en el principio de partes independientes, aún para fijar precios intercompañías.

En ese sentido, el artículo 10 de la ley de IVA lo contempla en su primer párrafo in fine. El artículo 14 de la ley de impuesto a las ganancias lo recoge para operaciones internacionales. Para las operaciones entre nacionales se deduce de la aplicación del artículo 48 de la ley que regula la existencia de un interés presunto para los préstamos y venta de inmuebles. Así como de los criterios de valuación previstos en el Capítulo III del Título II, tales como de disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros del artículo 73. Aquí se presume que se trata de operaciones que devengan intereses. También de la regulación de la reorganización de sociedades en el artículo 77 y siguientes, cuando contemplan la no gravabilidad derivada de las transferencias que se realizan.

La legislación de Alemania contempla el caso de préstamos que no devenguen intereses por parte de accionistas no residentes como capital, dado que al no cobrar intereses no quedaría reducida la base impositiva alemana.

2.5- PRÉSTAMOS A CORTO PLAZO

Expone Piltz (18) que en los préstamos a corto plazo derivados de suministros (proveedores) y producción en EEUU no se los considera capital acreedor en el caso en que no devenguen intereses. Tampoco en Australia cuando se trate de préstamos a 30 días aún cuando devengan intereses. Tampoco en Alemania aún a 6 meses. Sí en cambio se los considera a los fines del cálculo del límite de deducibilidad de intereses en Canadá, España y Japón.

2.6- FINANCIACION BACK TO BACK

Señala Piltz (19) que en el caso de la financiación back to back, un banco concede el préstamo a la sociedad de capitales y el accionista no residente aumenta por su parte el depósito en el banco. Esa configuración se admite en las disposiciones jurídicas referentes a la reglamentación de la subcapitalización. Los fondos en préstamo proporcionados por el banco son regularmente imputados al capital acreedor del accionista no residente. Cuando el banco intermediario reside en el país del deudor los intereses deducidos son imputados como ganancias por el banco.

Señala Parrondo, Alfredo (20), que la constitución de este tipo de estructuras resultaría rentable siempre que se presenten las siguientes condiciones:

"a) los flujos de intereses entre estados no deben someterse a retención en la fuente;"

"b) los beneficios obtenidos por la entidad financiera deben encontrarse gravados moderadamente en su país de residencia, por lo que generalmente se encuentran radicados en paraísos fiscales;"

"c) no deben existir restricciones a la deducibilidad de los intereses ni normas contra la subcapitalización indirecta en el país de la filial."

En la legislación argentina no se contempla el tratamiento del caso, entendiendo que se trata de una situación de difícil fiscalización y comprobación si el accionista y el banco están en el exterior.

Asimismo se interpreta que incrementar la retención aplicable a los préstamos (hoy 35% sobre 43%) resultaría en perjuicio de aquellas operaciones ajustadas a prácticas normales de mercado entre partes independientes, pudiendo desincentivar la inversión en el país con las consecuencias en la economía que ello implica.

Si el banco intermediario estaría radicado en el país, y los accionistas que garantizan el préstamo en el exterior, los intereses obtenidos estarían gravados en el país resultando neteados de los girados al exterior, que por su parte sufrirían retención del 35% sobre el 43% prevista en el artículo 93 (inciso c), punto 1, o en su caso inciso incorporado a continuación del c)) de la ley del gravamen.

Por otra parte, si se tratara de dividendos girados al exterior los mismos no sufrirían retención. Por ello no cabría modificar el tratamiento aplicable a los intereses pagados al exterior, dado que aplicar un incentivo a las inversiones de riesgo desde el exterior a través de una mayor imposición a los intereses obtenidos o de limitar su deducción por este medio podría dar por resultado su desaliento.

Ello así teniendo en cuenta el tratamiento aplicable en otros países, por ejemplo Brasil que permite deducir el interés del capital propio, limita la deducción del capital ajeno y al mismo tiempo que no grava los dividendos.

En el caso de intereses de préstamos garantizados por accionistas a sociedades ambos radicados en el país, se estaría en los hechos frente a un aporte de capital, limitando el riesgo de los accionistas, aspecto que debería evaluarse desde la conveniencia del mismo frente a los negocios de la empresa (efecto palanca).

Por otra parte en el caso en que la operación no resulte ajustada a la intención lucrativa de la empresa, y aún cuando tanto el banco como la sociedad tributen el impuesto en el país, cabría determinar su resultado de acuerdo con el criterio de partes independientes y de la realidad económica. Con esa finalidad podría tomarse como parámetro la solución que adoptaría la ley N° 19551 y sus modificaciones frente a la responsabilidad de los accionistas -se asume el carácter de aporte-, aplicando similar criterio frente a la determinación impositiva.

Cabe señalar en cuanto a la aplicación del principio de arm's length regulada por el artículo 15 de la ley de impuesto a las ganancias, precedente aún entre empresas no vinculadas, que se adopta como base de comprobación el criterio de operaciones comparables, a diferencia de la regulación de Estados Unidos que se basa en los resultados.

2.7- DIVIDENDOS

Naturaleza Jurídica
Acciones

Las acciones constituyen títulos de participación, no formales, incompletos, causales, de ejercicio continuado y que se emiten en serie, y son la correlación económica entre el accionista y el patrimonio societario; generan derechos parapolíticos y derechos económicos ("Sansonetti, Pacual c/Guzman, Enrique A." - C.N.Com. - Sala A - 17/4/79 - Jur.Cond. - ED - 4/9/79), dando origen a la limitación de responsabilidad que caracteriza a las sociedades anónimas ("Hersilia S.A. c/Federico Hernandez y Cía. S.A." - C.N.Com - Sala B - 12/3/76 - síntesis - JA - T. 1976-III - Pág. 139).

La acción representa una parte alícuota del capital de la sociedad (CNPenal Económico - Sala I - 2/12/63 - ED - T.9 - Pág. 755).

Constituye un derecho patrimonial pero la titularidad no confiere a los accionistas un derecho actual sobre los bienes de la sociedad (C.S.J.N. - 14/9/56 - Fallo T. 235 - pág. 811).

Las acciones **ordinarias** otorgan a los accionistas igualdad de derechos (artículo 216 de la ley 19550). Las acciones **privilegiadas** pueden conferir ventajas patrimoniales con respecto a los otros accionistas o privilegios en el voto. Las acciones **diferidas** otorgan ventajas en derechos patrimoniales o en el voto confieren, es decir que las ordinarias son preferidas respecto de éstas.

La **amortización** de acciones (artículo 223 de la ley 19550) constituye una forma de pagos anticipados que se hacen sobre la participación en la futura liquidación de la sociedad se hacen sobre utilidades líquidas y realizadas. El accionista mantiene sus restantes derechos sociales (fondos de reserva, dividendos, etc.) debiéndoseles entregar bonos de goce en su reemplazo.

Los **bonos de goce** reemplazan a las acciones y los **bonos de participación** pueden emitirse por prestaciones que no sean aportes de capital. Sólo dan derecho a participar en las ganancias del ejercicio.

Dividendos

El artículo 224 de la ley de sociedades comerciales establece que los dividendos deben resultar de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado.

Dividendo es la parte que corresponde a cada acción al dividir por la cantidad de acciones suscriptas la utilidad líquida y realizada del ejercicio. Es el fruto civil cuyo cálculo se realiza sobre un período anual, según la doctrina prevalenciente, aunque se admite que no es un concepto absoluto. Richard siguiendo a Ferri (21), entiende que el dividendo es un bien que se atribuye al socio como consecuencia de un acto de voluntad de la sociedad. Estaría sujeto a dos condiciones: a) existencia de utilidades (condición suspensiva); b) deliberación atributiva al dividendo (condición resolutoria).

La adjudicación del dividendo en propiedad al accionista es obligatoria y puede ser dispensada por los estatutos. Pero el socio no tiene derecho al reparto periódico de dicho dividendo que puede ser diferido por la asamblea (C.N.Com. - Sala B - 6/12/67 - ED - T.22 - pág. 289).

Determinación Y Distribución

La asamblea puede decidir la participación en los dividendos de quienes suscriban acciones futuras (Televisoras Provinciales S.A. - Trib. Arbitraje Gral. De la Bolsa de Comercio - 6/2/96 - LL - T. 1996-C - pág. 266; DJ - T. 1996-1 - pág. 1273).

Hasta que no se realice la decisión de la asamblea, las utilidades no se producen ni pasan a ser propiedad de los accionistas que sólo tienen un derecho eventual sobre las mismas (C.N.Com. - Sala B - 24/4/64 - ED - T.10 - pág. 18).

La aprobación del dividendo por la asamblea modifica sustancialmente la posición del socio, quien, a partir de ese momento, adquiere un derecho de crédito con carácter irrevocable y con abstracción del día fijado para el pago, de manera que el accionista, una vez que ocurre tal determinación, puede comportarse como un tercero frente a la sociedad, ceder su derecho, transmitirlo, gravarlo e incluso, en caso de quiebra, actuar como acreedor, ya que el dividendo señalado no puede ser afectado por las pérdidas posteriores (C.S.J.N. - 9/10/68 . JA - T.1969-III - pág. 965 - N° 11), es decir que las dificultades económicas o financieras no autorizan a suspender los pagos (C.N.Com. - 13/3/57 - LL - T. 87 - pág. 454).

Dividendo Ficticio

El dividendo no existe sino sobre utilidades realizadas líquidas (art. 88 y 224, Ley 19550); fuera de esa hipótesis toda distribución de un dividendo es ficticia, condenado por la ley, sea cual fuere el procedimiento usado en los balances para justificarlo o disimularlo (C.Com.Cap. - 7/2/39- LL - T.13 - pág. 852; C.Com. Cap. - 24/8/40 - LL - T. 19 - Pág. 949).

El hecho de que el Código de Comercio responsabilice a los directores por la distribución de dividendos ficticios, no libera a los accionistas que los han recibido sin derecho. Lo que los accionistas deben no es un indemnización sino la devolución de lo recibido ilegítimamente (C.Com.Cap. - 7/2/39 - LL - T.13 - Pág. 852; C.Com. Cap. - 24/8/40 - LL - T. 19 - Pág. 950).

Dividendo Garantido

Se prohíbe el pago de intereses en defecto de utilidades (intereses intercalarios). El dividendo garantido está subordinado a la existencia de utilidades cuando la garantía está dada por la sociedad. También el vendedor de la acción o el Estado, cuando se trata de la concesión de un servicio público, pueden garantizar el dividendo, en cuyo caso no puede admitirse una vía de regreso contra la sociedad como si fuera una fianza. Se admite que otros terceros otorguen garantía de dividendos o de ausencias de pérdidas, pese a lo dispuesto por el artículo 1653 del Código Civil (22).

Dividendo de Partición

Es el derecho a participar en la división del patrimonio, se ejercita con motivo de la liquidación de la sociedad, también puede resultar como consecuencia de los recesos. A diferencia del dividendo de ejercicio, su determinación no depende ni del directorio ni de la asamblea (23).

Tratamiento Impositivo y efectos económicos

La elección de la alternativa de alcanzar la renta societaria y la distribución de dividendos se apoya

tanto en objetivos macroeconómicos como criterios de equidad y efectos redistributivos.

En las operaciones transnacionales el tratamiento de los dividendos y la renta societaria debe medirse en función de la equidad en relación con los individuos, así como también con las naciones.

En ese sentido, el criterio de renta mundial interindividual lleva a gravar de igual manera a sus residentes por las rentas obtenidas dentro y fuera del territorio. Respecto de la equidad en la distribución de las potestades fiscales entre distintos países se da prevalencia al criterio de localización territorial o de la fuente, por el cual la potestad tributaria se reserva al país donde esté localizada la fuente de la renta o sea el lugar de colocación del capital.

Señala Enrique J. Reig (24) que "la universal aceptación de gravar la renta de las sociedades de capital, independientemente de las que éstas distribuyen a sus accionistas en forma de dividendos, es asunto actualmente ajeno a toda discusión".

Mediante el sistema clásico o de doble imposición de sociedad y accionistas, se alcanza a ambos separadamente y mediante el sistema opuesto se considera a la sociedad como un conducto para asegurarse la percepción del impuesto y llevar a imponer el gravamen definitivamente integrado a la renta del accionista.

Enumera Reig, en la publicación citada, 1) el sistema de integración total, llamado también sistema de crédito total al accionista o de la sociedad de personas, consiste en que el accionista tribute sobre la totalidad de la renta de la sociedad como si la hubiera recibido en forma de dividendos y aún cuando, claro está, ello no hubiera ocurrido en un todo o en parte, permitiéndosele computar también en su totalidad, como pago a cuenta de su impuesto personal, el impuesto societario, o sea el abonado por la sociedad.

2) El sistema de integración parcial o sistema de crédito parcial al accionista, mediante el cual se atribuye al accionista o socio sólo la parte de utilidad societaria en el momento del pago del dividendo y por un importe igual a éste. El sistema admite también el acrecentamiento en la medida del impuesto societario y en tal caso, todo el impuesto pagado por la sociedad es acreditable, limitándose la diferencia con la integración total a sólo el tratamiento de la utilidad retenida. El crédito que se

reconoce, es inferior al impuesto societario, sobre la utilidad distribuida, si se basa en la aplicación de la alícuota societaria sobre el monto de dividendos que recibe como renta al accionista, y no, en cambio si se basa en un dividendo acrecentado por el impuesto societario.

Este sistema suele complementarse con un impuesto a las utilidades retenidas que se libera cuando se distribuye, resultando el impuesto pagado de libre disponibilidad. Modalidad que fue adoptada por nuestro país en la última ocasión en que se aplicó el sistema de integración o sea desde el año 1974 hasta la reforma de 1976.

3) Integración mediante la exención total o parcial del impuesto societario a las sumas distribuidas como dividendo, llamado también "de deducción del dividendo pagado", o de alícuota dual ("split rate system"). Este sistema elimina el problema de créditos al accionista ya que elimina la doble imposición por el lado del impuesto societario, al permitir deducir de la base imponible que tributa en cabeza de la sociedad, una suma de renta igual a la que la sociedad distribuye como dividendo, la que tributará en cabeza del accionista sin crédito alguno.

4) Anómalo sistema de integración: significa aceptar una hipótesis de vinculación tan estrecha entre la sociedad de capital y el accionista del país que elimina la imposición en cabeza de éste, con fundamento en que se gravan en cabeza de la sociedad las mismas rentas que hacen posible la distribución del dividendo.

5) No integración o Sistema Clásico: significa gravar las rentas societarias, tomando como sujeto fiscal a las sociedades, independientemente y sin tener en absoluto en cuenta la imposición que separadamente se exija en el impuesto individual a la renta sobre los dividendos de acciones, como parte del conjunto de los ingresos de los individuos.

Cabe hacer mención a los efectos económicos de los sistemas enumerados.

Respecto del sistema clásico, Mc Lure, Charles E Jr (25) citado por Reig expuso que los efectos no deseados son: 1) concentración en los sectores más ricos de la población de compañías con baja tasa de pago de dividendos y tendencia de reducir su distribución, 2) impulso a la reinversión en el mismo negocio, 3) las pequeñas empresas dependen en mayor medida de la reinversión y sus socios de la distribución de utilidades, 4) **distorsión en la relación**

endeudamiento-capital propio por el sistema de doble imposición favoreciendo el primero, 5) se reduce la tasa de formación de capital y crecimiento y a largo plazo se traslada al trabajador afectando el consumo.

Respecto de los sistemas de integración total y de integración parcial: el sistema elimina toda diferencia de trato fiscal entre la forma societaria de organizar los negocios. En cuanto a los efectos económicos, Reig menciona que presenta mayores ventajas respecto del sistema clásico, dado que no provoca los efectos señalados en el caso anterior. Llevan insito un estímulo a la distribución de utilidades al no crear una doble imposición, al mismo tiempo que en una economía en recesión resultaría conveniente la distribución del ingreso orientada al consumo. En conjunto desde el punto de vista de los incentivos y eficiencia económica resulta altamente preferible a la imposición separada.

Con relación a la equidad y efectos redistributivos el sistema clásico distorsiona la distribución progresiva de la carga fiscal entre los sectores de ingresos.

En los sistemas de integración se verán menos afectada por el fenómeno de la traslación la incidencia tenida en vista por el legislador. No se producirán con él las distorsiones que crea el sistema de separación al superponer dos impuestos. Tampoco se producirá la diferencia de trato de la utilidad retenida y la distribuida.

En cuanto a los **aspectos internacionales** el sistema a adoptar repercute en la incidencia total del tributo en las inversiones a realizar en el país de la fuente, debiendo la solución conciliar con el criterio de no discriminación. En ese sentido, el sistema clásico aplicado a nivel internacional pierde atracción para el inversionista extranjero. El sistema de integración debería complementarse con un sistema de crédito de impuesto extranjero por el país de residencia de manera de evitar la doble imposición. El sistema anómalo por su parte, transfiere la imposición de los dividendos distribuidos a accionistas extranjeros al país de residencia, no provocando doble imposición y no afectando la no discriminación en caso que se adopte similar criterio respecto de dividendos distribuidos por sociedades nacionales a accionistas del país, al mismo tiempo que resulta un incentivo a la inversión. Así también cabe considerar en cada caso el tratamiento aplicable de acuerdo con tratados de doble imposición.

El **tratamiento fiscal** a los dividendos que otorga el impuesto a las ganancias argentino enmarca en el sistema anómalo con algunas variantes, adoptando en el caso de utilidades de sociedades de personas el sistema de integración total.

El artículo 46 de la ley de impuesto a las ganancias establece que no serán incorporados por sus beneficiarios en la determinación de su ganancia neta, los dividendos, así como las distribuciones en acciones provenientes de revalúos o ajustes contables. Igual tratamiento tendrán las utilidades que distribuyan entre sus socios o integrantes: las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple y las sociedades en comandita por acciones en la parte correspondiente a socios comanditados constituidas en el país, de las asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país cuando se encuentren gravadas, los fideicomisos constituidos de acuerdo con la ley N° 24441, excepto cuando el fiduciante posea la calidad de beneficiario, no se encuentra comprendido en la excepción el caso de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante beneficiario sea una sujeto comprendido en el Título V y los fondos comunes de inversión constituidos en el país no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1° de la ley 24083 y sus modificaciones.

Respecto de las empresas unipersonales y de las sociedades de personas que no sean sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades en comandita por acciones y en comandita simple, sociedades de economía mixta, de acuerdo con el artículo 50 de la ley del gravamen, el resultado impositivo se considerará íntegramente asignado al dueño o distribuido entre los socios, aún cuando no se hubiera acreditado en sus cuentas particulares.

Por otra parte, enmarcando en un sistema clásico el artículo incorporado a continuación del 69 de la ley del gravamen contempla que cuando se distribuyan dividendos que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de la ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, se debe retener con carácter de pago único y definitivo el 35% sobre el referido excedente.

Al respecto señala Julián Martín (26), que "El alcance de esta disposición según los considerandos del proyecto de reforma originalmente enviado al congreso fue evitar que numerosas exenciones que alteran la equidad

horizontal y vertical se trasladen a los accionistas" -vgr. empresas promocionadas en el porcentaje de exención del impuesto a las ganancias.

En otro orden, los dividendos distribuidos por sociedades por acciones constituidas en el exterior no les resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 46 de la ley del impuesto a las ganancias, es decir que quedan íntegramente sujetos al impuesto cualesquiera sean los fondos empresarios con los que se efectúe el pago. No se consideran sujetos al impuesto los dividendos en acciones provenientes de revalúos o ajustes contables, no originados en utilidades líquidas y realizadas -artículos 140, inciso a) y 141 de la ley del tributo.

Rige respecto de los dividendos distribuidos por empresas extranjeras un sistema de integración parcial con posibilidad de cómputo como crédito de impuesto el impuesto pagado en el extranjero -artículo 1º de la ley.

Para el resto de las empresas unipersonales y sociedades constituidas en el exterior y los establecimientos estables del exterior de titulares residentes en el país, se aplica un sistema de integración total con cómputo de crédito de impuesto para evitar doble imposición, se atribuirán a los mismos los resultados impositivos de fuente extranjera determinados de acuerdo con las disposiciones de las leyes de los impuestos análogos que rijan en los países de constitución o ubicación de las referidas sociedades, aún cuando los beneficios no se les hubieran sido distribuidos o acreditados en sus cuentas particulares. Si en el país de constitución no rigieran impuestos análogos que exijan la determinación del resultado impositivo, la atribución se efectuará según el resultado contable.

Se advierte el diferente tratamiento según se trate de dividendos distribuidos por empresas nacionales que respecto dividendos distribuidos por empresas radicadas en el exterior, resultando sólo en éste último caso ganancia computable.

Dicha medida persigue fines antievasivos, habida cuenta de las triangulaciones de ganancias que podrían realizarse a través de sociedades constituidas en paraísos fiscales y al mismo tiempo evitar que a través de desgravaciones se transfieran ingresos a fiscos extranjeros, cuando éstos (país de la fuente) sólo gravan un ingreso cuando esté exento en el país de residencia.

Desde el punto de vista de la eficiencia económica se pretende incentivar las inversiones de riesgo en el país no así en el exterior.

Señala al respecto Enrique J. Reig (27) que ante un contexto globalizado con una competitividad internacional en la atracción de capitales en donde el crecimiento de la actividad económica de los países ha pasado a estar, en gran medida, impulsado por las condiciones que la economía ofrezca a los capitales del exterior que junto con el ahorro interno son las fuentes que nutren el crecimiento de sus actividades económicas y el bienestar de sus pueblos.

Ante ello propone que en caso que los capitales extranjeros remitan al exterior sus utilidades debería gravarse los dividendos remitidos a la máxima alícuota personal.

Por otra parte, las rentas de capitales extranjeros que se queden en el país propone que se aplique un tratamiento benévolo que no puede serlo en mayor medida que el que se dé a las rentas similares de capitales nacionales.

Modelo OCDE

El modelo de la OECD contempla el tratamiento de los dividendos en el artículo 10, en el sentido que:

- 1) los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente en otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante.
- 2) Dichos dividendos también pueden someterse a imposición en el Estado que resida la sociedad que paga los dividendos, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente en otro Estado: el impuesto no puede exceder:
 - a) 5% de los dividendos si el beneficiario es una sociedad que posee directamente por lo menos el 25% del capital de la sociedad que paga los mismos.
 - b) 15% de los dividendos en los demás casos.Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de estos límites.

Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se pagan los dividendos.

- 3) El término dividendos en el sentido de este artículo significa los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como los rendimientos de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado del que la sociedad que hace la distribución sea residente.
- 4) Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí, o presta en ese otro Estado unos servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí, y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente o base fija.
- 5) Cuando una sociedad residentes de un Estado obtenga beneficios o rentas procedentes de otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situados en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.

Destaca Teodoro Cerdón Ezquerro (28) que los comentarios al Modelo de Convenio OCDE cuando analizan el concepto de dividendo señalan que también se consideran como dividendos los intereses de préstamos en la medida en que el prestamista comparte efectivamente los riesgos

incurridos por la sociedad, es decir, cuando el reembolso depende en gran medida del éxito de la empresa. Los artículo 10 y 11 del Modelo de Convenio no impiden, en consecuencia, el tratamiento de este tipo de intereses como dividendos, en aplicación de la normativa interna del país del prestatario relativa a la subcapitalización.

- (8) Figueroa, Antonio Hugo, Precios de Transferencias, Implicancias y recomendaciones, Boletín DGI N° 512-1996, Editorial La Ley, Pág. 40.
- (9) Dean Hanlon del Departament of Business Law and Taxation, Monash University, Clayton, Victoria, Australia, "An Examination of the Operation of Thin Capitalization Legislation: A Global Perspective" -Keywords internet: Cross-border transactions, thin capitalization, tax advantages, approaches to deterrence, global perspective-
- (10) Córdón Ezquerro, Teodoro, en su trabajo "La subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación" presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF realizado en Pinamar en Octubre del 2000, pág. 283.
- (11) García, Fernando D., Scalone, Enrique L., en su artículo "La inversión en bienes de uso y los intereses no deducibles. Análisis de las restricciones a la deducibilidad impositiva de los intereses originados en deudas incurridas para la adquisición de bienes de capital" presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF celebrado en Pinamar en Octubre del 2000, pág. 322/4.
- (12) Jaúregui, María de los Angeles y Alé, María Ester, en el trabajo Posibles respuestas al problema de la infraestructura, presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF de Pinamar de octubre de 2000, pág. 576.
- (13) Piltz, Detlev, Alemania, Ponencia General del 50 Congreso IFA de 1996, pág. 234.
- (14) Jarach, Dino, en su obra Finanzas Públicas y Derecho Tributario, tercera edición, pág. 473.
- (15) Jarach, Dino, en su obra Finanzas Públicas y Derecho Tributario, tercera edición, pág. 354.
- (16) Raimondi, Carlos A. y Atchabaian, Adolfo en su obra Impuesto a las Ganancias, segunda edición, Editorial Depalma, pág. 285.
- (17) Piltz, Detlev, Alemania, Ponencia General del 50 Congreso IFA de 1996, pág. 262/3.
- (18) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General para el Congreso de la International Fiscal Association realizada en Ginebra en 1996, Cahier de Droit Fiscal International volumen LXXXIb, pág. 234.
- (19) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General para el Congreso de la International Fiscal Association realizada en Ginebra en 1996, Cahier de Droit Fiscal International volumen LXXXIb, pág. 235.
- (20) Parrondo, Alfredo en su trabajo "La subcapitalización como herramienta de planificación fiscal", presentado en el VIII Congreso Tributario realizado en octubre 2000 en Pinamar, Pág.393.
- (21) Richard siguiendo a Ferri cfr. Código de Comercio Comentado, Tomo II, Juan Carlos Fernández Madrid - Ed. Errepar - pág. 1110.

- (22) cfr. Código de Comercio Comentado, Tomo II, Juan Carlos Fernández Madrid - Ed. Errepar - pág. 1113
- (23) cfr. Código de Comercio Comentado, Tomo II, Juan Carlos Fernández Madrid - Ed. Errepar - pág. 1114
- (24) Reig, Enrique J., en Sistemas de Integración de la Renta Societaria - Capítulo VII - Academia Nacional de Ciencias Económicas - Bs.As. 1983.
- (25) Reig, Enrique J., en Sistemas de Integración de la Renta Societaria, cita a Mc Lure, Charles E Jr. en Must Corporate Income be Taxed Twice, Studies of Government Finance. 1979, cap.2.
- (26) Martín, Julián, en su obra Tratamiento Impositivo de Operaciones Financieras, pág. 53.
- (27) Reig, Enrique J., "Integración Económica y Armonización Fiscal en la imposición a la renta (conclusión)" Revista Impuestos, 2000-B, 3 (Octubre 2000) pág. 1 y 2.
- (28) Cerdón Ezquerro, Teodoro en el trabajo presentado en el VIII Congreso Tributario CPCECF realizado en Pinamar en octubre del 2000, pág. 293.

3- ANALISIS DE LA ELECCION DE FINANCIAMIENTO A TRAVES DE DEUDA - PRINCIPIOS TRIBUTARIOS

La financiación a través de deuda requiere la consideración de numerosos aspectos al momento de evaluar una conducta económica y las disposiciones correctivas a regular pueden ser analizadas desde distintas perspectivas.

La operación de financiación puede involucrar sujetos nacionales o puede tratarse de operaciones transnacionales.

En el caso de operaciones dentro del territorio argentino se dijo que la deducción de intereses de la base imponible de una empresa nacional resultaría ganancia gravada para el prestatario. No obstante podría verificarse que la elección se fundara en la absorción de quebrantos de empresas deficitarias con otras que obtienen ganancias, o que gozan de un tratamiento tributario promocional o preferenciado en razón de gozar de determinadas exenciones o deducciones.

En función de ello, se advirtió que el principio de arm's length (partes independientes) también resulta aplicable a empresas nacionales. Asimismo a los fines de encuadrar una operación resultaría aplicable el principio de la realidad económica en el sentido que la figura jurídica adoptada sea la que más se ajuste al objetivo económico perseguido por la empresa y a la interpretación de las normas impositivas en función a la capacidad contributiva o de pago que se intenta alcanzar.

En operaciones transnacionales cabría considerar el criterio de vinculación de la renta utilizado por los distintos países y los problemas de doble imposición derivado del distinto tratamiento de los conceptos alcanzados por el impuesto y las medidas correctivas destinadas a evitarla. Así también la aplicación del principio de no discriminación del tratamiento tributario aplicable a sujetos residentes respecto de extranjeros. Como la conciliación con el criterio de partes independientes derivado del artículo 14 de la ley del gravamen. Y la aplicación de las disposiciones del artículo 15 de la ley referidas a transacciones internacionales, pues la inadecuada atribución de renta a los diferentes países daría lugar a medidas correctivas por parte del fisco, conforme parámetros que deriven de operaciones comparadas del mercado realizadas entre partes

independientes o sobre la base de resultados obtenidos de la mencionada financiación.

Por su parte, la regulación de disposiciones correctivas de financiamiento a través de endeudamiento tiene su apoyo en los efectos económicos que se deriven de la elección y que se intenta modificar o incentivar.

Dichas medidas correctivas, límites a la deducibilidad de intereses, y reglas aplicables deben conciliar con la eficiencia económica de la disposición, además de los criterios tributarios mencionados.

Las soluciones adoptadas por los distintos países fueron diversas, desde la aplicación de límites a través de índices, la confrontación con determinados parámetros destinados a determinar la existencia de préstamos, como también la utilización de principios generales del derecho tributario a cada caso.

En Estados Unidos y Holanda no se aplican reglas de subcapitalización ni se prevé su tratamiento en la norma legal impositiva resultando la jurisprudencia quien se ha encargado de definir el término en caso de controversia. En Italia, Grecia, Noruega o Suecia se aplican disposiciones generales sobre el fraude de la ley o el abuso del Derecho. En el caso de Austria, Holanda Luxemburgo y Reino Unido la reacción no emerge del legislador sino en las prácticas de la Administración Tributaria.

Las normas de subcapitalización resultan medidas antievasivas que simplifican el problema de discusiones judiciales, sin perjuicio de señalar que en determinadas circunstancias pueden resultar taxativas e injustas.

Características de la financiación a través de deuda

En determinadas empresas la financiación de terceros resulta de la insuficiencia del capital propio y en otras ésta puede resultar rentable como consecuencia del efecto palanca que es explicado más adelante. En el caso de conjuntos económico multinacionales muchas veces se intenta diversificar el riesgo, otras aprovechar las ventajas impositivas y otras beneficiar al grupo en su conjunto; estos aspectos no siempre resultan sancionables, no obstante a la hora de atribuir vinculación jurisdiccional resulta preciso determinar su justa medida.

Los parámetros considerados en la determinación del concepto fueron expuestos por Piltz (29) en función de:

- Evaluación de la evolución ulterior de los tipos de interés aplicados.
- Inversión a corto o a largo plazo.
- Duración de las inversiones materiales o no.
- Necesidades financieras actuales y a largo plazo.
- Crecimiento previsto de la empresa.
- Tendencia a aceptar riesgos o situación temerosa por los prestadores de fondos.
- Tener en cuenta si en el balance comercial utilizado para el cálculo del impuesto se considera al capital acreedor como capital propio.

Otros aspectos mencionados por Teodoro Cordón Ezquerro (30) a los fines de precisar cuándo un prestamista comparte los riesgos de la empresa, son:

- Si el préstamo supera, en gran medida, a las restantes contribuciones al capital de la empresa (o ha sido concertado para reemplazar una parte importante del capital que se ha perdido) y su cuantía no guarda una proporción razonable con los activos amortizables.
- El acreedor participa en los beneficios de la sociedad.
- El reembolso del préstamo está subordinado al reembolso de las deudas correspondientes a otros acreedores o al pago de dividendos.
- La cuantía o el pago de los intereses depende de los beneficios de la sociedad.
- El contrato de préstamo no contiene ninguna cláusula que prevea el reembolso en un plazo determinado.

Motivos de la elección

Los motivos de la elección de deuda en lugar de capital fueron señalados por Piltz (31) puede deberse a:

- limitación del capital que participa plenamente del riesgo
- menores formalidades legales que deben cubrirse en caso de préstamos
- simplificación y mayor flexibilidad del reembolso del capital acreedor
- ausencia de modificación del porcentaje de participación y del derecho de voto (control) y del derecho a dividendos cuando existen varios asociados.
- asimilación a otros prestadores en cuando al riesgo
- reducción de los costos (no fiscales) de la financiación por capital acreedor

- mejora de los resultados de la sociedad por el efecto palanca
- ausencia del riesgo vinculado a la moneda en el caso de deuda puede otorgarse un préstamo en moneda del país que lo otorga.

Entre los motivos fiscales señala Vicchi (32) que los factores que influyen en la elección de deuda son que accionista acreedor sea residente de un Estado de escasa o nula imposición, o pueda compensar quebrantos con los intereses percibidos. Influye en la elección de capital propio cuando en el país de la fuente la sociedad de capital resulta beneficiaria de regímenes exentivos, o los dividendos pagados a accionistas del exterior no resultan sujetos a retención en la fuente.

Por su parte, Teodoro Cerdón Ezquerro (33) señala que el fenómeno de la subcapitalización lo encontramos, esencialmente, en el tráfico mercantil de las sociedades "cerradas" (sociedades de capital con estructura personalista) y en los grupos de sociedades.

En las sociedades "cerradas", la razón debe hallarse en la función económica que desempeña la limitación de la responsabilidad con la que se reducen los riesgos empresariales que los socios tendrían que soportar alternativamente como empresarios individuales. Por el contrario, en las "abiertas" la misión que está llamada a ejercer la limitación de la responsabilidad es la de facilitar economías de escala en la formación de capital.

En los grupos de sociedades la limitación de la responsabilidad no tiene una función financiera, sino que sirve a la diversificación de riesgo, de manera que las filiales desarrollan una empresa arriesgada y evitan a la casa matriz pérdida de patrimonio ante un eventual fracaso.

3.1- PRINCIPIOS GENERALES APLICABLES COMO MEDIDA CORRECTIVA

El problema de capitalización exigua que se trata en el presente trabajo involucra la determinación de si una operación de préstamo se ajusta a la realidad de los hechos o si por el contrario se adoptó esa figura para encubrir un aporte de capital habida cuenta del tratamiento fiscal aplicable a los intereses que genera el préstamo.

En ese sentido cabe determinar si podrían impugnarse intereses deducidos y sobre qué base.

La renta es la base de imposición más representativa de la capacidad contributiva en la actualidad y también como índice de la participación del contribuyente en los beneficios que deparan los servicios públicos.

La capacidad contributiva es sostenida como parámetro al momento de definir el alcance de un impuesto con base en el principio de equidad.

Para la determinación de la renta neta se admite deducir los gastos necesarios para producirla y para conservar intacta la fuente productiva.

Fue sostenido por Jarach (34) que la deducción de intereses trasciende la hipótesis del gasto necesario y por ello son deducibles enteramente como ganancias negativas.

Por otra parte, la fundamentación para alcanzar la renta de sociedad en forma separada de los accionistas que son en definitiva quienes gozan de la renta de la sociedad fue la teoría de la capacidad contributiva de la sociedad distinta de los accionistas.

Jarach (35) citando a Goldsmidt, Roberto señala que como fenómeno social, la sociedad de capital no se identifica con los accionistas aisladamente, ni con alguno, ni con la totalidad de los accionistas. Ella ocupa en la vida económica una posición propia, con un patrimonio propio, y una actividad en la producción y negociación de bienes con la consecuencia del logro de ganancias que son atribuibles a la sociedad y sólo por decisión de la asamblea podrán ser distribuidas entre los socios o recibir otro destino.

En su opinión la realidad de la personalidad jurídica y económica de la sociedad de capital no deriva, como alguien sostuvo, de la identificación de sus fines con los del Estado, sino de la heterogeneidad de los grupos de accionistas que la componen, lo que plantea la imposibilidad de la identificación de los intereses sociales con los de todos los accionistas.

3.1.1- PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONOMICA

El objetivo de la regulación de la capitalización exigua es evitar que se traten como intereses conceptos que

en los hechos son dividendos, cambiando la forma pero no el fondo de la cuestión.

Se intenta evitar que se utilicen figuras jurídicas inapropiadas a la verdadera intención de las partes, ya sea para evitar una carga tributaria mayor, para evitar el riesgo empresario o porque ello incrementaría la renta accionaria por el efecto palanca.

En el primer caso el interés no resultaría deducible, dado que no cumpliría la relación de causalidad con la ganancia gravada que contempla el artículo 80 de la ley del tributo. Al mismo tiempo que no mediría correctamente el beneficio empresario sino que se trataría de una figura utilizada sólo como una economía de opción para sus accionistas -en el concepto esgrimido por Villegas-, aspecto que Jarach en la obra citada aprecia que no se trata de otra cosa que evasión.

En ese sentido, cabría impugnar el gasto deducido cuando los intereses no se ajusten a la realidad de los hechos.

El principio de la realidad económica nace en Alemania en 1919, y luego en Suiza, su fundamento fue gestado por Blumenstein, Ottomar Buhler y Hans Nawiaski entre 1925 y 1932.

Destaca Angel Schindler (36), que el principio de la realidad económica recogido en nuestro país a través del artículo 1° y 2° de la ley de procedimiento fiscal, busca evitar que a través del rigor formalista de figuras de otros campos del derecho, se desnaturalice la verdadera esencia y sentido de determinados actos económicos.

El autor citado hace mención a la escuela de Griziotti que sostiene que el fenómeno tributario es un fenómeno complejo en el cual se dan la concurrencia de los aspectos económicos, político, jurídico y técnico. El económico, es el ámbito en el que se producen los hechos económicos susceptibles de ser gravados (capacidad contributiva), el político es la parte de la cuantía económica que debe traducirse en impuesto y el jurídico o la objetivación es la normativa y lo técnico es la forma en la que estas normas jurídicas se deben cumplir. Griziotti sostenía que la causa de la obligación tributaria es la capacidad contributiva.

La capacidad contributiva es identificada con el principio de equidad que delimita la Constitución Nacional, cuando establece que la igualdad es la base de los

impuestos aplicable uniformemente a todos los habitantes de la nación.

Para Ernesto Carlos Celdeiro (37) sostiene que más que un método para interpretar normas impositivas, es un principio para indagar los hechos y su relación con las figuras jurídicas empleadas por las partes.

Dicho principio no colisiona con el principio de reserva legal o de legalidad emergente también de la Constitución Nacional, sino que lo complementa porque permite determinar el sentido de la ley.

Alega Jarach (38) que "Sería equivocado creer que en materia tributaria las leyes se interpretan económicamente y no jurídicamente. Alguien lo dijo, pero es un desatino, porque las leyes siempre se interpretan jurídicamente, y la interpretación económica no es una interpretación opuesta a la jurídica, sino que, simplemente, es un criterio jurídico en el sentido de que dichas leyes deben interpretarse con una modalidad especial, inherente a su naturaleza".

La aplicación del criterio de la realidad económica se encuentra regulado por el artículo 2° de la ley N° 11683 t.o. en 1998, que expresamente establece "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan estos actos situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, se prescindirá ... de las formas o estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará 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 les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos".

Criterio que fue largamente debatido en la jurisprudencia obrante en materia tributaria, dando lugar a la teoría del órgano o de la penetración que permitió prescindir de la investidura asignada por la ley de sociedades con independencia jurídica, pero económicamente vinculadas entre sí, de manera tal que resultarían un único sujeto para el derecho tributario -CSJN Parke Davis y Cia. 73, Mellor Goodwin S.A. 73, Ford Motor Argentina 74, etc. Teoría que fue descartada en la modificación al artículo 14 la ley de impuesto a las ganancias por el arm's length

criterium emergente de prácticas internacionales y jurisprudencia más reciente, por medio de la cual se considera adecuada la adopción de figuras jurídicas separadas y las transacciones llevadas a cabo entre ellas tendrían acogida en el derecho tributario material en la medida que respondan a operaciones celebradas entre partes independientes.

No cabe dejar de mencionar la causa Herrera Navarro de Viola Vega en la que se celebraron operaciones que fueron impugnadas, consistentes en la constitución de una sociedad anónima y la venta de un campo a través de sus acciones. Estas fueron encuadradas en el hecho imponible previsto por el entonces impuesto sobre los beneficios eventuales, considerando que "por el limitado tiempo transcurrido" la operación en los hechos no tenía otro propósito que la venta del inmueble. De esa manera se desechó la forma jurídica elegida -sociedad anónima- entendiendo que la operación no significaba otra cosa que la venta de un campo.

Asimismo, en la causa Philips Argentina S.A., T.F.N., Sala D, 28/7/77, se citó a Araujo Falcao (39) quien sostiene "que para admitir el empleo del llamado método de la interpretación económica, es menester hallarse en presencia de una evasión tributaria en sentido estricto (Steuerumgehung), o sea, de la adopción de una forma jurídica anormal, atípica o inadecuada, aunque permitida por el derecho privado, para la obtención del resultado económico que se tenga en mira concretar. No basta, pues, cualquier ventaja fiscal cuya concreción es posible y lícita, en el caso de economía procesal fiscal...; es indispensable la atipicidad o anormalidad de la forma cuya utilización sólo se expliquen por la intención de evadir el tributo", y agrega este autor: "Pero no es esto solamente. Es evidente que la interpretación económica sólo se admitirá en cada caso concreto para corregir situaciones anormales creadas artificiosamente por el contribuyente".

"En otras palabras, mediante ella no puede llegarse al resultado -en la generalidad de los casos- de alterar o modificar, por consideraciones subjetivas que el intérprete o el juzgador desarrollen en lo que respecta a la justicia fiscal, un concepto adoptado por el legislador. A esto se alude cuando se dice que la interpretación económica no puede sufrir el efecto de una interpretatio abrogans".

Un préstamo en condiciones similares a empresas independientes puede ser utilizado por un conjunto

económico o no, como también en operaciones dentro de la nación o transnacionales.

En ese orden cabría evaluar si la decisión de financiación empresarial a través de un préstamo es una medida que se ajusta a la finalidad lucrativa de la empresa, a la intención de los socios y a las posibilidades de la empresa en el sentido planteado por Teodoro Cordón Ezquerro en párrafos citados anteriormente.

En la causa Philips Argentina S.A., T.F.N., Sala D, 28/7/77, se dijo respecto del **nivel de endeudamiento** que la doctrina lo define como aquel índice que "mide la participación de los propietarios y terceros en la financiación de la inversión total de la empresa", permitiendo en esta forma "evaluar la estructura de capital, poniendo de relieve el grado de dependencia a la financiación externa y el aporte de los propietarios para cubrir el riesgo empresarial". Además, se consideró dentro de un enfoque cuantitativo, y partiendo de la idea de que el análisis de dicho nivel tiene por objeto establecer la existencia de una adecuada relación entre el capital propio y el monto del pasivo, ya que el primero es el que sirve de garantía a los acreedores, que "un coeficiente de endeudamiento resulta adecuado cuando los recursos propios son superiores o a lo sumo iguales al pasivo a terceros, es decir que la relación pasivo-activo no debe superar el 50%, pero, claro está, este supuesto sólo sería válido en situaciones de estabilidad monetaria ...". En dicha causa se le admitió la deducción al contribuyente habida cuenta que no superaba los índices mencionados.

Cabe hacer mención a que en el país ante la situación económica recesiva obrante, se intenta incentivar a la micro, pequeña y mediana empresa, a través de la regulación de sociedades de garantía recíproca que respalden la financiación de la PYME, así como incentivos tales como la ley N° 22317 -crédito fiscal por capacitación- y de la ley 24401.

Por ello se advierte que en el caso de ese tipo de sociedad no cabría objeción alguna a la financiación efectuada en esos términos, máxime porque la misma legislación la protege.

En el resto de los casos podría ser evaluada la veracidad de un empréstito a través del seguimiento posterior del mismo, tasas de interés de mercado, cumplimiento de su amortización, período de duración, prestatario, y demás conceptos señalados en el punto 3.

Por otra parte, cabría evaluar en cada caso si resultaría ajustado a derecho la impugnación de intereses con fundamento en que no resulta rentable el negocio, dado que podría tratarse de una empresa en expansión que intenta penetrar en el mercado, o en que los socios resultan prestatarios, pues puede tratarse de una decisión de limitar el riesgo empresario o por razones estatutarias relativas a mantener el porcentaje de participación, o por tratarse de un requerimiento temporario, tampoco en que la intención de contraerlo fue defraudar al fisco.

Otros factores a considerar son los bienes y servicios que ofrece la empresa, en relación con las necesidades periódicas de fondos, los activos aplicados a su desarrollo, así como también los términos contractuales, las responsabilidades, riesgos y beneficios, las estrategias económicas, y el contexto económico.

Más allá de la intención que se tuvo al contraer un empréstito, cabría evaluar al momento de considerarlo ajustado a la realidad económica de la operación, si a través de la forma elegida pueden atribuirse los beneficios obtenidos a cada parte interviniente sin que se estén trasladando beneficios a otra empresa, accionista o en su caso al exterior, considerando para ello, si esa operación podría haberse efectuado como un aporte de capital.

En ese caso por aplicación del principio no habría motivo para no impugnar el gasto con ajuste al criterio que se trata, habida cuenta que se intenta determinar la **base de imposición** de la empresa que lo contrae en la medida de su **capacidad contributiva**.

En otro orden, es de hacer mención que el decreto reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias, en su artículo 121.1.4., sólo utiliza el concepto para establecer que cuando la realidad económica indique que una deuda financiera ha sido encubierta a través de la utilización de formas no apropiadas a su verdadera naturaleza, dichas deudas se incluyen dentro del monto total del pasivo a los fines del cálculo del límite deducible previsto en el tercer párrafo del inciso a) del artículo 81 de la ley.

Ello no impediría que se utilice el criterio para el resto de los casos, por aplicación del artículo 2° de la ley de procedimiento fiscal.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la utilización de este principio como criterio general en el caso, traería aparejado elevados costos de fiscalización y

determinación de la obligación tributaria, posibles costos de controversias judiciales para ambas partes -fisco-contribuyente- e incertidumbre en las decisiones empresarias.

3.1.2. ABUSO DE DERECHO

Antonio H. Figueroa (40) señala que "Las medidas encaminadas a combatir la evasión pueden adoptar diversas formas. Las normas de algunos países requerirán que las autoridades fiscales examinen la naturaleza y las condiciones de la aportación de capital en que se basa el pago pertinente y decidan, a la luz de todos los hechos y circunstancias, si el verdadero carácter de esa aportación fue deuda o patrimonio, ajustando en consecuencia el impuesto. Otras administraciones fiscales utilizarán, cuando existan en su legislación general contra la evasión fiscal, las disposiciones encaminadas a impedir el uso abusivo de las leyes, las normas que permitan la sustitución de la forma por el fondo, o las disposiciones que autoricen a no tener en cuenta actos anormales de gestión. Las normas de algunos países establecen que los préstamos de empresas asociadas sean tratados como aportaciones patrimoniales en la medida en que la prestataria fuera financiada, en una situación de independencia mediante patrimonio y no mediante deuda".

Menciona Piltz (41) que otros países estiman que la financiación excesiva por empréstito de una sociedad de capitales por su accionista no residente, constituye un abuso de los medios de derecho con objeto de reducir la carga financiera del Estado de la fuente.

Los efectos jurídicos de un abuso de derecho son tales que el capital acreedor queda convertido en capital propio y los intereses en dividendos, con todas las consecuencias correspondientes.

En los países bajos se utiliza el concepto de fraude a la ley.

3.1.3. PRINCIPIO DE ARM'S LENGTH

En materia de renta mundial como ya se dijo rige en la actualidad la determinación de contraprestaciones entre empresas vinculadas como si se tratara de partes

independientes. Aspecto contemplado en la regulación de la renta mundial.

Señala Ariel E. Wolfshon (42) respecto del precio determinado conforme al principio arm's length que "Dicho valor representa el precio que se hubiera acordado en una transacción entre partes independientes, llevada a cabo en condiciones idénticas o similares a las negociadas entre las partes relacionadas".

Resulta aplicables respecto de las operaciones realizadas interfronterizas tendientes a determinar si el precio pactado se ajusta el principio mencionado sostenido por el artículo 15 de la ley del impuesto a las ganancias. Estos se basan en comparar las operaciones con transacciones no controladas.

Expresa Antonio H. Figueroa (43) que en transacciones internacionales la adopción del principio "Arm's length rule" como principio rector se inició al comienzo de la década de los sesenta y concluye en 1968 con el dictado por parte del Departamento del Tesoro y del Servicio de Rentas Interno (IRS), regla ésta que como se comentó al considerar las pautas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), contó con un amplio grado de aceptación internacional.

Respecto de la subcapitalización la aplicación del criterio es mencionado por María A. Jauregui y Alé (44) como "la proporción entre el volumen de recursos propios y ajenos procedentes directa o indirectamente de accionistas o sociedades de un grupo económico supera la proporción que podría considerarse normal en una situación de libre competencia".

Señala además las dificultades que se presentan en la práctica por la aplicación del principio de libre competencia, dado que obliga a una análisis muy complejo del concepto de financiación normal en el mercado perfecto, caracterizado por la diversidad y múltiples alternativas que presentan los mercados financieros.

Vicchi (45) expone que el método correctivo que más se adapta al principio en análisis es el sistema subjetivo que se basa en un análisis caso por caso, para lo cual se tienen en cuenta distintas circunstancias que se presentan en cada uno ellos, con el fin de determinar si cada operación de préstamo efectuada entre partes vinculadas conlleva una maniobra de subcapitalización. Entre los factores a considerar se encuentra la condición

del pago de intereses, a que existan utilidades o la convertibilidad del préstamo en acciones.

Es dable señalar que la subcapitalización no siempre se da por un préstamo otorgado por un accionista sino que puede ocurrir que se trate de un inversor que en lugar de optar por un aporte de capital elija el préstamo, con otro tipo influencia diferente al control patrimonial en la empresa prestataria.

El principio tiene origen en países de Europa continental y se refiere a beneficios de accionistas mayoritarios; también durante la Primera Guerra Mundial en el Reino Unido de Gran Bretaña y en Estados Unidos. Lo recoge asimismo el artículo 9° del Modelo de Convenio OCDE y Naciones Unidas.

El principio de arm's length aplicado a situaciones de hecho podría evitar la disposición de reglas de capitalización exigua en base a índices, no obstante requería evaluar la situación económica y financiera de una compañía en un momento en particular.

Respecto de la compañía prestataria destinataria de las medidas correctivas, la financiación de sus negocios a través de préstamos resultaría rentable y por lo tanto ajustado a políticas razonables para la empresa, siempre que el interés resulte inferior o igual a la rentabilidad de la empresa, medidos ambos conceptos en iguales períodos de tiempo. En caso contrario en que la tasa de interés del préstamo resulte superior al porcentaje de rendimiento del capital propio, a largo plazo el primero tendería a reducir cada vez más al segundo, en ese caso la decisión de financiar la empresa a través de préstamos no resultaría ajustada a un criterio razonable.

Una posible consecuencia de la aplicación de reglas contra la subcapitalización es considerar que las compañías débiles económicamente soportan altas tasas de interés y si a ello se suma la aplicación de límites a la deducibilidad en la práctica no hace más que incrementar las pérdidas de la compañía.

La aplicación del criterio partes independientes el caso compañías no rentables a través de tasas de mercado no constituyen un parámetro confiable, debiendo demostrar la empresa que esa transacción es comercialmente justificable y la autoridades impositivas deben demostrar que ellas son abusivas.

En ese sentido, si el resultado de la decisión fuera desfavorable a la empresa, se estaría cuestionando un mal negocio, y al mismo tiempo presumiendo una intención en un caso de determinación presuntiva, resultando esto último cuestionado y desechado en el derecho tributario.

Con referencia a ello, cabe traer a mención un antecedente jurisprudencial del Tribunal Fiscal de la Nación, nominación 12, del 11/7/1977, en el caso Alpargatas S.A.I. y C. en el que se dijo que "Las diferencias de tasas en contra de la apelante no pueden válidamente constituir un elemento de juicio para impugnar la deducción de los intereses pagados por los préstamos, en razón de que más allá de las pérdidas que puedan derivar para la empresa de una contingente diferencia de tasas en su contra, diversas motivaciones existen no mensurables en términos de utilidad o pérdida que las empresas ponderan para formalizar, no obstante, operaciones como las cuestionadas".

La jurisprudencia obrante en el país es un pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, en la causa Hauni Latinoamericana S.A., 16/9/80, en la que se impugna una deducción de intereses realizada por una empresa local proveniente de un préstamo realizado por su controlante, dado que no se relacionaba con el capital, reservas, bienes del activo fijo, ni con el volumen de operaciones de la empresa, no considerándose como efectuados entre partes independientes.

En dicho caso se dijo "Las circunstancias atinentes al supuesto préstamo que le habría concedido la casa matriz a su filial argentina, no consiente caracterización como una operación de crédito normal en la que entidad local actuase como un tercero frente a la sociedad extranjera. Por el contrario, su elevadísimo monto en relación al capital y a las reservas libres de la apelante e incluso a valores de los bienes de su activo fijo y al volumen de sus operaciones en plaza en el período que se concede, como así también la extemporaneidad en el cumplimiento de los servicios, la ausencia del plazo expreso de devolución y de garantía real o personal para el pretendido mutuo, llevan a la convicción de que se trata de una operación absolutamente excepcional, que la sociedad recurrente no hubiera podido convenir en análogas condiciones con una empresa independiente del exterior, por lo que la pretensión de la actora no puede prosperar".

"El artículo 14 de la ley del impuesto a los réditos (1° y 2° párrafo) y el artículo 12 de su decreto

reglamentario tienen por finalidad -en aquellos casos en que la utilidad queda indebidamente disminuída no tanto como consecuencia de la vinculación económica sino por asignarse a las prestaciones valores que no responden a la realidad- alcanzar el montante de la renta que debe declararse como de fuente argentina y que no es incluida en la liquidación impositiva de la sociedad local, por fijarse en la negociación valores distintos de los que hubieran convenido entidades independientes”.

Por ello, a los fines de la aplicación del este principio deberían fijarse distinto tipo de parámetros. La alternativa de optar por préstamos de dinero o aportes de capital maneja aspectos totalmente distintos que los que rigen la venta de cosas muebles o la prestación de servicios, pues en estos casos basta con compararlo con otras empresas del mercado o a falta de ellas con otras operaciones de la propia compañía, no resultando un aspecto a considerar la decisión de comprar o contratar un servicio. Respecto de la decisión de comprar las cosas muebles se incorporan al patrimonio como activo y los servicios deben relacionarse con la necesaria relación o su utilidad a los fines de la obtención de ganancias gravada para admitir su deducción.

Mientras que en la utilización de estas dos herramientas -capital o préstamo- se parte de aspectos económicos tales como el riesgo, el rendimiento, la tasa de interés respecto del porcentaje de utilidad, la operatoria a financiar, la continuidad de su utilización, la necesidad de capital permanente o temporario, la rentabilidad de la empresa, y en ese sentido la comparación aislada con operaciones de mercado no ofrecería resultados determinantes, debiendo evaluar la situación económica de la empresa en un todo.

Destacó Vicchi (46) que en materia de precios de transferencia el propósito es una guía de acción para ajustar los precios pactados entre las compañías en la parte que exceda a lo pactado entre partes independientes, mientras que en la figura de subcapitalización se pone en tela de juicio la naturaleza misma de la operación.

De ahí la diferencia y dificultad en determinar a través de la aplicación de un método la solución al problema.

Finalmente, cabe destacar que el rechazo de la aplicación de este criterio se fundamenta en que el costo de fiscalización y determinación es elevado y consumiría mucho tiempo y al mismo tiempo que dejar librado a la

completamente al criterio de la Administración Tributaria podría conducir a la incertidumbre, aspecto este último criticado por Adam Smith (47) en el sentido que "La inseguridad del impuesto estimula toda insolencia y favorece la corrupción de una categoría de personas que son por naturaleza impopulares, incluso cuando no son insolentes ni corrompidas... La existencia de un importante grado de desigualdad no es un mal tan grande como la de un grado pequeñísimo de incertidumbre".

A favor de este criterio se dijo que el problema de la capitalización exigua es análogo con el problema de precios de transferencia y que el mismo provee un razonable y comprensible tratamiento del problema, aún cuando deben considerarse desde una óptica diferente.

3.1.4. REGLAS DE CAPITALIZACION EXIGUA

Como norma positiva y axiomática se regula una relación fija entre el capital propio y capital acreedor superado el cual corresponde impugnar la deducción y recategorizar el interés como dividendo.

Este constituye un nivel de seguridad que tiende a simplificar la fiscalización de la legalidad de la operación de préstamo, al mismo tiempo que resultaría un parámetro conocido por el contribuyente a la hora de la definir la obligación tributaria.

En la determinación del coeficiente de endeudamiento, cabría contemplar distintas situaciones: el tipo de prestatario en cuanto a que se trata de un accionista o también terceros independientes, o también préstamos bancarios; si se trata accionistas residentes o no residentes; la naturaleza del capital acreedor en relación con el interés que devenga: fijo o sujeto a la obtención de beneficios por parte de la sociedad; el tipo de bien que financia con referencia a si se trata de un préstamo financiero o si se trata de un crédito prendario, hipotecario o relacionado con los insumos de la sociedad; la tasa de interés aplicada; y el tipo de compañía, deficitaria o que obtenga beneficios, que se trate de una pequeña empresa o un conjunto empresario.

Así como también cabe considerar que los índices empleados pueden relacionar los préstamos con el capital y/o los intereses con las utilidades de la empresa. En

este último caso se estaría considerando la **tasa de interés aplicable** al préstamo obtenido para determinar si el mismo se ajusta un comportamiento económico razonable o si la figura sólo persigue beneficios impositivos.

La determinación de un sólo índice basado en la relación capital endeudamiento presentaría el inconveniente de omitir considerar la tasa de interés aplicada, y la relación de la pérdida con la utilidad empresaria.

Como regla general se utiliza en la mayoría de los países el coeficiente de endeudamiento: 1:1,5 ; 1:2 ; 1:3.

Es de destacar que este método de corrección objetivo debería admitir que el contribuyente pueda aportar **prueba en contrario** a los fines de resultar adaptado al principio de partes independientes.

Destaca Cordón Ezquerro (48) que "Cuando medie un convenio para evitar la doble imposición y a condición de reciprocidad, los sujetos pasivos podrán someter a la Administración Tributaria, en los términos del artículo 16.6 de esta Ley, una propuesta para la aplicación de un coeficiente distinto al establecido en el apartado 1. La propuesta se fundamentará en el endeudamiento que el sujeto pasivo hubiese podido obtener en condiciones normales de mercado de personas o entidades no vinculadas".

Sólo en ese caso la legislación española admite prueba en contrario del endeudamiento, criterio que no resulta equitativo para el resto de los contribuyentes que pueden atravesar una situación similar.

Como también el **capital acreedor** resulta objeto de numerosas definiciones, en algunos casos se toma el préstamo obtenido de terceros o accionistas que no resulten proveedores de insumos de la empresa, y que financien el activo en general.

Concepto que se aprecia vinculado con la definición del problema de subcapitalización que intenta determinar cuando un préstamo en los hechos es un aporte de capital.

Aún cuando en economías como la nuestra el mercado minorista está concentrado en pocos vendedores (supermercados) que imponen precios y condiciones de financiación, transfiriendo en los hechos el riesgo de su negocio al proveedor, en cuyo caso se advierte que el proveedor es un verdadero asociado del minorista,

financiando además su negocio. El interés abonado al proveedor por el minorista que contrata en las condiciones apuntadas podría ser cuestionado desde el criterio de partes independientes o de la realidad económica.

Expresa Antonio H. Figueroa (49) que "El capital de una empresa puede ser proporcionado por una empresa matriz no sólo en forma de dinero -ya sea como crédito o como aportación de capital social- sino también en forma de bienes físicos o de tecnología, que también pueden haberse prestado o aportado a cambio de acciones. Pero en esencia el problema de la capitalización exigua reside en que el capital aportado pueda ser deuda o capital social aportado en efectivo o en especie".

Por su parte, señala Piltz (50) que la legislación australiana contempla normas respecto de la creación de deuda. Mediante éstas los intereses no pueden deducirse cuando remuneran un préstamo que una empresa extranjera vinculada concede ante la venta de bienes a la residente en Australia (préstamo vinculado al precio de compra. De esa manera expresa que se impide que los accionistas no residentes conviertan en capital acreedor fondos de sociedades de capitales considerados como capital propio.

Otra modalidad expuesta por el mencionado autor es que el accionista extranjero compre bienes y deje su uso a la sociedad de capitales residente mediante un contrato de alquiler, arriendo o licencia. La remuneraciones abonadas bajo esa modalidad reducirían la base de imposición al igual que los intereses.

Dicho aspecto no es receptado por la legislación argentina, que sólo se dirige al endeudamiento de carácter financiero -cfr. artículo 121.1.2 de la reglamentación- sin incluir dentro del monto del pasivo a los fines del cálculo del límite a las deudas laborales, fiscales, previsionales, ni aquellas generadas por las adquisiciones de bienes, locaciones y prestaciones de servicios relacionadas con el giro del negocio.

En algunos países cuando el interés depende de la obtención de utilidades de la empresa el coeficiente capital-préstamo resulta mucho más estricto pasando de 1:3 a 1:05, habida cuenta que las características del mismo se identifican más con un aporte de capital.

En nuestra legislación no se regularon discriminaciones en el tratamiento para ese tipo de operación.

Por otra parte en nuestra legislación no se discriminó el origen del préstamo en cuanto a que provenga de un **accionista o empresa vinculada o un tercero** resultado aplicable para cualquier tercero residente en el país. No resultando aplicable los ratios en caso de préstamos obtenidos desde el exterior contraídos con sujetos que no sean entidades bancarias radicadas en países en los que sus Bancos Centrales adoptan normas del Comité de Basilea respecto de los cuales se optó por aplicar otra solución alcanzándolos con la alícuota 35% sobre la presunción de base máxima.

En España, señala Cordón Ezquerro (51) las reglas resultan aplicables cuando existe una sociedad residente perceptora de los fondos y las personas o entidades no residentes que aporten de los mismos y entre éstas exista vinculación.

También cabría considerar el caso de financiación back to back cuando el préstamo sea concedido por una entidad financiera y el accionista no residente aumenta por su parte un depósito en el banco. En ese caso aún cuando el banco esté radicado en el mismo país de la entidad pagadora, los intereses que ésta paga al accionista del exterior son deducibles de la base imponible del banco, por lo tanto el efecto es el mismo.

En el caso en que el empréstito contraído dé la posibilidad de recurrir al accionista no residente (por garantías o fianzas) cabría la misma conclusión que en el párrafo anterior. Este caso es regulado en Alemania, España, Estados Unidos, Portugal.

En España se presenta a través de la regulación del endeudamiento indirecto mediante el cual existe una compañía no residente vinculada que en definitiva efectúa el préstamo a un tercero que contrata directamente con la sociedad.

Se aprecia que ante financiaciones híbridas no debiera admitirse deducción alguna por remuneración del capital, como el caso de Alemania, dado que tiene características similares al capital acreedor, dado que comparten el riesgo empresario.

En el caso en que se determina el tributo de la sociedad residente por el grupo empresario respecto de otras sociedades no residentes la consideración de la subcapitalización no tendría efecto fiscal. Ello es adoptado por la legislación de México.

La legislación argentina contempla la atribución del resultado impositivo de fuente extranjera a los titulares residentes en el país de establecimientos estables instalados en el exterior, o sociedades por acciones respecto de la renta pasiva que estén ubicadas en paraísos fiscales, o sociedades de personas o explotaciones unipersonales, por lo que en esos casos podría deducirse que los intereses deducidos se compensan.

Empero la renta de fuente extranjera tributó en el exterior, generando un pago a cuenta por tributos análogos pagados en el exterior, con la consecuente pérdida de recaudación.

En ese sentido, el artículo 130 de la ley de impuesto a las ganancias establece que las transacciones realizadas por los establecimiento permanente instalados en el exterior deben ajustarse a operaciones entre partes independientes, debiendo ajustarse en el caso en que no se realicen de acuerdo con ello.

No obstante, las reglas de capitalización exigua son aplicables a préstamos entre sujetos del país o beneficiarios del exterior que no tengan residencia estable en el país comprendidos en el punto 1 del inciso c) del artículo 93, es decir, en los casos en que el tomador sea una entidad financiera comprendida en la ley N° 21526 o cuando el tomador sea otro sujeto y el acreedor una entidad financiera ubicada en un país que aplica Estándares de supervisión de Basilea.

Algunos países contemplan la aplicación de distintos índices a entidades financieras y de seguros. Así también debiera considerarse la situación de empresas en expansión, la pequeña y mediana empresa que requiere del endeudamiento para su expansión. Situación que podría solucionarse con la admisión de prueba en contrario respecto del índice regulado para estos casos.

Como corolario se advierte que la regulación de reglas en base a índices no presentaría los problemas de la aplicación del principio de realidad económica y arm's length en cuanto a los costos de fiscalización y determinación, la incertidumbre empresarial, y las controversias que ambos criterios presentarían si no se complementan con disposiciones como la examinada en el presente punto. No obstante en mérito a la equidad y la neutralidad en la tributación cabría admitir prueba en contrario cuando las circunstancias lo ameriten.

Cabe señalar además que la discriminación de la aplicación de reglas de subcapitalización según se trate de sujetos residentes y no residentes da lugar a la consideración del principio de no discriminación y en caso de que el país extranjero no adopte similar clasificación en relación a la recategorización del concepto enfrentaría la doble imposición internacional que se tratan seguidamente.

3.1.5. NO DISCRIMINACION

La no discriminación es una de las cuestiones que surgieron a raíz de la adopción de medidas correctivas de capitalización exigua. Conforme a ello no es admisible regular un tratamiento diferente en razón de la nacionalidad de los sujetos, cuestionándose bajo ese principio si es razonable su aplicación sólo para corporaciones extranjeras.

En Alemania se consideró que el interés entre vinculadas constituía un capital escondido y como una forma de evitar impuesto. En marzo de 1987 se dictó una directiva mediante la cual las autoridades considerarían préstamos de controlantes como un capital escondido y el interés como dividendos.

En Gran Bretaña la regla de capitalización exigua en el impuesto a los Ingresos y Corporación se aplicó desde 1970 y consideraba que el pago de intereses debería contemplarse como dividendos y no era deducible si una subsidiaria residente en ese país quien pagó intereses a su compañía pariente extranjera propietaria del 75% de su stock.

En los Estados Unidos su aplicación no estaba limitada a corporaciones de ultramar -compañías parientes- pero las compañías de ese país estaban exentas. En definitiva las reglas de capitalización exigua resultan aplicadas sólo para corporaciones extranjeras.

La OECD dispuso la compatibilidad de la aplicación de las reglas de capitalización exigua con el Modelo de Tratado, artículo 24.

El artículo 24 de las Disposiciones Especiales regula la No discriminación:

1. "Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del artículo 1, la presente disposición es también aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes".
2. "Los apátridas residentes de un Estado contratante no serán sometidos en ninguno de los Estados contratantes a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales del Estado en cuestión que se encuentren en las mismas condiciones".
3. "Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares".
4. "A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11, o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las

mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar”.

5. “Las empresas de un Estado contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquéllos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar”.
6. “No obstante las disposiciones del artículo 2, las disposiciones del presente artículo son aplicables a todos los impuestos, cualquiera sea su naturaleza o denominación”.

La jurisprudencia comunitaria europea en el caso Schumacker ha declarado la admisibilidad de un tratamiento diferenciado en función de la residencia por tratarse de situaciones no comparables, lo que ha llevado a analizar en casos concretos si residentes y no residentes se encuentran en las mismas circunstancias y además si existe alguna razón objetiva que justifique el diferente trato entre los sujetos residentes y no residentes. Cuando el diferente trato rija las consecuencias desfavorables inherentes a la ficción legal.

Por otra parte en la causa Bachmann el Tribunal aceptó como razón objetiva que ampara una diferencia de trata, la *exigencia general que supone dar coherencia al sistema tributario*. La noción de *exigencia imperativa* permitió proporcionar una solución justa al caso enjuiciado aunque con inseguridad jurídica en su aplicación.

Señala Cordon Ezquerro (52) que “... ha tenido ocasión de aplicar el criterio de proporcionalidad de la medida en relación al interés protegido, y de rechazar argumentos basados en la falta de armonización fiscal, en la necesidad de dar *coherencia* al régimen tributario, en la eficacia de los controles, en el riesgo de evasión o en la invocación de una pérdida recaudatoria para fundamentar una norma nacional que establece diferencia de trato.

Otro aspecto destacado es la consideración del efecto del sistema tributario en su totalidad, ya que la aplicación de una alícuota proporcional como la utilizada en las retenciones a rentas giradas al exterior muchas

veces es discriminatorio respecto de la aplicación de alícuotas progresivas aplicables a los residentes.

También expuso Córdón Ezquerro (53) como motivo de interés general que ampare la diferencia de trato que la medida anti-subcapitalización resulta una medida **antievásiva** o de **defensa a los ingresos tributarios** nacionales, atendiendo también al grado de implantación mundial. Por ello no debería rechazarse invocando la discriminación, máxime cuando está en juego la misma **soberanía** estatal.

Por otra parte, señala Perez de Ayala (54) que para salvar el principio de no discriminación en las medidas anti subcapitalización basta con que alternativamente se cumpla con que se respete el principio arm's length o que se aplique indistintamente a residentes y no residentes.

El modelo argentino no contempla la aplicación de medidas anti subcapitalización a préstamos efectuados por no residentes a sujetos del país, sino que el artículo 81, inciso a), tercer párrafo, de la ley, dispone que es aplicable a préstamos efectuados por residentes en el país; regulando el artículo 93 la aplicación de la retención del 35% para préstamos obtenidos desde el exterior a sujetos beneficiarios del exterior que no sean bancos. Así como también en el caso de pago de intereses a sujetos del país rige la similar aplicación de retención con la posibilidad de solicitar la no retención y/o computarlo como pago a cuenta del impuesto y de otros en caso de arrojar saldo a favor del contribuyente.

Por lo expuesto se aprecia que si bien la disposición es aplicable por algunos Estados a sujetos no residentes vinculados, no cabría entender que se viola el principio de no discriminación, habida cuenta que el índice contemplado como límite a la deducción de intereses, que puede o no admitir prueba en contrario según el país, es determinado en base a considerar un comportamiento económico acorde con la obtención del máximo beneficio para la empresa prestataria, fundamentado en el efecto palanca descrito en el punto 3.1.4. con variaciones y distintos enfoques de acuerdo con el país.

Ello concilia con la aplicación del criterio **partes independientes** que traduce el precio de mercado establecido de acuerdo con la oferta y demanda de un determinado bien o servicio en un contexto económico determinado.

En función de dicho parámetro no encontraría un tratamiento discriminatorio un préstamo que no fuera realizado acorde con el propósito lucrativo empresario, aún cuando sólo fuera aplicable a residentes en el exterior, que resultan más difíciles de fiscalizar y restan recursos al fisco de la fuente.

Se entiende además que la discriminación no está en la consideración de su aplicación a operaciones entre residentes y no residentes de igual manera, sino que se trata de aplicar la disposición de manera que se cumpla con la **justicia social** y las **finalidades económicas** que la norma intenta motivar encontrando apoyo en el principio de equidad y proporcionalidad de en las contribuciones, por ello aquellos que estén en iguales condiciones deben ser tratados de la misma manera.

Aplicado ello al tipo de norma en estudio cabe entender que la finalidad es evitar la **evasión** de recursos de un determinado Estado apoyado en que la utilización de formas que no se ajustan a prácticas normales, por ello aquellos que se refugian en la imposibilidad de ser fiscalizados por carecer la Administración Tributaria de jurisdicción sean tratados de la misma manera a través de normas acordes con la situación que presentan. Ello además encontraría reparo en la protección de la **competitividad** como bien público.

3.2.1. CRITERIOS DE VINCULACION DE LA RENTA

Señala Antonio H. Figueroa (55) que el poder de imposición que se atribuye un estado nacional responde a una definición previa que establece la jurisdicción sobre la que ejercerá el mencionado poder. A través de los principios jurisdiccionales se establece un nexo entre la renta y el sujeto activo del tributo.

Las razones de orden práctico que limitan la potestad tributaria se resumen en el principio de razonabilidad mediante el cual la ley tributaria debe establecer hecho imponibles que guarden una adecuada relación con las efectivas posibilidades de control por parte de la administración fiscal y que permitan el propósito que la ley persigue.

Los criterio utilizados para vincular al sujeto activo con el sujeto pasivo: son en función de la fuente, residencia, el domicilio, nacionalidad, o ciudadanía. En

principio la renta se grava objetivamente en el circuito económico al que pertenece y en el cual se generó. La vinculación de la renta subjetiva tiene su fundamento en el plano político o social que todos los domiciliados o residentes se ven beneficiados por él, además dicho criterio contempla el principio de capacidad contributiva del sujeto y por lo tanto la equidad.

Desde el punto de vista tributario los principios de equidad y neutralidad se ven mejor contemplados en el criterio de renta mundial.

Se debe definir la fuente nacional y la extranjera para determinar la aplicación de medidas tendientes a eximir la doble imposición.

Los métodos destinados a evitar la doble imposición internacional son exención total, exención parcial, imputación total o imputación limitada, tax sparing y tax deferral.

En nuestro país es posible el cómputo como pago a cuenta del impuesto a las ganancias de las sumas efectivamente abonadas por gravámenes análogos, sobre sus actividades en el extranjero, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia obtenida en el exterior -cfr. art. 1º de la ley de impuesto a las ganancias-.

Los problemas de doble imposición en el caso en estudio provienen no sólo de gravar un mismo concepto por dos países diferentes sino que vienen por la aplicación del mismo ajuste por dos jurisdicciones distintas, aspecto que resulta necesario a la hora de determinar la neutralidad, equidad y el resto de los principios que resultan aplicables.

3.2.2. DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL

Existe doble imposición internacional, en un sentido amplio o económico, cuando el mismo o semejante impuesto es percibido por varios Estados, en virtud de un mismo presupuesto de hecho y para un mismo período de tiempo. Si a esta definición le agregamos la expresión "y de la misma persona", se obtiene el concepto en sentido estricto.

Las causas que provocan la doble imposición internacional están ligadas con los criterios definitorios del hecho imponible de un determinado impuesto, por países diferentes. Esto ocurre cuando uno de los países involucrados utilice como criterio de sujeción el nexo personal, mientras que otro aplique el nexo económico.

Dentro de estos tipos también se produce doble imposición cuando dos estados aún cuando escojan el mismo criterio de vinculación definan el nexo a utilizar de diferente manera o utilicen en forma conjunta ambos criterios.

En el caso en estudio adquiere importancia destacar que el ajuste que se realice como consecuencia de la recategorización de un interés como dividendo provocaría frente al modelo argentino que ese concepto en el país de la fuente se grave en cabeza de la sociedad y el país extranjero no sufriría una incidencia mayor habida cuenta que sufriría igual imposición. No obstante en otros casos cabría analizar si la recategorización es admitida por otros países.

Otro aspecto que incide en la doble imposición es el ajuste de la tasa de interés por no responder a parámetros normales de mercado. Ese ajuste no debe conducir a aumentar los beneficios imponibles de la empresa más allá de la cuantía correspondiente a una operación entre empresas independientes -cfr. modelo OCDE.

Si bien no existen normas específicas en el modelo argentino tendiente a determinar el ajuste de la tasa de interés cabría aplicar las tasas vigentes en el país que otorga el préstamo, y en aquellos países que se apliquen ratios de endeudamiento admitir que aporte en cada caso en particular prueba en contrario apoyada en arm's length criterio.

El Modelo de Convenio Fiscal de la OECD trata los Métodos para eliminar la doble imposición en el artículo 23: A) Método de Exención y B) Método de Imputación.

- A) 1. Cuando un residente en un Estado contratante obtenga rentas o posea elementos patrimoniales que de acuerdo con el convenio pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primero dejará exentas tales rentas o elementos patrimoniales, sin perjuicio de lo dispuesto en el punto 2 y 3.

- A) 2. Cuando un residente en un Estado contratante obtenga rentas que de acuerdo con los artículos 10 y 11 deban someterse a imposición en el otro Estado contratante, el primero admitirá la deducción del impuesto sobre las rentas de dicho residente de un importe igual al impuesto pagado en ese otro Estado. Dicha deducción no podrá exceder la parte del impuesto calculado antes de la deducción, correspondiente a las rentas obtenidas en ese otro Estado.
- A) 3. Cuando las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentos de impuesto en ese Estado, dicho Estado podrá no obstante tener en cuenta la rentas o patrimonio exentos a efectos de calcular el importe del impuesto sobre el resto de las rentas o el patrimonio de dicho residente.
- B) 1. Cuando un residente de un Estado contratante obtenga rentas o posea patrimonio que puedan someterse a imposición en otro Estado contratante, el estado de residencia admitirá el cómputo del impuesto sobre las rentas o sobre el patrimonio pagado en otro estado que no puede exceder el impuesto calculado sin la incorporación de dichas rentas o patrimonio.
- B) 2. Si las rentas obtenidas por un residente en un Estado contratante o el patrimonio que posea estén exentas de conformidad con el convenio podrá tomarla en cuenta para el cálculo del impuesto sobre el resto de las rentas o patrimonio gravado.

Ya se hizo mención a los casos en que se produce doble imposición internacional, ya sea cuando se reclasifica interés como dividendo y se gravan los dividendos como en el caso en que el interés es ajustado en base a la tasa utilizada.

En el marco del modelo de convenio OECD debe acordarse una solución cuando el país fuente reclasifica el interés como dividendo y la actitud que adopta el país de residencia, en cuanto a si debe adoptar la reclasificación o seguir considerándolo intereses.

El artículo 9° del modelo de convenio establece normas tendientes a determinar la aplicación del arm's length criterio cuando las empresas radicadas en diferentes países se hallen vinculadas, ya sea por la dirección, el control o el capital de las empresas. Establece además que en el caso en que un estado haya percibido impuesto sobre beneficios que no correspondía a una empresa independiente, realizará un ajuste sobre los percibido en esos términos.

Los artículos 10 y 11 del Modelo de Convenio OCDE referido a intereses y dividendos contemplan casos en que el residente de otro Estado posea establecimientos estables o base fija de negocios en el Estado de la sociedad pagadora del dividendos o intereses, en ese caso si la participación o la inversión que genera el dividendo o interés está vinculada a dicho establecimiento son imponibles en ese Estado.

Así como también contempla el caso en que el interés pactado sea superior al que hubiera correspondido pudiendo otorgar al excedente el tratamiento que las normas del país contratante disponen.

Dentro de estas disposiciones debería aplicarse normas locales tendientes a definir intereses, patrimonio, y establecerse índices fijos que muchas veces resultan inconsistentes con el tipo de industria o negocio llevado a cabo.

Esas diferentes definiciones e índices creados por los distintos países pueden resultar inapropiados en una amplio rango de situaciones, al mismo tiempo que la diferencia de tratamiento provoca la imposición en varios países.

Teodoro Cordón Ezquerro (56) manifiesta que la recalificación cumple con el requisito de neutralidad fiscal y también su escepticismo en cuanto a que el Estado de residencia vaya a admitir la recalificación, aún cuando las directivas comunitarias referidas a la eliminación de la doble imposición sobre los beneficios de empresas asociadas obliga a practicar ajustes bilaterales.

- (29) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General para el Congreso de la International Fiscal Association realizada en Ginebra en 1996, Cahier de Droit Fiscal International volumen LXXXIb, pág. 215.
- (30) Cordón Ezquerro, Teodoro, en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 293.
- (31) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General para el Congreso de la International Fiscal Association realizada en Ginebra en 1996, Cahier de Droit Fiscal International volumen LXXXIb, pág. 217.
- (32) Vicchi, Juan Carlos Directivas generales para los trabajos sobre tema II del relator general del VIII Congreso Tributario de Pinamar, octubre 2000, pág. 19
- (33) Cordón Ezquerro, Teodoro en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 284.
- (34) Jarach, Dino, en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, tercera edición, Abeledo Perrot, pág. 549.
- (35) Jarach, Dino, en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, tercera edición, Abeledo Perrot, pág. 515.
- (36) Schindel, Angel, en su artículo Metodología del Derecho Tributario, publicado en La Información T. LVIII, pág. 222.
- (37) Celdeiro, Ernesto Carlos en su obra Procedimiento Tributario 1, Ediciones Nueva Técnica S.R.L., pág. 117.
- (38) Jarach, Dino, en su obra Curso Superior de Derecho Tributario, Editorial Linceo Profesional Cima, pág. 274.
- (39) Araujo Falcao en El Hecho Generador de la Obligación Tributaria, De. Depalma, Bs. As., 1964, página 48.
- (40) Figueroa, Antonio H. en su artículo Precios de Transferencia Implicancias y Recomendaciones, publicado en Boletín de la Dirección General Impositiva N° 512-1996, La Ley.
- (41) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General para el Congreso de la International Fiscal Association realizada en Ginebra en 1996, Cahier de Droit Fiscal International volumen LXXXIb, pág. 230/1.
- (42) Wolfshon, Ariel E. en su libro Precios de Transferencia, Editorial Errepar, pág. 47.
- (43) Figueroa, Antonio H., en su artículo Precios de Transferencia, Implicancias y Recomendaciones, Boletín de la Dirección General Impositiva N° 512-1996, La Ley.
- (44) Jáuregui, María A, Alé, María E., citado por el relator general del VIII Congreso Tributario, en Pinamar, octubre 2000, pág. 578.

(45) Vicchi, Juan Carlos, en el informe de relatoría general del VIII Congreso Tributario, en Pinamar, octubre 2000, pág. 583.

(46) Vicchi, Juan Carlos, en el informe de relatoría general del VIII Congreso Tributario, en Pinamar, octubre 2000, pág. 581.

(47) Smith, Adam, en Indagación acerca de la naturaleza y las causas de riqueza de las Naciones", Libro Quinto, Capítulo II, Parte II, Los Impuestos, Editorial Aguilar, Madrid, 1961, pág. 720.

(48) Cordon Ezquerro, Teodoro, en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 294.

(49) Figueroa, Antonio, en su artículo Precios de Transferencia Implicancias y Recomendaciones, publicado en Boletín de la Dirección General Impositiva N° 512-1996, La Ley.

(50) Piltz, Detlev, en el informe de relatoría citado, pág. 255.

(51) Cordon Ezquerro, Teodoro, en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 284.

(52) Cordon Ezquerro, Teodoro, en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 304.

(53) Cordon Ezquerro, Teodoro, en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000, pág. 306.

(54) Perez de Ayala, en El marco Fiscal de la Subcapitalización de Empresas, pág. 99.

(55) Figueroa, Antonio, en un apunte confeccionado para la carrera de Especialización en Tributación de la FCE UBA, pág. 2.

(56) Cordon Ezquerro, Teodoro en el trabajo La Subcapitalización en España: su tratamiento jurídico y las exigencias de no discriminación, presentado en el VIII Congreso Tributario de Pinamar de octubre de 2000.

4- CONVENIOS CELEBRADOS POR ARGENTINA PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION INTERNACIONAL

4.1. *Aplicación del Arm's length*

El artículo 9° del Convenio celebrado con Suecia (Ley N° 24795), con Canadá (Ley N° 24398), con Alemania (Ley N° 22025), con Francia (Ley N° 22357), Austria (22589), con Brasil (22675), con Italia (ley N° 22747), EEUU, con España (ley N° 24258), con Finlandia (ley N° 24654), Gran Bretaña e Irlanda del Norte (ley N° 24727), Dinamarca (ley N°24838), Bélgica (ley N° 24850), Países Bajos (ley N° 24933), Australia (ley N° 25238) contempla que cuando una empresa o persona ubicada en un Estado participe directamente o indirectamente en la dirección, el control o el capital de otra empresa ubicada en otro Estado y mantengan relaciones comerciales o financieras en condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las acordadas por empresas independientes, los beneficios que hubieran obtenido de no darse estas condiciones son sometidos a imposición en consecuencia.

Asimismo, el Convenio con EEUU contempla que como consecuencia de haber obtenido beneficios que no respondan a **operaciones celebradas entre partes independientes** se procederá al ajuste del monto de impuesto percibido, intercambiando información entre los dos Estados para ello. Asimismo se prevé que el apartado 1 no limitará la aplicación de normas legislativas de cualquiera de los dos Estados Contratantes que permitan la distribución, prorrateo o asignación de rentas, deducciones, créditos o concesiones entre personas pertenecientes a controladas - directa o indirectamente- por los mismos intereses, cuando sea necesario para prevenir la **evasión de impuestos** o para reflejar con nitidez la renta de tales personas.

El convenio con Finlandia contempla además plazos de prescripción, y su no aplicación en caso de fraude, negligencia u omisión culposa. Este último aspecto también en contemplado por Dinamarca y Países Bajos.

Señala Piltz (57) respecto del artículo 9° del modelo de convenio esta norma que algunos países la toman como especie de bloqueo de las reglas contra la subcapitalización y otros que son compatibles.

Se aprecia que la disposición en el Convenio no colisiona con las reglas de subcapitalización aplicables a través de la legislación local en la medida que éstas tiendan razonablemente al propósito de la mencionada norma es decir a determinar las operaciones de manera similar a las efectuadas entre partes independientes.

Ahora bien respecto de reglas que además de tender a evitar la subcapitalización tengan propósitos extrafiscales se aprecia que prevalecerían las normas del convenio.

4.2. Dividendos

El artículo 10 del Convenio celebrado con Suecia (Ley N°24795), con Canadá (Ley N° 24398), con Alemania (ley N° 22025), con Francia (Ley N° 22357), Austria (ley N° 22589), Brasil (ley N° 22675), con Italia (Ley N° 22747), con EEUU, con España (ley N° 24258), Finlandia (ley N° 24654), Gran Bretaña e Irlanda del Norte (ley N° 24727), Dinamarca (ley N° 24838), Bélgica (ley N° 24850), Países Bajos (ley N°24933), Australia (ley N° 25238) contempla:

1- Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

El Convenio celebrado con Austria por su parte contempla que los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante serán únicamente imponibles en el Estado mencionado en primer término, pero el impuesto aplicable no podrá exceder del 15% del importe bruto de tales dividendos. Lo dispuesto en este apartado no afectará la imposición a la empresa respecto de los beneficios en virtud de los cuales los dividendos son pagados.

2- Sin embargo, estos dividendos pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que reside la sociedad (distintas a las sociedades de personas) que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el receptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del:

a) 10% del importe bruto de los dividendos, si el beneficiario efectivo es una sociedad (distinta de una sociedad de personas) que posea directamente no menos

del 25% del capital de la sociedad que paga dichos dividendos;

- b) 15% del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos.

Las disposiciones de este apartado no afectarán la imposición de la sociedad con respecto de los beneficios con cargo a los cuales son pagados los dividendos.

En el convenio con Alemania, con Francia y con Italia se contempla un único porcentaje de impuesto que no puede exceder el 15% en todos los casos.

El convenio celebrado con Austria dado que sólo puede gravar los dividendos el Estado de la sociedad emisora no prevé este tratamiento.

El convenio con Brasil no contempla un tope de impuesto a aplicar.

El convenio con EEUU contempla expresamente el tratamiento según el residente accionista esté en EEUU o Argentina: a) si está en EEUU, el impuesto que aplique Argentina no puede exceder el 20% del monto bruto de los dividendos y combinado con el impuesto a las ganancias no puede exceder el 45%. b) si el accionista es un residente en Argentina el impuesto no puede exceder el 20%.

El convenio celebrado con Finlandia contempla una norma antievasiva por la cual si se le concede un crédito de impuesto a una persona física residente en Finlandia por los dividendos pagados por una sociedad residente en Finlandia, cuando pague dividendos a un residente de Argentina sólo puede someterlo a imposición en Argentina cuando el beneficiario efectivo es el residente en Argentina.

El Convenio con Australia por su parte discrimina según se trate de dividendos originados en Australia, en cuyo caso se aplica: a) el 10% si esos dividendos se encuentran exentos de acuerdo con la legislación australiana y si son pagados a una persona que posea no menos del 10% de derecho a voto. B) el 15% en los demás casos. Si se trata del fisco Argentino: a) 10% si posee el 25% del capital social de la empresa que paga los dividendos, b) el 15% en los demás casos.

3- El término dividendos tal como está utilizado en este artículo significa las rentas de las acciones, partes de fundador, u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas

al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones conforme a la legislación del Estado del cual sea residente la sociedad que efectúe la distribución.

El tratado con Canadá y con Austria contempla además dentro de la definición a la renta de acciones o de bonos de goce, y de participaciones mineras.

El convenio con Alemania por su parte incluye las participaciones mineras, rentas del capital comanditario y distribuciones de cuotas partes de fondos de inversión.

4- Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no se aplicarán si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado Contratante, del que sea residente la sociedad que pague los dividendos, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes desde una base fija situada en él, y la participación que genera los dividendos está efectivamente vinculada con dicho establecimiento permanente o base fija. En tal caso se deberán aplicar las disposiciones del artículo 7° o del artículo 14, según corresponda.

El convenio celebrado con Austria alude a la no aplicación del apartado 1.

El convenio celebrado con Estados Unidos y Australia se refiere a la no aplicación del apartado 2.

5- Cuando una sociedad residente de un Estado Contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado Contratante, este otro Estado no puede exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que éstos dividendos sean pagados a un residente de este otro Estado o la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija situada en este otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los mismos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de este otro Estado.

El convenio con Francia contempla que un residente de la Argentina que percibe dividendos pagados por una sociedad de Francia puede obtener un reembolso del impuesto a cuenta relativo a esos dividendos que haya sido pagado, cuando procede, por la sociedad que los haya distribuido. Ese reembolso será imponible en Francia conforme las disposiciones del apartado 2. El monto bruto

del impuesto a cuenta reembolsado será considerado como un dividendo para la aplicación del conjunto de las disposiciones del presente convenio.

Por su parte, Brasil prevé que cuando una sociedad residente de Argentina tuviera un establecimiento estable en Brasil, este establecimiento puede ser sometido a un impuesto retenido en la fuente de acuerdo con la legislación brasileña.

EEUU contempla que cuando una sociedad residente en un Estado distribuya dividendos el otro estado no puede exigir ningún impuesto sobre los mismos, salvo que: a) el beneficio de estos dividendos sea un residente del otro Estado; b) la participación que genere los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente o a una base fija en este otro Estado; c) el otro Estado sea EEUU, esos beneficios se generen por beneficios atribuibles a uno o más establecimientos permanentes que la sociedad tuviera en el otro estado y siempre que esos beneficios constituyan por lo menos el 50% de la renta bruta de todas las fuentes de esa sociedad. Cuando se aplique c) y no a) y b) se aplica el apartado 2.

6- Nada de lo establecido en el presente Convenio impedirá que un Estado Contratante aplique la alícuota del impuesto dispuesta en su legislación interna, en relación a los beneficios o rentas atribuibles a un establecimiento permanente de un sociedad residente del otro Estado. Sin embargo, el monto total del impuesto exigido no podrá exceder el impuesto a la renta de sociedades aplicado sobre los beneficios de una sociedad local más el porcentaje de alícuota establecido en el apartado 2.1) de este artículo, o el porcentaje de alícuota reducida que, en cualquier caso, resulte de la aplicación del apartado 7 de este artículo para aquellas rentas o beneficios luego de la deducción del impuesto a la renta de sociedades.

El convenio con Canadá y con ciertas variantes Dinamarca prevé que la aplicación de un impuesto adicional del 10%, luego de deducir los impuesto sobre los beneficios aplicables por ese Estado distinto del referido impuesto adicional.

Este punto no es contemplado en el tratado con Alemania, ni con Austria, ni Brasil, ni Italia, ni EEUU, ni España, ni Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ni Bélgica, ni Australia.

El convenio con Francia y en forma similar Brasil, por su parte, prevén que cuando una sociedad

residente en un Estado obtenga beneficios o rentas del otro Estado no podrá someter a imposición a los dividendos pagados por la sociedad -excepto en los casos en los que tales dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o en los casos en que la participación que generen los dividendos está efectivamente vinculada con establecimiento permanente o un lugar fijo situado en ese otro Estado-, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos de las sociedades aún cuando los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficio o rentas originados en ese otro Estado.

El convenio con Finlandia contempla que Argentina puede aplicar la alícuota de impuesto dispuesta por la ley argentina en relación a los beneficios o rentas atribuibles a un establecimiento permanente que la sociedad residente de Finlandia tiene en Argentina, no pudiendo exceder el monto del impuesto aplicable a una sociedad argentina más el 10%.

El Convenio con Países Bajos contiene similar disposición el artículo 11 del tratado.

7- Si Argentina concluyera un acuerdo para evitar la doble imposición con un tercer Estado miembro de la OCDE en el cual Argentina eximiera del impuesto argentino sobre los dividendos provenientes de Argentina o limitara la tasa del impuesto, o en su caso, la condonara, de acuerdo con lo previsto en el subapartado a) del párrafo 2, dicha exención, reducción de tasa o condonación se aplicará automáticamente, según lo establecido en el subapartado 2 mencionado.

Esta última cláusula de nación más favorecida no se encuentra contemplada en el convenio con Canadá, ni con Alemania, ni con Austria, ni Brasil, ni Italia, ni EEUU, ni España, ni Finlandia, ni Gran Bretaña e Irlanda del Norte, ni Dinamarca, ni Bélgica, ni Países Bajos, ni Australia.

El convenio con Francia por su parte contempla como punto 7- cuando un residente de Francia dispone de un establecimiento permanente en la Argentina el monto total del impuesto argentino relativo a los beneficios de dicho establecimiento permanente que le sea aplicado a este establecimiento permanente como tal, a ese residente o a ambos no puede exceder el monto del impuesto exigible de acuerdo con la legislación argentina sobre los beneficios de una sociedad de capital domiciliada en Argentina, incrementado en un 15% de estos beneficios, determinados

previa deducción del impuesto procedente sobre los beneficios de las sociedades.

4.3. Intereses

El artículo 11 del convenio con Suecia, con Canadá, Alemania, Francia, Austria, Brasil, Italia, EEUU, España, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Países Bajos -artículo 12- y Australia prevén.

1- Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante podrán someterse a imposición en este último Estado.

El Convenio celebrado con Austria por su parte contempla que los intereses originados en un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante serán únicamente imponibles en el Estado mencionado en primer término, pero el impuesto aplicable no podrá exceder del 12,5% del importe bruto de tales intereses.

2- Sin embargo, estos intereses también pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no puede exceder del 12,5% del importe bruto de esos intereses.

El convenio con Alemania contempla un límite de impuesto del 10% para el caso de créditos originados en la venta de equipos industriales, comerciales o científicos o se originan en cualquier clase de préstamos concedidos por un banco, como así también los correspondientes a la financiación de obras públicas. Y el 15% en los demás casos.

El convenio con Francia e Italia prevé un límite del 20% del impuesto a aplicar sobre el importe bruto de los intereses. Finlandia del 15% de impuesto sobre el importe bruto de los intereses y siempre que sea el beneficiario efectivo.

Por su parte Austria dado que grava los intereses en el país de la fuente no contempla este punto.

Brasil y EEUU no prevén un límite de alícuota de impuesto a aplicar. A su vez EEUU contempla que el Estado

de procedencia del interés puede aplicar la legislación de ese Estado con respecto a las personas no residentes del mismo.

Dinamarca, Bélgica, Países Bajos y Australia contemplan el límite del 12% del importe bruto de ese interés.

3- No obstante las disposiciones del apartado 2;

- a) los intereses originados en Argentina estarán exentos del impuesto argentino si: el perceptor es el Estado de Suecia o una división política o una autoridad local, o el deudor es el gobierno argentino, o una subdivisión política o una autoridad local del mismo, el perceptor es el Banco de Suecia u otras entidades oficiales.
- b) Los intereses originados en el otro Estado estarán exentos del impuesto si: el perceptor es el gobierno de Argentina, una subdivisión política o una autoridad local del mismo, o el deudor es el Estado de Suecia o una subdivisión política o una autoridad local; el perceptor es el BCRA, el BNA o el BPCia. Bs. As. O alguna otra institución similar conforme a lo que pudieran acordar en su oportunidad las autoridades competentes de los Estados Contratantes.

Similar disposición contempla el convenio de Alemania, Francia, Brasil, Italia, EEUU, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Países Bajos, Australia.

- c) Los intereses originados en un Estado Contratante sobre créditos garantizados por cualquiera de los organismos mencionados o referidos en los subapartados a) o b) y pagados a un residente del otro Estado, estarán exentos del impuesto en el primer Estado mencionado;

Esta norma no es contemplada por el tratado con España que en cambio prevé que los intereses pagados a otras instituciones u organismos (comprendidas las instituciones financieras) en razón de financiaciones convenidas con ellos en el marco de acuerdos concluidos entre los gobiernos de ambos Estados Contratantes y siempre que el plazo de los mismos no sea inferior a cinco años.

El tratado con Gran Bretaña e Irlanda del Norte contempla que cuando se trate de un préstamo otorgado por un banco a una parte no vinculada con tasas preferenciales y la devolución de dicho préstamo se realiza en un período no inferior a cinco años, y el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante los intereses están exentos en el Estado donde se originan.

El tratado con Dinamarca y Bélgica contemplan que los intereses de préstamos otorgados por un período no menor a tres años, garantizado por cualquiera de los organismos mencionados en los apartados anteriores, originados en un Estado pagado a un residente de otro Estado o con tasa de interés preferencial por un período no menor a tres años sólo se someterán a imposición en ese otro Estado.

Similar disposición contiene el tratado con Países Bajos.

d) Los intereses originados en un Estado Contratante estarán exentos de impuesto en ese Estado, si el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado Contratante y si dichos intereses son pagados en función de deudas originadas como consecuencia de ventas a crédito de maquinaria o equipo industrial, comercial científico, realizada por un residente de ese otro Estado, excepto aquellos casos en que la venta se realizó, o dicha deuda se generó, entre empresas asociadas.

Similar disposición contiene el tratado con Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Países Bajos.

El convenio con Alemania, Francia, Brasil, Italia, EEUU y Australia no prevén estos últimos dos incisos.

Austria contempla que los intereses originados en créditos otorgados por instituciones bancarias que pertenezcan al Gobierno Federal de un Estado están exentos del impuesto en el otro Estado.

Dinamarca y Bélgica contemplan que se encuentra sometido a imposición en el Estado de residencia del acreedor los intereses originados en el Estado de la fuente, o también si el perceptor es una empresa y es el beneficiario efectivo, y el interés pagado con respecto a deudas originadas por la venta de cualquier mercadería, equipo industrial, comercial o científico, excepto cuando la venta se realiza o la deuda se contrae entre personas vinculadas.

4- El término intereses empleado en el presente artículo, significa los rendimientos de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantías hipotecaria, o cláusula de participación en los beneficios del deudor, y especialmente las rentas de fondos públicos y bonos u obligaciones, incluidas las primas y los premios relacionados con dichos fondos públicos, fondos u

obligaciones. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran como intereses a efectos del presente artículo.

El convenio con Canadá no incluye las cláusulas de participación en los beneficios del deudor, y excluye aquellos conceptos que deban considerarse beneficio empresario o dividendos.

El convenio con Alemania, con Francia, Brasil incluye dentro de la definición al derecho a participar en las utilidades.

Austria por su parte incluye dentro del término los montos originados en el diferimiento de pagos relacionados con la entrega de bienes o mercaderías o con la prestación de servicios.

Gran Bretaña y Australia contempla que el término interés no incluye a los dividendos tratados en el artículo 10.

5- Las disposiciones de los apartados 1, 2 y 3 no se aplican si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un estado contratante, ejerce en el otro estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad por medio de un establecimiento permanente situado en éste otro estado o presta servicios personales independientes por medio de una base fija situada en él, con los que el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente con ese establecimiento permanente o base fija. En estos casos se aplican las disposiciones de beneficios empresariales y de servicios personales independientes.

El convenio con Canadá y Australia sólo se refiere a la no aplicabilidad de la disposición del apartado 2 únicamente y el de Alemania y Austria del apartado 1 únicamente; Brasil, Italia, España, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, los apartados 1 y 2.

España contempla que la medida se aplica cuando los intereses estén vinculados con actividades comerciales idénticas a las desarrolladas por medio de un establecimiento permanente.

Por su parte, Italia hace referencia a la aplicación de la legislación interna para los casos contemplados en ese punto.

6- Los intereses se considerarán procedentes de un Estado cuando el deudor es el propio Estado, una subdivisión política, una autoridad local o un residente en este estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses residente o no, tenga en un estado contratante un establecimiento permanente o una base fija vinculado con el cual se halla contraído la deuda y dicho establecimiento o base soporta la carga de los mismos, estos se considerarán procedentes del estado donde esté el establecimiento o base.

7- Cuando en virtud de una relación especial existente entre el deudor y el beneficiario efectivo de los intereses o de las que mantengan con terceros, el importe de los intereses pagados exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo se aplicarán a este último importe. En este caso el excedente puede gravarse de acuerdo a la legislación de cada estado.

Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Países Bajos y Australia, agregan "teniendo en cuenta además las disposiciones del Convenio".

8- Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el préstamo es otorgado con el objetivo principal de obtener las ventajas de este artículo.

Este punto no es contemplado en la legislación de Canadá, ni de Alemania, ni con Francia, ni Austria, ni Brasil, ni Italia, ni EEUU, ni España, ni Finlandia, ni Dinamarca, ni Bélgica, ni Países Bajos, ni Australia.

EEUU prevé una disposición que expresa: un Estado no puede exigir impuesto sobre los intereses pagados por un residente del otro Estado Contratante, excepto en la medida que: a) el beneficiario efectivo de esos intereses sea un residente del primer Estado, b) el crédito, respecto del cual se paga el interés, esté efectivamente relacionado con un establecimiento permanente o una base fija situado en el primer Estado o c) esos intereses se originen en el primer Estado.

Gran Bretaña contempla como punto 8 que la reducción o exención de impuesto prevista en los apartados 2 y 3 del presente artículo no se aplica si el beneficiario efectivo del interés: a) está exento del impuesto a la renta en el Estado del cual es residente, b) vende o realiza para vender un holding en el cual dicho interés es obtenido dentro de los tres meses de la fecha que dicho beneficiario efectivo adquirió el holding.

Así también UK contempla como punto 9 una disposición similar a la prevista en este punto 8.

9- Si Argentina concluyera un convenio con un tercer Estado miembro de la OCDE en el cual Argentina eximiera del impuesto argentino sobre los intereses provenientes de Argentina o limitara la tasa del impuesto, o en su caso, la condonara, de acuerdo con lo previsto en el subapartado a) del párrafo 2, dicha exención, reducción de tasa o condonación se aplicará automáticamente, según lo establecido en el subapartado 2 mencionado.

Este punto no es contemplado en la legislación de Canadá, ni de Alemania, ni con Francia, ni Austria, ni Brasil, ni Italia, ni EEUU, ni España, ni Finlandia, ni Dinamarca, ni Bélgica, ni Países Bajos, ni Australia.

4.4. *No discriminación y procedimiento amistoso.*

Los artículos 24 y 25 del Convenio con Suecia, con Canadá, con Alemania, con Francia, con Austria, con Brasil, con Italia, con EEUU, con España, con Finlandia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Dinamarca, Bélgica, Países Bajos, contemplan normas destinadas a evitar la discriminación entre el tratamiento a empresas locales respecto de las extranjeras, así como también un procedimiento amistoso para resolver las diferencias de interpretación.

Australia contempla un procedimiento amistoso para resolver las diferencias de interpretación y el intercambio de información respecto de las operaciones reguladas por el convenio.

4.5. *Convenios de Bolivia y Chile*

BOLIVIA: Ley N° 21780

CHILE: Ley N° 23228

Los intereses provenientes de créditos sólo serán gravados en el Estado en donde se utiliza el crédito. Salvo prueba en contrario se presume que el crédito se utiliza en el Estado en el cual se pagan los intereses. Los intereses provenientes de créditos garantizados con derechos reales sobre bienes se gravan en el lugar donde se encuentran los bienes.

Los dividendos, utilidades, y retornos se gravan en el lugar donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye.

Los citados tratados aplican el criterio de la fuente y no contemplan normas antisubcapitalización, no obstante el artículo 20 del tratado prevé que los Estados intercambiarán información y establecerán controles tendientes a evitar el fraude y la evasión. Por ello se aprecia que podría interpretarse que dicha disposición incluye la recategorización de intereses.

4.6. Consideraciones respecto de la sucapitalización

Los convenios celebrados contienen en todos los casos una definición del término intereses y en el caso de Canadá, Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Australia se contempla además que el concepto no comprende aquellos que deban considerarse beneficio o dividendo.

Asimismo considera dentro del término intereses aquellos que contienen cláusulas de participación en los beneficios, tal el caso de Suecia, Alemania, Francia, Brasil y el resto de los países europeos, no así Canadá. Sin embargo, ello no implica que deban incluirse deudas que participen del riesgo empresarial, en cuyo caso se advierte que dicha cláusula no constituiría impedimento para reclasificar los intereses en dividendos y aplicar el artículo 10 u 11 del convenio según el caso.

Piltz (58) en oportunidad de tratar la posición de la OCDE hizo mención a los comentarios sobre el artículo 10 del Modelo señalando que la norma comprende a "los intereses de préstamo en la medida en el que el prestador comparte efectivamente los riesgos de la sociedad, esto es, cuando el reembolso depende en gran medida del éxito de la empresa".

Por su parte señala respecto del artículo 11 que "los intereses procedentes de obligaciones acompañadas de un derecho de participación en los beneficios no deben considerarse como dividendos y, por otra parte, esto puede aplicarse a los dividendos procedentes de obligaciones convertibles mientras que las obligaciones no hayan sido convertidas efectivamente en acciones".

El artículo 10 en la mayoría de los convenios celebrados por Argentina no consideran como dividendos a

los créditos, correspondiendo evaluar en ese caso si participa del riesgo empresario.

Por otra parte, en el caso del Convenio con Canadá excluye del concepto de dividendos regulado por el artículo 10 a los créditos que permitan participar en los beneficios, y además en el artículo 11 se omite considerar en el término intereses a aquellos que contengan cláusulas de participación en los beneficios, recurriendo a la legislación del Estado en la cual se origina la renta para determinar si se trata de un préstamo, además de excluir a los beneficios empresarios y dividendos.

Es decir que en este caso es taxativo en la definición del término delegando al Estado que sufriría la reducción de la base la definición del mismo. Entendiendo que además considera que no correspondería tratar como intereses un concepto que en realidad es un beneficio empresario o un dividendo.

En ese sentido correspondería la recalificación en caso de detectar que un crédito participa en los beneficios y por consiguiente del riesgo empresarial.

Las normas contenidas en el cuarto párrafo del inciso a) del artículo 81 de la ley de impuesto a las ganancias argentino no contiene una definición de préstamo, sino que regula normas tendientes a determinar en cierta manera el exceso de intereses de préstamos que no resultaría rentable para la empresa, permitiendo en caso de detectar excedentes de intereses en el período su cómputo posterior en los años siguientes no pudiendo exceder del quinto año.

A ello se suma la aplicación del impuesto sobre los intereses pagados, que tiende a su derogación a partir del julio del 2002, que en su conjunto constituyen medidas tendientes a motivar la aplicación de capital propio en la financiación de las actividades de una empresa.

Cabe señalar que a nivel de operaciones transnacionales casi todos los convenios acuden a la aplicación del principio arm's length o partes independientes para la determinación de la legitimidad de una operación. Advirtiéndose que de ello se deriva que la impugnación de una operación requeriría determinar que se trata de operaciones celebradas entre partes relacionadas.

Aspecto que también resultaría aplicable al momento de impugnar un interés de un préstamo por no ajustarse al aludido principio.

Así también el hecho que considerar que el acreedor pueda participar del riesgo empresarial, sólo resultaría posible ante la existencia de vinculación con la empresa que tomadora.

En el mismo sentido respecto de la aplicación de la reglas antisubcapitalización, cabe señalar que las mismas no afectarían la calificación dada por el Convenio, dado que de éstas no se deriva una recalificación, incidiendo en las empresas radicadas en el país.

En ese sentido, las mencionadas normas no colisionan con una posible recalificación derivada del convenio, dado que en ese caso, esas deudas financieras perderían la condición de tal a los efectos del cálculo del límite previsto en el mencionado inciso a) del artículo 81, contemplando el artículo 121.1.4 del decreto reglamentario que cuando la realidad económica indique que una deuda financiera ha sido encubierta a través de la utilización de formas no apropiadas a su verdadera naturaleza, dichas deudas también deberán incluirse dentro del monto total del pasivo a que hace mención la norma legal.

Cabe mencionar que las normas antisubcapitalización argentinas más allá que tender a determinar la realidad de una operación están orientadas a motivar un comportamiento económico al accionista o prestatario incentivándolo a través del tratamiento fiscal acordado al mismo, para ello cabe remitirse al capítulo 7 referido a Modelo Argentino.

En otro orden, es dable mencionar que si bien el punto 2 de los artículos 10 y 11 permiten la imposición de los dividendos en el Estado de la sociedad que los paga, en Argentina no estaría sometidos a imposición habida cuenta del tratamiento aplicable por la ley de impuesto a las ganancias, que por la cláusula de no discriminación, resultaría aplicable también a los pagados al exterior.

Empero si la sociedad emisora se encontrara en el exterior sí estarían gravados para el perceptor del país, habida cuenta que se trata de renta de fuente extranjera y su tratamiento difiere para el caso de dividendos generados por sociedades argentinas.

En ese caso los accionistas argentinos de empresas del exterior, salvo el caso de Austria, Bolivia y

Chile que grava en el lugar de origen de los intereses o dividendos, se verían motivados a invertir a través de créditos habida cuenta que incrementarían la renta empresarial de la sociedad de la que participan.

(57) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General del Congreso realizado por la IFA en 1996, pág. 261.

(58) Piltz, Detlev, Alemania, en la Ponencia General del Congreso realizado por la IFA en 1996, pág. 262.

5- ESTRUCTURA FINANCIERA

5.1. ESTRUCTURA DE FINANCIAMIENTO

Como fuera expuesto en el punto 3.1.1. el índice de endeudamiento considerado como admitido en el fallo Philips Argentina S. A. del TFN mencionado es cuando los recursos propios son superiores o iguales al pasivo de terceros, es decir cuando superan la relación 1:1, y respecto del activo el pasivo debía superar el 50%.

Como una herramienta útil en la evaluación de la correcta decisión de financiación a través de empréstito, cabe traer a mención lo expuesto por Isaac Senderovich y Telias (59).

La decisión de financiar de una empresa se basa en la rentabilidad del negocio y el riesgo que el mismo involucra. De esa manera cuando el endeudamiento se extiende a niveles máximos la empresa enfrenta limitaciones de acceso a fuentes externas, sea por directo racionamiento o por crecientes costos marginales. Los acreedores elevan la tasa de interés e imponen garantías adicionales para protegerse del riesgo incremental que supone el crédito a una empresa altamente endeudada.

En tales circunstancias la elevada carga fija de interés afecta la magnitud de las utilidades reduciendo la utilidad del capital aportado por los accionistas. A su vez la tensión financiera y económicas introduce restricciones y rigideces en la adopción de políticas de comercialización y producción que disminuyen el potencial de la empresa frente al empuje y flexibilidad que debería caracterizar su acción en condiciones normales.

Se produce un proceso circular de direccionamiento negativo que erosiona la solidez de la empresa y, en la medida que se acentúa el alejamiento de prácticas financieras sanas y de rendimientos económicos razonablemente aceptables, la situación podrá derivar en ruptura del equilibrio.

Las decisiones de una empresa están orientadas a obtener la máxima rentabilidad posible, en consecuencia una decisión contraria a esos intereses, no sería ajustada a

una sana práctica y podría encubrir maniobras elusivas que la norma debería tender a evitar.

Para su mejor comprensión cabe destacar que existen tres tipos de tasas de rentabilidad, la rentabilidad del patrimonio neto, de la inversión permanente y de la inversión total.

La rentabilidad del patrimonio neto refleja la tasa de retribución del capital aportado por los propietarios:

$$\frac{\text{Utilidad neta}}{\text{Patrimonio neto}}$$

La rentabilidad de la inversión permanente refleja la tasa de retribución de los capitales afectados en forma permanente entendiéndose por tales los aportados por los propietarios y acreedores a largo plazo. Asimismo al compararlo con la tasa anterior mide el efecto económico del endeudamiento a largo plazo comúnmente conocido como el efecto palanca.

Así si la tasa de rentabilidad del patrimonio neto supera a la de la inversión permanente, dicho efecto será positivo, por ser el costo de los préstamos inferior a la utilidad que aporta transfiriéndose dicha diferencia a favor de los propietarios:

$$\frac{\text{Utilidad neta} + \text{intereses por financiación a largo plazo}}{\text{Patrimonio neto} + \text{pasivo no corriente}}$$

La rentabilidad de la inversión total refleja la tasa de rendimiento del activo total y constituye una medida de eficiencia económica la utilización de la inversión total de la empresa, aislándolo del factor financiero (costo del capital propio y de terceros).

La comparación de las tasas de rentabilidad de la inversión total con la del patrimonio neto mide el efecto palanca que ejerce el endeudamiento total a corto y largo plazo. Este índice se define como:

$$\frac{\text{Utilidad neta} + \text{intereses y otros costos por endeudamiento a largo plazo}}{\text{Activo total}}$$

Efecto Palanca

Se pueden determinar dos tipos de efectos palanca según se vincule la rentabilidad del patrimonio neto con la

rentabilidad de la inversión total o con la rentabilidad de la inversión permanente.

En el caso en que el resultado es igual a 1, indica que el costo del capital ajeno es igual al rendimiento que este capital produce en la empresa. En tal circunstancia y suponiendo que se mantengan las mismas condiciones operativas (nivel de actividad, margen de utilidad, tasa de interés, etc.) la mayor o menor participación del capital ajeno en la financiación, no producirá variación en el nivel de utilidad del patrimonio neto, en consecuencia el efecto palanca es neutro.

Cuando el resultado es mayor a 1 indica que el costo del capital ajeno es menor que el rendimiento que este capital produce en la empresa. En este caso, suponiendo idénticas condiciones operativas, la mayor participación del capital ajeno producirá un aumento en el nivel de rentabilidad del patrimonio neto, en consecuencia el efecto palanca es positivo.

Si el resultado fuera menor a 1 el costo del capital ajeno es mayor que el rendimiento que este capital produce en la empresa. Ante idénticas condiciones operativas, la mayor participación del capital ajeno producirá una disminución en el nivel de rentabilidad del patrimonio neto, en consecuencia el efecto palanca es negativo.

5.2. SUSTENTO JURIDICO

Toda empresa supone por definición una actividad organizadora con el fin de obtener beneficios económicos, no interesando el destino que dé a estos beneficios. Entrando en la definición comercial la empresa que de cualquier modo se proponga obtener utilidades pecuniarias.

Las sociedades comerciales reguladas por la ley N° 19550 y sus modificaciones son personas jurídicas susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, diferente de sus socios, los que responden con el capital aportado.

En materia de sociedades, la ley N° 19551, artículo 165 dispone que la quiebra de una sociedad importa la de toda persona que, bajo la apariencia de la actuación de aquélla ha efectuado los actos en su interés

personal y dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a los acreedores.

En el caso del socio colectivo responde en forma personal, solidaria e ilimitadamente por la gestión social, en forma subsidiaria respecto de la sociedad, no así respecto de sociedades de responsabilidad limitada, sociedades anónimas, en comandita por acciones, que por la embergadura, riesgo del negocio, y posibilidad de colocar en el mercado su capital social, adoptan esa forma societaria. Estas últimas resultan sujetos del impuesto a las ganancias y a ellas van dirigidas las normas de subcapitalización.

En la mayoría de los países se requiere una dotación mínima de capital y el mantenimiento ulterior de ese capital, la obligación de constituir una reserva sobre esos beneficios, la obligación de adoptar medidas de saneamiento u otras en caso de pérdidas de cierta fracción del capital propio, prohibición de distribuir dividendos si fuera insolvente.

5.3. SUSTENTO ECONOMICO

Para determinar la financiación necesaria se debe señalar que el capital requerido en la empresa varía a medida que ésta evoluciona. El volumen de recursos financieros depende de las inversiones en activos fijos y en circulante que en una etapa sean necesarios.

La determinación de las inversiones en circulante no es directa y depende del estudio de la rotación de los distintos elementos del circulante. Con las rotaciones se determina también el período necesario para la maduración total del ciclo productivo, desde la producción hasta que se cobran las ventas. Para ello se pueden utilizar técnicas de índices.

La consideración económica daría lugar a la utilización del principio mediante el cual el fondo que prevalece sobre la forma, conforme a éste el capital acreedor concedido constituye en los hechos un capital propio oculto. O en su caso la aplicación del principio de la realidad económica regulada por la legislación argentina.

Las condiciones a tener en cuenta para determinar la correcta utilización de un capital ajeno serían las que resulten de considerar: si no hay acuerdo respecto del reembolso fijo; pago de los intereses dependiendo de los beneficios; convertibilidad del empréstito en acciones; porcentaje de capital propio claramente inferior al promedio del sector; desproporción manifiesta entre la dotación en capital propio y el riesgo de la empresa; imposibilidad de obtener un préstamo de terceras personas.

5.4. REACCIÓN DEL CONTRIBUYENTE

Diferentes tipos de operaciones realizadas por las partes, como préstamos non interest bearing, préstamos back to back y préstamos garantizados chocarían con las reglas de thin capitalization.

No obstante la legislación argentina contempla en forma general la consideración de la realidad económica para determinar si una operación es un préstamo financiero, y en el caso del artículo 121.1.3 del reglamento incorporado por Decreto N° 254/99, se prevé la categorización de una operación como préstamos financiero en caso que se haya instrumentado bajo otra forma.

Dicha recategorización si bien está regulada para la determinación de los límites previstos en el cuarto párrafo del artículo 81, inciso a), de la ley del tributo -capitalización exigua-, se aprecia que como principio general también podría ser utilizada para impugnar los intereses que se deriven del mismo.

Ello así teniendo en cuenta que la regulación argentina del tema en estudio, detallada en el capítulo 7, va más allá de evitar una capitalización exigua sino que constituye un incentivo a la inversión en capital de riesgo.

También se incluye el efecto cascada y el préstamo de activos no monetario que no integraría las reglas, tal el caso de la legislación argentina.

Si un accionista provee una garantía para un préstamo de un banco a una subsidiaria, el efecto económico es similar a aquel de un préstamo directo a la

subsidiaria del accionista, además si el banco y la subsidiaria están en el mismo país hay simetría impositiva, empero el pago del banco del interés a la del exterior resultaría deducible de la base del país fuente.

El efecto cascada provoca el incremento del índice producido porque el préstamo es hecho por una matriz a través de una cadena de subsidiarias y subsubsidiarias.

También puede instrumentarse un préstamo no monetario resultando económicamente similar a un préstamo financiero: Australia tiene contramedidas para ello.

Distintas legislaciones acordaron a los fines de la aplicación de reglas de capitalización exigua la carga de la prueba en cabeza del contribuyente, a los fines de simplificar la fiscalización y la evitación de conductas evasivas.

(59) Isaac Senderovich y Telias en Análisis e Interpretación de Estados Contables, Ediciones Macchi, Buenos Aires 1982, pág. 128, 129.

6- OTRAS LEGISLACIONES

ALEMANIA (60)

En 1993, Alemania accionó nuevas reglas de thin capitalization que entraron en vigencia en 1994.

La Sección I de Corporaciones de Impuesto a las Ganancias (CTA) regula acerca de ese interesante pago sobre las deudas de los accionistas controlantes, las cuales *no son deducibles*, pues se les da el tratamiento de distribuciones no deducibles (dividendos constructivos), siempre que el monto de los intereses :

a) los intereses fijados sobre deudas de capital concedidas por un grupo de accionistas controlantes excede tres veces (índice 3.1) el equivalente al valor patrimonial proporcional de la compañía alemana perteneciente a ese grupo controlante.

b) la ganancia accionaria de las deudas de capital otorgado por a grupo controlante excede el 50% de la proporción patrimonial del grupo.

c) el interés fijado de las deudas de capital del grupo controlante excede 9 veces la proporción patrimonial del controlante, previendo que la compañía califique como un compañía controlante (por ejemplo que la principal actividad es controlar y financiar a las subsidiarias o más que el 75% de las acciones totales de las subsidiarias son inversiones en subsidiarias).

Los índices 3.1 y 9.1 deber ser excedidos si la deuda más alta del fondo es demostrado que es un arm's length o la deuda del fondo es usada para financiar típicos negocios bancarios. Esa posibilidad no existe considerando a la deuda de capital una ganancia accionaria (híbrido).

Hay reglas especiales para evitar la proliferación de paraísos fiscales para fijar intereses y ganancias accionarias de deudas tanto como respecto de los índices de los paraísos en los distintos niveles (controlantes y subsidiarias). Generalmente si se aplica el régimen de la compañía controlante, la subsidiaria alemana de la compañía controlante no debe estar financiada con otras deudas accionarias de la controlante

El nuevo régimen de capitalización exigua se aplica si la deuda de capital está provista por:

a) controlante accionaria no titulada como corporación alemana de tax credit (no residentes, y residentes exentos).

b) una persona no designada por la corporación de tax credit y vinculada a la controlante.

c) por alguna tercera parte incluido un residente alemán que tenga recursos sobre la controlante o persona afiliada a la controlante.

Y el controlante controla directa o indirectamente un interés sustancial (más del 25%) en el estado de capitalización de la corporación alemana.

Las reglas de capitalización exigua no se aplican a un socio alemán y un establecimiento permanente radicado en alemania que directamente es controlado por no residentes. Sin embargo hay reglas anti evasión que contemplan la interposición de una establecimiento permanente alemán socio entre un no residente controlante y su subsidiaria alemana.

La legislación alemana define detalladamente cada uno de los términos utilizados como patrimonio, valor patrimonial proporcional de la controlante, deuda de capital, ganancia relacionado, ganancia no relacionada de intereses de deudas, compañías controlantes. Resultando de interés los siguientes aspectos.

Préstamos Bancarios garantizados por una controlante extranjera

Acorde con la letra, el interés pagado sobre un préstamo bancario debe ser tratado como no deducible pero como dividendo constructivo si el préstamo es en alguno forma garantizado por un controlante extranjero. El Ministerio de Finanzas ahora toma la posición que el préstamo tomado de bancos, los cuales son titulados a una imputación alemana de crédito de impuestos (por ejemplo bancos domésticos tanto como subsidiarias y ramas de bancos extranjeros). Generalmente no pueden ser recategorizados en un dividendo constructivo aún cuando estos préstamos son garantizados por un controlante extranjero de un prestatario alemán, provisto que el banco pueda demostrar que no hay arreglo back to back.

Préstamos garantizados (recursos)

Préstamos de terceras partes que tiene recursos con la controlante o personas afiliadas deben ser considerados o ser tratados "deuda de controlante", excepto

si la tercera parte prestadora se encuadra en corporación de crédito de impuesto. La autoridad de impuesto alemana usará una amplia y extensa definición de qué es "recurso".

La carta explicatoria lista "estado de indemnidad y garantía", "nota compulsora en la hoja de balance", "seguridad colateral", "hipoteca", "carta comfortable, fuerte y suave". Acorde con este informe si el controlante actualmente sin obligación legal posibilita la contracción de una deuda de la subsidiaria, el préstamo es casi un "recurso préstamo", generalmente es asumido que la compañía pariente ha editado una garantía con respecto a la deuda obligación de su subsidiaria, a menos la compañía pariente pruebe que no hay tal garantía.

Privilegio Controlante

La compañía controlante alemana puede beneficiarse de un índice deuda-patrimonio de 9.1 más que 3.1 con respecto a interés soportado fijado de un préstamo del grupo. Esta regla será sólo aplicable si la compañía controlante alemana tiene acciones en por lo menos dos compañías, las cuales no sería ficticias (vacías), sin embargo las subsidiarias radicadas en el extranjero pueden ser tomadas en cuenta.

Compañías de Residencia Doble

Compañías extranjeras con su lugar de negociación en Alemania son sujeto a las reglas de capitalización exigua.

Préstamos de controlantes otorgados durante el año fiscal

Si o no, un préstamo de la controlante es estimado dentro de los 9.1 o 3.1 (interés soportado fijado del préstamo) o 0.5.1 (instrumentos híbridos) el alcance deuda/ patrimonio depende de la proporción patrimonial de la controlante basada en el capital de la corporación como del final del año fiscal precedente que corresponde a la porción de suscripción de capital del controlante. Si durante el año fiscal las acciones en una corporación alemana son vendidas a una controlante extranjera, la nueva controlante no puede financiar la nueva compañía adquirida con la deuda de la controlante, al menos que se pruebe que se realiza bajo el criterio arm's length, porque en opinión del Ministerio de Finanzas Alemán, al final del precedente año fiscal, la nueva controlante no estaba participando en el patrimonio de la compañía. Similar restricción debe aplicarse si una compañía todavía controlada por varios años necesita financiación adicional en un año específico.

Aún si el nuevo patrimonio adicional concedido durante el año incrementa el patrimonio con respecto al índice deuda patrimonio sólo para el siguiente año.

Deuda resultante de la entrega de bienes

Las deudas resultantes de la entrega de bienes (crédito de clientes) por el controlante extranjero o partes relacionadas extranjeras a una subsidiaria alemana no está considerada presunta deuda de controlante probado que la duración es de seis meses como máximo. Un período mayor está permitido si ese hubiera sido normal en la rama de la industria en la cual la compañía alemana está activa.

Deuda de beneficio relacionado (emparentado)

La ganancia de deuda relacionada es definida muy ampliamente e incluye, por ejemplo, alguna forma de interés de deuda en el cual está dependiendo la posibilidad del beneficio.

ESPAÑA (61)

La capitalización exigua fue incorporada a la ley del impuesto sobre sociedades español mediante la ley N° 18/91 del 6 de junio de 1991, que en el punto 9 del artículo 16 dispone:

"Cuando el endeudamiento directo o indirecto de una Sociedad con otra persona o Entidad no residente y relacionada con ella en el sentido de los apartados 4 y 5 de este artículo exceda del resultado de aplicar el coeficiente que se determine reglamentariamente a la cifra del capital fiscal, los intereses satisfechos que correspondan al exceso tendrán la consideración fiscal de dividendos".

El mismo artículo regula el valor a considerar en las transacciones y especialmente entre empresas vinculadas, previendo que su valoración se realizará de conformidad con los precios que serían acordados en condiciones normales de mercado entre partes independientes.

El punto 4 y 5 de ese artículo contempla los casos en que resulta aplicable la norma mencionada:

- a) sociedades vinculadas directamente o indirectamente con otras no residentes en

España y a las operaciones realizadas por una sociedad no residente con sus establecimientos permanentes en España o por una sociedad residente con sus establecimientos permanentes en el extranjero.

- b) operaciones entre una sociedad y sus socios o consejeros o los socios o consejeros de otra sociedad del mismo grupo, así como los cónyuges, ascendientes o descendientes de cualquiera de ellos.
- c) las operaciones entre dos sociedades en las cuales los mismos socios, sus cónyuges, descendientes o ascendientes o hermanos posean, al menos, el 25 por ciento de sus capitales, o cuando dichas personas ejerzan en ambas sociedades funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

Además para que exista vinculación debe darse que una empresa tenga participación directa o indirecta en otra en por lo menos un 25% en el capital social de la otra o cuando sin mediar esta circunstancia, ejerza funciones que impliquen en ejercicio del poder de decisión. También considera vinculación entre sociedades que pertenezcan al mismo grupo en los términos definidos en la legislación mercantil.

MEJICO (62)

Dividendos

En México la ley de impuesto sobre la renta regula el tratamiento de los dividendos o utilidades distribuidos por residentes en el extranjero a personas jurídicas residentes en México, contemplado el cómputo como pago a cuenta del impuesto a la renta pagado por la sociedad en el monto proporcional al dividendo percibido por el mexicano.

El residente en México computa como ingreso además del dividendo o utilidad percibido el monto proporcional de impuesto pagado por la sociedad.

La acreditación del pago a cuenta procede en tanto el mexicano sea propietario de por lo menos el 10% del capital de la sociedad y por el término de seis meses antes de que se decreten los dividendos o utilidad al sujeto.

Adicionalmente se contempla que se puede computar como pago a cuenta el impuesto a la renta de una sociedad residente en el extranjero que distribuya dividendos a otra sociedad residente en el extranjero y ésta a su vez distribuya dividendos a persona residente en México.

Este pago a cuenta es en proporción a los dividendos o utilidad percibido en forma indirecta. Dicha proporción se determina multiplicando la proporción de participación que en forma directa tenga el residente en México en la sociedad residente en el extranjero, por la proporción de participación en forma directa que tenga esta última sociedad en la sociedad en la que participe en forma indirecta el residente en México.

Para que proceda el pago a cuenta debe tener el residente en México una participación directa en el capital de la sociedad que distribuye dividendos por lo menos del 10% y la sociedad del extranjero en la que el mexicano tenga participación indirecta deberá ser residente de un país con el que tenga un acuerdo amplio de intercambio de información.

Sólo procede el pago a cuenta sobre la proporción del dividendo percibido indirectamente y siempre que la sociedad residente en el extranjero se encuentre en un segundo nivel corporativo.

Por otra parte, la sociedad residente en el extranjero en la que el mexicano tiene participación directa debe ser propietaria de por lo menos el 10% de la sociedad extranjera en la que participa indirectamente, debiendo ser esta última participación de cuando menos el 5% de su capital social.

Estos porcentajes deberán haberse mantenido al menos durante los seis meses anteriores a la distribución de dividendos.

El monto de ingresos a considerar debe incluir además del dividendo percibido en forma indirecta el impuesto correspondiente a los mismos.

A su vez se aplica un tope al pago a cuenta generado por los ingresos en el extranjero que corresponde a la tasa del impuesto. La utilidad a considerar se determina de acuerdo con las disposiciones aplicables en el país de residencia de la sociedad del extranjero de que se trate con cargo a la cual se distribuyó el dividendo o utilidad percibida.

Respecto de sociedades controladas por sociedades del extranjero regula un monto máximo de impuesto a computar como pago a cuenta que resulta de la parte proporcional que de la participación promedio por día, en el ejercicio de que se trate corresponda al interés minoritario en el capital social de la controlada.

Además la controlada deberá computar como ingreso además de dividendo o utilidad distribuida el impuesto sobre la renta pagado por la sociedad que hizo la distribución en la proporción correspondiente al dividendo percibido.

En caso de tratarse de una sociedad controladora podrá computar como monto máximo de pago a cuenta en la parte proporcional que de la participación promedio por día en el ejercicio de que se trate tenga en el capital social de la controlada.

Deducción de Intereses

La legislación mejicana define los conceptos que considera como intereses, en el sentido que "cualquiera sea el nombre con que se les designe, a los rendimientos de créditos de cualquier clase". Entiende que entre otros, son intereses: los rendimientos de la deuda pública, de los bonos u obligaciones, incluyendo descuentos, primas y premios; premios de reportos o de préstamos de valores; el monto de las comisiones de los créditos, avales, garantías, excepto que se hagan en compañías de seguros o fianzas; la ganancia de la enajenación de bonos, valores y otros títulos de crédito, siempre que sean de los que se colocan entre el gran público inversionista.

También considera intereses a las ganancias o pérdidas cambiarias, estableciendo límites para su determinación, y a las ganancias provenientes de acciones de sociedades de inversión de renta fija, conforme dicha ganancia se conozca.

Asimismo define como deudas, entre otras, las derivadas de contratos de arrendamiento financiero, de operaciones financieras derivadas de deuda, las aportaciones para futuros aumentos de capital y los pasivos y reservas del activo, pasivo o capital que sean o hayan sido deducibles.

Contempla respecto de las personas residentes en el extranjero que tengan establecimientos permanentes en México que "No serán deducibles las remesas que efectúe el

establecimiento permanente en México a la oficina central de la sociedad o a otro establecimiento de ésta en el extranjero, aún cuando dichas remesas se hagan a título de regalías, honorarios, o pagos similares a cambio del derecho de utilizar patentes u otros derechos, o a título de comisiones por servicios concretos o por gestiones hechas o por intereses por dinero enviado al establecimiento permanente" (cfr. artículo 23, segundo párrafo de la legislación).

Tratándose de intereses derivados de préstamos otorgados a residentes de México, así como los intereses moratorios derivados del incumplimiento de obligaciones resultan deducibles, excepto cuando estos últimos provengan de operaciones contratadas con personas físicas que no realicen actividades empresariales, con residentes en el extranjero o con las personas morales no contribuyentes, se deducirán hasta que se paguen en efectivo, en bienes o en servicios (art. 24, VIII).

No se consideran deducibles las cantidades que tengan el carácter de participación en la utilidad del contribuyente o estén condicionadas a la obtención de ésta, ya sea que correspondan a trabajadores, a miembros del consejo de administración, a obligacionistas o a otros.

Tampoco se deducen las pérdidas en operaciones financieras derivadas celebradas con personas físicas o morales residentes en el país o el extranjero, en los casos en que, directa o indirectamente, una de ellas posea interés en los negocios de la otra, existan intereses comunes entre ambas o bien, una tercera persona tenga interés en los negocios o bienes de aquéllas, salvo que se trate de contribuyentes que componen el sistema financiero.

La ley de impuesto a la renta considera la posibilidad de optar por consolidar los resultados de empresas controladas cuando la participación supere el 50% del capital. En ese sentido, se compensarían las utilidades derivadas de operaciones recíprocas.

AUSTRALIA (63)

Las disposiciones sobre subcapitalización prohíben las deducciones de intereses a pagar por una sociedad australiana cuando se refieran a una deuda extranjera que exceda el producto del capital propio extranjero.

Las normas que rigen la subcapitalización únicamente son aplicables a un crédito de un accionista no residente de la entidad australiana o de sus socios no residentes, y no a un crédito establecido según el principio de asimilación a una empresa independiente por socios capitalistas no residentes. En líneas generales un accionista extranjero con mayoría de bloqueo es un no residente que, bien solo, bien con socios, participa en un 15% o más en el capital de la entidad australiana.

No cabe la posibilidad de evitar la aplicación de las disposiciones demostrando, por ejemplo que un préstamo ha sido concedido según el principio de asimilación a una empresa independiente o que no constituye un capital propio encubierto. La aplicación de las disposiciones no es discrecional y, una vez sobrepasado el coeficiente autorizado, los intereses imputables a ese excedente son automáticamente no deducibles. Las disposiciones son en extremo complejas y contienen reglas contra la evasión destinadas a impedir la manipulación del capital extranjero prestado y del capital propio extranjero.

La única consecuencia de la aplicación de las disposiciones sobre subcapitalización es la denegación de la deducción de una fracción de los intereses a favor del residente australiano. Los intereses excedentes no se reclasifican como dividendos, y el montante continúa estado sujeto al impuesto anticipado sobre intereses al tipo del 10%.

Las instituciones financieras son las únicas entidades que se benefician de un trato especial en virtud de las disposiciones sobre subcapitalización. La principal diferencia es que estas instituciones deben respetar un coeficiente 6:1 en lugar de 3:1.

Los Convenios de doble imposición concluidos por Australia se incorporan a la legislación interna, primando sobre las del derecho interno en caso de conflicto. Contienen generalmente disposiciones similares a las del artículo 9 del Modelo de Convenio OCDE. No cabe que un contribuyente pueda invocar este artículo para limitar el ajuste de sus beneficios si se aplican las normas sobre subcapitalización con la consecuencia de que el contribuyente resulte gravado sobre un montante distinto del de los beneficios calculados según el principio de asimilación a una empresa independiente.

Con excepción del celebrado con Estados Unidos, los convenios de doble imposición no contienen artículos sobre no discriminación. El Convenio con EEUU no afecta a

las normas internas sobre subcapitalización, que se consideran antievasivas. Las demás disposiciones de los Convenios no afectan a la aplicación de las normas sobre subcapitalización.

AUSTRIA (63)

El derecho fiscal austriaco no contiene normas especiales sobre subcapitalización aplicables a las sociedades de capitales, no obstante, existen disposiciones generales que prescriben la constitución de un capital mínimo al momento de fundar sociedades, debiendo desembolsarse al menos un cuarto; y de un fondo social, debiendo desembolsarse al menos la mitad. Para determinadas actividades es más elevado (p.e. sociedades de inversión, sociedades de fondos de participación).

No obstante ello, adquiere importancia la subcapitalización según la jurisprudencia y la práctica administrativa, cuando el socio pone a disposición de la sociedad capital bajo forma distinta al capital propio. Es cierto que el derecho tributario austriaco no contiene normas expresas sobre subcapitalización ni restricción sobre la deducción de intereses. Por su parte, el Tribunal Constitucional austriaco resolvió en 1969 que, a falta de normativa financiera bien definida, no era posible decir cuándo la aportación de capital propio por el socio es la indicada en un caso particular ni, por lo tanto, cuando los préstamos otorgados por los socios pueden ser asimilados a aportación de capital propio. Sin embargo, la práctica parte del principio de que los intereses de los préstamos de los socios, pueden ser tratados, en caso de sustitución del capital propio, como distribuciones de beneficios encubiertas y, por tanto, como dividendos. La hipótesis de un fondo social y de un capital social encubiertos puede tener repercusiones sobre la carga fiscal de la financiación de los socios en la medida en que, en Austria, los intereses de los préstamos de los socios pueden ser deducidos como gastos de explotación de los beneficios de la sociedad de capitales, mientras que las distribuciones de beneficios visibles y encubiertas no son totalmente deducibles a tenor del párrafo 8, apartado 2, de la ley del impuesto sobre el patrimonio. En lo que se refiere al beneficiario, las bonificaciones se asimilan también a dividendos en tanto distribuciones de beneficios encubiertas.

No obstante, el tribunal administrativo austriaco ha subrayado varias veces, en este contexto, que el contribuyente es libre de utilizar los medios que desee para dirigir la empresa y que la carga de la prueba que recae sobre las autoridades tributarias en relación con los préstamos de los socios que sean capital propio encubierto ha de ser manejada en términos particulares estrictos. No puede admitirse otra interpretación que la de que; a la luz de circunstancias totalmente particulares, aparezca que la concesión del préstamo ha tenido para la sociedad, objetivamente, el resultado económico de sustituir el capital propio y, en consecuencia, lo que hubiera procedido desde el punto de vista económico es una aportación de capital. La jurisprudencia -y en esa vía, la práctica administrativa- sólo acepta el capital propio encubierto en casos extremos de financiación y rechaza, en particular, las normas rígidas de financiación por determinados coeficientes.

BELGICA (63)

La legislación tributaria belga reclasifica el pago de intereses sobre anticipos otorgados por directores de sociedades de capital y socios de sociedades privados como distribución de dividendos cuando el montante total de los anticipos sea más elevado que el capital totalmente desembolsado y las reservas ajustadas a principio de año (art. 18, 3º del Código de Impuestos). Basándose en la teoría de la simulación, sólo puede reclasificarse el capital prestado como capital propio cuando aquél esté sujeto a los riesgos inherentes a las actividades de la sociedad. Las disposiciones del artículo 344, párrafo 1, del mencionado texto, sobre lucha contra la evasión y aplicables a los títulos desde el 31 de marzo de 1993, son relativamente imprecisas. Parece que la reclasificación de capital prestado como capital propio, por actos llevados a cabo con fines fiscales tales como la subcapitalización, sólo es válida cuando el capital prestado tiene ciertas características relativas al capital propio. Una medida de reclasificación específica como la del artículo 18, 3º, prevalece sobre la disposición general del artículo 344, 1º. No se autoriza la reclasificación basada en un análisis económico.

Por otra parte, se admite generalmente que la reclasificación no puede basarse en la legislación belga sobre precio de transmisión.

Habida cuenta de los aspectos internacionales, la OCDE ha concluido que la reclasificación no puede ser contraria al análisis de la empresa independiente que figura en el artículo 9 de los Convenios. Las personas físicas no se benefician de esta última protección. Los intereses pagados por una sociedad belga a su director o socio (tratándose de una sociedad extranjera, el anticipo es un activo de su establecimiento permanente belga) podrían reclasificarse como dividendo no deducible, aún cuando el establecimiento permanente belga podría solicitar la exención del dividendo. Cuando la legislación fiscal extranjera imponga normas sobre subcapitalización, la sociedad matriz belga podrá también sostener que los intereses reclasificados han de favorecer la exención del dividendo. Puede temerse que la administración tributaria belga no esté de acuerdo, de manera que deberá aportar la solución el Convenio de la CE sobre arbitraje para eliminar la doble imposición. Sólo se autoriza la reclasificación de intereses como dividendos, en relación con el problema del impuesto anticipado, en las mismas condiciones que la reclasificación según la teoría belga de la simulación: reparto de los riesgos inherentes a las actividades de la sociedad prestataria. Cantidad de convenios de doble imposición concluidos por Bélgica contienen una definición amplia del dividendo. Los intereses reclasificados por anticipos (préstamos) otorgados por socios de sociedades privadas conforme a las disposiciones del artículo 18, 3º, mencionado, están sujetos al impuesto anticipado aplicable a los dividendos. El término sobre capitalización hace referencia a la aportación excesiva de capital de una sociedad extranjera beneficiaria de un sistema fiscal privilegiado, mientras que los dividendos distribuidos dan derecho a la exención por dividendos de la propia sociedad matriz belga. La teoría de la simulación permite la reclasificación como capital prestado cuando las aportaciones de capital no compartan los riesgos inherentes a las actividades de la filial.

La reclasificación del capital propio como capital prestado, conforme a las disposiciones del artículo 344, 1º, como operación aislada, no es posible. No aparece muy claro si la aportación de capital, como parte de diferentes operaciones podría ser reclasificada como capital prestado cuando el régimen tenga por fin luchar contra la evasión fiscal y el capital prestado presente las características de las deudas.

BRASIL (64)

La legislación brasileña contempla un impuesto sobre ingresos de operaciones financieras de renta fija del 15%. Permanecen exentos los ingresos obtenidos en bolsas de valores por inversionistas extranjeros.

Los dividendos de acciones y beneficios distribuidos a los socios no están sujetos al impuesto a la renta personal, incluso cuando tales dividendos se paguen a beneficiarios del exterior, tendiendo a la neutralidad de tratamiento entre capital nacional y capital extranjero.

Buscando equiparar el tratamiento del capital propio y ajeno, se autorizó la deducción de intereses por remuneración de capital propio invertido en las empresas y con un tope máximo equivalente a la variación de tasas de interés de largo plazo. Al mismo importe se limita la deducción de intereses por endeudamiento con terceros y se elimina la exención de intereses girados por préstamos obtenidos en el exterior.

Esta medida tiene el fin principal de asimilar los beneficios de los préstamos a los inherentes al capital de riesgo.

CANADA (63)

Desde 1970 la ley canadiense contiene normas que limitan la deducibilidad de intereses por parte de las sociedades nacionales subcapitalizadas. En general, estas restricciones a las subcapitalización tiene por fin disuadir a ciertos no residentes (esencialmente principales accionistas y socios) de contribuir a la elevación desproporcionada del coeficiente de endeudamiento de sociedades canadienses.

En principio la reglamentación prohíbe la deducción de intereses pagados o pagaderos por una sociedad residente en Canadá por deudas no amortizadas a "no residentes" en la medida en el coeficiente de endeudamiento de la sociedad canadiense residente que paga los intereses a dichos no residentes sobre pase 3 a 1. La fórmula utilizada para calcular el coeficiente de endeudamiento plantea varias cuestiones técnicas y contiene trampas potenciales que ponemos de manifiesto.

Como se trata de la reglamentación de la financiación de sociedades en general, las normas sobre subcapitalización coexisten con toda una serie de leyes, reglamentos y medidas diversas sobre sociedades, títulos infracciones penales e industriales. A tenor de la legislación tributaria, las normas sobre subcapitalización coinciden con otras disposiciones de la ley tributaria sobre imposición de dividendos e intereses pagados a residentes canadienses y recibidos de los mismos, las restricciones generales sobre la deducibilidad de intereses (como por ejemplo el hecho de que las solicitudes de deducción de intereses se mantengan dentro de límites razonables y que el importe obtenido en préstamo se utilice para obtener renta) y por último, la prevención de operaciones para limitar la evasión.

Sin embargo las normas sobre subcapitalización no concuerdan en todos sus aspectos con el Modelo de Convenio OCDE. Por ejemplo están en contradicción con el principio de no discriminación y en consecuencia Canadá no incluye el principio equivalente en sus convenios de doble imposición. Aunque el celebrado con Estados Unidos contiene una disposición equivalente al principio mencionado, estipula que la misma no sea aplicada a las normas sobre subcapitalización. Asimismo las autoridades tributarias de Canadá y EEUU han decidido de común acuerdo no tomar en consideración las solicitudes de la autoridad competente sobre ajustes de subcapitalización.

En general las normas canadienses sobre subcapitalización funcionan pasablemente bien. La jurisprudencia es relativamente discreta y la mayoría de los asesores fiscales vigilan de cerca el coeficiente de endeudamiento de una sociedad prestataria residente en Canadá. Por último se deduce de la Administración tributaria que los procesos de valoración contra sociedades residentes en base a infracciones de las normas sobre subcapitalización son relativamente raros.

CHILE (65)

En Chile se regula que toda inversión extranjera debe introducirse al país a través de dos formas:

- 1) el Capítulo 14 sólo comprende inversiones en efectivo, debiendo ser registradas en el Banco Central de acuerdo con las reglas de intercambio de divisas. Esta clase de inversiones no posee limitaciones relativas a Thin Capitalization.

2) las inversiones DL600 pueden ser hechas en equipos o en tecnología; en este último caso con la aprobación del Comité de Inversiones Extranjeras. Esta clase de inversión debe poseer un 30% de capital y debe ser formalizada a través de la firma de un contrato de inversión extranjera con el gobierno.

DINAMARCA (63)

La legislación y la práctica fiscal danesa han prestado una escasa atención a los problemas fiscales de carácter general de la subcapitalización.

Dinamarca tiene una única norma sobre subcapitalización, que se aplica en el caso particular de que una sociedad holding que adquiriera una filial está a la vez subcapitalizada y sujeta a imposición acumulada con la filial. En este caso, se han fijado límites a los intereses pagados que la sociedad holding puede deducir de la renta de sociedades sujetas al impuesto acumulado.

Este principio que figura en la legislación danesa, apenas constituye garantía eficaz contra la subcapitalización, supuesto que la práctica danesa es poco propensa a aplicar el principio general de asimilación a una empresa independiente. Así hay que suponer que los tribunales daneses modificarán el ajuste resultante de la subcapitalización únicamente cuando exista una disparidad flagrante entre el capital neto y las obligaciones. Esta hipótesis se ve confirmada por la escasez de ejemplos existentes en la práctica fiscal danesa.

FINLANDIA (63)

Ha aplicado desde 1990 el método de imputación para impedir la doble imposición de sociedades y accionistas, excluidos, en general, los accionistas extranjeros. Resultan deducibles los pagos de intereses por operaciones industriales o mercantiles de la renta imponible. Los intereses pagados en el extranjero por obligación, reconocimiento de deuda u otro tipo de capital prestado asimilado al capital propio están exentos del impuesto anticipado.

La legislación finlandesa no contiene disposiciones específicas sobre subcapitalización. Sin embargo la jurisprudencia indica que es posible intervenir en estos casos de subcapitalización tomando como base la legislación interna. A estos efectos, hay que tener en cuenta que han sido discutidas las posibilidades de denegar la deducibilidad de intereses habida cuenta del artículo sobre discriminación en un Convenio. No parece posible, al menos en los casos en que el Convenio Fiscal contenga un artículo explícito sobre discriminación, denegar la deducción de intereses incluso aunque los hechos permitan concluir en una subcapitalización.

Las resoluciones adoptadas por el más alto Tribunal facilitan alguna indicaciones sobre lo que puede considerarse como vínculo tolerable entre el capital propio y el capital prestado e incluso la forma de valorar ese vínculo.

FRANCIA (63)

Las normas francesas sobre subcapitalización, limitan la deducción de los intereses de préstamos o anticipos autorizados por los accionistas. Estas reglas han de ser interpretadas de manera estricta pues constituyen la derogación del principio general de deducción de gastos. Se trata de una normativa severa. Por un lado, el ratio que prevé la no deducibilidad de los intereses pagados a determinados accionistas sobre sumas que sobrepasen vez y media el monto del capital social es reducido y no tiene en cuenta la salud financiera global de la sociedad, es decir, de sus capitales propios y su endeudamiento total. Por otro, el tipo de referencia, más allá del cual no son deducibles los intereses pagados a accionistas no viene fijado en función del conjunto de características del préstamo.

Estas limitaciones sólo se aplican a los intereses pagados a los accionistas directos, y tienen un reducido alcance supuesto que los préstamos otorgados por sociedades del mismo grupo que no sean accionistas directos no resultan, incluidos en la misma. La administración tributaria francesa podría en caso de montaje para evitar la aplicación de estas reglas (back to back, o utilización de sociedades interpuestas), aplicar el procedimiento del abuso de derecho.

Los intereses a los que se niega la deducibilidad en aplicación de las disposiciones se califican de rentas distribuidas y sujetas, cuando se pagan a no residentes, a retención en la fuente como distribuciones de dividendos.

El artículo 9 del modelo de Convenio OCDE constituye un auténtico límite a la aplicación de las normas francesas de subcapitalización, en la medida en que debería admitirse la deducción de un gasto financiero soportado por una empresa francesa cuando las características de los préstamos correspondan a condiciones de plena competencia. En ciertos casos constituye un ataque al principio de no discriminación.

IRLANDA (63)

Los dividendos no son imponible para el beneficiario y los intereses son deducibles para sociedad e imponible para quien los percibe.

Los intereses pueden reclasificarse en determinadas circunstancias, p.e. cuando se pagan a un socio no residente, o cuando el capital prestado o los intereses tengan determinadas características de los capitales propios.

ISRAEL (63)

No hay requerimientos mínimos en la extensión del patrimonio que debe invertir una firma.

Sólo en casos inusuales de compañías públicas en ciertos estados se requiere un capital mínimo.

En ese sentido, hay una ventaja en financiar una compañía con préstamos de sus accionistas, dado que reduce el riesgo, y desde la perspectiva fiscal pues se mejora la imposición de la firma.

No hay reglas para tratar la capitalización exigua.

ITALIA (63)

No hay normas o directrices que definan las condiciones y efectos de la subcapitalización de las sociedades. La única condición existente es el principio de asimilación a una empresa independiente. Los intereses excedentarios no son deducibles, pero no pueden tampoco ser reclasificados como dividendos. Los intereses vencidos o pagados con empresas que se encuentran en paraísos fiscales no son normalmente deducibles.

La norma que rige la deducción de intereses aplicables cuando los intereses han sido pagados conforme al principio de asimilación a una empresa independiente, puede ser considerada compatible con el artículo 24 del Modelo de Convenio OCDE y con los Convenios de la Unión Europea.

Es posible que existan casos de doble imposición financiera en el plano internacional, cuando los intereses son considerados no deducibles. Con los países europeos resultaría aplicable el Convenio sobre procedimientos de eliminación de la doble imposición para el caso de ajustes de beneficios sociales.

JAPON (63)

A partir de 1992 se introducen normas sobre subcapitalización. Se limita la deducibilidad de intereses debidos a una parte vinculada al extranjero por una sociedad japonesa o por una sucursal japonesa de una sociedad extranjera.

La fracción de los intereses de deuda contraída con una parte vinculada extranjera superior en más del triple a la inversión del capital propio neto de dicha parte, calculada según la fórmula:

$$E \times (B-3D)/B$$

- A: saldo medio del crédito total generador de intereses.
- B: saldo medio del crédito generador de intereses de las partes vinculadas en el extranjero.
- C: capital propio neto total (monto total del capital desembolsado y excedente del mínimo).
- D: inversión de capital propio neto por las partes vinculadas en el extranjero (fracción proporcional del monto total del capital desembolsado y del excedente del mínimo).

E: pago de intereses, deducibles a efectos fiscales, a las partes vinculadas en el extranjero no es deducible de la renta imponible del pagador.

Si la subcapitalización respecto de la inversión de capital propio neto por parte de las partes vinculadas en el extranjero (B-3D) excede la subcapitalización sobre el capital propio total (A-3C), el numerador de esta fórmula de rechazo puede ser (A-3C) en lugar de (B-3D).

Las normas que rigen la subcapitalización en Japón pueden parecer generosas contemplando las siguientes tres características:

- (a) Un contribuyente puede evitar la aplicación de estas reglas, incluso cuando el coeficiente de endeudamiento sea superior a 3:1, demostrando que un tercero independiente, con dimensión similar, con una actividad parecida, tiene un coeficiente de empréstito superior o equivalente al suyo.
- (b) Las garantías otorgadas por partes vinculadas en el extranjero, relativas a préstamos de terceros, no constituyen préstamos sujetos a las normas que rigen la subcapitalización en Japón.
- (c) Si el capital propio neto es inferior al total de la aportación de capital a fin del ejercicio fiscal del contribuyente, el total de la aportación de capital puede utilizarse como capital neto propio.

La definición de las partes vinculadas en el extranjero a tenor de las normas que rigen la subcapitalización en Japón se basa en (a) una participación del 50% o más, directa o indirectamente; o (b) tenencia de la resolución administrativa que establezca la independencia.

Respecto del cálculo del capital neto propio de las filiales de segundo grado (o más) en Japón, cabe señalar que si la aportación de capital en una filial de primer grado a otra de segundo grado es superior al capital propio de segundo grado, el excedente (o el crédito extranjero de la filial de primer grado, si es inferior) ha de ser deducido del montante del capital propio de la filial de segundo grado.

Los intereses excedentarios sobre la subcapitalización, rechazados a la sociedad que pague los intereses, no constituirán dividendo para el beneficiario, sino que se tratarán como intereses a efectos fiscales.

Aunque no dispongamos de estadísticas de pagos fiscales adicionales por aplicación de estas reglas sobre subcapitalización, pensamos que tales pagos son muy raros. Nunca ha habido impugnación ni litigios sobre imposición en materia de subcapitalización. Sin embargo, es posible que pueda haber controversias en la prueba del coeficiente de endeudamiento de un tercero independiente, o en la del saldo medio de la deuda respecto de las partes vinculadas en el extranjero.

KOREA (63)

En Korea se aplican reglas de subcapitalización a partir de Enero de 1996 para inducir a las empresas a que no contraigan préstamos con accionistas extranjeros.

Una de las razones por las que las corporaciones koreanas prefieren deudas a capital es que hay diferencias en el tratamiento impositivo de los dividendos e intereses. Por ello Korea ha introducido un sistema de imputación parcial para disminuir la diferencia, el cual no se extendió a una controlante extranjera ni a impuestos extranjeros. Respecto de intereses provenientes de préstamos de compañías extranjeras vinculadas se contemplan reglas de subcapitalización traducidas en índices de 3:1 de deuda sobre el patrimonio y de 6:1 en el caso de bancos y compañías de seguro, el interés no deducido es tratado como dividendo y sujeto a retención.

El problema se plantea en el caso en que la subsidiaria extranjera tenga que pagar un impuesto como consecuencia de la no deducción del interés de un préstamo otorgado por la compañía koreana y luego cuando se distribuyan dividendos se retenga sobre ese dividendo, no contemplando la legislación la acreditación de impuestos indirectos contra los intereses percibidos por la koreana. Ese beneficio que deja de percibir Korea se contempla sólo a través de tratados de negociación.

No se advierte que existan en el método adoptado problemas de no discriminación, derivados de que las reglas son aplicables a préstamos provenientes de controlantes extranjeras, dado que a nivel local se aplica imputación parcial.

LUXEMBURGO (63)

No existen en este país normas que definan o prohíban la subcapitalización.

Por el contrario en el plano extrafiscal en sectores como las instituciones de crédito y los seguros, se imponen prudentemente exigencias complejas de capitalización, basadas en directrices comunitarias dentro del derecho nacional.

La base jurídica de la sanción tributaria por subcapitalización se encuentra en las disposiciones de la ley general tributaria sobre abuso de formas y estructuras jurídicas y en la noción, definida en la ley del impuesto sobre la renta, del dividendo oculto. Sin embargo estos conceptos no son más que el corolario del principio más general consagrado por la jurisprudencia según el cual el contribuyente es libre de elegir, en la explotación de su empresa, la forma que le parezca más apropiada y menos onerosa desde el punto de vista fiscal.

Así pues no resulta sorprendente que ni la práctica administrativa ni la jurisprudencia hayan aplicado sistemáticamente o frecuentemente la noción de subcapitalización.

Por el contrario, la exigencia de una capitalización adecuada es planteada regularmente en las respuestas dadas por la Administración a los solicitantes de "ruling" relacionadas, muy a menudo, con sociedades de participación financiera en que intervienen matrices y filiales.

También se exige capitalización apropiada en las sociedades que resultan gravadas sobre su capital.

La extensión por la ley tributaria del privilegio de matrices y filiales a la realización de plusvalías en participaciones importantes, al propio tiempo que la flexibilidad en las condiciones de aplicación de este privilegio, han conducido a menudo a considerar preferible la inversión bajo la forma de capital, al menos desde el punto de vista fiscal, a la inversión por vía de préstamo. También por un vuelco de tendencias ha sido invocada la noción de abuso de derecho, en fechas recientes, contra rentas en forma de intereses que se ha pretendido se recalifiquen como dividendos, más que a la inversa.

HOLANDA (63)

El problema de la subcapitalización ha sido tratado en Holanda, por la jurisprudencia. La noción económica ha sido abandonada en sus inicios. La calificación civil se ha convertido en básica para la definición fiscal. Únicamente puede dejarse de lado la definición civil cuando lo exija el principio del "fondo prima sobre la forma", o los conceptos de "participación" o "derroche". Sin embargo, en muy numerosas ocasiones, la Administración tributaria ha prestado creciente atención a las estructuras financieras de las sociedades. En primer lugar, se interesa por los reintegros (dentro o fuera del grupo) financiados con capitales prestados. La base imponible puede verse afectada por pagos de intereses exorbitantes, de ahí que la Administración tributaria se esfuere en denegar un tratamiento fiscal favorable de estas estructuras mediante la aplicación de la doctrina del "abuso del derecho". Esta doctrina exige que (a) el único objetivo -o al menos el objetivo esencial- del contribuyente sea pagar menos impuestos; y afirma que (b) los objetivos y fines de la legislación holandesa resultarían violados si se obtuviera un resultado recortado. Según la jurisprudencia, la Administración tributaria sólo ha salido victoriosa en el caso de un reintegro por una sociedad extranjera en un grupo internacional. Finalmente, los legisladores han propuesto (pero no promulgado) nuevas leyes para reducir la erosión de la base imponible limitando los pagos de intereses a las sociedades radicadas en paraísos fiscales. Se ignora si esta propuesta se retomará en un futuro próximo.

NUEVA ZELANDA (63)

Aunque la legislación interna de Nueva Zelanda no contenga normas explícitas sobre subcapitalización, sí presenta medidas que reemplazan las mismas y que tienden a reclasificar algunos documentos de crédito como capital propio o a impedir las deducciones de intereses relacionados con deudas cuando los fondos se utilicen en inversiones particulares, o incluso a aumentar el tipo impositivo a los prestamistas socios no residentes. Estas medidas no son limitativas y, en ciertos casos, se aplican también a los intereses pagados a prestamistas residentes.

Se afirma que la falta de normas sobre subcapitalización ha influido en la estructura del capital de las inversiones de no residentes en Nueva Zelanda. Sin

embargo, no existe prueba formal de la extensión de esta práctica y de lo que la carencia de tales normas ha costado a la administración tributaria neozelandesa.

La carencia de normas sobre subcapitalización se corregiría mediante la introducción de una legislación destinada a promulgar la reglamentación de la subcapitalización. Se propone su aplicación a los no residentes que operen en Nueva Zelanda por medio de una sucursal, una sociedad controlada o un trust. Las reglas propuestas impedirán la deducción de intereses cuando el coeficiente de endeudamiento sobre pase el 75%.

La valoración del coeficiente de endeudamiento se realizaría por grupo. El coeficiente incluirá todas las deudas (con partes relacionadas o no relacionadas, con residentes o no residentes) del grupo neozelandés a un no residente. Incluye a los acuerdos financieros que cubran más allá del simple monto prestado. La aplicación de las normas a todos los acuerdos financieros tiene como fin impedir las operaciones evasivas (tales como las operaciones realizadas por medio de un tercero) y a asegurar que los instrumentos de sustitución de la deuda se incluyen en el régimen de subcapitalización.

Los Convenios existentes no contienen cláusula de no discriminación que prohíba claramente la aplicación del régimen de subcapitalización propuesto.

NORUEGA (63)

El tratamiento fiscal de los intereses es, en Noruega, fundamentalmente distinto del de los dividendos: los intereses son, en general, deducibles por el deudor en el impuesto sobre la renta, mientras que la distribución de dividendos no implica un derecho similar para la sociedad deudora. Por otro lado, el acreedor ha de incluir los intereses en su renta bruta. Lo mismo sucede en los dividendos recibidos por el accionista, si bien los residentes en Noruega no tienen derecho a un crédito de impuesto que exime del impuesto a los dividendos recibidos de una sociedad residente en Noruega. Los intereses pagados a un acreedor residente extranjero no están sujetos al impuesto anticipado, que sí se percibe sobre los dividendos distribuidos a un accionista.

La inyección de capital prestado resultará menos gravada en Noruega que la de capital propio, al menos en lo

que se refiere a fuente de capital de un residente extranjero.

La legislación contiene una disposición específica para las compañías petrolíferas, a las que exige un capital propio de al menos un 20%. Si es inferior a tal porcentaje, se reduce la deducción de intereses a fines fiscales. Disposición introducida en 1994.

Por otra parte, las autoridades fiscales pueden tratar determinados préstamos como capital propio en base al principio según el cual "el fondo prima sobre la forma". Las condiciones (y hasta cierto punto las consecuencias) son poco claras relativamente pues hay que basarse en principios demasiados vagos.

PORTUGAL (63)

No contiene disposición que regule la subcapitalización. La legislación en materia de derecho de sociedades sólo prevé un capital social mínimo para las sociedades limitadas a un monto muy reducido y no establece limitaciones al endeudamiento de la sociedad con sus socios, tampoco hay disposiciones generales "antiabuso" que permitan a la Administración tributaria y a los Tribunales reclasificar ciertos préstamos como capital propio.

La definición de subcapitalización vendría dada por un coeficiente de endeudamiento igual a 2.

SUDAFRICA (63)

En Sudáfrica se acepta un coeficiente de endeudamiento de 3 a 1. Además el tipo de interés aplicable a la asistencia financiera aceptable puede ser un 2% superior al tipo básico de préstamo en Sudáfrica en una deuda establecida en rands, el tipo interbancario aplicable (p.e. LIBOR) superior en un 4% para las deudas establecidas en moneda extranjera.

Si no se admite el nivel de asistencia financiera o el tipo de interés, pueden no ser tenidos en cuenta, a efectos de deducción fiscal, los intereses de "la asistencia financiera excesiva" o la fracción excesiva de

intereses. Si el destinatario cumple las condiciones requeridas para ser accionista beneficiario del deudor, la fracción no tenida en cuenta se tratará como dividendo y se percibirá el impuesto subsidiario de sociedades.

Las transacciones relativas a un préstamo otorgado por mediación de un tercero se contrarrestan por una disposición específica de la ley; sin embargo, no se aplicará esta medida si una parte extranjera se limita a avalar a una institución financiera nacional que otorgue una asistencia financiera a la filial.

SUECIA (63)

No hay normas de subcapitalización. Hay retención de impuesto cuando se distribuyen dividendos. Los residentes de la Unión Europea no están sujetos al gravamen cuando se posean al menos un 25% del capital.

La mayoría de los convenios fiscales con Suecia prevén una reducción de la retención. En general no se retiene impuesto cuando los dividendos sean distribuidos por una filial sueca a una matriz extranjera.

No se prevé retención sobre los intereses.

SUIZA (63)

Existe subcapitalización cuando el capital extranjero se califique, desde el punto de vista económico, como propio. Esta parte del capital extranjero se denomina capital propio encubierto. No existen disposiciones que prevean un capital propio mínimo, excepto leyes tributarias cantonales. Así pues, el capital extranjero se trata como capital propio encubierto únicamente cuando la sociedad contrae deudas, respecto de un accionista, que exceden el monto que podría obtener en préstamo de un tercero, habida cuenta de su propia cotización. Determinadas leyes tributarias cantonales prevén para las sociedades inmobiliarias un tipo de endeudamiento mínimo de 1 a 2 y de 1 a 4, y para el resto de sociedades de 1 a 5 hasta 1 a 6. Llegado el caso, hacen generalmente fe los valores contables fiscales.

La reglamentación sobre subcapitalización sólo entran en juego cuando el préstamo es de un accionista o allegado al mismo. Se considera allegado al accionista a aquella persona con la que existen relaciones económicas o personales, cuando estas relaciones constituyen, la verdadera causa de una prestación insólita que no se habría realizado por un tercero independiente. En jurisprudencia existe una controversia sobre si los préstamos de un tercero independiente garantizados o asegurados por el accionista pueden ser tratados como capital propio encubierto.

Las sociedades financieras controladas en el extranjero sufren una retención que se les reintegra cuando los créditos que han dado lugar a intereses no sobrepasen el séxtuplo del capital de base y reservas visibles. No pueden reinvidicar los beneficios de los convenios de doble imposición más que cuando los créditos que han dado lugar a intereses respecto a los acreedores extranjeros no representen más del séxtuplo del capital de base y las reservas libres.

El contribuyente puede rechazar las normas de subcapitalización si prueba que la financiación corresponde a la que terceros extranjeros habrían convenido en idéntica circunstancia. La autoridad de aplicación debe probar la inadecuación. Como hay reglas expresas sobre capital extranjero aceptable, el contribuyente puede solicitar el reconocimiento fiscal al organismo fiscal con carácter vinculante. No así cuando la ley prevé tipos de endeudamiento fijos y, por tanto, no tiene cuenta en vínculos subjetivos.

REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA (63)

En Gran Bretaña los dividendos no son deducibles y sufren retención que utilizada por los residentes. Los intereses son deducibles y los pagados a no residentes tienen retención reducida generalmente por Convenios fiscales.

La legislación interna prevé que todos los intereses pagados a un socio al 75% que sobrepasen el precio de plena competencia sean tratados como distribución. Las disposiciones restrictivas suponen que este tratamiento se aplicará únicamente a los prestamistas no residentes.

Las Administración tributaria sostiene que el precio en plena competencia de los intereses debe estudiarse caso por caso. Sin embargo han sido aceptados ratios de 1 a 1 en capitales prestados-capitales propios y de 3 a 1 en coberturas de intereses.

Para calcular el precio de plena competencia de los intereses conviene determinar la capacidad de endeudamiento de la sociedad prestataria. Es posible que sea tenida en cuenta la intensidad de la capacidad de endeudamiento de la sociedad a la vista de su relación con determinados miembros del grupo. Ello es así porque, el factor determinante será de hecho la capacidad de endeudamiento del grupo residente en Gran Bretaña. Los intereses pagados a un prestamista independiente viene dado por el monto susceptible de ser obtenido en préstamo de forma independiente por la sociedad.

En general no existen características específicas de un préstamo que den lugar a intereses recalificados como distribución, por ejemplo identidad del prestamista, utilización del préstamo, duración del mismo. La naturaleza de la financiación y los intereses pagados se contemplan en base a principios general.

ESTADOS UNIDOS (65)

El concepto de subcapitalización es una combinación de las normas de reclasificación del capital prestado y de las que rigen la denegación o el aplazamiento de la imputación de los gastos a título de intereses.

La jurisprudencia ha analizado la verdadera naturaleza de una crédito entre dos partes, para determinar si debe ser considerado como tal en su totalidad. Depende de la circunstancias específicas y del momento de la transacción, debiendo utilizarse el derecho de cada Estado.

Las normas que rigen la denegación y el aplazamiento de la deducción de intereses son aplicables cuando se han pagado los intereses o han tenido su origen en una situación expresamente definida. Algunas normas se aplican con independencia de la residencia del beneficiario, algunas de ellas son aplicables a pagos en favor de no residentes que no hacen declaración de rentas sobre los intereses.

La reglas de subcapitalización se aplican cuando un deudor tenga una relación deuda/capital mayor a 1,5 contra 1, en cuyo caso la deducción de intereses no puede realizarse si:

- a) el pago de intereses es hecho a un accionista del exterior o una parte vinculada que no esté sujeta al impuesto norteamericano por el interés recibido;
- b) la deuda garantizada por un accionista del exterior o una parte vinculante y el interés no está sujeto a una retención en los Estados Unidos.

En relación a determinar si un instrumento es deuda o capital, la realidad económica del trato prevalece sobre las formas. En este sentido, si la deuda es recalificada como capital, la sociedad no podrá deducir los intereses. Los elementos tenidos en cuenta para determinar si desde un punto de vista fiscal un instrumento es deuda o capital son:

- la existencia de una fecha de vencimiento,
- el derecho de poder reclamar el pago del capital y los intereses,
- la participación en la dirección de la empresa,
- la posesión de un status igual o inferior al de los deudores ordinarios de la empresa,
- la relación deuda/capital,
- si la deuda es tenida por los accionistas en proporción a su participación en la sociedad

URUGUAY (63)

Los dividendos y beneficios pagados en el extranjero están sujetos a retención cuando son gravados en el país del beneficiario y generan crédito de impuesto respecto del retenido en Uruguay. Los intereses pagados en el extranjero no están sujetos a retención y son deducibles hasta una determinada cantidad. Los dividendos y beneficios percibidos no están gravados. Los intereses percibidos de no residentes no están gravados, en tanto que los percibidos de residentes lo están si el beneficiario es una sociedad o una sucursal. Los anticipos para futuras capitalizaciones no constituyen otro modo de financiación apropiación debido al ajuste por inflación. La deducción de

préstamos percibidos del accionista o socio no gozan de autorización en el impuesto sobre el capital, si bien si son reconocidas son deducibles las deudas. Los dividendos y beneficios distribuidos pero no pagados por no residentes resultan gravados indirectamente por el impuesto sobre el capital, en tanto que los dividendos distribuidos pero no pagados por entidades nacionales están gravados directamente por el impuesto sobre el capital.

No hay normas de subcapitalización. Se utiliza el principio según el cual "el fondo prima sobre la forma" y prevé incluso el ajuste de intereses abusivos o su recalificación como dividendos, si bien las autoridades no aplicaron estas reglas a los casos de subcapitalización. Los créditos y deudas entre socios y sociedad y entre sucursales y su sede central se clasifican en todos los casos como capital propio; esta solución es conforme al principio de legalidad en el caso de los socios, pero contraria en el caso de las sucursales.

Los convenios de doble imposición prevén el ajuste de intereses pagados contraviniendo el principio de asimilación a empresas independientes.

6.1. RESUMEN DE LA EXPERIENCIA MUNDIAL

Se advierte que en determinados casos como Reino Unido, Suecia, Holanda, Luxemburgo, Italia, Finlandia, Austria, no se aplican reglas de subcapitalización, funcionando en determinados casos la Jurisprudencia y el accionar de la Administración Tributaria en función de la aplicación de principios arm's length, realidad económica, etc. Suiza por su parte recalifica intereses como capital propio utilizando el punto de vista económico. Bélica utiliza para ello la teoría de la simulación. En Estados Unidos se utilizan reglas de subcapitalización en casos de accionistas del exterior y la determinación de si un préstamo es deuda o capital se efectúa a través de la aplicación de la realidad económica del trato prevalece sobre las formas; la conceptos están expresamente definidos en la norma, así como también existen muchos antecedentes jurisprudenciales.

En otros países como Alemania, España, Canadá, Japón, Korea, Sudáfrica, aplica reglas de subcapitalización tomando por lo general el ratio 3:1. En el caso Noruega sólo para compañías petrolíferas. Francia aplica límites para sociedades vinculadas extranjeras sin consideran arm's length y la no discriminación. Australia contempla normas de no deducción de intereses para no residentes y vinculados en un 15%, y sólo aplica reglas para bancos y compañías de seguros.

Méjico por su parte no permite deducir intereses de empresas vinculadas y contempla la posibilidad de consolidar resultados cuando la participación es superior al 50%.

Brasil por su parte no grava los intereses en el impuesto a la renta y admite la deducción de intereses de capital propio con topes, asimila beneficios a capital de riesgo. Los intereses de préstamos del exterior estarían gravados. Además tiene un impuesto a los intereses del 15%.

Se advierte que la aplicación de reglas y por consiguiente la consideración de principios generales de interpretación de normas rige en países con intensa intervención de las Administraciones tributarias, y por lo tanto también de la jurisprudencia.

Otro grupo de países industrialmente desarrollados aplica reglas de subcapitalización sólo a compañías vinculadas.

En muchos casos estas reglas fueron cuestionadas desde el punto de vista de la no discriminación de disposiciones a capitales extranjeros respecto de la legislación interna. Al respecto no podría hablarse de discriminación cuando se están aplicando disposiciones a empresas vinculadas que se encuentran en condiciones distintas que las empresas nacionales, cuya base imponible es dable de control y gravabilidad en el país. Dicho aspecto fue considerado también por Córdón Ezquerro que también consideró que no había discriminación en la consideración de aspectos que era posible ocurrir en empresas nacionales.

Aún cuando no escapa advertir que cada sujeto del tributo, en función del principio arm's length adoptado también por nuestra legislación, debe determinar el tributo en forma independiente del resto del conjunto al que pertenece de manera que no compense quebrantos de otra

compañía del grupo con utilidades de otro sujeto, o usufrute determinados beneficios que le pudieran corresponder a otro, etc.

(60) Dr. Thomas Toben, keywords internet GERMANY, Thin Capitalization Rules. 1370 January-March, 1995.

(61) Derecho Financiero y Tributario, Legislación Básica, Sistema Tributario Español, Ed. Mc. Graw-Hill, Madrid.

(62) Fisco Agenda 1996. Ediciones Fiscales ISEF S.A., CP Efrain Lechuga Santillán, México D.F.

(63) Cahier International Fiscal Association, 50th Congress, Yearbook 1996.

(64) González Cano, Hugo, Armonización Tributaria del Mercosur, Ensayos sobre los Aspectos Tributarios en el Proceso de Integración, Asociación Mutual de Empleados de la DGI, Ediciones Académicas, Capítulo V, pág. 225.

(65) Martín Julián, Tratamiento Impositivo de la Operaciones Financieras, Pág. 11.

7- MODELO ARGENTINO

Como ya fuera expuesto en el punto 2.2. el modelo argentino alcanza las renta obtenida por personas físicas y jurídicas aplicando el principio de residencia para su determinación y de la fuente para los sujetos no residentes.

El artículo 5° de la ley define las ganancias de fuente argentina como aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos.

En el impuesto a las ganancias el criterio de la fuente como vinculación jurisdiccional de la renta resulta aplicable para sujetos no residentes, y para los residentes se alcanzan todas las rentas obtenidas en el país y en el exterior de acuerdo con el criterio de vinculación jurisdiccional de la residencia mediante el cual se considera que se alcanza plenamente la capacidad contributiva del sujeto además de considerar que es el lugar de residencia donde el sujeto se beneficia por los bienes públicos provistos por el Estado, no resultado ello materia del presente trabajo.

Además de considerar el criterio de la fuente como principio de vinculación jurisdiccional, la fuente resulta relevante como criterio de determinación de la renta gravada, habida cuenta que la ley alcanza a la ganancia periódica y permanente obtenida por la fuente que los produce habilitada -cfr. artículo 2°, inciso a) de la ley-, y en caso de beneficios empresarios se identifica a la misma explotación empresarial como fuente con todas las características mencionadas para la atribución de renta gravada -cfr. artículo 2°, inciso b), de la ley. También es denominada la atribución de beneficios a la empresa a través de la teoría del balance que no difiere en esencia de lo expuesto.

Asimismo se gravan determinadas ganancias contempladas en el inciso c) del artículo 2° de la ley que no cumplen con la condición del inciso a) mencionado, en cuanto a periodicidad y permanencia sino derivan de la

realización de la fuente misma, resultando las enajenaciones de bienes muebles amortizables, acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, cualquiera fuera el sujeto que los obtenga -este último incorporado por la ley N° 25414, Boletín Oficial del 30-3-2001.

Es dable señalar que la enajenación de los bienes citados en cabeza del sujeto empresa siempre estuvieron gravados habida cuenta que la fuente es la empresa con todos los factores y los bienes que la integran, aún cuando los mismos constituyan bienes de uso durable que integren el stock utilizado en la generación de ganancias, la enajenación de los mismos no extingue la fuente.

Por otra parte, a los fines de la determinación de la renta gravada resultan deducibles todos gastos necesarios para obtenerla o en su caso mantener y conservar la fuente, no resultando deducibles en ningún caso los gastos vinculados con ganancias exentas o no comprendidas en el impuesto -artículo 17 de la ley.

Resultan deducibles aquellos gastos que relacionados o vinculados con la fuente productora de ganancias. Cuando la fuente resulte el sujeto mismo resultan deducibles aquellos gastos relacionados con el sujeto en su rol de fuente productora de ganancias y no en otros.

El artículo 80 de la ley también regula un prorrateo de gastos en el caso en que éstos se vinculen con ganancias gravadas y no gravadas generadas por distintas fuentes productoras, resultando deducible sólo la proporción correspondiente a la ganancia gravada.

Se enumeran deducciones generales y especiales para las cuatro categorías. La discriminación tiene origen cuando la norma legal contemplaba cinco categorías, la quinta categoría se derogó y reemplazó por el impuesto sobre los beneficios eventuales hoy derogado.

El artículo 81 de la ley regula en su inciso a) la deducción de intereses. Con la redacción actual de la ley no surgen dudas de su vinculación con la obtención de la fuente prevista en el artículo 17, primer párrafo de la ley, habiendo sido cuestionada su deducibilidad cuando no se enumeraba la deducibilidad de gastos necesarios para "obtener" ganancias gravadas, siendo que los intereses muchas veces financian la adquisición de bienes de capital.

Señala Atchabaian y Raimondi (66) que "el interés y demás gastos financieros configuran el costo, en función

del tiempo, del uso de recursos monetarios: dicho costo es directamente atribuible al producido, en función del tiempo, del uso o explotación de los activos a cuya adquisición han contribuido aquellos recursos".

Por su parte los dividendos no resultan un concepto deducible de la base de imposición de la empresa -ingresos gravados-, pues constituyen la base misma atribuida a la persona jurídica como sujeto del impuesto en forma independiente de los titulares de su capital. Ello fundamentado en que la sociedad es susceptible de atribuir capacidad contributiva, dado que tiene vida económica propia, posee un patrimonio y una actividad de producción o de negociación de bienes y además según criterio de Jarach (67) en la heterogeneidad de los grupos de accionistas que la componen, lo que plantea la imposibilidad de identificación de los intereses sociales con los de todos los accionistas.

La ley argentina grava la renta societaria íntegramente en cabeza de la sociedad, sin deducción de dividendos distribuidos, adoptando un criterio anómalo, en los términos descriptos en el punto 2.3., que en términos generales consiste en gravar la utilidad en cabeza de la sociedad y no resultan computables los dividendos distribuidos en cabeza del accionista o titular del capital -artículo 46 de la ley. Ello a los fines de evitar una doble imposición económica -punto 3.1.8. Los gastos relacionados con los dividendos no resultan deducibles - artículo 64 de la ley.

Este dividendo se considera renta exenta a los fines del prorrateo de gastos deducibles, entendiendo Atchabaian y Raimondi (68) que debieran considerarse por su monto total acrecentado en el impuesto pagado por la sociedad, dado que "La circunstancia de que el fruto de la inversión en una sociedad esté sujeto a impuesto antes de ser traspasado a los dueños de la inversión no implica que ese fruto esté exento, pues quien sufre los efectos de la imposición es el socio o accionista".

Cabe señalar que el criterio expuesto no fue recogido por la norma legal mencionada -artículo 64- con el fundamento esgrimido por Jarach de la personalidad societaria susceptible de ser alcanzada en forma separada de los titulares de su capital.

Se aprecia además que la no computabilidad del dividendo tiene apoyo en razones de política tributaria mencionada en el punto 2.3., de incentivar la inversión de riesgo.

Otro argumento de la no deducibilidad de los dividendos y utilidades distribuidas por lo sujetos del artículo 69, es decir sociedades anónimas, sociedades en comandita por acciones, sociedades de responsabilidad limitada, sociedad en comandita simple, asociaciones civiles no exentas, etc., es la aceptación mundial de la aplicación del criterio de arm's length aplicable a las operaciones entre sociedades vinculadas y también para sus accionistas. Ello surge de la ley de impuesto a las ganancias, según el artículo 14 aplicable a operaciones transnacionales, el artículo 73 que regula disposiciones de fondos efectuadas por los accionistas en condiciones distintas a que ocurrieran entre partes independientes, del artículo 77 y siguientes que regula la no gravabilidad de las transferencias y revalúos realizados en reorganizaciones de sociedades que consistan en integraciones y escisiones fundadas en la mayor eficiencia productiva -caso contrario no se hubiese dispuesto expresamente su no gravabilidad.

En función de ello se advierte que a los fines del impuesto a las ganancias las operaciones entre las distintas sociedades, así como también con sus accionistas se deben realizar como entre partes independientes, aún en el mercado interno. Dado que de lo contrario se estaría haciendo posible compensar quebrantos de empresas deficitarias y gozar de franquicias impositivas concedidas a determinadas empresas.

Lo expuesto tiene por fin destacar los fundamentos de la deducibilidad de intereses y no de dividendos distribuidos por parte de una sociedad.

En el mismo orden se regulan normas tendientes a evitar la subcapitalización en el cuarto párrafo del artículo 81 de la ley.

Las mencionadas normas se diferencian del marco utilizado por la mayoría de los países, pues no sólo se utiliza en operaciones entre conjuntos económicos en razón de la vinculación de su capital sino en todas las operaciones entre sujetos independientes y dentro del mercado interno.

7.1. Artículo 81, inciso a) de la ley

Siempre que se cumpla la relación de causalidad que dispone en términos generales los artículos 17 y 80 de la ley del tributo, resultan deducibles los intereses de deudas, sus respectivas actualizaciones y los gastos originados por la constitución, renovación y cancelación de las mismas.

En el caso de personas físicas y sucesiones indivisas la relación de causalidad se establecerá de acuerdo con el principio de afectación patrimonial. Conforme al cual sólo resultan deducibles los intereses, cuando pueda demostrarse que los mismos se originan en deudas contraídas por la adquisición de bienes o servicios que se afecten a la obtención, mantenimiento o conservación de ganancias gravadas.

Respecto del resto de los sujetos del impuesto que no sean personas físicas y sucesiones indivisas, los intereses resultan deducibles en la proporción correspondiente a la ganancia gravada con relación al total de la ganancia (gravada y exenta) a cuyo fin debe efectuarse prorrateo. Ello así según lo expresa Atchabaian y Raimondi (69) dado que el origen y la causa inmediata de una deuda, ni la clase de garantías brindadas al acreedor son índices que puedan utilizarse para señalar el destino dado al dinero.

El artículo 120 del decreto reglamentario contempla que a los efectos del prorrateo no se computa la ganancia de fuente extranjera y cuando no existan ganancias exentas, se admitirá que los intereses se deduzcan de cualquiera de las fuentes productoras, siempre que no altere el resultado final de la liquidación.

Asimismo el artículo 121 contempla que el contribuyente puede solicitar a la Administración Federal de Ingresos Públicos la utilización de otros índices cuando el procedimiento indicado no refleje adecuadamente la incidencia de los intereses.

No resultan deducibles cuando se trate de ganancias gravadas que conforme a esa ley tributen el impuesto por vía de retención con carácter de pago único y definitivo.

7.2. Cuarto párrafo y siguientes del inciso a) del artículo 81 de la ley. Reglas anti subcapitalización.

Las reglas anti-subcapitalización fueron incorporadas mediante la ley N° 25063, cuyo mensaje del Poder Ejecutivo que acompañó el proyecto de ley expresaba que cuando una empresa se financia con capital propio, las ganancias derivadas de la utilización de dicho capital están gravadas, mientras que una empresa que se financia mediante capital de terceros no paga impuestos por los intereses generados por dicha deuda, ya que éstos son deducibles de la base del impuesto como costo incurrido en la obtención de la ganancia.

Sujetos comprendidos:

- Las sociedades anónimas, las sociedades en comandita por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple, constituidas en el país.
- Las asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país en cuanto no corresponda por esta ley otro tratamiento impositivo.
- Las sociedades de economía mixta por la parte de utilidades no exentas del impuesto.
- Las entidades y organismos a que se refiere el artículo 1° de la ley 22016, no comprendidos en los apartados precedentes, en cuanto no corresponda otro tratamiento impositivo en virtud de lo establecido por el artículo 6° de dicha ley.
- Fideicomisos no financieros constituidos conforme con la ley N° 24441 en los el el fiduciante no posea la calidad de beneficiario.
- Los fondos comunes de inversión constituidos en el país, no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1° de la ley 24083 y sus modificaciones.
- Cualquier otro tipo de sociedades constituidas en el país o de empresas unipersonales ubicadas en éste.
- Comisionistas, rematadores, consignatarios y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría.
- Profesionales complementados con una explotación comercial y viceversa.

Sujetos no comprendidos

- Entidades regidas por la ley N° 21526.

- Fideicomisos financieros constituidos conforme el artículo 19 y 20 de la ley N° 24441.
- Fideicomisos no financieros constituidos conforme con la ley N° 24441 en los el el fiduciante posea la calidad de beneficiario.

Intereses comprendidos

- 60% de los intereses de préstamos financieros al cierre del ejercicio comercial o del año calendario según el caso.
- 60% de intereses deudas que hayan sufrido algún tipo de descuento financiero o en su caso la colocación se haya realizado bajo la par.
- 60% de los intereses de préstamos otorgados por entidades bancarias o financieras (beneficiarios del exterior) radicadas en países en los que sus bancos centrales u organismos equivalentes hayan adoptado los estándares internacionales de supervisión bancaria establecidos por el Comité de Bancos de Basilea.

Intereses no comprendidos

- Intereses de préstamos otorgados por personas físicas o sucesiones indivisas domiciliadas o radicadas en el país.
- Intereses de préstamos otorgados por acreedores (beneficiarios del exterior) que no se traten de entidades bancarias o financieras radicadas en países en los que sus bancos centrales u organismos equivalentes hayan adoptado los estándares internacionales de supervisión bancaria establecidos por el Comité de Bancos de Basilea.
- Intereses de deudas laborales, fiscales, previsionales, ni aquellas generadas por las adquisiciones de bienes, locaciones y prestaciones de servicios relacionados con el giro del negocio
- 40% de los restantes intereses de préstamos comprendidos en la limitación.

Limitación

No serán deducibles en el balance impositivo al que corresponda su imputación en la proporción correspondiente al mayor de los excedentes que resulten de las siguientes limitaciones y siempre que se den en forma conjunta:

- a) El monto total del pasivo que genera intereses de deudas de carácter financiero comprendidas en la limitación al cierre del ejercicio no debe ser superior a dos veces y media (2,5) al monto del patrimonio neto a esa misma fecha.
- b) El monto total de los intereses de deudas comprendidas en la limitación no debe superar el cincuenta por ciento (50%) de la ganancia neta sujeta a impuesto del período, determinada con anterioridad a la detracción de los mismos.

Conforme al quinto artículo incorporado a continuación del 121 mediante el Decreto N° 254/99, el patrimonio neto al cierre del ejercicio a considerar es aquel que surge del balance comercial o, para el supuesto de no llevarse libros, de la diferencia entre el valor total de los bienes y las deudas -incluidas las utilidades diferidas-. A estos efectos, el valor de los bienes a considerar es la suma de los gravados, exentos y no computables valuados según las normas del impuesto a la ganancia mínima presunta.

Asimismo mediante la Nota Externa N° 11/99 se dijo que "Se estima conveniente aclarar que la proporción de los excedentes que resulten de las limitaciones de los apartados a) y b), del tercer párrafo del inciso a) del artículo 81 de la ley de impuesto a las ganancias (t.o. 1997 y modif.), debe calcularse tomando, respectivamente, como dividendo, el excedente de endeudamiento y el excedente del costo financiero y como divisor, el 250% del patrimonio neto y el 50% de la ganancia neta sujeta a impuesto antes de deducir los intereses financieros".

"Asimismo, si la proporción del excedente resultante de alguno de los cálculos señalados precedentemente, fuera igual o superior al 100%, dicha circunstancia determinará la imposibilidad de computar, en el ejercicio considerado, importe alguno en concepto de intereses cuya deducibilidad se encuentra condicionada a las referidas limitaciones, los que en su totalidad podrán imputarse a los ejercicios siguientes, teniendo en cuenta en cada uno de ellos las restricciones dispuestas para los mismos".

Variaciones del pasivo al cierre

El tercer artículo incorporado a continuación del 121 de la reglamentación mediante el Decreto N° 254/99 (B.O. 22/3/99) establece que cuando el pasivo al cierre del ejercicio a considerar, hubiere sufrido variaciones que hicieren presumir una acción destinada a eludir la aplicación de las normas enunciadas deberá computarse a los efectos del cálculo del límite, el promedio obtenidos mediante la utilización de saldos mensuales, excluido el correspondiente al mes de cierre de ejercicio.

Se presume, salvo prueba en contrario, que se verifica la situación mencionada cuando el pasivo al final del período sea inferior en un 20% o más al referido promedio.

Realidad Económica del pasivo

De acuerdo con el cuarto artículo incorporado a continuación del 121 por el Decreto N° 254/99 cuando la realidad económica indique que una deuda financiera ha sido encubierta a través de la utilización de formas no apropiadas a su verdadera naturaleza, dichas deudas también deberán incluirse dentro del monto total del pasivo a que hace mención el tercer párrafo del inciso a) del artículo 81 de la ley. Ello a los efectos del cálculo del límite no deducible no así para recalificar a los mismos.

Excedente

El quinto párrafo del inciso a) del artículo 81 establece que cuando se produzca la situación prevista en el párrafo anterior, el excedente de los intereses no deducidos podrá imputarse a los ejercicios siguientes tomando en cuenta para cada uno de ellos límites mencionados precedentemente.

El octavo artículo incorporado a continuación del 121 de la reglamentación mediante el Decreto N° 254/99, cuando exista un excedente de intereses no deducido, los mismos podrán imputarse a los ejercicios siguientes, lo que acumularán al 60% de los intereses sujetos a las limitaciones previstas en el cuarto párrafo de inciso a) del artículo 81.

Sin embargo si transcurridos 5 años desde el período de origen de los excedentes, y quedare un remanente que no hubiere resultado deducible conforme a las disposiciones de subcapitalización el remanente no podrá ser imputado a los ejercicios siguientes.

Actividades a excluir

El sexto párrafo por su parte expresa que la reglamentación podrá determinar la inaplicabilidad de las limitaciones previstas en los dos párrafos anteriores en los supuestos en que el tipo de actividad del sujeto lo justifique.

En función de ello, el Decreto N° 1038/00 (B.O. 14/11/2000) agregó un noveno artículo al 121 de la reglamentación mediante el cual se estableció que "Quedan excluidas de la aplicación de las limitaciones... las empresas que tengan por objeto principal la celebración de contratos de leasing en los términos, condiciones y requisitos establecidos por la ley 25248 y en forma secundaria realicen exclusivamente actividades financieras".

7.3. Impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresarial.

Complementariamente con la disposición mencionada la ley N° 25063 sancionaba un nuevo impuesto que gravaba los intereses deducibles en el impuesto a las ganancias.

El Poder Ejecutivo Nacional en esa oportunidad fundamentó su decisión en la necesidad de adoptar medidas que neutralicen políticas empresarias que reducen la tributación del impuesto a las ganancias, ya sea mediante endeudamiento bancario, emisión de obligaciones negociables o préstamos de personas físicas (autopréstamos).

El miembro informante en ocasión de tratarse en el Congreso el proyecto de ley manifestó que este tributo forma parte del marco que procura incentivar el uso de capitales propios y castigar el financiamiento de terceros en las empresas, dentro del contexto de exención que rige en el impuesto a las ganancias para los rendimientos producidos por las colocaciones de ahorros propios.

El impuesto alcanza a los intereses de deudas y el costo financiero de las empresas que resulte deducible

en el impuesto a las ganancias, con prescindencia del tratamiento subjetivo que tuviere en cada caso, originados en:

- a) operaciones de crédito obtenidas en las entidades regidas por la ley N° 21526,
- b) obligaciones negociables (exentas del impuesto a las ganancias) emitidas conforme a las disposiciones de la ley N° 23576, cuyos tenedores sean sujetos no comprendidos en los incisos a), b) y c) del artículo 49 -Título VI- de la ley de impuesto a las ganancias, o beneficiarios del exterior comprendidos en el Título V.
- c) préstamos otorgados por personas físicas o sucesiones indivisas, domiciliados o, en su caso, radicadas en el país.

Resultan sujetos del impuesto los tomadores de préstamos y/o emisores de las obligaciones negociables comprendidos en el artículo 49 de la ley de impuesto a las ganancias (sociedades, explotaciones unipersonales, comisionistas, consignatarios, profesionales que se complementen con una explotación comercial). No revisten el carácter de sujetos del impuesto los fideicomisos financieros comprendidos en los artículos 19 y 20 de la ley 24441 y quienes realicen operaciones de leasing comprendidas en la ley 25248 y en forma secundaria realicen actividades financieras.

No se encuentran gravados los préstamos de personas físicas que resulten contraprestaciones de su actividad personal u operaciones de transferencia definitiva de bienes.

Este impuesto originalmente tenía una alícuota del 15% para las operaciones de los incisos a) y b) y del 35% para las operaciones del inciso c), que es reducida mediante la ley N° 25360 por períodos semestrales desde el 10 hasta el 2% para los incisos a) y b) y desde el 25 al 5% para el inciso c).

La ley N° 23239 establece para los incisos a) y b) del artículo 1°, que el impuesto resultante por aplicación de las tasas establecidas no podrá exceder un porcentaje determinado sobre el monto de deuda que genera intereses (2,25% hasta 0,30% según el período).

La ley N° 25402 derogó el impuesto desde el 1/7/2002

7.4. Marco Legal en el impuesto a las ganancias

La ley N° 25063 también dispuso que los intereses pagados a beneficiarios del exterior que no se trate de una entidad bancaria o financiera radicada en países en los que sus bancos centrales u organismos equivalentes hayan adoptado los estándares internacionales de supervisión bancaria establecidos por el Comité de Bancos de Basilea y el tomador del préstamo sea un sujeto comprendido en el artículo 49, excluidas las entidades regidas por la ley 21526, o una persona física o una sucesión indivisa, sufren una retención del 35% sobre el 100% de los intereses al mismo tiempo que el pagador puede deducir íntegramente el interés sin límite.

Por otra parte, las personas físicas y sucesiones indivisas excluidas de la limitación del cuarto párrafo del inciso a) del artículo 81 de la ley y por lo tanto íntegramente deducibles y alcanzadas por el impuesto sobre los intereses pagados a la alícuota original del 35%, hoy reducida a través del tiempo.

El 60% de intereses sujetos al límite de deducción de acuerdo con el artículo 81, inciso a), de la ley, en el caso que exceda los índices indicados como normales y deducibles, resultarían gravados por la alícuota del gravamen del 35%, resultando de ello una incidencia del 21%, a la que sumado el 15% de alícuota original del gravamen sobre el endeudamiento otorgado por entidades financieras y obligaciones negociables comprendidas, se llega al 36%, resultando próxima a la alícuota general del impuesto a las ganancias para sociedades.

De esa manera el límite del 60% sumado al impuesto sobre los intereses pagados equiparaba la tributación omitida como consecuencia de la deducibilidad de intereses, en caso que éstos encuadren en el presupuesto legal que fuera objeto de la regulación legal.

La ley N° 25063 también reguló la exención de intereses ganados por préstamos de personas físicas y sucesiones indivisas derogada por la ley N° 25402.

A ello se suma la exención del inciso h) del artículo 20 aplicable a los intereses de caja de ahorro, cuentas especiales de ahorro, plazo fijo, depósitos de terceros u otras formas de captación de fondos del público conforme lo determine el Banco Central de la República Argentina, en entidades comprendidas en la ley de entidades

financieras, para sujetos personas físicas radicados en el país -cfr. ley 25402-.

Además cabe hacer mención que a través de la ley N° 25402 (B.O. 12-1-2001) se admite deducir de la base imponible del impuesto a las ganancias los intereses correspondientes a créditos hipotecarios que les hubieran sido otorgados por la compra o construcción de inmuebles nuevos destinados a casa habitación del contribuyente, hasta la suma de \$ 4.000 anuales.

Hoy el impuesto sobre los intereses pagados tiende a su derogación paulatina hasta el 1/7/2002.

No obstante ello el 60% de intereses sujetos a la aplicación del límite no fue modificado, entendiendo que debiera aplicarse al 100% de los intereses, dado que en la estructura actual la aplicación del 60% desvirtúa los índices.

Por otra parte, cabe señalar que respecto de las operaciones financieras realizadas con establecimientos estables del exterior de titulares residentes en el país, en este caso siempre que estén comprendidos en la limitación, y en el caso de accionistas residentes en el país, respecto de rentas pasivas generadas por sociedades por acciones constituidas en países de baja o nula tributación, que incorporen a su declaración jurada los resultados del establecimiento del exterior, no les resulta aplicable el límite. Debiendo ajustar sus operaciones, de acuerdo con el artículo 130, de la ley en caso que éstas no respondan a las realizadas entre partes independientes.

7.5. Retención del Impuesto a las Ganancias entre Empresas Locales.

El último párrafo del artículo 81, inciso a) de la ley de impuesto a las ganancias, texto según la ley N° 25402 establece que cuando los sujetos a que se refiere el cuarto párrafo de ese inciso, paguen intereses de deudas -incluidos los correspondientes a obligaciones negociables emitidas conforme a las disposiciones de la ley 23576- cuyos beneficiarios sean también sujetos comprendidos en dicha norma, deberán practicar sobre los mismos, en la forma, plazo y condiciones que al respecto establezca la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía, una retención del 35% (treinta y cinco por ciento), la que

tendrá para los titulares de dicha renta el carácter de pago a cuenta del impuesto a las ganancias.

Los fideicomisos financieros no estarían incluidos en la retención señalada de acuerdo con el artículo 121.1 (cfr. Decreto N° 1531/98).

La retención excluye la retención de la Resolución General AFIP N° 830, resultando válidos los certificados de no retención de la Resolución General N° 2784 y 500/99.

Cuando corresponde practicar retenciones sobre conceptos atribuidos a un ejercicio fiscal ya cerrado, la misma puede practicarse hasta la fecha de presentación de la declaración jurada, si los pagos se realizan con posterioridad a esa fecha, los sujetos pueden aportar una nota con carácter de declaración jurada al agente de retención.

7.6. Propósito de la medida

Es dable advertir por el porcentaje utilizado en el límite, las retenciones sobre los intereses reguladas, la posibilidad de deducir el interés en hasta el quinto ejercicio siguiente, las retenciones a beneficiarios del exterior, la ausencia de recategorización del interés, el impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresario, que la norma tiende más allá de evitar la subcapitalización a *incentivar* la inversión a través de capital de riesgo, y neutralizar las exenciones en el impuesto a las ganancias que rigen las inversiones financieras en el mercado que fueron expuestas.

En ese sentido, el incentivo a la inversión a través de capital de riesgo provoca el desaliento de conductas evasivas fundadas en tratamientos favorables a inversiones a través de préstamos cuyos intereses resultan deducibles de la base de imposición del impuesto a las ganancias.

Esas conductas evasivas vulneran el principio de equidad que rige la aplicación de los impuestos.

7.7. Incentivos

Jarach (70) señala que la exención del impuesto sobre los intereses de préstamos y la posibilidad de deducción hace que la carga del tributo recaiga sobre el fisco, si no se admite la deducción del prestatario pero se exime al prestador, la carga del tributo recae sobre el prestatario. En éste último caso habría un incentivo a no contraer empréstito.

En el caso de aplicar un impuesto sobre los réditos del capital mobiliario (dividendos) se aprecia que habría un incentivo a dejar de ahorrar y podría destinarse el ahorro al consumo, y aún en caso que dependa del ahorro de otras fuentes, el rendimiento de un capital sujeto a riesgo es desalentado.

Los incentivos tributarios tienen por objetivos, según lo expone Juan Carlos Gomez Sabaini (71): incrementar la tasa de crecimiento, modificar la estructura económica, actuar como medida de estabilización.

En el artículo citado también se mencionó el punto de vista de Dixon Fyle que consideró que "el objetivo principal de los incentivos más que estimular el crecimiento, los cambios estructurales o la estabilidad, ... es compensar el sesgo negativo que el mismo sistema tributario introduce respecto de la formación de capital, es decir, eliminar las discriminaciones existentes".

En ese sentido, se dijo que el mejor tributo es el más bajo posible y se considera que cabría considerar a los incentivos no como subsidios sino como una forma de eliminar las distorsiones que crea el sistema tributario.

Mediante los incentivos se intenta modificar el comportamiento económico de los contribuyentes de manera de estimular el gasto en inversión en períodos de recesión y reducir el mismo en época de expansión.

En función de ello se buscó reducir la tasa del tributo de manera de incentivar la reinversión empresarial.

Otro aspecto considerado fue la deducción total de las inversiones en bienes de capital en el año de adquisición, de manera que se genere una reducción del impuesto que permita su financiación.

Los régimen de incentivos provocan alteraciones en la equidad tributaria, señalando Macón citado en el artículo mencionado en (71), que "el costo de equidad de los incentivos tributarios puede ser visto desde dos

ángulos: por un lado existe un elemento irritante del pago del impuesto no tanto por su magnitud, como el hecho de ver que otro no lo paga y en segundo lugar, porque, irremediablemente si alguien no paga, los demás sufrirán una carga adicional por ello”.

Cheng-Young, citado en el artículo mencionado en (71), expuso que no puede esperarse que los empresarios sean inducidos a invertir solamente por los efectos liberatorios del incentivo, debiendo existir un mercado potencial para la colocación de sus productos, el acceso a otros mercados, la oferta de insumos y mano de obra y un clima político adecuado.

El efecto esperado de las inversiones a través de los sistemas de incentivos es entonces el impacto sobre el empleo y la balanza de pagos.

Por su parte, Hugo González Cano (72) expuso que el problema que plantea la forma tradicional de deducir las exenciones de las recaudaciones tributarias es que existe una clase de gasto público que no está sujeto a control presupuestario.

Asimismo, el mismo autor (pág. 598) dijo que las exenciones a intereses de depósitos de caja de ahorro y plazo fijo no tenía costo fiscal alguno dado el gran componente inflacionario que tenían los intereses pagados sobre los mismos.

Ese fundamento fue utilizado al momento de aplicar y renovar la exención prevista en el artículo 20, inciso h) de la ley de impuesto a las ganancias, no obstante ante la convertibilidad y la prohibición de ajustar deudas y créditos ese motivo no existe en la actualidad.

Se entiende que la medida tiende a incentivar el ahorro privado.

Al respecto señala Jorge Macón (73) que un estudio econométrico realizado en EEUU revelaron que gravar los intereses arrojaría una reducción del ahorro, definido este último como abstención de consumo presente.

Entiende el autor citado que en Argentina cabría un conclusión similar ante la división de los mercados financieros, al comportamiento errático de las tasas de interés reales y a que pocos ahorristas hacían la distinción entre tasas nominales y reales. Con esas

condiciones entiende que no habría efecto alguno de los intereses en el ahorro.

Agrega que la recaudación en las empresas podría cuestionarse desde el momento que reduce el ahorro en las empresas.

Luego en un análisis de los efectos sobre la formación del ahorro el autor citado (74) expresa que de acuerdo con la teoría Keynesiana el ahorro es función del consumo, lo que no se consumió, entonces el impuesto a la renta sobre los intereses no tiene ninguna influencia en la formación del ahorro, debido a que la tasa de interés no es un determinante. "Los ahorros son completamente indiferentes a la tasa de interés y por consiguiente al impuesto a la renta".

La tesis clásica por su parte, señala que el ahorro es función de la tasa de interés, no gravar los intereses implica una tasa más alta y por consiguiente una posibilidad de que esa tasa influya para transformar más consumo presente en consumo futuro. Resultando necesario determinar si prima el efecto sustitución o ingreso.

En su opinión el impuesto a la renta no tiene influencia alguna en la formación de ahorro privado.

Así también cabe destacar que el sistema tributario es un sistema financiero destinado a reducir el gasto privado para permitir el gasto público.

Por otra parte, cabe traer a mención a Reig, Enrique J. (73) que expuso a su criterio que a los fines de la competitividad en la atracción de inversiones externas deberían gravarse a la tasa máxima de impuesto a la renta personal los dividendos que se giren al exterior a los fines de evitar que la imposición recaiga en el país de residencia y con la consecuente pérdida de recaudación, además de gravar en forma benévola a las empresas de capital extranjero que se radiquen en la Argentina y que capitalicen las utilidades y no sean giradas al exterior.

Finalmente, cabe hacer mención a las estimaciones realizadas respecto de los gastos tributarios que arrojan los regímenes de exención vigentes en el impuesto a las ganancias para el ahorro.

En ese sentido, González Cano, Hugo y Simonit, Silvia Beatriz, (76) expusieron "La estimación de los gastos tributarios por la exención de intereses sobre depósitos en plazo fijo (en moneda nacional y en moneda

extranjera), por aplicación de la tasa efectiva media (14,14%) resulta para 1997 \$ 89 millones y \$ 345 millones, respectivamente, totalizando **\$ 434 millones** para dicho período. Para 1998 se estiman \$ 114 millones y \$ 221 millones, respectivamente, sumando **\$ 335 millones**".

"La estimación de los gastos tributarios por la exención de intereses sobre depósitos en caja de ahorro (en moneda nacional y en moneda extranjera), por aplicación de la tasa efectiva media (14,14%) arroja para 1997 \$ 30 millones y \$ 16 millones de pesos, respectivamente, totalizando **\$ 46 millones**. Para 1998 se estiman \$ 29 millones y \$ 13 millones, respectivamente sumando **\$ 42 millones**".

"La estimación de gastos tributarios por la exención de rentas sobre títulos públicos asciende a **\$ 733 millones**. Este monto surge de aplicar, sobre los saldos en títulos públicos al 31/12/98, en moneda nacional y extranjera, equivalentes a \$ 5.515 millones y U\$S 64.644 millones, según información del Boletín Fiscal del MEYOSP-Secretaría de Hacienda, la tasa de interés promedio, 5,82% y 7,53%, respectivamente. Sobre el monto de intereses así obtenido se aplicó la tasa promedio del impuesto a las ganancias del 14,14%".

"Para 1997 asciende a **\$ 762,51 millones**, para un stock de títulos en moneda nacional de \$ 9.499 millones y U\$S 64.273 millones".

"Con igual metodología, para años anteriores ..., los gastos tributarios estimados resultan cercanos a \$ 711,07 millones para 1996 y \$ 601, 52 para 1995".

Las estimaciones citadas se realizaron como un monto máximo de gasto tributario, habida cuenta que incluye los sujetos del ajuste por inflación que no pudieron desagregarse, para quienes la renta de las inversiones referidas está gravada.

7.8. Comportamiento Económicamente Motivado

El sistema tributario actual contiene normas que: eximen los intereses de los ahorristas personas físicas y los títulos públicos; admite la deducción de intereses - préstamos hipotecarios- no relacionados con la obtención de ganancias gravadas; eximen determinadas obligaciones negociables; así como también se gravan en cabeza de la

sociedad mediante la aplicación de límites a la deducibilidad de intereses de préstamos financieros que no recategoriza; prevé la no computabilidad de dividendos; y asimismo la aplicación del impuesto sobre los intereses pagados y el costo financiero del endeudamiento empresario, tienen la finalidad de motivar un comportamiento a las inversiones de riesgo.

Es decir que el conjunto de medidas adoptadas a través de la ley N° 25063, 25239 y 25402 reflejan en su conjunto la intención de inducir al contribuyente a realizar inversiones de riesgo, y con ello incrementar el empleo que está en continua recesión.

Ello fue considerado en el trámite de la ley N° 25413 y 25414 que se orienta a incentivar además la competitividad a través de reducir la evasión.

No obstante, cabe señalar que a través de la aplicación de elevadas tasas a las empresas no se logra el efecto deseado de reinversión de las utilidades, dado que resta recursos a las mismas. Al mismo tiempo que el incremento de la alícuota del impuesto sobre las transacciones financieras computable como pago a cuenta del impuesto a las ganancias, reduce el ahorro empresario.

Por otra parte, la transferencia de recursos al sector público no se traduce en el incremento de gastos ordinarios o inversiones públicas, sino que una parte solventaría la deuda pública externa.

Por ello, se aprecia que una solución a largo plazo podría ser reducir la tasa del tributo a las sociedades, aplicar el impuesto a los intereses de personas físicas y eliminar completamente el impuesto sobre los intereses pagados, reducir al mínimo la alícuota del impuesto sobre las transacciones financieras, no aplicándolo en los casos de intermediaciones. Además deberían gravarse con una alícuota reducida los dividendos en cabeza de quien los percibe a los fines de compensar la recaudación.

A ello cabría sumar la regulación de la subcapitalización en forma de mejorar el efecto que se busca a través de la misma.

Ello habida cuenta que en la actualidad se intenta superar la crisis económica y recesiva que se transita a nivel mundial por las razones expuestas en el punto 1.1. a los cuales nos remitimos.

Dicha conducta mejoraría la competitividad y tendería a eliminar la evasión, ya que induciría al contribuyente a considerar que no es el único que paga impuestos.

7.9. Considerandos de la ley N° 25063, situación imperante al momento de su sanción.

Según la exposición del miembro informante de la Cámara de Diputados se consideraron los siguientes aspectos al momento de sancionar la ley:

Que a nivel mundial menos de 1000 empresas concentraban el 90% del comercio internacional. El grueso de las transacciones son internas, decidiendo a qué precio vender y a qué precio comprar, cómo se endeudan y adónde reconocer la ganancia, si hay un paraíso fiscal, seguramente la reconocen en ese lugar.

También se dijo que la Argentina tiene otra distorsión fiscal, una distorsión que hace que no sea negocio utilizar el capital propio. En la Argentina el que pone su plata paga impuesto a las ganancias, pero el que se endeuda tiene franquicias fiscales. Esto es algo así como premiar el uso del endeudamiento y no del capital propio. Es mucho más conveniente emitir bonos que acciones, es más conveniente pedir plata por la empresa y dejar la propia en la caja de ahorros que da interés, porque así no paga impuestos y sí deduce impuesto a las ganancias cuando contrata a intereses. En todas partes del mundo se captan ganancias sobre intereses. En la Argentina, donde siempre hemos tenido una sensibilidad muy grande con los depositantes -porque tenemos un paraíso fiscal del otro lado del Río de la Plata y cuando tocamos los intereses, los depósitos se fugan-, ha sido casi imposible. Entonces queda la renta del capital exenta del impuesto mientras gravamos el esfuerzo del trabajo con el impuesto a las ganancias. Es un contrasentido en el que se premia al interés y se condena al trabajo.

Había dos formas de gravar los intereses. O se captaba en cabeza de los depositantes, que son miles de personas sensibles a llevar sus depósitos al banco, o se capta en los pasivos de las empresas que son menos y más fáciles de controlar, de manera tal que la empresa que pague el impuesto tendrá una opción muy parecida a utilizar capital propio o ajeno; que sea indiferente la decisión, que ésta se realice en función de cuestiones de mercado, no por franquicias impositivas.

Allí se sostuvo que antes sobraban capitales, la economía estaba en auge, no existía recesión. El IVA podía aumentarse por que no afectaba el consumo. Hoy se necesita bajar el IVA para reactivar la economía.

Respecto del impuesto a los intereses hubo un reclamo de las PYMEs que plantearon que resultaban perjudicadas y que las favorecidas eran las grandes empresas, ya que éstas se financian a tasas más baratas y consiguen las mejores condiciones del mercado, mientras que las PYME padecen condiciones más onerosas. Atendiendo a esos reclamos decidimos poner un límite, de tal manera que el impuesto sobre los intereses sea superior al 1,5% de la deuda, con lo que equiparamos grandes a chicos, haciendo caso al pedido de las PYMEs.

7.10. Composición de empresas en el mercado.

Otro aspecto a considerar es la composición empresaria de un mercado, habida cuenta que como se señaló en puntos anteriores existen grupos empresarios en donde es factible reducir el impacto de la imposición a través de créditos, y si además se trata de sociedades abiertas donde no existen mayores riesgos, por la escasa participación de los accionistas en la sociedades, es dable advertir que la aplicación de los límites se ajustaría a la realidad.

Además las grandes corporaciones si bien no tienden a reducir riesgo tienen una trayectoria empresaria que les permite obtener créditos a bajas tasas de interés, por lo que podría resultarles rentable obtenerlos.

No así la pequeña y mediana empresa que necesita de los empréstitos para poder financiar sus operaciones y quizá el impacto de la imposición vigente, les resulte negativo.

En éste último caso debería reverse la posibilidad de demostrar prueba en contrario. Así como también en el caso de sociedades que intentan conquistar mercado.

7.11. Recaudación impositiva a partir de la aplicación del régimen actual.

Según información extraída de Estadísticas Tributarias AFIP, años 1998, 1999 y planilla correspondiente al año 2000 (cifras en miles de millones).

	2000	1999	1998
TOTAL GENERAL	52.208.430	59.217.716	61.641.729
TOTAL Imp.+Seg.Social +Fac.Pago	50.298.127	56.873.906	58.795.772
IMPUESTOS	34.824.304	39.908.027	40.892.976
IVA	18.756.977	21.894.964	24.261.461
Ganancias	9.579.393	9.239.968	9.479.885
Monotributo	324.389	385.409	99.629
Ganancia Mínima Presunta	536.167	739.718	
Intereses Pagados	793.507	694.792	
Emergencia Altas Rentas	146.109		
Internos	1.587.352	1.830.203	1.941.718
Adic. Emerg. Cigarrillos	460.653	196.992	197.763
Combustibles Líquidos Y GNC	3.103.512	3.587.875	3.692.434
Bienes Personales	879.678	545.532	772.205
Automotores, motos.	67.833	373.226	
Resto	418.147	419.348	447.880
Devoluciones, Reintegros	1.829.414	3.698.036	3.915.714
SEGURIDAD SOCIAL	15.299.925	16.965.879	17.902.796
Facilidades Dec. 93/00	134.263		
Facilidades Dec. 963/95, 1053/96 y 938/97	30.998		
BONOS DE CONSOLIDACION	8.638	-2.035	4.179
RECURSOS ADUANEROS	1.910.303	2.345.846	2.841.777

Por otra parte, los resultados declarados en el impuesto a las ganancias de sociedades correspondiente al período 1998, fue (en miles de pesos corriente) de:

Resultado Impositivo

Ganancia: 19.683.464
Quebranto: 8.811.073

Ganancia Neta Imponible: 16.169.066
Impuesto determinado: 5.492.077

Resultado bruto

Utilidad: 90.493.132
Pérdida: 879.190

Resultado Final

Utilidad: 21.574.850
Pérdida: 10.602.152

Es dable advertir que la utilidad neta respecto de la bruta es del 23,84%.

En el mismo período fiscal se declararon en el Impuesto sobre los Bienes Personales (en miles de pesos corrientes):

Patrimonio de empresas:	17.226.869	10,66%
Acciones, cuotas, etc.:	50.333.881	31,15%
Títulos Públicos y Priv.:	2.900.770	1,80%
Créditos	: 7.862.019	4,87%
Depósitos en Dinero	: 7.241.580	4,48%
Dinero en efectivo	: 8.614.743	5,33%
Total de bienes	: 161.569.287	100%
Impuesto Determinado	: 652.860	

Respecto de los resultados declarados en el impuesto a las ganancias de sociedades correspondiente al período 1997, fue (en miles de pesos corriente) de:

Resultado Impositivo

Ganancia: 19.504.479
Quebranto: 6.033.071

Ganancia Neta Imponible: 16.130.283
Impuesto Determinado: 5.300.917

Resultado bruto

Utilidad: 80.561.448
Pérdida: 750.845

Resultado Final

Utilidad: 19.288.077
Pérdida: 6.272.942

Es dable advertir que la utilidad neta respecto de la bruta es del 23,94%.

En el mismo período fiscal se declararon en el Impuesto sobre los Bienes Personales (en miles de pesos corrientes):

Patrimonio de empresas:	17.757.683	11,03%
Acciones, cuotas, etc.:	50.501.624	31,37%
Títulos Públicos y Priv.:	2.272.898	1,41%
Créditos	: 7.476.095	4,64%
Depósitos en Dinero	: 6.220.660	3,86%
Dinero en efectivo	: 8.362.699	5,19%

Total de bienes : 160.960.058 100%

Impuesto determinado : 641.726

Las cifras expuestas no revelan variaciones significativas en la recaudación del impuesto a las ganancias, aún con la aplicación del límite creado mediante la ley N° 25063 vigente para los períodos cerrados al 31-12-1998. Como tampoco varió significativamente la composición de las inversiones.

7.12. CONSIDERACIONES FINALES

A través de la legislación local mencionada el mercado financiero de resultar exento pasó a estar gravado en cabeza de quien lo paga, encareciendo la adquisición de préstamos e incentivando a los inversores a participar del riesgo empresario a través de participaciones accionarias.

El efecto buscado a través de no admitir la deducción de intereses es que afecta la rentabilidad del préstamo en la empresa y hace que baje la demanda de capital de terceros, trasladándose el riesgo al sector privado, al mismo tiempo que bajaría la tasa de interés.

No obstante ello afecta a la pequeña y mediana empresa que requiere de capital de terceros para su desarrollo por lo que un impuesto sobre el endeudamiento afectaría considerablemente su economía.

En nuestro país la pequeña y mediana empresa viene siendo incentivada, mediante normas legales que promueven su funcionamiento, así como la financiación de la mismas a través de sociedades de garantía recíproca.

En consecuencia no resulta ajustado a dicho objetivo la aplicación de un impuesto sobre los intereses en forma conjunta con límites a su deducción y la aplicación de retención en la fuente (impuesto anticipado).

La Administración tributaria debería contar con herramientas que definan el marco de su accionar, descrito en detalle en la medida de lo posible y dejando abierta la posibilidad de practicar ajustes sobre la base de una decisión racional acorde con la finalidad lucrativa empresaria, dejando en cabeza del contribuyente la carga de la prueba en su ámbito cuando su conducta no respondió a la imputación que se le hace. Sancionando asimismo la omisión de colaboración con la Administración.

En ese contexto, la definición cierta de los supuestos en que el mismo se aplique en función de las características del préstamo resultaría de utilidad y certeza al accionar empresario. En función de ello debería definirse que se entiende por préstamos financieros, incluyendo todo monto que devengue intereses, la tasa de interés aplicable, el plazo, y las sanciones de su incumplimiento.

Asimismo podría regularse la aplicación de un tope a la tasa de interés concertada entre las partes, debiendo aplicarse la de mercado, aunque se advierte que ello no es otra cosa que la aplicación del criterio partes independientes que como se dijo también resulta aplicable a operaciones en el mercado interno.

Por otra parte, mediante la ley N° 25414 y el Decreto N° 493/01 se reguló la aplicación de exenciones al tráfico de títulos valores, alentando de esa manera la inversión en valores de riesgo empresarial.

El paso final sería a largo plazo, dado el estado actual del mercado y las necesidades recaudatorias del gobierno, derogar las exenciones vigentes respecto de intereses de depósitos bancarios, el impuesto sobre los intereses y regular la deducción de intereses en el impuesto a las ganancias, de manera de contemplar la protección a la pequeña y mediana industria en la forma expuesta, y además reducir la tasa de impuesto a las sociedades, al mismo tiempo gravar los dividendos en cabeza de los accionistas.

- (66) Raimondi, Carlos, Atchabaian, Adolfo, en su obra Impuesto a las Ganancias, segunda Edición, Editorial Depalma, pág. 591.
- (67) Jarach, Dino, en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, Tercera Edición, Abeledo Perrot, pág. 516.
- (68) Raimondi, Carlos, Atchabaian, Adolfo, en su obra Impuesto a las Ganancias, 3º Edición, Editorial Depalma, pág. 645.
- (69) Raimondi, Atchabaian, en su obra Impuesto a las Ganancias, segunda Edición, Editorial Depalma, pág. 591.
- (70) Jarach, Dino, en Finanzas Públicas y Derecho Tributario, tercera edición, Ed. Abeledo Perrot, pág. 486/7.
- (71) Gomez Sabaini, Juan Carlos, en El Papel de los Incentivos en la Política Tributaria, Junio de 1991, pág. 2 y 3.
- (72) González Cano, Hugo, en Análisis de los Gastos Tributarios en Argentina, Febrero de 1990, pág. 571.
- (73) Macón, Jorge, en Imposición sobre la renta: efectos en el ahorro y la inversión, CPCE, Pinamar, Abril de 1994.
- (74) Macón, Jorge, en Imposición sobre la renta: efectos en el ahorro y la inversión, CPCE, Pinamar, Abril de 1994, pag. 13/4.
- (75) Reig, Enrique J, en Integración Económica y Armonización Fiscal en la imposición a la renta (conclusión), Revista Impuestos, 2000-B, 3 (octubre 19, 2000), pág. 1 y 2)
- (76) González Cano, Hugo y Simonit, Silvia Beatriz, en Estimación de los Gastos Tributarios en los Sectores Sociales, Boletín Impositivo AFIP N° 34, Mayo 2000.

8- CONCLUSIONES

1) La subcapitalización consiste en la financiación de la actividad empresarial con capital de terceros (préstamos), que puede estar motivada en usufructuar las ventajas impositivas de la deducción de intereses de la base imponible de las sociedades y/o en evitar el riesgo empresarial.

2) Puede darse en empresas cerradas o abiertas y más aún en grupos empresarios que tienden a maximizar la utilidad empresarial del grupo. En sociedades cerradas el objetivo puede consistir en limitar riesgos habida cuenta que se trata en los hechos de empresarios individuales, y además en el caso de PYMEs puede deberse a necesidades financieras. En grupos empresarios no sólo reviste importancia su control cuando sus operaciones trascienden las fronteras sino también dentro del país dado que podrían usufructuarse beneficios impositivos o quebrantos de distintas sociedades del grupo.

3) Rigen para la determinación del correcto grado de endeudamiento de una empresa, la verificación de un comportamiento lucrativo que estaría implícito en toda sociedad comercial, y la rentabilidad de la utilización de un préstamo mismo pudiendo comprobarla a través del efecto palanca. Asimismo se advierte que el préstamo cuando es otorgado a una sociedad comercial debe resultar oneroso. La tasa de interés y el cumplimiento de la misma debe resultar de condiciones del mercado para partes independientes.

Los parámetros señalados permitirían determinar a través de la realidad económica si una operación no se trata de un aporte encubierto. No obstante señalar que cabría analizar en particular la situación de la empresa y la información con que cuenta para su determinación.

4) El principio de partes independientes que surge del artículo 14 resulta tanto de operaciones transnacionales como internas. Puede resultar factores de comparación la obtenida por empresas similares en trayectoria en el mercado, garantía patrimonial y rentabilidad.

5) El principio de realidad económica puede aplicarse aún ante la vigencia del cuarto párrafo del artículo 81, inciso a), de la ley de impuesto a las ganancias. Que si bien constituye una presunción de

legitimidad de una operación, pueden advertirse casos que aún cuando no superen los límites establecidos, en la realidad se haya utilizado una forma que no es la propia a un préstamo financiero.

6) La aplicación del principio de la realidad económica y partes independientes aplicados solos arrojaría un costo fiscal elevado para su control y determinación al mismo tiempo que generaría muchas controversias judiciales.

7) Pueden utilizarse para la determinación de la procedencia de un préstamo como tal y por lo tanto deducibles sus intereses, los conceptos de normas civiles y comerciales que los regulen.

8) Inciden en la elección de financiamiento de terceros de una empresa, la gravabilidad de los dividendos, caso que no se verifica en las normas actuales de impuesto a las ganancias, salvo cuando excede la utilidad distribuible del período, y la escasa imposición de los intereses. Aspecto que fue corregido mediante una retención del 35% de los intereses pagados en la fuente y la elevación de la retención a beneficiarios del exterior que quedan incididos por el 35% sobre el 100%.

Asimismo a los fines de lograr mayor competitividad debería aplicarse una alícuota más benévola sobre la utilidad societaria y gravar los dividendos distribuidos para compensar la pérdida de recaudación derivada de la misma.

Una forma de aplicarlo podría resultar aplicar una alícuota adicional a la ganancia que es objeto de distribución entre los accionistas.

No se aprecia que la norma deba complementarse con la deducibilidad en el año de alta de los bienes de capital utilizados en el explotación, habida cuenta que probablemente incida la prescripción del quebranto y en ocasiones no resulte ajustado a la situación de la empresa que quizá no financió ese bien, además de poner de relieve que rige un régimen de venta y reemplazo en la ley del gravamen.

9) Las derogación de las exenciones que rigen en materia de intereses responde a un principio de equidad, resultando una medida que debería aplicarse a largo plazo. No obstante en el estado actual del mercado que fuera descripto en el punto 1.1. deberían mantenerse las exenciones cuando los depósitos permanecen en el país y no son girados al exterior.

11) La regulación de reglas en base a índices no presentaría los problemas de la aplicación del principio de realidad económica y arm's length en cuanto a los costos de fiscalización y determinación, la incertidumbre empresarial, y las controversias que ambos criterios presentarían si no se complementan con reglas en base a índices. No obstante en mérito a la equidad y la neutralidad en la tributación cabría admitir prueba en contrario cuando las circunstancias lo ameriten.

12) Respecto del coeficiente utilizado para determinar el límite deducible se aprecia que debería tender a equiparar el capital de terceros con el propio.

El índice del pasivo respecto al patrimonio neto a utilizar debería acercarse a 1:1, con la posibilidad de ofrecer prueba en contrario en caso que el negocio lo justifique.

Deberían armonizarse las normas aplicables sobre el impuesto a las ganancias con la aplicadas en Brasil, país del Mercosur, a los fines de resultar más equitativo el mercado y que la atracciones de capitales no sean consecuencia de franquicias impositivas.

13) La aplicación de las reglas en la legislación argentina difiere de la utilizada en el resto de los países que se orientan a operaciones transnacionales, ello dado que además de corregir una conducta evasiva tiende a incentivar un comportamiento en el marco de un conjunto de medidas destinadas a motivar la capitalización de riesgo.

14) Dado que el impuesto sobre los intereses pagados tiende a su derogación en Julio del 2002, cabría aplicar las disposiciones que fijan el límite deducible en el impuesto a las ganancias en un 100% de los mismos, lo que haría más equitativo y real la aplicación del régimen.

15) Los convenios de doble imposición celebrados no resultan incompatibles con la aplicación de normas internas de subcapitalización. La aplicación del criterio partes independientes concilia con ello.

La definición de intereses y dividendos se orienta a determinar una posible recalificación.