

Trabajo Final de la Carrera de Especialización en Tributación
Facultad de Ciencias Económicas
Universidad de Buenos Aires

Título: “El tratamiento de los dividendos en el impuesto de igualación”

Autor: Angel Fabián Palermo

Tutor: Ramiro RAJMILOVICH

Buenos Aires, Junio de 2014

Índice Temático

I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO	5
<i>I.1. Objetivo del trabajo</i>	5
<i>I.2. Estructura y Contenido</i>	7
II. ANTECEDENTES TEÓRICO-TÉCNICOS Y NORMATIVOS.	9
<i>II.1. Cuestiones teóricas de la gravabilidad de la renta societaria</i>	9
<i>II.2 Aspectos Teóricos de las rentas exentas provenientes de sociedades de capital.</i>	11
<i>II.3 Incidencia económica de la fiscalidad sobre los dividendos y otras distribuciones de utilidades en general.</i>	15
<i>II.4. Sistemas de imposición a la renta exenta distribuida en el derecho comparado.</i>	20
<i>II.4.1. Caso Mexicano.</i>	20
<i>II.4.2. Caso Colombiano.</i>	21
<i>II.5. Cuestiones Técnicas y Normativas: Tratamiento de los dividendos en general en el impuesto a las ganancias.</i>	21
<i>II.5.1. Sociedades Constituidas en el País (Réditos de Fuente Argentina)</i>	22
<i>II.5.2. Imposición especial sobre el dividendo a partir de la Ley N° 26.893</i>	26
<i>II.5.3. Sociedades Constituidas en el exterior (Réditos de Fuente Extranjera)</i>	30
<i>II.5.3.1. Sociedades No Paraísos fiscales (Artículos 140 y 141 de la LIG)</i>	30
<i>II.5.3.2. Sociedades Constituidas en “Paraísos Fiscales” en general (art. 133 de la LIG)</i>	30
<i>II.5.4. El impuesto de igualación. Tratamiento fiscal en la Ley del Impuesto a las ganancias argentino.</i>	31
<i>II.5.4.1. El hecho imponible</i>	33
<i>II.5.4.1.a. Aspectos Subjetivos del Hecho Imponible</i>	34
<i>II.5.4.1.b Aspectos Objetivos del Hecho Imponible: El excedente de dividendos frente a la utilidad fiscal.</i>	36
<i>II.5.4.1.c. Aspectos Temporales del Hecho imponible.</i>	47
<i>II.5.4.1.d. Aspectos Espaciales del Hecho imponible.</i>	50
<i>II.6. Algunas conclusiones previas de los aspectos técnicos en el impuesto de igualación.</i>	50
III. CONFLICTOS Y CASOS DE ANALISIS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO DE IGUALACIÓN: ENUMERACIÓN DE LAS SITUACIONES ESPECIALES EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO.	52
<i>III.1. Situación de los Quebrantos Impositivos Acumulados.</i>	52
<i>III.1.1. Quebrantos anteriores a la vigencia de la norma.</i>	52
<i>III.1.2. Quebrantos posteriores a la vigencia de la norma.</i>	57

<i>III.2. Ajustes en menos o en más por Determinaciones de Oficio practicadas por el Fisco, con posterioridad a la determinación y pago del impuesto de igualación.</i>	57
<i>III.3. Extensión del régimen de “estabilidad fiscal” en empresas promovidas.</i>	58
<i>III.4. Incidencia de las normas contables en el impuesto de igualación. Diferencias transitorias entre la contabilidad y el balance fiscal.</i>	62
<i>III.5. Incidencia de los institutos en materia societaria en el impuesto de igualación: Los movimientos patrimoniales dentro del patrimonio neto de las sociedades de capital.</i>	65
<i>III.5.1. Bienes Adjudicados a los socios (Artículo 71 del Decreto Reglamentario de la LIG)</i>	66
<i>III.5.2. Cese de actividades de sociedades de personas o empresas unipersonales (Art 72 del Decreto Reglamentario)</i>	67
<i>III.5.3. Dividendos en especie (Art 72 de la LIG).</i>	67
<i>III.5.4. Dividendos de Liquidación y Rescate de Acciones (Artículo 102.1 de la LIG).</i>	68
<i>III.5.5. Reducción de Capital voluntarias y obligatorias.</i>	68
<i>III.5.6. Otras formas de reducción de Capital previstas en la Ley N° 19.550.</i>	70
<i>III.5.7. Devolución de Aportes Irrevocables para futura suscripción de acciones de la sociedad hacia los accionistas.</i>	73
<i>III.5.8. Primas de emisión de acciones.</i>	74
<i>III.5.9. Dividendos posteriores al momento del saneamiento de sociedades con dificultades financieras.</i>	77
<i>III.5.10. Dividendos o utilidades anticipados o provisionales.</i>	78
<i>III.6. Ajuste por Inflación</i>	81
<i>III.7. Regla de capitalización exigua</i>	81
<i>III.8. Otras formas o métodos legales anti-elusivos frente a dividendos ocultos.</i>	83
IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN LITERAL VS. INTERPRETACION EXEGÉTICA (INTENTIO LEGIS). DEFINICIÓN DE LA PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL EN CADA UNA DE LAS ETAPAS (TFN, CNACAF, PARA ARRIBAR A LA SENTENCIA DE LA CSJN).	85
<i>IV.1. La labor interpretativa.</i>	86
<i>IV.2. Métodos de interpretación y su vinculación con la causa analizada.</i>	88
<i>IV.2.1. Método literal ó gramatical</i>	88
<i>IV.2.2. La naturaleza y el fin de la norma tributaria: La voluntad de la ley y la voluntad del legislador</i>	90
<i>IV.2.3. El principio de la realidad económica.</i>	92
V. DESARROLLO DEL ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL T.F.N., DE LA C.N.AC.A.F. y C.S.J.N. INTERPRETACION LIMITADA AL PODER FISCAL REALIZADA POR LA CSJN EN EL CASO “White Martins Cilindros Ltda. (Suc. Argentina)” QUE DEJA FUERA DE SICUSION MUCHOS CASOS ESPECIALES.	96

<i>V.1. El nudo del presente trabajo: La sentencia “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina v AFIP-DGI” (8/10/2008)</i>	96
<i>V.1.1. La Sentencia de la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación</i>	99
<i>V.1.2. El Fallo de la Sala I de la Cámara Federal Nacional Contenciosa Administrativa Federal</i>	100
<i>V.1.3. El Juicio final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación</i>	103
<i>V.2. Argumentos Agregados por la CSJN sobre los de cada una de las instancias jurisdiccionales anteriores</i>	104
<i>V.2.1. Argumentos del TFN (acápite 2° de la sentencia de la CSJN)</i>	104
<i>V.2.2. Argumento de la Cámara Federal (acápite 3° de la sentencia de la CSJN)</i>	105
<i>V.2.3. Argumento original (propio) de la CSJN (acápite 8° de la sentencia)</i> :	106
<i>V.III. La posible proyección e impacto de estas conclusiones a otros casos</i>	107
<i>V.3.1. Diferencias transitorias</i>	108
<i>V.3.2. Quebrantos Fiscales de ejercicios anteriores</i>	108
<i>V.3.3. Proporcionalidad</i>	109
<i>V.3.4. Regímenes de Promoción Industrial</i>	109
<i>V.3.5. Naturaleza del gravamen</i>	109
<i>V.3.6. Convenios de Doble Tributación</i>	110
<i>V.3.7. Aplicación del gravamen sobre institutos societarios que implican movimientos patrimoniales</i>	110
<i>V.3.8. Ajuste por inflación</i>	111
<i>V.3.9. Recalificación en dividendos de intereses no deducibles</i>	111
<i>V.3.10. Caso del VPP</i>	111
<i>V.4. Consideraciones Finales</i>	112
VI. CONCLUSIONES	114
VII BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	115
<i>VII.1. Doctrina Consultada</i>	115
<i>VII.2. Jurisprudencia Administrativa y Judicial Consultada</i>	119

I. OBJETIVO Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

I.1. Objetivo del trabajo

Este trabajo tiene por objetivo analizar algunos aspectos técnicos específicos que se vinculan con el impuesto de igualación aplicable sobre los dividendos y otras formas de retribución de inversiones sobre el capital propio.

La cuestión se abordará en parte, recurriendo a una novedosa jurisprudencia en la materia, emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que brinda algunos detalles que a mí entender resultan interesantes, especialmente sosteniendo de manera precisa y en una justa medida, el verdadero alcance del hecho imponible del impuesto de igualación. Ello, sin duda alguna, motivará en el futuro cercano una visión si bien más restringida en su alcance, mucho más correcta con el espíritu de la Ley que se analizará en detalle más adelante.

El tratamiento de los dividendos en el impuesto de igualación resulta prácticamente único y totalmente diferente al aplicado a las demás rentas. Sobre ellos, la norma se aparta en su procedimiento general utilizado para su determinación e imputación temporal dotándolo de especiales características. Ello debido a que el legislador ha dispuesto que la carga del tributo recaiga en cabeza del accionista o del socio¹, pero siempre considerando como materia gravada para dichos sujetos a la descripta en la norma legal, implementado un mecanismo de imputación específico entre las utilidades contables y las ganancias determinadas fiscalmente para someter exclusivamente a las rentas exentas o no gravadas distribuidas por la sociedad de capital que distribuye utilidades.

El impuesto de igualación aplicable al dividendo y/o sobre las ganancias distribuidas por las sociedades de capital en Argentina, fue un gravamen concebido en una reforma impositiva impulsada por el Gobierno Nacional de la última parte de la década de los años '90, reforma que resultó en términos reales bastante profunda, por cuanto con ella se modificaron y agregaron conceptos muy novedosos en el ámbito del impuesto a la renta correspondiente a dichos sujetos².

¹ A partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Cerro Vanguardia S.A.” algunos autores opinaron lo contrario, en el sentido que la naturaleza económica del gravamen resulta de un impuesto suplementario o complementario a la renta en las sociedades de capital, con los efectos colaterales que – consecuencia de ello-, se generan a nivel fiscal (desde la deducibilidad de los gastos asociados para los accionistas, hasta el concepto de impuesto al dividendo el gravamen tendría en los Convenios de Doble Imposición Internacional).

² Dicha reforma había tenido por fin alcanzar –de una manera bastante peculiar por cierto-, no solamente a este tipo de retribuciones financieras derivadas de los títulos valores privados, es decir aquellas que retribuyen el capital propio, sino también, el fin de equilibrar pequeños colchones elusivos que se focalizaban en otras formas de financiamiento, al que recurrían en ese entonces este tipo de empresas, al imponer, -un poco más ecuanímicamente-, al financiamiento obtenido por éstas con capital de terceros, imposición a la que se la complementó con la vigencia de un nuevo impuesto denominado al endeudamiento empresarial. Paralelamente, dicha reforma impuso una definición mucho más amplia y más precisa del concepto globalmente definido seis años antes por la Ley 24.073 (B.O.: 13-04-1992) de la “renta mundial” en el impuesto a las ganancias; la creación de un nuevo hecho imponible en operaciones de servicios transnacionales en el Impuesto al Valor Agregado, gravando a las denominadas “importación de servicios”, así como el restablecimiento de un impuesto

En ese contexto, en el cual los dividendos o las distribuciones de utilidades no se encontraban, en manos de sus beneficiarios identificados, sujetos a impuesto de manera directa, el denominado “impuesto de igualación” vino a intentar poder alcanzar solo y exclusivamente a las rentas que sean finalmente **dispuestas** o distribuidas por las sociedades de capital a sus accionistas y que resulten fiscalmente exentas o no alcanzadas en el balance fiscal de dichas sociedades de capital,

Como bien señala conceptualmente Rubén RUIVAL (1998)³, el impuesto aplicable sobre las rentas exentas distribuidas resultó una manera indirecta de alcanzar lo que de otro modo (directo) pudo haber sido un camino mucho más tedioso o dificultoso en el ámbito judicial, por implicar la eliminación de exenciones o desgravaciones fiscales añosas que implicaban la derogación legal de derechos ya adquiridos por esas sociedades de capital.

Como se verá en el desarrollo de este trabajo, desde su instauración por Ley N° 25.063 (B.O.: 30.12.1998), el mencionado gravamen ha suscitado una gran cantidad de puntos de conflicto de interpretación, respecto a numerosos institutos del derecho fiscal, pero especialmente también, de algunos institutos específicos en la materia societaria, que derivaron en situaciones en las que la autoridad fiscal ha intentado alcanzar con este impuesto al superlímite de las posibilidades textuales previstas por la norma citada.

Sin embargo, novedosa y recientemente con el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa⁴ “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina”, se ha puesto a mi entender, en un lugar adecuado a algunos preceptos relacionados con el impuesto especial aplicable sobre los dividendos puestos a disposición por parte de sociedades de capital en favor de sus accionistas, dueños o socios.

En efecto, situaciones tales como las diferencias de carácter transitorio entre los resultados contables y el llamado balance fiscal; así como la existencia de movimientos contables patrimoniales que se realizan en las distribuciones de resultados, como consecuencia de institutos societarios⁵ y otros específicos previstos en la Ley del gravamen⁶, han generado

que alcanza al patrimonio bruto corporativo actualmente vigente denominado “impuesto a las ganancias mínima presunta” aplicable a sujetos empresa, que funciona como un impuesto complementario y mínimo al impuesto a la renta empresarial.

3 RUIVAL, Rubén Roberto (1998): “La cuestión de la retención sobre dividendos distribuidos que no se corresponden con ganancias gravadas”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIX.

4 Fallo: “White Martins Cilindros Ltda. Suc. Argentina”, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) del 8/10/2013. Previamente, Cámara Nacional Contencioso Administrativo federal – Sala I - 4/8/2011, y más previamente, Tribunal Fiscal de la Nación, sala “B”, 8/10/2008.

5 Dividendos resultantes de los aumentos o disminuciones patrimoniales por Capitalización de resultados positivos contables o de incrementos patrimoniales por “Aportes Irrevocables para futura suscripción de acciones”; la registración y distribución posterior como dividendos especiales sobre las primas de emisión; reducciones obligadas de capital por absorción de pérdidas contables; etc.

6 Concepto legal de ganancia ó rédito neto, aplicación de quebrantos de ejercicios anteriores, -vigentes al momento de la sanción de la norma y también generados con posterioridad a la vigencia de la misma-, alcance y aplicación del impuesto especial de las disposiciones relacionadas con los tratados de doble tributación en materia internacional; factibilidad o no de la deducción de intereses devengados en períodos anteriores por préstamos posteriormente convertibles o convertidos en capital social de las sociedades por acciones, efectos de

entre la administración y los particulares, en 16 años de vigencia de la norma, múltiples conflictos los cuales de interpretarse correctamente a la luz del antecedente judicial señalado, podrían simplemente quedar resueltos.

Es importante destacar que si bien es cierto desde el mismo momento de la existencia del impuesto especial de igualación, se plantearon doctrinas que debatieron acerca de cuáles debían ser las características que debían poseer los dividendos o las distribuciones de utilidades en general, para quedar sujetos a este gravamen especial, no lo es menos que, nunca antes había habido un antecedente-fuente de derecho, que resulte tan demostrativamente contundente, respecto a las características a ser consideradas en la base objetiva de tributación de este gravamen.

Como se indicara más arriba, es entonces el objetivo de este trabajo analizar, -tomando como excusa válida a esta novedosa doctrina jurisprudencial de nuestro Máximo Tribunal-, los efectos que traería aparejados sobre cada una de las situaciones de conflicto relacionadas con el hecho imponible del gravamen que fueran analizadas por la doctrina y la jurisprudencia administrativa en el pasado reciente, de modo tal de poder establecer, cuáles de ellas quedarían fuera del ámbito de discusión doctrinario, (al menos por el momento), y cuáles otras perdurarán como sujetas a debate a través del tiempo.

1.2. Estructura y Contenido

Hemos planteado metodológicamente el trabajo, desde un punto de partida que es la profundización finalista que surge de la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina”, mediante la presentación de varios casos especiales que, en su mayoría, desencadenaron –sea en la esfera administrativa, en la doctrina o en la justicia contenciosa-administrativa y federal-, interpretaciones polémicas en el impuesto de igualación.

Ello nos permitirá analizar, –más allá de la temática planteada en el fondo del caso-, las implicancias que la tesis de la doctrina del Fallo del más Alto Tribunal argentino, transporta sobre ellos, de caras a la Ley del impuesto de igualación.

Así las cosas, el esquema comenzará con una descripción lo más analítica posible, dentro de los límites que permite el alcance del trabajo, de los aspectos teóricos y técnicos de la normativa fiscal en cuestión (Punto II).

Posteriormente, se realizará una enumeración de distintas situaciones especiales que desde el mismo comienzo de la vigencia del impuesto de igualación, generaron conflictos o casos de análisis, así como sobre cada una de ellas, la lógica (en caso de existir) encontrada para la

la recalificación de préstamos en capital y sus respectivas retribuciones –léase intereses o dividendos respectivamente-, derivados del principio de interpretación de la realidad económica, y muchos otros más.

solución de dichas controversias que han podido visualizarse, efectuando en forma paralela respecto de algunas de ellas, algunos comentarios que puedan resultar de interés o de alguna manera esclarecedores sobre dichos conflictos (Punto III).

Asimismo, a fin de poder dar estructura al razonamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dedicamos un punto especial a los diversos y variados enfoques interpretativos que pueden ser utilizados para la interpretación de normas tributarias, entre las que se encuentra la ley fiscal positiva (Punto IV del trabajo) y sistemáticamente, se analizarán los aspectos técnicos considerados en las tres instancias en las que navegó la litis del Fallo White Martins Cilindros Ltda. (Sucursal Argentina) (Punto V del trabajo), de modo de poder fundamentar una línea argumental central, del porqué creemos que las conclusiones emanadas de nuestro más Alto Tribunal, no solo repercuten concreta y correctamente en el ámbito del hecho generador del impuesto, sino también en las situaciones conflictivas que habían sido desarrolladas en el punto III precedente, dejando a algunas de ellas en discusión y otras completamente resueltas (Punto VI del trabajo).

Finalmente, el trabajo intenta esbozar algunas conclusiones que permiten establecer la necesidad de una reformulación de algunas normas reglamentarias vigentes, ó bien, -en última instancia-, debido a la escasa gravitación que en términos de recaudación efectiva debiera quedar en favor del fisco sobre el impuesto analizado, el planteo de su posible derogación (punto VII del trabajo).

II. ANTECEDENTES TEÓRICO-TÉCNICOS Y NORMATIVOS.

II.1. Cuestiones teóricas de la gravabilidad de la renta societaria

Tradicionalmente, el enfoque teórico en el tratamiento de los dividendos en el impuesto societario e impuesto personal del accionista, ha sido muy estudiado en lo que podría denominarse la “economía del tributo”.

En efecto, a partir de las llamadas teorías de la “Integración” o de la “Separación”, ya esbozadas por Enrique REIG⁷ y otros importantes documentos técnicos internacionales⁸, se describió la problemática de la doble imposición que se presenta cuando se gravan las ganancias societarias con un impuesto a la renta y, -simultáneamente-, el dividendo en el impuesto personal del accionista o socio.

Esta preeminencia de imposición a nivel corporativo ha sido doctrinalmente muy criticada no solamente por la doble imposición asociada sobre la misma materia imponible sino por otras distorsiones e ineficiencias derivadas en el sistema fiscal⁹

Cuando se estudia la cuestión desde esa perspectiva teórica¹⁰, debe entonces considerarse que la legislación argentina es bastante peculiar, debido a que se incluye en un mismo gravamen

⁷ REIG, Enrique Jorge (1983): *Sistemas de integración del impuesto a la renta societaria*, Academia Nacional de Ciencias Económicas, Buenos Aires.

⁸ Este modelo de imposición ha sido desarrollado por el Informe Carter en 1966, “Report of the Royal Comision on Taxation” comisión presidida por LM. Carter. Traducción española Estructura y reforma de la Imposición Directa, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1975. También ha sido analizado en dos ocasiones en sucesivos reportes por el gobierno Australiano (Asprey Commiittee en 1972 y Draft White Paper en 1985, los cuales sugerían que tratamiento fiscal ideal para el ingreso derivado y transmitido desde entidades a personas es el “conduit approach”, el cual reconocería para propósitos fiscales la imposición en el accionista sobre todos los dividendos (sobre la renta distribuida y la no distribuida por la sociedad) sobre la tasa impositiva marginal de cada accionista. En contraste, los Estdos unidos tenido siempre un sistema de separación y lo continua manteniendo a pesar de un gran número de recomendaciones en contrario realizadas por el Departamento del Tesoro, (U.S. Dep’t of the Treasury, Blueprints for Basic Tax Reform) los cuales argumentan un sistema de integración total entre la renta societaria y la del accionista; adicionalmente ver “Tax Reform for Fairness, Simplicity, and Economic Growth”, Noviembre de 1984, que argumenta una integración parcial; También “the Presidnet’s Tax Proposals to the Congress for Fairness, Growth and Simplicity” (1985).

⁹ THURONYI, Victor: “Tax Law Design and Drafting” (Volume 2, International Monetary Fund, 1998, Chapter 19, by COOPER, Graeme S. and GORDON, Richard K, Pág. 2). En el trabajo citado los autores destacan que la incidencia fiscal no recae solamente en la sociedad, sino también en los accionistas, trabajadores o consumidores, ya que el monto de impuesto a pagar suele ser indeterminado y discrecional (porque el monto de impuesto cambia en esos factores productivos al cambiar la estructura de capital de la empresa y el momento y la proporción en que se efectúan las distribuciones de dividendos o su retención por parte de la empresa); también por la aparente conveniencia de poder financiar la estructura de la empresa con deuda (porque el interés en normalmente deducible de la base imponible a diferencia del dividendo que normalmente no lo es) y a retener ganancias (porque las ganancias retenidas normalmente no so sujetas a imposición y, -al contrario-, son usualmente gravadas a una tasa efectiva menor al momento de la venta de los portfolios o paquetes accionarios como ganancia de capital); finalmente induce a la organización de las empresas mediante una forma de organización transparente (evitando la forma corporativa por alternativas con formas societarias que resulten fiscalmente más eficientes.

(el impuesto a las ganancias y desde ahora “LIG”) a las rentas societarias y a las rentas individuales. Esta especificidad, -la que no es frecuente en muchas otras legislaciones extranjeras-, hace que los esquemas teóricos de tributación vigentes en ella, deban ser convenientemente adaptados a la misma.

Por lo comentado precedentemente, y sintéticamente, bajo el sistema de “Separación Clásico”, el trato fiscal que se les da a denominadas “Sociedades de Capital” es completamente independiente y separado del que se les otorga a sus accionistas.

Este sistema de separación, aplicado en el pasado por la mayoría de los países europeos que conforman la actual Unión Europea, implica en esencia gravar a las rentas societarias de manera independiente y no tener en cuenta la imposición que se exija en el impuesto individual a la renta sobre los dividendos a los accionistas, lo cual en la práctica genera una doble imposición económica por cuanto la misma materia imponible (el rédito societario) es sometido –si bien en dos momentos diferentes¹¹- dos veces al mismo gravamen.

En el otro extremo, se encuentra el sistema de “Integración Total”, mecanismo que es aplicado en determinadas tipo de sociedades (en general, de personas) por el cual la sociedad de capital es tratada como un simple conducto o trampolín de rentas empresarias que fluyen en favor de sus accionistas tanto respecto de sus ganancias distribuidas como las retenidas, por lo que se lo suele denominar “Sistema de Transparencia Fiscal” ó de “Integración Total”.

Dentro de este último esquema de imposición, se le exige a la sociedad de capital un impuesto anticipado aplicable sobre las ganancias sujetas a impuesto no distribuidas, presumiéndose que dichas ganancias ya se encuentran a disposición del accionista con prescindencia de su efectiva distribución o no. Esta variante requiere en verdad, la devolución del impuesto en beneficio del accionista, en caso de verificarse posibles excesos de la carga fiscal, sobre la cual finalmente el accionista quede percutido por la aplicación de alícuotas progresivas del impuesto personal a la renta.

Paralelamente a estos dos modelos extremos, existen sistemas intermedios entre los Sistemas de “Separación” e “Integración Total”, que son denominados “Sistemas de Integración Parcial”, en los cuales se intenta aliviar en parte, los efectos negativos de la doble imposición económica sobre las ganancias societarias distribuidas por la sociedad de capital en favor de los accionistas o dueños. Estos últimos pueden distinguirse entre aquellos que reducen doble imposición en el “*nivel de imposición de la sociedad*”, de aquellos que lo hacen al “*nivel de imposición del accionista*”.

¹⁰ HAEHNEL, Carlos Alberto: International Fiscal Association (2004), 57° Congreso Anual, Sidney (Australia). Relato Nacional Tema I “Tendencias en la imposición sobre sociedades y accionistas: ¿Imposición única o doble imposición?”, en “Doctrina - Relatos Nacionales en Congresos Internacionales 1999-2004”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF), Tomo II, Buenos Aires, MMIV.

¹¹ Al momento de su generación en el período de acumulación (ejercicio comercial o fiscal del ente) y en el de su distribución efectiva en manos de las accionista o socio, respectivamente.

En los sistemas que proponen la integración parcial a partir de la mitigación al “*nivel de las sociedades*”, podrían distinguirse entre aquellos sistemas que permiten la aplicación simultánea de un doble juego de alícuotas de imposición, (Split-rate systems), de aquellos que permiten la deducción plena de sus balance fiscal de la sociedad a los dividendos distribuidos (Dividend-deduction systems).

El primero de los dos sistemas mencionados más arriba, admite que *al nivel societario*, se aplique concomitantemente en el mismo período fiscal dos alícuotas proporcionales: una alícuota completa (full tax rate) aplicable sobre la rentas retenidas por parte del ente societario y otra alícuota reducida aplicable sobre los beneficios distribuidos al accionista. Por su parte, el segundo esquema funciona a partir de la admisibilidad de la deducción de los dividendos en la sociedad de capital y consecuente sujeción de los mismos como renta gravada en cabeza del accionista o dueño, admitiendo ó no –según el caso-, una retención en la fuente efectuada por la sociedad al momento de la disposición dichas rentas.

Por su parte, dentro de los sistemas de integración parcial que permiten la mitigación de la doble imposición “*al nivel de la renta del accionista*”, también tenemos dos alternativas de imposición atenuada. La primera a través del sistema de imputación (imputation system), y la segunda mediante el sistema de cedular (scheduler method).

El primer mecanismo (imputation system) incorpora como gravados a los dividendos distribuidos por la sociedad en los ingresos globales gravados por el accionista y concede a este último un crédito de impuesto que le permite –según el caso-, recuperar total o parcialmente el impuesto societario abonado por la sociedad emisora.

Por último, el segundo sistema (scheduler method) también recae sobre el accionista gravando al dividendo con un impuesto especial sobre el mismo, pero aplicando una alícuota normalmente reducida y fija (flat tax rate), que resulta casi siempre una tasa efectiva menor a la establecida en las tablas progresivas que se aplican en el impuesto personal a la renta al accionista ó bien, -en una de sus variantes-, aplica una retención sobre el dividendo distribuido por parte de la sociedad de capital y concede un crédito de impuesto limitado a un porcentaje fijo de ese dividendo o –directamente-, exime al dividendo neto recibido en manos del accionista de su impuesto personal a la renta.

II.2 Aspectos Teóricos de las rentas exentas provenientes de sociedades de capital.

Uno de los problemas que en la teoría se plantea tanto sea en los sistemas de integración como en los de separación, es cuál es el tratamiento fiscal a aplicar sobre aquellas rentas contables que se distribuyen como dividendo a los accionistas, pero que no han tributado el impuesto a la renta en cabeza de la sociedad emisora de las acciones.

Las causas por las cuales no hayan tributado el impuesto a la renta en cabeza de los accionistas puede ser variada. Así, algunas de ellas pueden estar motivadas en exenciones, obtenidas por la sociedad de capital o exclusiones de objeto aplicables sobre ellas, desgravaciones bajo la forma de deducciones fiscales de la base imponible, amortizaciones aceleradas de ciertos activos fijos o intangibles, deducciones no admitidas, deducciones con límite cuantitativo, así como en criterios diferenciados en la valuación de bienes computables (tales como algunas disponibilidades en moneda extranjera, algún tipo de inversión corriente en títulos públicos, bienes de cambio, créditos o deudas en moneda extranjera o con cláusulas especiales de ajuste; o en general aquellos bienes que la LIG, denomina bienes computables para el ajuste por inflación impositivo, etc.).

Como se podrá advertir la existencia de este tipo de diferencias entre los resultados fiscales y los resultados contables, (estos últimos sobre los cuales se distribuyen los dividendos desde el punto de vista legal-societario) podrían diferenciarse conceptualmente entre las llamadas diferencias “temporales” o “permanentes”.

Esta diferencia es importante, por cuanto las diferencias temporales se revierten por el simple transcurso del tiempo, de un ejercicio al otro u otros, generando una compensación automática de resultados, al cargarse o devolverse al balance fiscal al momento de cumplirse el tiempo en el cual la ganancia se ha devengado ó realizado como rédito y, cuando la pérdida es deducida fiscalmente ó conocida contablemente, respectivamente.

En principio, no quedan incluidas en este tipo de diferencias temporales, las ganancias exentas o no gravadas, ni las deducciones fiscalmente no admitidas, así como tampoco, las desgravaciones fiscales que no tengan como base conceptos que hayan sido previamente contabilizados en el pasado o que eventualmente lo sean en el futuro.

Es entonces que las exenciones, desgravaciones promocionales, el ajuste por inflación Fase I (situación estática) y Fase II (situación dinámica) impositivos y las exclusiones de objeto, no forman parte las diferencias temporales por cuanto ellas no se revertirán jamás en el tiempo. Es decir, se mantendrán para siempre como diferencias irreconciliables entre el estado de resultados contable y el balance fiscal.

Los “sistemas de integración” habilitan al legislador, a tomar la decisión de transferir (o de no hacerlo) esos beneficios obtenidos por las sociedades emisora de los títulos hacia los accionistas o socios, mediante la no imposición completa del dividendo o, mediante una imposición limitada exclusivamente aplicable sobre la renta exenta, no gravada o liberadas fiscalmente, respectivamente.

Además, -excepto el sistema de integración “anómalo” que no grava al dividendo-, todos los sistemas de integración parcial restantes, gravan los dividendos en cabeza del accionista o socio, por lo que la alternativa del traslado de las exenciones a los accionistas necesariamente requiere que la sociedad emisora de las acciones informe al accionista, cuál es la parte del dividendo que está formado por ganancias gravadas y, qué parte por utilidades exentas o no

gravadas, de modo que el accionista esté en condiciones de poder computar como ingreso imponible la porción de dividendos gravados.

Es por ello, que resulta imprescindible realizar la distinción entre las rentas exentas, no gravadas o sujetas a un tratamiento preferencial, de aquellas otras rentas que –siendo en todos los casos gravadas-, se encuentran diferidas en su imputación fiscal hacia un periodo fiscal posterior (p.e.: por tener un criterio de imputación divergente entre el balance social y el fiscal) al cual el dividendo (contable) es socialmente distribuido.

Ello resulta importante porque lo contrario, podría implicar que bajo el sistema de integración, un impuesto al dividendo exento o “de igualación”, provoque una doble imposición económica (sociedad y accionista) sobre rentas que han tributado el impuesto en cabeza de la sociedad emisora ó, una doble exoneración (ahuecamiento de la base, por haber quedado exenta en la sociedad emisora y no practicarse la imputación como renta gravada en el accionista). Ambos efectos, claramente no serían deseables en ningún tipo de sistema de imposición que se precie de neutral y/o equitativo.

Coincidimos con Darío RAJMILOVICH (2006)¹² quien enfatiza correctamente: *“debemos señalar que las diferencias que justifican las opciones técnicas de “traslado” o “no traslado” de las franquicias fiscales, son las diferencias definitivas y no las temporarias. Ello por cuanto las diferencias temporarias (vgr. Una amortización aceleradas por compra de bienes de capital), se compensan en el tiempo en la misma sociedad de capital, de lo que se deriva que el efecto compensatorio que se busca alcanzar con el “no traslado” de las franquicias fiscales se obtiene en la sociedad (en el ejemplo, con un menor cargo de amortizaciones en la vida útil restante de los bienes de capital) sin necesidad de hacer partícipe al accionista cuanto recibe el dividendo...” (destacado me pertenece).*

Existen por lo menos dos mecanismos posibles de ingreso del gravamen sobre rentas exentas a nivel teórico, si se desea no trasladar el beneficio preferencial en cabeza del accionista: i) que el impuesto aplicable sobre las rentas exentas o no gravados, sea ingresado por el accionista o ii) que el citado impuesto sea ingresado por la sociedad de capital.

Bajo el primer escenario, la sociedad de capital emisora de las acciones debiera informar al accionista en oportunidad de la distribución o puesta a disposición del dividendo, qué parte del mismo queda sujeto al gravamen (proporcional de las diferencias permanentes) y qué parte no, de modo que el accionista grave con el impuesto global a la renta o con el impuesto especial al dividendo, la porción del dividendo que no ha tributado el impuesto a la renta en la sociedad de capital por virtud de las exenciones o tratamientos preferenciales, que esta última ya ha usufructuado.

La segunda opción, sería que directamente la sociedad de capital, determine el monto sujeto al gravamen sobre las rentas distribuidas que no han pagado el impuesto por tratarse de diferencias definitivas (rentas no gravadas, exentas o con tratamiento preferencial definitivo a

¹² RAJMILOVICH, Darío (2006), «Manual del impuesto a las ganancias», Editorial La Ley, 2006, Pág 567.

nivel base imponible o alícuota). Este último modelo, es el que utiliza la nuestro sistema fiscal en el artículo a continuación del artículo 69 de la LIG, gravamen al que doctrinariamente se lo denomina “impuesto de igualación”.

Siguiendo a Enrique REIG¹³, y a fin de poder concretar desde el punto de vista teórico, la aplicación de impuesto sobre la renta exenta o no gravada que sea distribuida, resta aclarar que es factible la aplicación de sistemas de imposición al dividendo que no permiten la traslación de beneficios fiscales otorgados por los gobiernos en favor de las sociedades emisoras de las acciones hacia sus accionistas.

En este tipo de sistemas, se distinguen aquellos que trabajan sobre la base de sistemas de “integración total” de los que trabajan sobre la base de sistemas de “integración parcial”.

Si la anulación de los beneficios se producen en el primero de ellos (sobre un sistema de integración total), ello simplemente implicaría no conceder beneficios en cabeza de las sociedades, ya que la renta imponible obtenida por la sociedad de capital, es finalmente la que se traslada y tributa en cabeza de los accionistas o socios, aún si la misma es o no distribuida. En este esquema toda la renta (gravada y exenta) en la sociedad de capital, termina imponiéndose con alícuotas progresivas (en lugar de las alícuotas proporcionales corporativas) en cabeza de la persona física accionista de la sociedad de capital.

Por el contrario, si el sistema de anulación de beneficios aplica sobre algún sistema de integración parcial, el problema se complejiza de una manera significativa. REIG, en el trabajo citado anteriormente, a fin de simplificar la incidencia del traslado parcial de los beneficios en el impuesto progresivo de la persona física, deriva para la explicación de estos casos, a los ejemplos teóricos desarrollados por Charles MC LURE¹⁴.

Por otra parte, como el impuesto aplicable para producir la anulación del beneficio funciona como un ajuste a la tributación de la Sociedad de Capital, una cuestión a resolver es el orden de imputación del dividendo a las rentas gravadas, a las rentas exentas o no gravadas. Desde lo conceptual, sería posible atribuirles bajo tres posibilidades a saber:

- a) Primero distribuido, renta gravada
- b) Primero distribuido, renta exenta
- c) Primero distribuido, aplicación de una proporción entre rentas gravadas y exentas

Sin embargo, conceptual y específicamente se acepta que desde el punto de vista de la equidad, este tipo de rendimientos en su totalidad debería tributar el impuesto personal y progresivo, advirtiendo que parecería ser la solución más aceptable la “anulación” o “limpieza” de los privilegios o franquicias fiscales en la tributación de la renta distribuida.

¹³ Op. citado en nota 7.

¹⁴ MC LURE, Charles E Jr. « must Corporate Income be taxed Twice », Studies of Government Finance. The Brookings Institution, 1979 pág 2.

Particularmente, dado que en general en la práctica, una buena parte de la renta obtenida por las sociedades de capital es retenida o capitalizada por las mismas sociedades de capital, el criterio de imputación consistente un sistema “primero distribuido, renta gravada” (punto a supra), podría resultar un criterio de imputación armónicamente coincidente para este tipo de beneficios. En efecto, con ese orden de imputación, difícilmente quedaría sujeta a tributación la renta exenta o sujeta a privilegio, pues ésta sería la última en distribuirse y quedaría sujeta al gravamen recién en el momento que se decida distribuir el 100% del dividendo o en el momento de liquidación final de la sociedad como dividendo de distribución.

Cualquiera sea el método elegido sobre los tres modelos de imputación ensayados más arriba, en todos los casos, deberá realizarse bajo un sistema de “Fondo de Acumulación de resultados fiscales” a partir de la vigencia de la norma, contra el cual se aplicarán las distribuciones de dividendos en el orden y proporción que corresponda. Este “Fondo”, debiera estar compuesto por las utilidades fiscales que pagaron impuesto a las que se les sumarán o restarán, según corresponda, los dividendos ganados y el propio impuesto a la renta (esto último para armonizar el resultado contable con el fiscal, ya que este último resultado en Argentina considera a los dividendos sociales como una renta no computable y al propio impuesto a la renta como un concepto no deducible de la base imponible declarada).

Una cuestión interesante sujeta a debate por sus nocivas implicancias económicas en el pago de este tipo de impuestos en cabeza de los contribuyentes (y, dependiendo de su signo, también en la menor recaudación que podría verificarse en contra del fisco), han sido el tratamiento a otorgar a las diferencias transitorias que se revierten en el tiempo. Una sana hermenéutica debiera concluir en que las diferencias de este tipo debieran ajustarse en el Fondo de Acumulación de modo de evitar el doble pago (en la sociedad y en el accionista) o, eventualmente, el ahucamiento de la base imponible, al esconder -dentro del paraguas de una utilidad fiscal “transitoriamente” mayor-, rentas exentas y no gravadas que deben ser sometidas a imposición, y que por dichas diferencias, no hayan quedado sujetas a la anulación del beneficio fiscal en oportunidad del pago del dividendo.

Para concluir este punto, al final del recorrido teórico realizado, no ha de perderse nunca de vista que la aplicación de un sistema de anulación de franquicias, será siempre una decisión política del legislador, por lo que deberá siempre interpretarse desde la perspectiva de la verdadera intención del mismo, es decir desde la “ratio legis” que se aplique en oportunidad de la sanción de la norma y no, exclusivamente en base a lo que la fría letra de la norma legal disponga.

II.3 Incidencia económica de la fiscalidad sobre los dividendos y otras distribuciones de utilidades en general.

Sin pretender realizar una descripción analítica del tratamiento fiscal de las distribuciones de resultados sociales de las sociedades de capital, en favor de sus socios en el impuesto a las

ganancias, para aproximarnos al tema bajo análisis, creemos conveniente previamente analizar, cuál sería la incidencia fiscal en el sistema de imposición a la renta en Argentina sobre el dividendo, para posteriormente analizar la normativa específicamente aplicable a ese tipo de distribuciones de utilidades en el “impuesto de igualación” en Argentina.

Sintéticamente desde un punto de vista conceptual el sistema fiscal en la República Argentina concede personalidad fiscal a las llamadas sociedades de capital¹⁵ y las considera entonces sujetos pasivos del impuesto, sujetando sus utilidades netas a la alícuota proporcional del 35% y al mismo tiempo, consideran gravados a los dividendos percibidos por sus accionistas o socios, incorporándolos como un renta de la segunda categoría, pero sujetos a un impuesto cedular del 10% y, –bajo ciertas circunstancias-, a otro del 35%.

En efecto, si bien se dispone que los dividendos en efectivo, en especie o en acciones liberadas no fueran incorporados a por sus beneficiarios al impuesto personal (carácter de no computables), posteriormente la sanción de dos Leyes Nacionales, modificaron ese tratamiento disponiendo en términos muy generales para cada caso lo siguiente:

- a) **La Ley N° 25.063** creó un nuevo hecho imponible mediante el cual de verificarse que el monto de los dividendos superase la utilidad impositiva, se gravará con el 35% a ese excedente. Al mismo tiempo se reglamentó que los dividendos de sociedades constituidas en el exterior quedan gravados, señalando expresamente que no se considerará de aplicación el carácter de “no computables” dispuestos para los dividendos de fuente argentina, por lo que, a diferencia de lo que se dispone para estos últimos, pasan a quedar íntegramente gravados para los accionistas que los perciban, admitiéndose –bajo ciertas circunstancias-, un sistema de crédito directo o indirecto de impuesto análogo abonado en el exterior a fin de mitigar la doble imposición internacional y cediendo en esos casos soberanía fiscal para el estado que grave de manera directa la renta obtenida por la sociedad emisora de los títulos representativos de capital en el exterior.
- b) **La Ley N° 26.893** que impuso una retención con carácter de pago único y definitivo del 10% sobre los montos de dividendos en efectivo o en especie obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas residentes en Argentina y sobre los sujetos no residentes (beneficiarios del exterior) que se pongan a disposición desde el 23 de Setiembre de 2013. En adición, se mantiene el carácter de “no computable” del

¹⁵ REIG, Enrique, “Impuesto a la Renta. Estudio teórico práctico de la Ley argentina sobre Impuesto a las ganancias a la luz de la teoría general del impuesto a la renta”, Ediciones de Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1985, pág 659.

En dicho texto se describe pormenorizadamente las razones jurídicas y económicas de la imposición de las sociedades de capital, llegando a la conclusión unánime de aceptación de gravar la renta de sociedades de capital de manera independiente de los dividendos distribuidos por ellas. Al respecto, puede investigarse su justificación en las razones expuestas en muchos tratadistas. Ver SELIGMAN, E, “Essays in taxation”, MAC MILLAN Co, 5° edición; GRIZZIOTI, B, “Principios de la ciencia de las finanzas”, Buenos Aires, 1949; GOODE, R. “The corporation income tax”, John Wiley & Sons, Nueva York; COSCIANI, C, “Problemas relacionados con la imposición de las personas jurídicas” en conferencia presentada en la FCE de la UBA, 1960, todos ellos citados por Enrique Reig en el libro referenciado.

dividendo, si el recipiente de dichos beneficios son sociedades de capital residentes en el país que resulten “holdings” o tenedoras de dichos títulos valores.

Cabe distinguir la evolución que el sistema de imposición entre la sociedad y el accionista ha tenido en los últimos años.

La ley del gravamen desde la Ley N° 24.073, venía utilizando un “sistema de integración” que había sido denominado por Enrique REIG¹⁶ “Sistema de integración anómalo” habida cuenta que alcanzaba con el impuesto societario a la sociedad de Capital y excluía por completo de tributación al dividendo emitido por esta sociedad, considerándolo “no computable” en manos de su accionista o socio.

Desde un punto de vista práctico, la situación descrita implicaba aplicar un sistema de integración, pero en el que el dividendo puesto a disposición no es incorporado a la renta imponible, o lo hacía a “tasa cero”, por cuanto –tal como opina la doctrina fiscal sobre el particular, y se verá más adelante-, los gastos que se les asocie, resultan deducibles impositivamente en la declaración jurada del beneficiario de los citados dividendos.

Como se mencionó a nivel teórico, el sistema de imposición actualmente vigente con las reformas que acabamos de sintetizar pasaría de ser en lugar de un sistema de **“integración anómalo”** sobre el dividendo, lo que podría llegar a denominarse un **“sistema de integración parcial, con imposición cedular”** entre la sociedad y el accionista, dado que posee efectos de mitigación de la doble imposición *“a nivel del accionista”*, al permitir el cómputo de una alícuota reducida (para el dividendo de fuente argentina) y el cómputo de crédito de impuestos análogos (para el dividendo de fuente extranjera).

En efecto, en el sistema actual se grava la renta societaria (supongamos de \$ 100.-) a un 35% y su neto remanente posterior al impuesto (\$65.-) en caso de ser distribuido totalmente en favor del accionista o dueños se la somete a una retención con alícuota proporcional reducida que opera como impuesto ingresado en cabeza del accionista (sin crédito de impuesto) del 10% (para reducir la incidencia de la doble imposición) por lo que dicho remanente de \$65 queda sujeto a una segunda imposición equivalente a \$6,50. Consecuentemente el gravamen total combinado resulta ser porcentualmente equivalente al 41,50%, (sumatoria sobre base de \$100.- de 35% más 6,5%).

Por otra parte, dado que el sistema mantiene vigente al impuesto especial de igualación sobre el dividendo, si parte de esa renta distribuida, tuviese un componente de rentas que hayan quedado calificadas como exentas en el resultado fiscal de la sociedad emisora de las acciones, además del impuesto especial del 10%, se debería también aplicar de manera totalmente independiente, el impuesto de igualación previsto en el artículo incorporado a continuación del art. 69 de la Ley del impuesto a las ganancias (impuesto de igualación) equivalente al 35% de dichas rentas.

¹⁶ Ver Op. Cit. en Nota 7, presentado ante la Academia nacional de Ciencias Económicas, 1983.

Anticipamos que la aplicación de ambos esquemas de manera conjunta, trae aparejados algunas cuestiones interpretativas que debieron ser reglamentadas¹⁷.

La doctrina ha analizado concienzudamente los efectos numéricos que se derivarían por la aplicación superpuesta del impuesto sobre los dividendos con el impuesto de igualación. En este aspecto, resulta interesante analizar si ambos gravámenes deben ser aplicados sobre el importe total (importe bruto) del dividendo distribuido o bien sobre el importe neto del dividendo que surja una vez descontado alguno de los dos impuestos mencionados.

Armando LORENZO y Cesar CAVALLI (2013)¹⁸ desarrollan un ejemplo práctico mediante el cual se destaca que si se aplicaran ambos impuestos sobre el importe bruto del dividendo y no sobre el neto descontado previamente alguno de los dos gravámenes, se estaría gravando en exceso al accionista “directo” persona física, respecto de un accionista “indirecto” (a través de una interpósita sociedad holding) persona física, distorsionando los efectos de la imposición de manera injustificada. En ese sentido indican que *“...corresponde aplicar el nuevo impuesto del 10% sobre el dividendo neto de impuesto de igualación.. lo cual no solo lleva al mismo resultado que en el caso de la holding, sino también al mismo resultado derivado de considerar, como base de comparación en el límite impositivo del impuesto de igualación*

En definitiva, dentro de los sistemas (de integración o separación, respectivamente) destacados más arriba, la República Argentina toma en cuenta un sistema de integración sobre el dividendo, con aplicación de alícuotas proporcionales cedulares y reducidas sobre las personas físicas al que se le agrega además, un impuesto especial “de igualación” sobre las rentas exentas distribuidas que lo hacen totalmente diferente al aplicado en el derecho comparado analizado.

Mediante dicho enfoque¹⁹, se grava con el impuesto corporativo a la renta a las sociedades de capital con un 35%, mientras que el dividendo percibido por los accionistas tiene en ellos un trato fiscal diferenciado según sea el sujeto que lo perciba.

Ello por cuanto, si el dividendo neto del impuesto corporativo es posteriormente distribuido en favor de una sociedad de capital (también gravada por el impuesto corporativo, - a efectos de evitar la doble imposición económica en cascada sobre las participaciones directas o indirectas de mismo grupo económico o accionistas), se lo considera como No Computable o -lo que es lo mismo-, no se sujeta a impuesto en el accionista persona jurídica.

¹⁷ En este sentido, el decreto 2234/2014, aclaró que el impuesto del 10% previsto en el último párrafo del artículo 90 de la LIG, (impuesto especial del 10%), se aplicaría sobre la suma resultante de restarle al monto del dividendo o utilidades en dinero o en especie, el importe de retención del impuesto de igualación y que se ha de aplicar conjuntamente con este último al momento del pago. Vale decir que ello implica la cabal aplicación del criterio doctrinario mencionado por la doctrina que más adelante se expone.

¹⁸ LORENZO, Armando; CAVALLI, Cesar (2013): “Análisis preliminar de las reformas al impuesto a las ganancias (acciones y dividendos)”, Revista Consultor Tributario N° 80, Octubre 2013, pág 23.

¹⁹ Excepto de algunas excepciones que se verifican para las rentas de fuente extranjera, en los dividendos o utilidades provenientes de cierto tipo de sociedades radicadas en el exterior.

Sin embargo, si dicho dividendo es percibido por una persona física o sucesión indivisa residente u otros sujetos no residentes en Argentina, se encuentran vigentes y concomitantes dos impuestos “especiales” sobre el dividendo, que aplican una imposición combinada dependiendo de las características de renta (gravada, no gravada o exenta) que haya obtenido la sociedad emisora de las acciones.

En virtud a este esquema desde Setiembre de 2013, cohabitan en el mismo régimen fiscal el impuesto de igualación que se aplica sobre el 35% del dividendo que supere el valor de las utilidades fiscales que hayan pagado el impuesto en la sociedad emisora de las acciones, con un impuesto cedular equivalente al 10% aplicable sobre el dividendo total distribuido.

Ambos gravámenes, se encuentran incorporados al plexo normativo del impuesto a las ganancias y tienen como “fin último”, la imposición de la renta derivada de:

- i) Dividendos propiamente dichos complementando la incidencia fiscal económica del impuesto a la renta societario y,
- ii) Porción de estos dividendos distribuidos que por superar la utilidad fiscal, impliquen una extensión en cabeza de los accionistas o socios, de beneficios fiscales derivados de exenciones legales propias previstas en el texto de la LIG, no incluyendo leyes especiales tales como Leyes de Promoción Industrial o Sectorial así como aquellos tratamientos fiscales preferentes derivados de la aplicación de Convenios de Doble Tributación Internacional, originalmente otorgados a las empresas emisora de las acciones, en favor de los accionistas de las primeras.

Consecuentemente opinamos que la República Argentina posee sobre el dividendo un sistema de imposición de “integración parcial” en el cual se intenta disminuir la doble tributación sobre las ganancias distribuidas a los accionistas mediante un impuesto especial al dividendo con límite y alícuota reducida pero que por la coexistencia del impuesto de igualación se torna completamente distinto al que existe en el derecho comparado²⁰.

Podríamos concluir entonces que actualmente el sistema de imposición del dividendo en Argentina no es semejante a prácticamente ningún sistema de imposición en el mundo entero, ya que grava al dividendo con una alícuota flat sin crédito de impuesto y se le agrega el impuesto de igualación, cuya incidencia dependerá de la composición de rentas exentas que tenga el ente societario que distribuya este tipo de beneficios.

²⁰ Esta dualidad en el tratamiento de imposición sobre el dividendo, podría provocar que el efecto total de imposición sea superior al comentado arriba (41,50%). En efecto, ese porcentaje será variable y en todos los casos hacia arriba, dependiendo de la incidencia porcentual que las rentas exentas y distribuidas hayan tenido en la distribución de resultados realizada por la sociedad de capital.

II.4. Sistemas de imposición a la renta exenta distribuida en el derecho comparado.

El derecho comparado ha tenido también la experiencia en estructuras tributarias que intenten eliminar en cabeza de los accionistas o socios, los beneficios fiscales obtenidos en la base imponible de sus impuestos a la renta de las sociedades de capital.

II.4.1. Caso Mexicano.

Importante es señalar que, (al igual que en el derecho argentino), de acuerdo con la Ley de sociedades mexicanas, las sociedades de capital podrán solamente distribuir beneficios cuando ellas ya hayan obtenido ganancias en años fiscales anteriores, y los estados financieros hayan sido aprobados por la correspondiente asamblea de accionistas.

Muy especial resulta el sistema de imposición mexicano, mediante el cual se establece el denominado CUFIN, que no es más que una cuenta que registrara las ganancias fiscales retenidas que han pagado el impuesto a la renta corporativo en México.

Cuando los dividendos no provienen de la mencionada cuenta o resultan excesivos del monto establecido en la misma, están sujetos al impuesto corporativo a la renta aplicando la tasa de impuesto corporativo a la renta sobre el dividendo acrecentado. Especialmente para los años 2010 al 2012 al ser la alícuota del impuesto a la renta del 30%, el grossing up sobre el mismo ha sido 42,86%; por el año 2013, al ser la tasa nominal del 29%, corresponderá su aplicación con un grossing up del 40,85% y por el año 2014 al 28%, la tasa efectiva es del 38,89%.

Sin perjuicio que el monto del impuesto se paga por la sociedad de capital, pero es acreditable contra el propio impuesto corporativo anual de la misma sociedad de capital de los próximos dos años fiscales.

El dividendo en acciones liberadas se encuentra gravado pero de manera diferida. En efecto, si se distribuye un dividendo de acciones liberadas, el mismo queda gravado al momento en que las acciones son pagadas por parte de la sociedad de capital a su accionista, mediante una reducción efectiva del capital de las mismas o, mediante la liquidación de la compañía (cuando el beneficiario obtiene la ganancia de capital).

Además del dividendo propiamente dicho, la norma mexicana contempla casos especiales que son considerados “dividendos ocultos” o en nuestra terminología fiscal “recalificados como dividendos”²¹. Así incluye dentro del término dividendos y dividendos por distribución se incluyen los siguientes:

- a) Dividendos que no hayan sido sujetos a imposición en el nivel de la sociedad de capital que los emite (sistema residual de imposición);

²¹ Obsérvese que al igual que lo disponen otras legislaciones (ejemplo, la estadounidense) el concepto fiscal de dividendo se aparte del concepto que el mismo tiene en el derecho societario.

- b) Intereses que hayan sido pagados (bajo ciertas condiciones) por parte de compañías holdings a sus accionistas;
- c) Intereses que hayan sido reclasificados como dividendos;
- d) Ajustes netos posteriores realizados por la autoridad fiscal mexicana;
- e) Gastos no deducibles realizados en beneficio de los accionistas;
- f) Ingresos omitidos o compras omitidas que no hayan sido oficial o ilegalmente registradas;
- g) Cualquier ajuste que la autoridad fiscal mexicana haya realizado como consecuencia de un ajuste fiscal en materia de Precios de Transferencia;
- h) Ganancias de Capital derivadas de la liquidación o de una reducción de capital donde su retribución exceda el monto aportado por el accionista o socio (similar a nuestro rescate de acciones).

II.4.2. Caso Colombiano.

Por su parte la legislación colombiana, también aplica un impuesto especial sobre los dividendos que se distribuyan que no hayan pagado el impuesto a las renta corporativo a la alícuota general del 20%.

La reglamentación del impuesto establece que para que los dividendos y utilidades sean un concepto no sujeto a imposición a la renta (no constitutivo de renta o ganancia ocasional, según los términos de la norma), deben figurar como utilidades retenidas y haber abonado el impuesto a la renta

Puede apreciarse entonces que el derecho comparado aplica reglas similares a las utilizadas en Argentina, y que si bien la forma de instrumentación difiere en cuanto a las mecánicas e incidencias fiscales que cada régimen fiscal tiene, la naturaleza de los problemas resultan similares.

II.5. Cuestiones Técnicas y Normativas: Tratamiento de los dividendos en general en el impuesto a las ganancias.

Una vez descriptas las teorías de imposición generales al dividendo así como la incidencia económica combinada de la imposición sobre el dividendo en las sociedades emisoras de las acciones radicadas en la República Argentina²² sus accionistas y/o dueños, corresponde

²² Excluimos de este análisis a las sociedades constituidas en el exterior, ya que sus dividendos se encuentran siempre sometidos a imposición por imperio del inc a) del art 140 de la LIG y no les resulta aplicable la exclusión del art 46 de la misma norma, aunque su doble imposición económica se encuentra atenuada, en ciertas circunstancias mediante la utilización de sistemas de créditos de impuestos directos o indirectos o en otras, a través de exclusiones expresas de base imponible.

analizar el marco normativo de imposición del dividendo y de aplicación práctica del impuesto de igualación sobre las rentas distribuidas adoptado por la LIG.

II.5.1. Sociedades Constituidas en el País (Réditos de Fuente Argentina)

Como se mencionó más arriba, el principio general es que la LIG considera a los dividendos sujetos a imposición a la renta. En efecto, la gravabilidad de este tipo de réditos queda plasmada por lo dispuesto en el artículo 2 de la LIG²³, complementado por su artículo 45 inc. i) de la norma en cuestión al establecer que: “... los dividendos y utilidades, en dinero o en especie, que distribuyan a sus accionistas o socios las sociedades comprendidas en el inc a) del art. 69...”.

No obstante ello, para las personas físicas o sucesiones indivisas (apartado 1 del artículo 2 de la LIG) dado que la definición legal de rédito es diferente, es decir por ser aplicable el concepto de la “teoría de la fuente”, se ha discutido en su momento, si en este tipo de réditos al carecer del carácter habitual en la fuente productora, podrían quedar de todas formas incluidos en el concepto de renta gravada. La respuesta a dicho debate, ha sido por la afirmativa (quedan gravados) por cuanto se entiende que los dividendos o las distribuciones de resultados son ganancias financieras obtenidas por las personas físicas o sucesión indivisa, por la colocación del capital (segunda categoría en la LIG), e independientemente de su habitualidad, tienen en sí mismas la “potencialidad” de ser obtenidas por parte de dicho tenedores de participaciones y, -por ende-, de quedar siempre sometidas a imposición a la renta.

La doctrina²⁴ ha mencionado que el artículo 45 citado expresamente dispone a los dividendos como renta de segunda categoría, con lo cual queda completa la hipótesis de incidencia citada en el artículo 2 de la LIG y los dividendos están gravados porque su periodicidad bajo los supuestos de la teoría de la fuente en la persona física sería entonces real o potencial.

Respecto del tratamiento a otorgar a las personas jurídicas (apartado 2 del artículo 2 de la LIG) no cabe duda que por la aplicación de la “teoría del balance” los dividendos fiscalmente representan normalmente para estos sujeto-empresa incrementos patrimoniales obtenidos y, -por lo tanto-, los dividendos distribuidos y devengados²⁵, formarán siempre parte de los réditos sujetos a imposición.

²³ Las referencias al artículo 2 son aplicables tanto sobre los dividendos de “fuente argentina”, como sobre los “de fuente extranjera” (artículo 127 de la LIG).

²⁴ FERNANDEZ, Luis Omar, (2011), opina que la inclusión en el art 43 es específica y de cualquier tipo de omisión a la periodicidad dispuestos por el apartado 1 del artículo 2 de la teoría de la fuente (“aceptando o no la periodicidad potencial”) ya que tiene como fundamento legal el encabezado del propio artículo 2 que dispone : “a los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto específicamente en cada categoría...”.

²⁵ Sea que las mismas contabilicen por el sistema de Costo más dividendo o por el método del Valor Patrimonial Proporcional, respectivamente.

No cambia la cuestión el hecho de que el perceptor sea un sujeto incluido en el artículo 49 y que esta renta deba comprenderse en tercera categoría, ya que dicha inclusión simplemente se relaciona con una forma diferente de apropiación de los ingresos gravados en la liquidación del tributo que fija la ley.

Consecuentemente, de caras al hecho imponible del impuesto a las ganancias, los dividendos son resultados comprendidos en la hipótesis de incidencia del gravamen, sin considerar el sujeto que los obtiene. Se trata del fruto de una forma de colocación del capital (de algún modo similar al que lo es el interés, aunque no se devengue en todos los casos de la misma manera) y que es susceptible de ser obtenido mediante una periodicidad potencial.

Este tratamiento denominado por la doctrina citada más arriba como “unívoco”²⁶ al entender que el dividendo es “el género” y dentro de este género “todas las especies” incluidas en el gravamen (los pagados en efectivo, en especie o en acciones liberadas), se encuentran incluidos en el Impuesto a las ganancias.

Dicha uniformidad se observa claramente en la LIG porque esta norma tiene un método específico para el momento temporal de imputación de rentas proveniente de dividendos, coincidente con el año ó ejercicio fiscal, según se trate de persona física o sociedades de capital, respectivamente. Para todos ellos (sean de fuente argentina o extranjera²⁷) la legislación dispone que se imputarán en el ejercicio en que “hayan sido puestos a disposición”, no debiendo aplicarse los criterios generales de atribución de rentas y gastos al año fiscal dispuestos para el resto de las rentas²⁸.

De igual modo otra muestra de esa especificidad en el trato del tema, la daría el tratamiento que la LIG dispone para el resultado de la enajenación de los bienes que producen dividendos (las ganancias de capital obtenida por la venta de las acciones para las sociedades anónimas o cuotas y participaciones sociales en el resto de las sociedades) ya que en todos los casos y no interesando la categoría de la renta, se calcula del mismo modo dado que el artículo 61 de LIG dispone que “...la ganancia bruta se determinará deduciendo del precio de transferencia el costo de adquisición...” . Similar tratamiento (aunque con algunas adecuaciones respecto a la deducibilidad de las diferencias de cambio originadas en ella), tiene la LIG para las ganancias de capital de fuente extranjera (ventas de acciones de empresas del exterior) en su artículo 152.

Ahora bien, con el fin de evitar la doble imposición económica sobre los dividendos o utilidades obtenidas de las sociedades de capital este mismo tipo de rentas, automáticamente después la LIG recurre a un artilugio legal especial ya que en su artículo 46, la LIG declara a

²⁶ Op. Cit. en nota 24.

²⁷ Solo para los dividendos provenientes de sociedades que se encuentren radicadas en países de nula o baja imposición que obtengan rentas pasivas, en cuyo caso los dividendos se atribuyen en base al criterio de transparencia fiscal en lugar del de puesta a disposición, como forma antielusiva de diferimiento en la imputación temporal de la renta y en el pago del gravamen.

²⁸ Podría señalarse que la imputación constituye una excepción al principio de lo “percibido”, aunque dicho criterio también ha sido observado, basado en que tienen un criterio de imputación independiente.

los dividendos en efectivo, en especie y en acciones liberadas como “no incorporados” a los fines de la determinación del gravamen al mencionar que: “... *Los dividendos, así como las distribuciones en acciones provenientes de revalúo o ajustes contables, no serán incorporados por sus beneficiarios en la determinación de su ganancia neta....*”.

Por su parte, ratificando en un todo lo anteriormente dicho, el primer párrafo del artículo 64 de la LIG, los declara “no computables” por sus beneficiarios para la determinación de la ganancia neta. Siguiendo otra vez a Omar FERNANDEZ (2011)²⁹, esta “no incorporación” ó esta “no computabilidad”, han de entenderse en los términos de *no ser incluidos* en la determinación del impuesto a las ganancias y no como una “renta exenta” ó como “una renta excluida” del ámbito de imposición del impuesto a las ganancias.

Esto último resulta importante, por cuanto luego, el segundo párrafo del citado artículo 64 dispone que a los efectos de la determinación de la ganancia neta, se deducirán “... *todos los gastos necesarios para la obtención del beneficio...*”. En efecto, su clasificación como rentas “no computables” implica que dicho tipo de rentas queden también incluidas en el principio general “de atracción” de los gastos que con ellos directa e indirectamente se vinculen previsto en el artículo 17 de la LIG, por lo que este tipo de rentas, atrae la deducibilidad de esos gastos de la misma forma que si las rentas fueran gravadas. Por ello, los gastos incurridos para su percepción que se les aloquen serán para su perceptor, totalmente deducibles desde el punto de vista fiscal.

La diferenciación mencionada entre “no gravados y exentos” frente al concepto “no computables” ha sido ya estudiada en varias oportunidades por la doctrina fiscal contemporánea, por lo que remitimos a ella en aras de la brevedad³⁰.

Otra importante consecuencia técnica que se deriva de esta particularidad es que no debe aplicarse la regla prevista en el artículo 21 de la LIG en cuanto a la verificación de la existencia de eventuales “transferencias de exenciones locales en favor de físcos extranjeros”, puesto que bajo esta norma legal si el estado de residencia del accionista extranjero de una sociedad argentina gravase con impuesto a las ganancias en el extranjero a los dividendos obtenidos por sociedades localizadas en Argentina, la LIG dispone –con algunas excepciones-, la no aplicación de dichas exenciones.

Definitivamente, el criterio legislativo ha sido que el gravamen sobre la renta societaria, sea esta retenida o distribuida por la sociedad emisora, sea abonado por esta sociedad emisora de las acciones y comprende no solo la carga fiscal propia de la sociedad a la alícuota máxima, sino también –vía retención-, la del accionista sobre el dividendo, aunque este último, no

29 FERNANDEZ, Omar (2011), Op. cit. en nota 24.

³⁰ Tal como destaca el autor citado en la nota anterior: “... *Los dos primeros vocablos tienen un ámbito denotativo claro y específico en el derecho tributario; existen definiciones adecuadas, que, al ser aceptadas por la doctrina en forma casi unánime (por lo menos en sus rasgos principales) permiten dilucidar sin lugar a dudas el carácter (gravado, exento, no sujeto) de un hecho económico cualquiera. Esto, como es sabido, tiene consecuencias no sólo respecto de la obligación de ingresar el tributo, sino otras de diversa índole, relacionadas con todos los elementos de la obligación jurídico-tributaria, entre ellos los gastos deducibles*”.

resulte deducible de la base imponible del impuesto societario como sí ocurre con los intereses pagados o cualquier otro gasto necesario para la obtención de la renta societaria ganada.

Este concepto resulta fundamental a la hora de justificar porqué los dividendos se trataron como rentas no computables. En palabras de RAIMONDI y ATCHABAIAN³¹: “... *Denominar ganancia no gravada o exenta a un dividendo o a la utilidad impositiva de una SRL, es una falacia desde el punto de vista de la realidad económica, pues si bien el artículo 64 de la ley establece que los dividendos y utilidades recibidos de esas sociedades no se computan en el cálculo de la ganancia neta de sus accionistas o socios, ello no significa que estos no reciban, con este motivo ganancias gravadas, con ese tratamiento la ley traduce la idea que ya pagaron el impuesto...*”

Pese a ello, la doctrina jurisprudencial ha sido contradictoria en este sentido. Me refiero en particular al criterio rector a ser aplicado en la deducción en el impuesto personal a las ganancias del correspondiente Impuesto sobre los Bienes Personales derivado por los créditos a cobrar provenientes de dividendos (sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación del 16 de diciembre de 2005 en la Causa “Machiavello” frente al criterio derivado de la Sala “C” del mismo Tribunal de fecha 29 de Agosto de 2011 en la causa “Blaquier, Carlos Pedro Tadeo).

En el primero de ellos, el Tribunal justifica su no deducción en la declaración jurada del accionista, basándose por último en el hecho que la personalidad fiscal del accionista es independiente a la de la sociedad emisora. En ese sentido, dado que el dividendo no es computable, no hay nada que –respecto de él-, pueda ser deducible en el accionista.

En cambio, en el segundo, la Sala “C” admite la deducción sobre la base que por vía de la incidencia o por la retención, el accionista es el que soporta la carga impositiva del impuesto a las ganancias. A mi entender, pareciera que, sin decirlo expresamente el Tribunal Fiscal toma en cuenta el criterio teórico de “integración total” entre la sociedad y su accionista y por lo tanto, independientemente del sujeto que haya formalmente ingresado el impuesto, considera que ese gravamen repercute final y económicamente en el accionista. En efecto, se considera que los dividendos son renta gravada en el accionista y por tal motivo todos los gastos que se le vinculen son deducibles por el ya citado principio de atracción.

El argumento favorable a la deducción que propicia el artículo 64 de la LIG es clave y a mi juicio, habilita a la deducción en el impuesto a las ganancias, empresario o personal de todos los gastos vinculados con esa riqueza ganada (dividendos).

Como se podrá observar el sistema vigente entre Abril de 1992 hasta Setiembre de 2013, respecto de las distribuciones de dividendos de “fuente argentina” (de sociedades de capital radicadas en la República Argentina), fue que la ganancia neta quedaba sujeta a imposición exclusivamente en la sociedad de capital emisora de las acciones y –excepción hecha del

³¹ RAIMONDI y ATCHABAIAN (2000): “El impuesto a las ganancias”, Editorial Depalma, 3ra. Edición, Buenos Aires, pág. 644.

impuesto de igualación o de la retención del impuesto sobre el dividendo del accionista no identificado en lo que al régimen de nominatividad accionaria correspondiere-, no era considerada imponible en cabeza de los accionistas o dueños.

La aplicación de este sistema de tributación se explica en parte en la facilitación en las actividades de verificación que surjan en inspecciones o controles fiscales del organismo de recaudación, al aplicar una alícuota proporcional societaria y evitar de ese modo cualquier otro tipo de análisis en cabeza del accionista. Desde otro punto de vista, también ha sido criticado por generar un alto impuesto societario que impide al accionista extranjero de disfrutar del “crédito fiscal extranjero indirecto” por el impuesto que genera la renta subyacente al dividendo distribuido.

Consecuentemente hasta la sanción de la Ley N° 26.893 (B.O.: 23/9/2013), los dividendos derivados de rentas gravadas en la sociedad emisora, puestos a disposición por parte de dichas sociedades de capital radicadas en la República Argentina, no eran considerados incluidos dentro de la base imponible del impuesto de sus beneficiarios (ni en la base imponible del impuesto societario, ni personal a la renta). Hasta dicho momento, este tipo de ganancias sólo eran atrapados conceptualmente por la tributación del “impuesto de igualación”, sobre las rentas exentas que fueran distribuidas por esa vía distributiva. Esta conceptualización, –como se verá en el punto que sigue-, ha cambiado en parte, a partir de la vigencia de la mencionada norma, la cual para algunas de las especies de este género, los somete a una imposición cedular especial.

II.5.2. Imposición especial sobre el dividendo a partir de la Ley N° 26.893

A propósito de algunos efectos distorsivos en el impuesto personal a las ganancias, derivado del no reconocimiento de ajustes por inflación sobre las escalas progresivas de imposición a la renta de dichos sujetos³², el Gobierno Nacional, aumentó para ciertos sujetos algunas deducciones personales a que tienen derecho las Personas Físicas y Sucesiones Indivisas en el impuesto personal a la renta. Para compensar la caída de recaudación provocada por esta medida, envió en el invierno de 2013 al Congreso un proyecto de Ley que terminó sancionado en la Ley N° 26.893, mediante la cual se gravan las denominadas “rentas financieras”³³.

³² En términos de presupuesto financiero, el Poder Ejecutivo calculó que con los mayores ingresos públicos que se obtendrían por esta reforma fiscal, se podrían sufragar la caída de recaudación generada por el incremento de los mínimos no imponibles previstos por el artículo 23 de la LIG para sujetos cuyos ingresos netos sean inferiores a \$ 15.000.-

³³ El Concepto de “Rentas financieras” aquí aplicado tiene un alcance algo restringido, ya que incluye solamente a los resultados por “compraventa de títulos valores que no coticen en bolsas o mercados” obtenido por las personas físicas, sucesiones indivisas y beneficiarios del exterior, así como una imposición “cedular” aplicable en general sobre los “dividendos y/o utilidades de sociedades de capital” puestos a disposición por las mismas a partir de la vigencia de la norma.

El sexto párrafo del art 4 de la Ley citada dispone que “ *tratándose de dividendos o utilidades en dinero o en especie –excepto en acciones o cuotas partes que distribuyan los sujetos mencionados en los incisos a) apartados 1, 2, 3, 6 y 7 y b) del art 69, no serán de aplicación la disposición del artículo 46 y la excepción del artículo 91, primer párrafo y estarán alcanzados por el impuesto a la alícuota del diez por ciento (10%) con carácter de pago único y definitivo, sin perjuicio de la retención del treinta y cinco (35%) que establece el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 69, si correspondiere...*”

En particular, la norma solamente alcanza con una retención equivalente al 10% del importe distribuido que tiene carácter de pago único y definitivo a dos especies de dividendos “en efectivo” y “en especie”, y exime a los que se distribuyan “en acciones o cuotas partes” u otras formas de utilidades semejantes distribuidas por las sociedades de capital³⁴.

Sin embargo, es lógico interpretar que otras formas de dividendos tales como los denominados “dividendos de distribución” previstos en el artículo 72 de la LIG, es decir aquellos originados en la disposición de bienes por la diferencia entre el valor corriente en plaza y su costo impositivo, a la fecha de puesta a disposición o distribución de utilidades, también queden sometidos en el ámbito del gravamen.

Así, también quedarán sujetos a imposición, aquellos dividendos que provengan de utilidades obtenidas y previamente retenidas y asignadas por la sociedad en concepto de reservas de utilidades (reservas facultativas, etc.) u otras formas de capitalización de resultados positivos que se dispongan en favor de sus accionistas o dueños³⁵.

Desde el punto de vista subjetivo, la nueva Ley los alcanza a los siguientes sujetos: i) Personas físicas o Sucesiones indivisas residentes en el país y; ii) Sujetos no residentes en general (Personas físicas y existencia ideal, que resulten beneficiarios del exterior³⁶).

Como podrá apreciarse no se ha incluido la imposición sobre otras rentas financieras obtenidas por las personas físicas ó sucesiones indivisas que se obtengan por la colocación de dinero dentro del sistema institucionalizado financiero, ni sobre las diferencias de cambio u otras formas de actualizaciones se obtengan por la tenencia o atesoramiento de moneda extranjera u otros activos financieros con cláusula automática de ajuste por inflación, obtenido por parte de estos sujetos residentes en el país.

³⁴ La norma señala a a las sociedades comprendidas en el artículo 69 incisos a), apartados 1, 2, 3, 6 y 7, y b) de la LIG: Es decir las Sociedades anónimas, sociedad Comandita por acciones, Sociedad de Responsabilidad Limitada, Sociedad en Comandita Simple, Asociaciones Civiles y Fundaciones NO exentas del IAG, Fideicomisos sujetos al IAG y Fondos Comunes de Inversión no comprendidos en el párrafo 1 de artículo 1 de la Ley 24.083 que se encuentren constituidos en el país; así como los establecimientos Estables y Sucursales que pertenezcan a sujetos residentes en el exterior, no organizados en forma de sociedades constituidas en Argentina.

³⁵ Si bien la reglamentación vigente (Decreto N° 2334/14) no trató específicamente el tema, se deduce de las cuestiones reglamentarias del “impuesto de igualación” que las utilidades líquidas y realizadas que integren el patrimonio neto, así como las reservas que tengan origen en utilidades que cumplan la misma condición, independientemente de la denominación contable que tengan, debieran formar parte del objeto del gravamen.

³⁶ De conformidad al último párrafo del artículo 91 de la LIG, se consideran beneficiarios del exterior, no solo a quien perciba sus ganancias en el extranjero directamente, sino también aquel que las recibe a través de apoderados, agentes, representantes o cualquier otro mandatario **en el país** y también a quien, percibiéndolos en el país, **no acreditara residencia** estable en el mismo.

Obsérvese que las sociedades locales que resulten tenedores de acciones o cuotas partes de empresas que distribuyan dividendos o utilidades quedarán marginadas de la tributación aplicable al dividendo al 10% por cuanto respecto a ellas, subsiste la exclusión ya mencionada por el artículo 64 de la LIG. La justificación de dicha eliminación puede encontrarse razonable en el hecho de la evitación de la doble o múltiple imposición que se generaría por la tenencia sucesiva de acciones o cuotas partes de socios que participen en sociedades que a su vez posean acciones de otras sociedades radicadas en el país.

La nueva imposición aplicada posee el carácter de impuesto ingresado solamente de las personas físicas y sucesiones indivisas residentes, quedando fuera del sistema de imposición global y progresivo del impuesto a la renta aplicable a las mismas. Además respecto a los sujetos no residentes, tampoco le son aplicables las presunciones de renta previstas por el artículo 93 de la LIG³⁷.

En cuanto a los dividendos en acciones liberadas, del mismo modo que para en el impuesto de igualación se las considera no alcanzadas, excepto que las que se distribuyan provengan el de un “rescate de acciones” (a mi entender en los términos del apartado 2 del artículo 220 de la Ley de sociedades) ó se trate de un dividendo de distribución, el cual es considerado desde el punto de vista de la base imponible por la diferencia entre el importe de rescate y el costo computable de las acciones. En caso que se trate de acciones liberadas, se considerará que su costo es igual a cero y que el importe total del rescate es dividendo sujeto a imposición.

Vale decir, todos los sujetos quedan alcanzados por un impuesto real y cedular especial del 10%, totalmente marginal al clásico impuesto a la renta personal y progresivo.

Asimismo y sin perjuicio de ello, resultarán aplicables sobre los mismos, por tener orden jerárquico legal superior, las disposiciones emanadas de los Convenios de Doble Imposición Internacional firmados por Argentina, en la medida que los sujetos beneficiarios de esos dividendos resulten residentes en terceros países con los que se encuentren vigentes estos acuerdos sobre los cuales se limite la potestad tributaria de nuestro país estableciendo alícuotas de retención reducidas aplicables sobre los mismos.

En especial, Andrés EDELSTEIN³⁸ (2014) señala con precisión que si bien, por sí mismo el nuevo impuesto al dividendo no implicará la aplicación de alícuotas reducidas algunas porque la limitación a la imposición máxima prevista por estos acuerdos en ningún caso es menor a un 10%, habrá que revisar situaciones en las cuales “... *estos acuerdos bilaterales podrían brindar protección en caso de que el 10% deba aplicarse conjuntamente con el denominado*

³⁷ El sexto artículo agregado a la reglamentación de la LIG dispone que *cuando los dividendos o utilidades en dinero o en especie –excepto en acciones liberadas o cuotas partes-, se distribuyan a beneficiarios del exterior, no serán de aplicación las disposiciones del artículo 93 de la ley..*” De ese modo el cálculo del impuesto siempre resultará de aplicar la alícuota del 10% sobre el monto total del dividendo distribuido, sin aplicar los porcentajes de ganancia presunta que se establecen en el mencionado artículo 93 para los beneficiarios no residentes.

³⁸ EDELSTEIN, Andrés (2014), “La reciente reforma de ganancias (Ley 26.893) y los sujetos del exterior”, Revista Consultor Tributario N° 83, Enero 2014, Pág 29.

“impuesto de igualación”. Sobre este particular recordemos que existía la inquietud acerca de cómo aplicar la limitación, toda vez que el 35% de retención se aplica sobre el monto que exceda las *“ganancias determinadas conforme a las normas generales de la ley”* mientras que las disposiciones de los convenios, al hacer referencia a la tasa máxima de imposición, se refieren al *“importe bruto de los dividendos...”*. El autor recuerda muy especialmente a la nota N° 192/2002 de la Dirección Nacional de Impuestos la que interpretó que la limitación siempre debe computarse considerando el importe total del dividendo distribuido.

En consecuencia, la duda suscitada queda abierta pues, a la definición de dividendos se realice en cada uno de los convenios. De ese modo, si la tasa reducida se aplica sobre el monto de la base imponible establecida en el impuesto de igualación, el beneficio podría ser mucho menor que si establece sobre el importe total del dividendo.

De acuerdo con las definiciones convencionales de “dividendos”, los mismos comprenden a las utilidades distribuidas a los socios por parte de sociedades anónimas, comandita por acciones, sociedades de responsabilidad limitada o por otras sociedades de capital. Por su parte el artículo 10 del Modelo OCDE, designa con la expresión dividendos: “1) Las utilidades distribuidas en acciones (títulos emitidos por las sociedades que otorgan derechos administrativos y patrimoniales), los réditos derivados de acciones o bonos de goce, de participaciones mineras, de cuotas de socios fundadores o de otras cuotas de participación de utilidades, incluyendo aquí las derivadas de participaciones en sociedades de responsabilidad limitada y las derivadas de participación en cooperativas y 2) los otros réditos sujetos al mismo régimen fiscal dispuesto para las utilidades distribuidas en acciones según la legislación del estado donde reside la sociedad que los distribuye.

Conforme Klaus VOGEL (1997)³⁹ citado por Giuseppe CORASANITI⁴⁰ (1998), *“... la noción convencional de dividendo reenvía a la legislación fiscal del Estado de la Fuente, es decir del Estado de residencia de la sociedad que distribuye el dividendo...”*

Es en este esquema que si el límite máximo de imposición se aplica sobre ese concepto, el beneficio de reducción de alícuota establecido en los convenios no sería de aplicación en todos los casos, pues dependerá del monto o quantum de la base de imposición en el impuesto de igualación. Dado que, en este último impuesto no existe una definición fiscal específica para el dividendo, entendemos que deberíamos sujetarnos a los conceptos emanados de la ley de fondo (Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550 y sus modificaciones), en la cual de conformidad a las opiniones doctrinarias que se describirán en el punto siguiente, no se especifican detalles más que considerarlos derechos patrimoniales inherentes al derecho de propiedad que provienen de ganancias líquidas y realizadas.

³⁹ VOGEL, Klaus (1997): “On Double Taxation Conventions”, 3er Ed, London –The Hague-Boston, pág 657, nota 199.

⁴⁰ CORASANITI, Giuseppe (1998): Dividendos, Intereses y Plusvalías en el Modelo OCDE”, en Capítulo del libro “Impuestos sobre el comercio internacional”, Coordinadores Victor Uckmar, Alejandro Altamirano, Helenio Taverira Tórres, Universidad Austral, Buenos Aires, pág 758.

Al efecto Daniel CALZETTA⁴¹ (2006) ejemplifica: “...En el caso que una sociedad residente en la Argentina distribuyera un dividendo de \$ 100.- a su controlante residente en Canadá, de los cuales \$ 30.- quedarán sujetos al impuesto de igualación, en la primera opción la retención a practicar sería de \$3.- (10% sobre \$30.-) y en la segunda, de \$ 10.- (10% sobre 100.-) vs. 35% sobre \$30.

II.5.3. Sociedades Constituidas en el exterior (Réditos de Fuente Extranjera)

II.5.3.1. Sociedades No Paraísos fiscales (Artículos 140 y 141 de la LIG)

En particular si los dividendos son obtenidos de parte de una “sociedad por acciones” no constituida en un país de baja o nula imposición, los mismos quedan sujetos a impuesto en el momento en que se perciban por parte de su accionista las ganancias obtenidas por esos establecimientos fueron consideradas sujetas a imposición, de cualquier especie (en efectivo, en especie o en acciones liberadas), cualesquiera sean los fondos empresarios con los que se efectúe el pago. Dicha norma también, deja excluidos a los dividendos en acciones provenientes por revalúos o ajustes contables, no originado en utilidades líquidas o realizadas.

De acuerdo con Darío RAJMILOVICH (2001)⁴²: “... La referencia a las “sociedades por acciones” es conteste con la tipificación como sociedades de personas de las restantes sociedades constituidas en países extranjeros, a cuyo respecto se aplica el criterio de asignación automática de la renta a sus socios residentes (cfr. artículo 149 de la LIG)

II.5.3.2. Sociedades Constituidas en “Paraísos Fiscales” en general (art. 133 de la LIG)

Por el contrario, si los mismos provienen de sociedades constituidas en un país de baja o nula imposición, se consideran no incluidos en la base de imposición, por cuanto previamente la LIG las considera gravadas en el ejercicio fiscal en que se han devengado (sistema anti-elusivo de “Transparencia Fiscal Internacional”, aplicable en sociedades que estén constituidas en paraísos fiscales o –actualmente-, países no cooperadores con las reglas de transparencia fiscal internacional).

⁴¹ CALZETTA, Daniel (2006): Impuesto de Igualación, Doctrina tributaria de Errepar, Tomo XXVII

⁴² RAJMILOVICH, Darío Marcelo (2001): “La renta mundial en el Impuestos a las ganancias” Editorial La Ley, Pág 231

II.5.4. El impuesto de igualación. Tratamiento fiscal en la Ley del Impuesto a las ganancias argentino.

Si bien ya se había anticipado, el impuesto de igualación fue creado con el ánimo de evitar trasladar vía dividendos o utilidades que eran hasta ese entonces considerados íntegramente no computables en cabeza de los accionistas o socios, los importes consistentes en beneficios impositivos derivados de exenciones fiscales previstos en la propia ley del impuesto, así como otros tratamientos preferenciales en la determinación de la renta societaria, que detentan las sociedades emisoras de las acciones que giren dividendos a sus accionistas o dueños.

Antes de la aparición de la Ley N° 25.063 (B.O.: 30/12/1998), los beneficios y franquicias fiscales que obtenían personalmente las sociedades de capital, eran trasladados por estas, vía el pago de dividendos a sus accionistas.

Como se comentó en los aspectos teóricos aplicables al impuesto de igualación, en la interpretación de las normas, no se han de basar exclusivamente por el contenido de sus términos literales (la letra de la ley) sino ha de estarse al espíritu o la intención del legislador (intetio ex lege).

Es así por ello, que resulta interesante recordar el debate al momento de la sanción del gravamen, los dichos que han quedado plasmados del Senador Verna quien en oportunidad de explicar la incorporación del impuesto de igualación en la Cámara de senadores había sostenido que este gravamen: “...procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de tales sujetos. Con ello se intenta eliminar una fuente de elusión, además de que se considera que tales franquicias alteran la equidad horizontal y vertical desde el punto de vista económico...” (subrayado nos pertenece).

En consecuencia la finalidad del impuesto de igualación es alcanzar con la retención del 35% a todas aquellas distribuciones de utilidades a favor de los accionistas o socios de sociedades de capital, en la medida que tales utilidades, no hubieran tributado previamente el impuesto a las ganancias por la existencia en determinación fiscal de una exención, una “no hipótesis”⁴³ de incidencia ó un tratamiento fiscal preferencial, que implique una liberación de base imponible.

En efecto, el fundamento del gravamen en palabras del ya citado Ruben RUIVAL⁴⁴ es que “... constituye **un impuesto sustitutivo** del que hubiera resultado de la simple derogación de

⁴³ Claramente, por la aplicación de la “teoría del balance” aplicable a los sujetos empresas, mediante la cual todas las ganancias, (habituales, ocasionales, o provenientes de liberalidades o de juegos de azar, obtengan, se encuentran alcanzadas por el impuesto), esas “no hipótesis” no resultarán de aplicación en la práctica.

⁴⁴ Op. Cit. en nota 3.

exenciones o tratamientos preferenciales que afectan la base de determinación del impuesto a la renta.... En otros términos la intención manifiesta es ampliar la base de imposición del impuesto, sin producir las derogaciones pertinentes, las que serían, probablemente, de mucha mayor dificultad en su tratamiento y aprobación parlamentaria...”(destacado me pertenece).

Una visión distinta pero con un contenido de fondo similar, es la propuesta por Iván DI CHIAZZA y Pablo VAN THIENEN⁴⁵⁴⁶, quienes fundamentan la razón del impuesto no precisamente en la “anulación misma del beneficio hacia el accionista, sino más bien que el impuesto de igualación tiene una finalidad de equiparar la carga fiscal para todas las rentas distribuidas realizadas por todas las sociedades de capital (las que tienen el goce de exenciones y las que no tienen). A tales efectos afirman que “... *Es evidente que la finalidad tenida en miras por el legislador ha sido evitar trasladar a los accionistas los beneficios fiscales que gocen las sociedades. La denominación del tributo revela su razón legal que procura “igualar” la carga fiscal de la renta de la sociedad que cuenta con ventajas impositivas y distribuye dividendos (originados en ganancias sobre las cuales aquella no ha tributado) con la renta generada por sociedades que no disponen de iguales beneficios...*”

Resulta sustantivo destacar que más allá de los aspectos dogmáticos o académicos que sobre esta disyuntiva puedan llegar a aparecer, lo cierto es que la conceptualización que desde la naturaleza jurídica se le otorgue a este gravamen, el enfoque podría influir desde el punto de vista de sus implicancias económicas, en varios aspectos tales como: i) Los regímenes de estabilidad fiscal previstos para determinados tipos de empresas, tales como las empresas mineras, forestales y de energía eólica; ii) los regímenes de promoción industrial previstos por la Ley N° 22.021; iii) el encuadre de este tipo de impuestos en los Convenios de Doble Tributación (artículo 10 del Modelo OCDE) y, iv) antes de la sanción de la Ley 26.893, los aspectos relacionados con la deducción de los gastos vinculados con los dividendos en la declaración jurada del accionista perceptor de estos últimos, entre otros.

Como podrá apreciarse, la naturaleza del impuesto de igualación en cuanto a su finalidad puede verse desde dos puntos de vista diferentes, es decir, como a) un impuesto que complementa el impuesto a la renta societario, que recae económicamente en la renta empresaria o; b) como un impuesto que recae sobre el accionista o socio.

Pese a que el Fisco Nacional ha interpretado en varias oportunidades la tesis señalada en a), (basado en que formalmente, en la letra estricta del artículo 69 de la Ley del gravamen y que el mismo se encuadra bajo un sistema de retención en la fuente para asegurar la recaudación en la sociedad) después de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en la causa “Cerro Vanguardia”, creemos que la tesis a), es la que resulta la más adecuada, pues finalmente la

⁴⁵ DI CHIAZZA, Ivan; VAN THIENEN, Pablo: “Compensación de quebrantos en el marco del impuesto de igualación” . Nota al Fallo “Empresas Distribuidora de Electricidad de Entre Ríos S.A., Working Paper N 68 CEDEF, Law & Finance

⁴⁶ En igual sentido, MORERA MARTINEZ, Fernando (2011), “La transferencia de ingresos a fiscos extranjeros y el impuesto de igualación frente a la distribución de utilidades por parte de empresas promovidas”, Revista Doctrina Tributaria Errepar, Noviembre 2011, pág 1065.

materia imponible (dividendo o utilidades susceptibles de ser distribuidas) es desde la significación económica una sola y debiera ser sujeta a imposición en una sola oportunidad de forma integrada (sociedad + accionista) a efectos de evitar la doble imposición.

Obsérvese que si bien la solución adoptada por la Corte Suprema de Justicia en dicho fallo, se fundamentó en un punto de vista económico y en la teoría de la imposición bajo la integración societaria, las normas actuales también le otorgan al sistema de imposición sobre el dividendo, el carácter de una retención en la fuente como pago único y definitivo (con sus obligaciones respectivas de responsable solidario) y no la un responsable sustituto, por lo que si bien sus repercusiones económicas impactan finalmente en el accionista o socio, el impuesto es retenido e ingresado por la sociedad y como tal, la imposición se “integra” en la sociedad de capital de manera excluyente.

II.5.4.1. El hecho imponible

El artículo a continuación del artículo 69 de la LIG dispone que “... Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1, 2, 3, 6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el 35% (treinta y cinco por ciento) sobre el referido excedente...”

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de detraer de la ganancia determinada en base a la aplicación de las normas generales de la ley, el impuesto pagado por el o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales.

Si se tratara de dividendos o utilidades en especies, el ingreso de la retención indicada será efectuado por el sujeto que realiza la distribución o el agente pagador, sin perjuicio de su derecho a exigir el reintegro por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen.

Las disposiciones de este artículo no serán de aplicación a los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública, en los casos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación...”

A continuación descomponemos los aspectos esenciales del hecho imponible del gravamen analizado.

II.5.4.1.a. Aspectos Subjetivos del Hecho Imponible

Por la vía de la retención con carácter de pago único y definitivo, el sujeto pasivo del impuesto, resulta ser el accionista o socio de las denominadas “sociedades de capital” por parte de la LIG, siendo estas últimas –con todas las obligaciones impositivas de corte solidario y eventualmente subsidiario poseen-, los sujetos pasivos de la obligación tributaria, en su carácter de “agentes de retención”.

Estos sujetos son los que se enumeran a continuación:

- a) Sociedades Anónimas y en Comandita por Acciones, en la parte que corresponda a los socios comanditarios, constituidas en Argentina.
- b) Sociedades de Responsabilidad Limitada, en Comandita Simple, en la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones, constituidas en la República Argentina.
- c) Asociaciones Civiles y fundaciones constituidas en el país, en cuanto no corresponda otro tratamiento impositivo en la LIG.
- d) Fideicomisos constituidos conforme las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. Es importante destacar que esta excepción no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto que tenga el carácter de beneficiario del exterior.
- e) Los Fondos Comunes de Inversión, no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 24.083 y sus modificaciones.
- f) Las sucursales y demás establecimientos estables situadas en el país (definidos por la norma legal como establecimientos comerciales industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier otro tipo, organizados en forma de empresa estable pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o personas físicas residentes en el exterior).

La doctrina fiscal⁴⁷ ha discutido si el impuesto de igualación resulta ser un verdadero régimen de retención en la fuente con la consecuente responsabilidad que en carácter de solidaridad se deriva ó, la de un supuesto de responsabilidad sustitutiva del titular de la ganancia (accionista). En efecto, porque las consecuencias tributarias serán importantes para el accionista, por cuanto no los liberará de la responsabilidad del pago del impuesto, en caso que la sociedad emisora omita practicar la retención, así como tampoco los liberará de la responsabilidad penal.

La misma doctrina opina que la situación es análoga a la referida a la responsabilidad de un beneficiario del exterior por la omisión de retener el impuesto a las ganancias en un pago por parte del pagador local. Respecto a ello, se habían planteado las mismas cuestiones básicas: a) si el agente de retención es un responsable solidario ó, b) si es un agente sustituto.

⁴⁷ MONTEZANTI, Santiago (2013): “tratamiento fiscal de los dividendos de sociedades argentinas”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España, pág 47.

En dicha cuestión la Corte Suprema de Justicia en el viejo y recordado caso John Deere Argentina SACI, terminó inclinándose por la posición a) compartida también por Dino Jarach, estableciendo que los agentes de retención se encuentran dentro de los responsables por deuda ajena, negándole en el caso jurisprudencialmente analizado, la legitimidad para poder interponer recurso de repetición ante el Fisco.

En este aspecto también cabe destacar que desde lo estrictamente jurídico corresponde aplicar la responsabilidad de actuar como agente de retención de la sociedad emisora de las acciones. Este fue el sentido del voto de la minoría (voto de Carmen Hayton de Nolasco en la causa Cerro Vanguardia), que tomaría en consideración los aspectos teóricos de los “sistemas de separación” entre la sociedad y el accionista, debiendo el accionista ser considerado como un sujeto pasivo e independiente de la sociedad emisora, negando en consecuencia una doble tributación sobre la misma riqueza económica, mientras que (a contrario sensu), la mayoría lo haya justificado desde la significación económica y el principio de estabilidad fiscal dado que la “misma caja” y el mismo negocio no deba ser sujeto a tributación doblemente.

Por otra parte, la norma excluye expresamente a los fideicomisos financieros cuyos certificados de participación sean colocados por oferta pública⁴⁸. La misma delega en la reglamentación los casos y condiciones que debiera otorgarse esta exclusión subjetiva, sin embargo hasta la fecha del presente trabajo, este aspecto todavía no ha sido reglamentado.

La permisibilidad de la deducción de los dividendos de la base imponible que la Ley fiscal está actualmente limitada de manera exclusiva para aquellos fideicomisos financieros cuyo objeto se encuentre vinculado al financiamiento de obras de infraestructura destinada a servicios públicos. Dicha posibilidad parece estar dirigida a no afectar el desarrollo de los proyectos de infraestructura que de ello se deriva en toda la población

Finalmente, se ha discutido el tratamiento que tendría el impuesto de igualación en el caso concreto en que su recipiente resulte un sujeto que goce del beneficio de una exención subjetiva en el marco del artículo 20 de la LIG o de cualquier otra ley especial que así lo disponga.

En este esquema, la mayoría de los autores⁴⁹ consultados consideran que el gravamen resulta un impuesto adicional a la renta de la sociedad de capital que lo distribuye, independientemente que su base de imposición sea el beneficio obtenido por su accionista

⁴⁸ El artículo 19 de la Ley 24.441 regula el régimen del Fideicomiso financiero, disponiendo que los Fideicomisos financieros son aquellos contratos de fideicomiso sujetos a las reglas precedentes, en el cual el fiduciario es una entidad financiera o una sociedad especialmente autorizada por la Comisión Nacional de Valores para actuar como fiduciario financiero, y beneficiario son los titulares de certificados de participación en el dominio fiduciario o de títulos representativos de deuda garantizados con los bienes así transmitidos. Dichos certificados de participación y títulos de deuda, serán considerados títulos valores y podrán ser objeto de oferta pública. La Comisión Nacional de Valores será autoridad de aplicación, pudiendo dictar normas reglamentarias.

⁴⁹ LORENZO, Armando, BECHARA, Fabián; CALCAGNO, Gabriel; CAVALLI, César; EDELSTEIN, Andrés (2005): “Tratado del impuesto a las ganancias”, Editorial Errepar, pág 528. En el mismo sentido RAJMILOVICH, Darío (2011), “El impuesto de igualación”, Revista la Ley.

basados en los dichos de los debates parlamentarios en donde el objetivo ha sido evitar que el beneficio de la sociedad se traslade al beneficiario del dividendo, y debido a que la alícuota aplicable es la misma que se grava a la corporativa (35%).

Sin embargo, la AFIP ha entendido lo contrario⁵⁰. En efecto, en el mismo opinó que “... en función al fallo de la Corte Suprema de la Justicia de la Nación recaído en autos caratulados “Banco de la provincia de Bs. As. c/DGI s/Dirección General Impositiva” no corresponde se practique la retención prevista en el artículo sin número incorporado a continuación del artículo 69 de la ley del gravamen respecto a la distribución de dividendos en efectivo a realizar a favor del Banco de la provincia de Buenos Aires S.A., atento que ésta sociedad goza de inmunidad fiscal que la excluye del ámbito de imposición del tributo...”

II.5.4.1.b Aspectos Objetivos del Hecho Imponible: El excedente de dividendos frente a la utilidad fiscal.

En gran parte de los gravámenes argentinos es común una identificación y coincidencia entre la denominación que tiene el impuesto, su contenido objetivo y su materia imponible (base imponible). El impuesto de igualación no resulta la excepción a esa identificación objetiva.

A los fines de su imposición y desde un punto de vista conceptual, la norma toma en cuenta como hecho fáctico de la realidad y como aspecto material del mismo, al “excedente” (el “resto” de una diferencia neta), entre el dividendo que se deriva de las ganancias contables líquidas y realizadas, puesto a disposición y, el importe la utilidad impositiva durante los mismos períodos de acumulación a partir de la vigencia de esta norma.

Ese resto ó excedente, se compone por dos variables las que desde el punto de vista pedagógico, autores como Darío RAJMILOVICH⁵¹ las han denominado como “Distribuciones de Dividendos o utilidades Computables” (minuyendo) y “Fondo de Acumulación Impositivo” (sustraendo). Ambas partes deben ser analizadas detenidamente, a fin de poder determinar cuál es el importe a tener en cuenta para llegar a la materia imponible sujeta a imposición en el gravamen de marras.

I - El minuendo de la fórmula: Los dividendos.

El minuendo de esa resta, se encuentra constituido por el término “dividendo” ó “utilidades computables”, motivo por el cual corresponde analizar cuál es real alcance del concepto jurídico-tributario denominado “Dividendo”.

El concepto jurídico del dividendo no necesariamente debiera incidir en el concepto fiscal que la norma fiscal otorgue a este instituto de naturaleza societaria, ello pues el legislador

⁵⁰ Dictamen (DAT) N° 12/08 del 10/03/2008.

⁵¹ Op. Citado en nota 10 del presente trabajo.

tributario bien podría ampliarlo, reducirlo o simplemente haber dejado tal como la Ley societaria lo ha definido, por la autonomía relativa que el derecho tributario ostenta sobre el derecho común o derecho privado⁵².

Sin embargo, el concepto fiscal de dividendo no se encuentra definido por la LIG. A falta de definición legislativa es necesario dilucidar entonces cuáles conceptos jurídico-tributarios deben ser tributariamente como dividendos y cuáles no.

La norma no hace aclaraciones al respecto, y se limita a gravar los dividendos a “secas”. Ante esta ausencia de definición de que es lo que tributariamente debe entenderse por “dividendo” es correcto interpretar que el legislador no ha querido apartarse de su contenido jurídico previsto en la Ley de Sociedades Comerciales. En este entendimiento, el dividendo en sentido tributario no se diferencia del concepto de dividendo en sentido asignado en el derecho societario por lo que corresponde analizar el contenido conceptual y genérico que los dividendos poseen en el derecho societario.

Conceptualmente, los dividendos son el resultado o la contraprestación que el accionista ó socio recibe por su inversión en el título valor privado denominado acción, cuota-parte, etc., dentro de una sociedad de capital en la que invierte. Los mismos se encuentran regulados por la Ley de Sociedades Comerciales (Ley 19550 y sus modificaciones) en sus artículos 68 y 224.

Ambos se refieren conceptualmente a lo mismo. El artículo 68 dispone que “...*los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios, sino por las ganancias realizadas y líquidas de un balance confeccionado de acuerdo con la ley eel estatuto y aprobado por el órgano social competente...*”.

Asimismo, el artículo 224 establece conceptos que hacen al género, mencionando que “... *la distribución de dividendo o el pago de interés a los accionistas son lícitos solo si resultan de ganancias realizadas y líquidas correspondientes a un balance de ejercicio regularmente confeccionado y aprobado..*”, agregando el mismo artículo que “...*está prohibido distribuir intereses o dividendos anticipados o provisionales o resultantes de balances especiales, excepto en las sociedades comprendidas en el art. 299...*”

⁵² JARACH, Dino (2004). “El hecho imponible” Abeledo Perrot, Buenos Aires, Pág 131. El autor predica esta característica de autonomía en lo que atañe al derecho tributario sustantivo. Por ejemplo, ello lo representa con la Ley que calificó como equiparable al dividendo del artículo 45 (Ley 23.260 del 11/10/1985) al llamado impropriamente “rescate de acciones” como la diferencia entre Importe del Rescate y el Valor Nominal de las acciones rescatadas.

O también pudo haber dispuesto que hay dividendo cuando se verifique la distribución de cualquier tipo de resultado social, tales como los recibidos por titulares de bonos de goce o de participación.

Inclusive pudo haber independizado el concepto de dividendo societario, tal como lo ha hecho la legislación mexicana o la norteamericana. Está última, conceptualiza de manera autónoma el dividendo (earnings and profits), entendiéndolo por tales al resultado de la suma de las ganancias gravadas, ganancias exentas y dividendos recibidos exentos a las que se les resta el impuesto a las ganancias (income tax) del año y las distribuciones de dividendos de años anteriores. (ver al respecto las definiciones en AULT H. and ARNNOD, B: “Comparative Income Taxation. An Structural Anlysis”, 2nd. Edition, Law International, pag. 287,citado por Santiago Montezanti en Op. Cit. en nota 47).

La facultad para el cobro de los mismos, corresponde técnicamente al ejercicio de cobro de un derecho patrimonial emergente del título valor que el accionista posee y, prácticamente, a una disposición de fondos, de bienes ó derechos, que la sociedad realiza en beneficio de sus accionistas para cancelar un derecho creditorio, cuya existencia está fehacientemente probada por la existencia de un balance final aprobado confeccionado de acuerdo con los principios legales previstos por la reglamentación y cuya distribución ha sido ordenada y aprobada por el órgano político social de la sociedad (asamblea de accionistas o similar).

Este proceso, tiene por objeto evitar la distribución de dividendos ficticios, que no tengan que ver con las operaciones reales obtenidas por el ente durante el ejercicio fiscal.

Consecuentemente, el derecho al cobro del dividendo, es el más importante derecho que surge y otorga al poseedor de una acción. En efecto, en palabras de Ricardo NISSEN (1983)⁵³ al referirse al derecho al dividendo menciona que: “... *el dividendo es quizá, de los llamados “derechos esenciales” de los accionistas, el de mayor relevancia, pues constituye el móvil determinante del ingreso de aquéllos a la sociedad...*”

En relación a lo esencial del derecho al dividendo también se ha discutido doctrinariamente en el plano legal, otro aspecto más profundo que tiene que ver con el orden de prelación al cobro del dividendo por parte del accionista contra el derecho que el acreedor tiene a su acreencia en la sociedad. Participamos de la idea que en este aspecto una vez que el dividendo se encuentra aprobado por la asamblea, el derecho al dividendo tiene igual grado de privilegio al que tiene el derecho al interés por parte del acreedor societario.

En este aspecto Enrique ZALDIVAR, y otros (1975)⁵⁴ aceptan esa posición al entender que el derecho al dividendo ya acordado: “... *es un derecho asimilable al de un tercero acreedor; se hace pues intocable en la hipótesis de que , ulteriormente, se produjere la quiebra de la sociedad...*”.

La cuestión fiscal sobre los dividendos:

No obstante las definiciones jurídicas analizadas, el organismo recaudador a través del Dictamen (DAT) N° 98/2001 interpretó que las utilidades sociales distribuidas a los titulares de Bonos de Participación no eran asimilables a dividendos, basando la opinión en la definición literal del término dividendo, el cual de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española: “Cuota que al distribuir ganancias una compañía mercantil, corresponde a cada acción”. Esta misma posición ha sido seguida por el Tribunal Fiscal de la Nación en la causa “Santa Marta SCA” en fallo confirmado por la Sala IV de la Cámara Federal de Apelación en lo Contencioso Administrativo Federal.

⁵³ NISSEN, Ricardo (1983): “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo 2, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1983, pág 543.

⁵⁴ ZALDIVAR, Enrique; MANOVIL, Rafael; RAGAZZI, Guillermo; ROVIRA, Alfredo (1975): “Cuadernos de Derecho Societario, Tomo II, Segunda Parte. Sociedades por acciones. Sociedades Anónimas y en comandita por acciones. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, pág 263.

En “contrario sensu”, la interpretación literal no ha sido seguida en todos los casos por parte del propio fisco quien interpretó lo contrario. En efecto, en el Dictamen (D.A.T.) N° 34/2003, frente al impuesto de igualación sobre sumas pagadas a titulares de certificados de participación en un fideicomiso financiero, presumiendo que este último había dado ganancias fiscales (se pagaban sumas fijas sobre el valor nominal del título), prescindiendo que la misma no había dado utilidades contables, lo que hace cuestionable la decisión administrativa adoptada.

En igual sentido, vieja jurisprudencia del Tribunal Fiscal de la Nación ha conceptualizado un sentido amplio del término “dividendos” en la causas “Valle Argentino” del 30 de Junio de 1969, “Argengraf S.A.” del 8 de Abril de 1999 y “Yaco SRL” del 5 de Julio de 2002, al calificar (o recalificar como tales) en los términos de la realidad económica a honorarios de directores de la sociedad que no guardaban relación con la actividad de los directores, sino con su proporción en la participación accionaria.

Sin embargo, de los antecedentes administrativos investigados ninguno de ellos nos pareció más categórico que las consideraciones detalladas en el Memorando N° 489/2005. En el se define conceptualmente el verdadero alcance de lo que –por lo menos desde un punto de vista fiscal-, debe entenderse como “dividendo”. Con basamento en el artículo 224 de la Ley de Sociedad Comerciales, el dictamen mencionado dispone que “Dividendo es la parte que corresponde a cada acción al dividir por la cantidad de acciones suscriptas, la utilidad líquida y realizada del ejercicio”, negando explícitamente las conclusiones de la Nota 1453/05 (SDGLTI), al definir que las devolución de aportes irrevocables no podría ser nunca asimilada a un dividendo pues de modo alguno podría lugar a percibir un dividendo a quien lo recibe por el mero hecho de haber figurado contablemente en el patrimonio neto pues es necesario distinguir entre patrimonio neto y capital accionario.

Se observa que el derecho lícito a la percepción de los mismos es obtenido por los accionistas, una vez obtenidas ganancias legalmente líquidas y realizadas. Es decir que la condición ineludible para que exista dividendo en términos jurídicos y fiscales es que haya **utilidad social** en los términos del artículo 68 de la Ley de Sociedades Comerciales, susceptible de ser distribuida en cualquiera de sus formas entre los accionistas.

Lo vacilante de los antecedentes jurisprudenciales, administrativos y doctrinarios que acabamos de comentar, hablan a las claras que nos encontramos frente a un tema opinable. Lo realmente cierto es que no habiendo utilidad líquida y realizada, el sentido común concluye que no habría materia imponible sujeta a tributación. Consecuentemente, solo en el caso que la Ley del impuesto, defina la existencia de “casos” o “hipótesis”⁵⁵ que especialmente deban ser considerados como dividendos, (por ejemplo en el caso de la disolución societaria o en el caso de los supuestos de capitalización exigua que no cumpla los ratios legales), el resto de los supuestos sobre los que no pueda acreditarse la efectiva distribución de utilidades retenidas, no debieran ser considerados como tales y, -por ende-, no

⁵⁵ En el sentido que se le dará en el punto IV siguiente en el punto de Tarea Interpretativa.

debieran ser sujetarlos a la tributación del impuesto de igualación o del nuevo impuesto al dividendo.

Las especies del género dividendos

Como puede prácticamente advertirse, el dividendo constituye “el género” de una gama de diversas formas jurídicas que resultan “especies” del primero.

Las especies de dividendos dentro del impuesto de igualación

La norma fiscal objetivamente hace mención de dos tipos de dividendos: Los dividendos en efectivo y en especie. Ambos son los considerados gravados por el impuesto de igualación.

Por su parte la doctrina societaria también distingue a las mismas dos especies de dividendos. Respecto a los primeros se ha mencionado que el pago en efectivo es la forma normal del pago del dividendo y que ante el caso de no previsión estatutaria o no decisión asamblearia al respecto, debe efectivizarse bajo esa modalidad. Otra corriente doctrinaria en derecho societario entiende que el pago en efectivo puede ser de manera amplia, es decir en cheque o depósito sin necesidad que deban ser establecidas por el estatuto social.

En cuanto a los dividendos en especie, ya se comentó más arriba que fiscalmente son valuados por el valor de plaza que tiene la especie al momento de la puesta a disposición que tenga dicha especie, ya que el artículo 72 LIG entiende que -sin perjuicio de su gravabilidad por la diferencia entre el valor de mercado de la especie y el costo computable de los bienes distribuidos en cabeza de la sociedad emisora de las acciones-, estos dividendos en especie, quedan también incluidos en la hipótesis de incidencia del impuesto de igualación prevista por el art a continuación del artículo 69 de la LIG.

Por su parte respecto a los dividendos en acciones liberadas, desde el punto de vista societario, algunos autores como Farina opinaron que los mismos constituyen un supuesto de aumento de capital decidido por una mayoría asamblearia que adopta la forma de capitalización de dividendos.

En efecto, las sociedades emisoras no modifican su patrimonio neto con ellos, porque no existe un traslado efectivo de beneficios a los accionistas. Simplemente el movimiento representa que la sociedad se ha capitalizado con ellos y lo que se realiza en la práctica es la entrega de una mayor cantidad de acciones a sus socios por un Valor Nominal menor en cada una y/o también podría realizar el canje del mismo número de acciones aumentando su valor nominal, por lo que su valor intrínseco para la misma cantidad de acciones es mayor al que tenían con anterioridad a su distribución.

Esta conceptualización- si bien no había sido tocada por el artículo a continuación del artículo 69 de la LIG-, es confirmada por la reglamentación del impuesto de igualación al excluir a los mismos expresamente del gravamen conceptualizando que: “...*Lo previsto en el primer*

párrafo del artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la Ley, será de aplicación a los dividendos que se paguen en dinero o en especie –excepto en acciones liberadas-, cualesquiera sean los fondos empresarios con los que se efectúe su pago, como ser: reservas anteriores, cualquiera sea la fecha de su constitución, -excepto aquella proporción por la cual se demuestre que se ha pagado el impuesto-, ganancias exentas del impuesto, provenientes de prima de emisión, u otras. (remarcado nuestro).

Desde ya, que también es conceptualmente compartida por la totalidad de la doctrina fiscal investigada hasta el momento⁵⁶.

Fiscalmente este tipo de dividendos “capitalizados” no están sujetos al impuesto por cuanto su pago (inmediato) se realiza en una especie (acciones) que no ha generado un mayor valor económico en el accionista y socio, sino más bien que se han retenido en la sociedad emisora, representando en sí mismos reinversiones de utilidades contables representadas contable y fiscalmente como verdaderas reclasificaciones dentro del rubro patrimonio neto.

En el derecho comparado Santiago MONTEZANTI⁵⁷, cita a jurisprudencia norteamericana en el caso “Eisner v. Macober” en la que la Corte de Justicia de ese país ha interpretado este enfoque con análogo criterio al expuesto en los párrafos anteriores, aunque también resalta que la misma excepción a dicha regla lo constituyen los dividendos en acciones recibidos en los casos que el accionista pueda optar por recibirlos en acciones ó en efectivo o, cuando la distribución no es realizada entre todos los accionistas de manera proporcional

Sin embargo, si en un momento posterior la sociedad decidiese rescatar tales acciones entregadas previamente en carácter de dividendo de acciones, podría eludirse mediante esa estructuración jurídica la imposición sobre el dividendo en acciones previamente entregadas⁵⁸.

⁵⁶ En este sentido GARCIA, Fernando; PANTANALLI, Omar: “Impuesto a las ganancias de Igualación: su problemática actual y necesaria reformulación”, Revista Impuesto 2008-6 (2da quincena de marzo), pág 461; CALZETTA, Daniel (2006): “Impuesto de Igualación”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXVII; RAJMILOVICH, Dario (2006): “Manual de Impuesto a las ganancias”, Pág 575;

⁵⁷ Op. Cit. en nota 47, pág. 297.

⁵⁸ Si bien la evolución del tratamiento fiscal en el IAG puede verse en REIG, quisiéramos realizar una breve síntesis que tuvo la norma en este aspecto. La Ley N° 23.260 disponía la que desde el punto de vista fiscal, en esos supuestos el Valor Nominal de las acciones era igual a cero y que el importe total del rescate constituía dividendo sobre el cual se debía retener el gravamen. Posteriormente, con la sanción de la Ley 24.073 esa norma fue eliminada, por cuanto el sistema imponía la renta empresaria exclusivamente sobre la ganancia social liberando al dividendo. No obstante se mantuvo en el art.61 la norma fiscal diciendo que el costo computable para dichos casos es igual a cero, en lo que se refiere al costo de venta de las acciones, por cuanto las mismas podrían generar ganancias de capital sujetas para las sociedades de capital o para las personas físicas habitualistas. Finalmente con la sanción del Decreto 2334/13 para el impuesto de igualación se dispuso que en el caso de rescate total o parcial de acciones se considere “dividendo de distribución” a la diferencia ente el importe de rescate y el costo computable de las acciones, aunque el concepto de rescate no es del todo claro al confundirse o poder conceptualizarlo en el caso de reducción voluntaria de capital es decir el reembolso con cargo a capital (art. 220 apartado 1 de la Ley de Sociedades, y a la reducción de autocartera con a cargo a utilidades (art 220 apartado 2 de la misma Ley). Al respecto ver Ivan de Chiara en “La transferencia de acciones y los dividendos: Su tratamiento en la reforma de la ley del impuesto a las ganancias, Periódico Económico Tributario del 24 de Abril de 2014. Por otra parte la solución legislativa es -a mi entender-, correcta pues atiende

En conclusión, así advirtiendo lo problemático que le ha sido al fisco, poder definir el concepto de “dividendo” o de “utilidades”, creemos que el concepto de dividendo alude a todo tipo de utilidades líquidas y realizadas de la sociedad, la cual también comprende a las que se generen y distribuyan en las utilidades acumuladas no sujetas a impuestos en períodos anteriores (pero posteriores a la vigencia de la norma) y a la partición subsecuente por disolución y posterior liquidación.

Ello no quita la posibilidad de considerar como dividendo a otras situaciones que no impliquen directa correspondencia con ganancias líquidas y realizadas, tales como sucede en ciertos institutos fiscales que son considerados como utilidades. (p.e.: el rescate de acciones, ó el dividendo de liquidación o también, el supuesto de recalificación en el caso de capitalización exigua). En todos estos últimos aspectos, serán situaciones específicas que más allá de las consideraciones previstas en la LIG, corresponderán ser analizadas específicamente en los hechos y con la prueba en cada caso concreto.

II - El Sustraendo de la fórmula: Ganancia Determinada en base a la aplicación de las normas generales de la Ley ó “El Fondo de Acumulación Impositivo”.

Para la obtención del “Fondo de Acumulación Impositivo”, (en adelante lo llamaremos “Fondo de Acumulación”) la LIG admite que el resultado fiscal sea ajustado por partidas equivalentes a las que figuran en el estado de resultados social pero que no formaron parte de la renta imponible, tales como los dividendos recibidos de sociedades de capital radicadas en el nuestro país y el impuesto a las ganancias pagado (ha de entenderse el impuesto determinado en el ejercicio fiscal inmediato anterior. Por lo tanto, el equivalente a ese “Fondo de Acumulación” lo podríamos definir de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{l} \text{(A)} \text{ Ganancia determinada de conformidad a las normas de la LIG} \\ + \text{(B)} \text{ Dividendos No Computables de sociedades de capital del país (no computables para la LIG)} \\ - \text{(C)} \text{ Impuesto a las ganancias determinado del cierre del período fiscal inmediato anterior} \\ \hline \text{Fondo de Acumulación} \end{array}$$

Comentarios a las referencias

correctamente en el marco del impuesto de igualación al concepto de dividendo ello por cuanto dicha instrumentación equivale al pago de un dividendo desde el punto de vista de la realidad económica. Además, de seguirse con la postura contraria sostenida por Calzetta, (es decir considerar a esa diferencia como ganancia de capital), se estaría discriminando en contra de sociedades de capital por cuanto dichos resultados quedarían alcanzados en lugar de considerarse no computables.

(A) Ganancia determinada de conformidad a las normas generales de la Ley: Se ha debatido bastante en la doctrina respecto a que debía entenderse por “*ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución...*” (**destacado nuestro**), dispuesta por la Ley del gravamen.

Ello por cuanto en el proyecto de Ley original no quedaba claro si también quedan incluidos otros réditos tales como los beneficios promocionales obtenidos por compañías beneficiadas por regímenes preferenciales a nivel nacional o regional que no formaban parte de las ganancias netas previstas en la propia LIG. Sin embargo, la norma finalmente sancionada, se terminó refiriendo exclusivamente a estas últimas al mencionar a: “*...las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley...*”.

Tal como señala Santiago MONTEZANI⁵⁹ de ello se infiere que la intención del legislador ha sido no incluir en esta disposición a exenciones o desgravaciones de tributación que vienen dadas por las normas legales por fuera de la Ley del impuesto. De esta forma conforme el autor citado: “*.... Se pretendió no alterar el alcance de los beneficios tributarios promocionales y los beneficios que resultan de Convenios para evitar la Doble Imposición suscriptos por nuestro país...*”.

Por otra parte, por tratarse de opiniones no debiera criticarse “la justicia” de la Ley por el “deber ser” ya que la norma legal así lo dispuso por razones operatividad, oportunidad y conveniencia.

Además, la propia AFIP convalidó este criterio, al opinar mediante el Dictamen (DAT) N° 16/2001 que si la Ley toma en cuenta al resultado fiscal de conformidad a las normas generales de la Ley, “*...lleva a considerar que no deberán tener incidencia en dicha determinación conceptos que tuvieren su origen en normas ajenas a la propia ley del impuesto a las ganancias, como puede ocurrir por ejemplo con las deducciones producto de beneficios acordados por leyes promocionales, como en el caso en análisis lo sería la Ley N° 24.196 – de promoción minera-*”.⁶⁰

⁵⁹ Ver Op. Cit. en nota (44) pág. 59.

⁶⁰ Dictamen (DAT) N° 16/2001 – 23/02/2001. Emitido por consulta de la Secretaría de Energía y Minería, en torno a si el régimen del impuesto de igualación, podría significar la anulación directa o indirecta, de los beneficios tributarios otorgados por leyes especiales, en particular la Ley de Promoción Minera (Ley 24.196). Si bien la interpretación es a nuestro juicio posible, también es cierto que bajo una óptica interpretativa que tenga en cuenta la “*ratio legis*”, el mencionado concepto se debiera analizar desde la perspectiva económica de la neutralidad y de la equidad horizontal que debiera aplicarse económicamente a nivel fiscal, sobre las exenciones otorgadas. En efecto, no parecería haber demasiada lógica en el otorgamiento de una exclusión fiscal a los accionistas de empresas promovidas, y no a los accionistas de empresas operativas que no tienen promoción industrial, pero que poseen rentas exentas o no gravadas en la materia imponible distribuida. Sin embargo, como se aclaró más arriba, se dice que la Ley es “sabia” y que por tal razón no podría alegarse la “torpeza del legislador” así como tampoco “juzgarse” el contenido de su letra sobre la base del “deber ser” por

Vale decir, se refiere a las utilidades previstas para la determinación fiscal establecida en el artículo 17 de la Ley del impuesto (la ganancia neta sujeta a impuesto), la cual -dado que estamos en presencia de ganancias obtenidas por sociedades de capital (artículo 69 de la LIG)-, corresponderá aplicar el concepto de renta neta sujeta a impuesto previsto por el Artículo 69 del Decreto Reglamentario de la Ley del gravamen⁶¹

Sin embargo, la norma no hace distinción alguna de las diferencias técnicas entre la utilidad fiscal y la contable, que pudiesen provenir de diferencias temporarias o definitivas, con lo cual todo excedente de dividendos respecto al “Fondo de Acumulación”, quedaría –a “priori”, por su letra, no por su espíritu-, sujeto a la retención del 35%.

Con razón, este aspecto ha sido históricamente y unánimemente criticado por la doctrina desde que el proyecto de Ley se circularizó como un “papel de trabajo sujeto a revisión” hasta la actualidad.

Si bien lo analizamos más detenidamente más adelante, anticipamos que en particular las “diferencias temporarias” se revierten en el tiempo y su no consideración por omisión legislativa y posteriormente reglamentaria-, dependiendo del signo que las mismas tengan-, implican una doble imposición ó eventualmente una “doble no imposición” sobre las rentas exentas de la sociedad operativa. Ninguno de esos dos efectos, por cierto, ha sido “el espíritu del legislador” al momento de la sanción de la Ley del gravamen, por lo que su no consideración deberá necesariamente ser revisada a partir del enfoque que del impuesto ha dado la CJSN recientemente y que constituye el núcleo del tema propuesto en este trabajo.

razones de oportunidad, mérito y conveniencia que seguramente ha tenido el legislador al momento de su dictado. A esta interpretación adhiero.

Por otra parte, (si bien en otro sentido, por cuanto se analiza el régimen de estabilidad fiscal contenido en la norma mencionada), la Jurisprudencia de la CSJN ha entendido en la causa “Cerro Vanguardia S.A.” que la potencial aplicación del impuesto de igualación podría vulnerar el derecho fiscal de “estabilidad fiscal” aplicable en la actividad minera dado que el mismo ha sido normativamente sancionado con posterioridad al momento en que la empresa actora había sido beneficiada con el certificado de estabilidad fiscal y su aplicación “a posteriori” implicaría la modificación de la alícuota efectiva del impuesto a las ganancias que tenía el proyecto al momento en que fue otorgado el beneficio.

⁶¹ Dicho Artículo exige que para las Sociedades de Capital que lleven libros que les permitan confeccionar balances comerciales, el deber de confeccionar al denominado “balance fiscal” de forma tal que: I) Se sumarán al resultado neto del ejercicio comercial las deducciones contables que no sean admitidas fiscalmente (un tipo de diferencias permanentes) y los conceptos positivos no contabilizados que la Ley considera que forman parte del tributo (Rentas devengadas fiscalmente por criterios distintos a los que fije la contabilidad social: Ej.: criterios de devengado exigible pendientes, etc.) y; II) Se restarán las ganancias incluidas en el balance comercial que no sean computables fiscalmente (Ej.: Diferencias permanentes derivadas de exenciones conceptos no gravados o liberaciones) y deducciones contablemente no efectuadas que correspondan fiscalmente (Ej.: desgravaciones o amortizaciones que fiscalmente puedan ser reputadas como aceleradas).

(B) El dividendo como “Concepto No Computable:

La ley del impuesto intenta agregar al resultado mencionado en (A) a los dividendos percibidos o devengados en el o los mismos períodos sujeto a comparación que se encuentran en el balance contable de la sociedad emisora de las acciones a fin de conciliar ambos resultados contable y fiscal

Compartimos la posición de algunos autores que consideran que además debieran sumarse las ganancias obtenidas a los importes exentos o desgravados de conformidad a otras normas especiales, tales como los beneficios de promoción sectorial, regional, etc., ya que la inclusión de los mismos en la liquidación del impuesto no fue el efecto buscado originalmente por la letra de la norma.

Valor Patrimonial Proporcional. Un aspecto que algunos tratadistas necesitaron aclarar fue la inclusión dentro de este concepto de otras formas de contabilización que las sociedades de capital tienen para reflejar los resultados correspondientes a la tenencia de acciones o títulos sociales en cartera, mediante el método denominado Valor Patrimonial Proporcional (en adelante “V.P.P.”). Ello porque los mismos son contabilizados como resultado contable determinado en otra sociedad de capital sobre la que las primeras tienen participaciones sociales y el hecho de no incluirlas podría originar también un doble pago en el impuesto a las ganancias, el que se podría agravar en los grupos societarios de los denominados “holdings”, en los que la participación es sucesiva y la cascada de imposición sobre el dividendo múltiple podría llegar a ser muy significativa.

Debe recordarse que la norma conceptualizó literalmente que deben adicionarse *“...los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales”*.

La duda quedó centrada si deberá estarse literalmente a lo allí dispuesto, o si por el contrario, y como mayoritariamente sostiene la doctrina, hace al espíritu del dispositivo, adicionar al cálculo, las ganancias originadas por la incorporación en la sociedad controlante de los resultados derivados del método conocido como V.P.P.. Ello por cuanto la AFIP inicialmente había reconocido la posibilidad de adicionar el VPP (mediante lo mencionado en la Comisión de Enlace con el CPFCE de Noviembre de 1999), y luego de seis años, modificó ese temperamento, basándose en una interpretación literal de la norma (cfr. Nota N°105/05, proveniente de la Actuación 344/05 (DIATEC) de fecha 7/5/2005).

Este último concepto no tiene sentido. Por el absurdo, basado en la teoría que la incidencia fiscal sería mayor cuánto más cantidad de interpósitas sociedades hubiera, transformándose la imposición en el impuesto de igualación en un gravamen irrazonable. En ese escenario, y a fin de evitar la aplicación de la

retención sobre los dividendos, una sociedad inversora debiera compulsivamente diferir la distribución de utilidades al momento en que (a su vez) recibiera en forma efectiva un dividendo de la entidad emisora de acciones, cuando contablemente haya declarado previamente un resultado por tenencia.

(C) El impuesto a las ganancias pagado. El gravamen determinado (no el pagado) o la porción correspondiente a este que se haya incluido en los estados fiscales corresponde ser considerado como ajuste “negativo” al Fondo de Acumulación a comparar. Dado que el propio impuesto a las ganancias, no es una deducción admitida por la Ley del impuesto (inciso d) del artículo 88 de la LIG), corresponde a los fines del armado del esquema restarlo a fin de armonizar el monto del citado Fondo de Acumulación con la determinación del resultado contable susceptible de distribución del dividendo.

Como puede apreciarse el legislador incluyó al impuesto en orden de lograr una mayor homogeneidad entre ambos resultados, ya que el mismo reduce la utilidad contable sujeta a distribución, pero no es deducible en términos fiscales.

Adicionalmente al impuesto corriente provisionado, debiera tenerse en consideración también a los resultados positivos o negativos contabilizados por las normas contables profesionales vigentes en lo que se llama sistema del impuesto diferido, mediante el cual se registran los resultados derivados de las diferencias transitorias activas y pasivas emergentes de los criterios de valuación contables e impositivos determinadas en la LIG.

Proporcionalidad de la ganancia (y del impuesto). Otro tema que se ventiló en la doctrina fiscal, fue la aplicación de la terminología “proporcional” prevista por el segundo párrafo del artículo a continuación del artículo 69 de la LIG, en relación con la deducción del propio “... *impuesto pagado por el o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente...*”

En su momento, se discutió el caso acerca de los dividendos que se ponían a disposición en forma parcial al total del resultado contable susceptible de ser distribuido, y siendo el resultado este superior al monto que conforma el “Fondo de Acumulación”; si dicha proporción, (relación entre el dividendo puesto a disposición y el total del resultado contable susceptible de distribución), también habría que aplicarse de manera extensiva, no solo al impuesto a las ganancias sino también la ganancia que conforma el “Fondo de Acumulación”.

Ello implicaría directamente, el pago del impuesto de igualación en forma total en cualquier caso que el resultado contable fuere superior al “Fondo de

Acumulación”, de manera completamente injustificada porque el mecanismo de imposición solo resulta aplicable cuando el Dividendo distribuido es mayor al “Fondo de Acumulación”, no existiendo ninguna obligación de realizar ninguna proporción de este sentido.

La doctrina de manera unánime⁶² opinó que ese criterio interpretativo hubiere llevado al pago o determinación del impuesto excesivo que no tiene absoluto que ver con la letra ni el espíritu de la norma legal bajo análisis.

II.5.4.1.c. Aspectos Temporales del Hecho imponible.

No obstante, el inc. a) “in fine” del artículo 18 de la LIG dispone especialmente como momento de imputación de la renta para los dividendos de acciones y los intereses de títulos, bonos y demás títulos valores será el ejercicio en el que hayan sido puestos a disposición, llamativamente, el momento de nacimiento de la obligación tributaria del impuesto de igualación, no fue fijado expresamente, por el artículo a continuación del artículo 69 de la LIG.

En ese contexto el Poder Ejecutivo con el dictado de la reglamentación debió aclarar la situación, estableciendo en el segundo Artículo incorporado a continuación del Artículo 102 del Decreto Reglamentario de la LIG lo siguiente:

Art 102.2 DRLIG

“... a los efectos de lo previsto en el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la Ley, debe entenderse como momento del pago de los dividendos o distribución de utilidades aquel en que dichos conceptos sean pagados, puestos a disposición o cuando estando disponibles, sean acreditados en la cuenta del titular, o con la autorización o conformidad expresa o tácita del mismo, se han reinvertido, acumulado, capitalizado, puesto en reserva o en un fondo de amortización o de seguro, cualquiera sea su denominación o dispuesto de ellos en otra forma.”

Es importante destacar que si bien la norma mencionada, repite como momento de imputación al concepto el de “pago extendido” del artículo 18 de la LIG, también hace referencia al momento de “puesta a disposición” a modo de espejo con la norma específica establecida para los dividendos por el propio artículo 18.

⁶² LORENZO, Armando; CAVALLI, Cesar (2011): “El impuesto de igualación y su desnaturalización por vía jurisprudencial”, Setiembre de 2011, Pág. 2. En el mismo sentido VOLMAN, Mario (2001): “El tratamiento de la distribución de utilidades en efectivo o en especie. Novedades en materia del impuesto de igualación, Octubre 2011, pág 5; JANUSZEWSKI, Karina (2012): “Tratamiento de los dividendos en el impuesto a las ganancias. Impuesto de Igualación”, Revista Impuestos 2012, Tomo 5 pág. 23.

Esta cuestión, tiene algunas aristas salientes en punto a aquellos dividendos que no habiendo sido efectivamente abonados, ni habiéndose dado ninguna de las cuestiones previstas por la extensión del percibido legal, pero encontrándose disponibles puedan llegar a ponerse de todos modos “ a disposición del accionista”.

En este aspecto, tal como señaló la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal en la materia⁶³, para que se perfeccione la imputación de la renta o de un concepto sujeto a disponibilidad, como en este caso podría ser los dividendos, por el principio extendido de lo percibido, no basta la simple acreditación en cuenta en una gratificación, así como tampoco, puede considerarse percibidas o pagadas las regalías por la simple acreditación en una cuenta de provisión para registrar un pasivo.

En nuestro entender, debiera existir la disponibilidad jurídica y económica del bien entregado en dividendo, materializado a través de un acto especial trascendente, como podría ser la transferencia efectiva en una cuenta bancaria o la entrega de los bonos de disponibilidad restringida, etc., conceptos que van mucho más allá de una simple acreditación en una cuenta contable.

Por otra parte, y adicionalmente, el artículo a continuación del artículo 118 de la LIG, se encarga de establecer cuál es la vigencia de la norma así como a establecer situaciones que hacen a la aplicación de la transición del régimen.

Art 118 LIG

“... A los efectos de lo dispuesto en el artículo incorporado a continuación del 69, las ganancias gravadas a considerar serán las determinadas a partir del primer ejercicio fiscal finalizado con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha norma y los dividendos o utilidades que se imputarán contra la misma, serán los pagados o distribuidos con posterioridad al agotamiento de las ganancias contables acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la referida vigencia...”

Teniendo en cuenta que los dividendos o utilidades societarias son analizadas y sujetos a la aprobación de los accionistas con posterioridad al momento en que dichas utilidades se generaron en sus estados financieros, la LIG coloca correctamente el límite temporal o “punto de partida” desde dónde se va a ir acumulando las dos partes de la ecuación que conforman la base imponible (ganancias netas impositivas a los fines de la conformación del fondo de

⁶³ CSJN, Causas: “Penn Controls Argentina SA”; “Nivea SA y C”; “Sheaffer SACI”, entre otros, citados por Enrique Reig, pág 373 las cuales sin bien sobre argumentos de fondo totalmente distintos a la puesta a disposición de utilidades o dividendos, el máximo tribunal abonó la tesis de que es necesario un hecho en el que se verifique la real disponibilidad de la cosa a través de actos materiales que permitan ventilar la transferencia genuina de bienes en manos del beneficiario y no mera registración contable en cuentas de reservas o provisiones registrales. De este modo, dividendos que hayan sido puestos a disposición por Asambleas de Accionistas pero todavía no hayan tenido efectivamente disponibilidad económica no debieran sujetarse al impuesto de igualación.

acumulación y también dividendos o utilidades contables que deberán ser tomados para su comparación).

En ese sentido, a fin de evitar la retroactividad indirecta de la imposición, dispone que el momento o punto de partida para la acumulación en cada uno de ellos sean respectivamente los siguientes:

- a) Fondo de Acumulación: En él se incluyen a las *ganancias gravadas* posteriores de ejercicios fiscales cerrados con posterioridad a la entrada en vigencia de la norma legal (cerrados después del 31/12/98).
- b) Dividendos o utilidades a ser considerados: Los pagados o distribuidos posteriores al agotamiento de las *ganancias* contables acumuladas al cierre anterior a la entrada en vigencia de la Ley 25.063 (cerrados antes del 31/12/98).

Vale decir que recién esta imposición comenzará a ser aplicada sobre las ganancias posteriores a las ganancias contables devengadas y totalmente distribuidas por los ejercicios cerrados anteriores al 31 de Diciembre de 1998.

Una cuestión interesante que se planteó en torno a la vigencia de la norma, fue la referida a la inclusión o no dentro del punto “Fondo de Acumulación” a los quebrantos impositivos nacidos en ejercicios anteriores a la vigencia del gravamen. Este punto será analizado en los casos controvertidos más adelante.

Otra no menor fue la correspondiente a los Dividendos Provisorios o anticipados previstos para ciertas sociedades por la Ley de Sociedades Argentina. Normalmente, los dividendos de un período dado son votados por parte de la Asamblea General de Accionistas cuatro o cinco meses después del cierre del ejercicio fiscal por el que los resultados se obtienen, sin embargo esto último podría no acontecer. Es decir, los dividendos podrían ser votados de manera provisional o anticipada antes del cierre del ejercicio por el cual se pagan. Ese sería el caso del instituto denominado dividendos anticipados⁶⁴.

Es de recordar que la controversia que tuvo que ver con el aspecto temporal y cuantitativo del gravamen mencionado, fue la cuestión que sirve de fondo a este trabajo, relacionado con los Dividendos Anticipados o Provisorios previstos por la Ley de Sociedades Comerciales para específicos tipos de sociedades tipificadas en la mencionada Ley. Este tema también será analizado más adelante cuando nos refiramos a los casos controvertidos.

⁶⁴ El artículo 224 de la Ley de Sociedades Comerciales admite solo para las sociedades anónimas que se hallen sujetas a fiscalización estatal permanente (Artículo 299) que se distribuyan “dividendos anticipados”, basados en balances especiales.

II.5.4.1.d. Aspectos Espaciales del Hecho imponible.

La norma se refiere exclusivamente a los dividendos o utilidades que sean distribuidos por sociedades de capital constituidas o radicadas en la República Argentina, vale decir no hace ninguna extensión a dividendos obtenidos de sociedades de capital radicadas en el exterior, los cuales, como se dijo más arriba son considerados gravados o integrados a la imposición de los accionistas residentes argentinos en todos sus casos.

En este punto es de destacar la existencia de tratados para evitar o atenuar la doble imposición que la República Argentina ha firmado con otros países, los cuales deberán tenerse en cuenta al momento en que se genere el hecho imponible en su aspecto temporal. Es decir cuando los mismos sean puestos a disposición del accionista.

En la mayoría de los tratados signados por nuestro país bajo el modelo OCDE, se reservan potestad tributaria en favor del país en donde se encuentra el residente perceptor del dividendo, aceptando además en forma simultánea, la imposición en el país de la fuente del dividendo, pero con limitaciones porcentuales en la alícuota de imposición a ser aplicada sobre dichos dividendos. En alguno de los convenios en los cuales dicho límite a la imposición máxima se encuentra previsto, la reducción es diferencial (no más del 10% o del 15%, según el caso), dependiendo del porcentaje de participación que el receptor posea en la sociedad que los distribuye y en otros se requiere que no se trate de una sociedad de personas.

Sin embargo, como se mencionó en el punto II.5.2., se suscitó la duda acerca de cómo aplicar la limitación en el caso del impuesto de igualación del 35%. Es decir, si el porcentaje límite establecido por un convenio determinado, –supongamos el 10%–, debe ser aplicado sobre el monto total del dividendo distribuido o tan solo sobre la base imponible del impuesto de igualación (diferencia neta entre el dividendo distribuido y el “Fondo de Acumulación”).

II.6. Algunas conclusiones previas de los aspectos técnicos en el impuesto de igualación.

Desde mi perspectiva, la materia sustancial del hecho generador del impuesto de igualación tenida en cuenta por el legislador y por la teoría en la imposición del dividendo resulta clara y elocuente.

Sin embargo al ser la letra de la Ley del impuesto demasiado escueta, ha dejado abiertos algunos aspectos puntuales en la Ley positiva, que tampoco fueron cubiertos adecuadamente en tiempo y forma por el Poder Ejecutivo al momento de realizar la reglamentación del gravamen.

Esta situación permitió que la actividad fiscalizadora de la AFIP haya llevado adelante planteos técnicos sobre situaciones de hecho que los contribuyentes que resultan desde lo técnico muy sorprendentes y que dejan abiertos en el impuesto temas que no parecen tener

nada que ver con la materia imponible que el legislador quiso considerar al momento de la redacción legal original de la norma legal.

La combinación de ambos factores (falta de precisión legislativa y omisión de reglamentación por parte del Poder ejecutivo), generó unas cuantas planteos jurisdiccionales los que tal vez se pudieron haber evitado si la reglamentación hubiese sido menos sesgada por el afán recaudatorio del Fisco y más ligada a lo que el espíritu del legislador ha buscado con la sanción de la norma.

Probablemente, utilizando ese enfoque legislativo, se pudieron haber destinado el tiempo fiscalizador y jurisdiccional a los problemas técnicos que realmente importan en la economía y naturaleza del gravamen analizado y que aún hoy se encuentran pendientes de solución formal.

En el punto siguiente, intentaremos de enumerar algunas de estas cuestiones controvertidas, de modo de poder exponerlos técnicamente, poder luego, determinar si sería razonable pensar que bajo los últimos precedentes jurisprudenciales, muchos de ellos queden totalmente marginados de la imposición de “igualación” sobre el dividendo, así como otros que hasta la fecha parecería no debieran quedarlo.

III. CONFLICTOS Y CASOS DE ANALISIS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO DE IGUALACIÓN: ENUMERACIÓN DE LAS SITUACIONES ESPECIALES EN LA APLICACIÓN DEL IMPUESTO.

III.1. Situación de los Quebrantos Impositivos Acumulados.

La norma legal no aclara especialmente si los quebrantos de ejercicios anteriores previstos por el artículo 19 de la LIG, debieran o no formar parte del “Fondo de Acumulación”, previsto para determinar la ganancia por “aplicación de las normas generales de la ley”.

Desde un punto de vista algebraico, si los quebrantos se incluyeran (se restaran) del “Fondo de Acumulación”, al ser dicha acumulación de ganancias fiscales menores a las distribuidas contablemente, ello implicará una mayor base de tributación en el impuesto de igualación.

Necesario es aclarar, que el tratamiento a otorgar bajo este aspecto será diferente, dependiendo del momento en que los quebrantos (no específicos) citados hayan sido generados. Vale decir, si los quebrantos fiscales provienen de ejercicios fiscales anteriores a la vigencia de la norma o, si han sido generados y se acumulan en ejercicios fiscales en los que la Ley ya estaba en vigencia.

III.1.1. Quebrantos anteriores a la vigencia de la norma.

Esta cuestión se refiere básicamente a dos aspectos del hecho imponible:

- a) El aspecto objetivo en cuanto al concepto que se tenga sobre “rédito neto” frente a lo establecido por el artículo 69.1. de la LIG “...*las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley...* ” y;
- b) El aspecto temporal del hecho imponible o su vigencia en base a lo dispuesto por el artículo agregado a continuación del 118 de la LIG..

Si bien desde un punto de vista técnico puro, la ganancia imponible o “redito neto”, se determina de conformidad a lo dispuesto por el artículo 17 de la LIG, resultaría conceptualmente difícil poder excluir a los fines del cálculo de la ganancia ajustada a los quebrantos impositivos determinados en cada uno de los años que formen el cúmulo de ganancias y pérdidas fiscales, previstos por su artículo 19.

Algunos doctrinarios⁶⁵ señalan que: “... la norma legal no es suficientemente clara al respecto, por cuanto si bien alude al concepto de “acumulación”, emplea la expresión “que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley”, la cual –en una interpretación literal- no incluiría los quebrantos (dado que, en tal hipótesis, debió haberse empleado la expresión “resultados”, abarcativa de los positivos y negativos)...” para finalmente concluir sin perjuicio que la reglamentación debiera dar una solución a dicha cuestión, opinan que es razonable interpretar que debiera primar el principio de acumulación de resultados impositivos, es decir que los quebrantos debieran estar incluidos en el “Fondo de Acumulación”.

De igual forma se pronuncian otros⁶⁶, en oportunidad de referirse a la formación del Fondo de Acumulación mencionando que: “... a los efectos de la conformación del Fondo de Acumulación Impositivo deben... acumularse los resultados netos impositivos (las utilidades netas impositivas suman y **los quebrantos impositivos restan** del Fondo) determinados de acuerdo a las normas generales de la ley del impuesto a las ganancias (**destacado es de nuestra autoría**)

No obstante ello, en mi opinión es necesario analizar las consecuencias que de caras al principio de no retroactividad de las normas fiscales y al de razonabilidad de las mismas en el sentido de equidad, se ventilarían en el caso de los primeros cinco periodos de aplicación de las normas (punto b) anterior señalado).

Dado que la norma positiva (artículo 69.1 LIG) ni la norma de transición (artículo 118 LIG), ni su decreto reglamentario, han expresado nada sobre la inclusión o no de quebrantos impositivos generados en ejercicios fiscales anteriores a la misma, susceptibles de ser compensados con ganancias fiscales netas obtenidas durante los primeros cinco años posteriores a la vigencia del gravamen, el Fisco Nacional se sintió tentado en la posibilidad de aplicar ese criterio.

Ello debido a que la existencia de dichos quebrantos anteriores al primer ejercicio fiscal al que quedó vigente la norma, en caso de ser incluidos en el cálculo dentro del “Fondo de acumulación”, (obviamente restando) permitiría de manera directa, incrementar la base imponible del gravamen sobre el impuesto de igualación, por cuanto la diferencia entre la utilidad contable y el mencionado Fondo sería mayor.

Desde un punto de vista conceptual, es claro que el “Fondo de Acumulación”, comenzaba “a acumular” rentas fiscales obtenidas o declaradas a partir de la vigencia de la norma, por lo que la deducción de los quebrantos impositivos susceptibles de ser computados contra utilidades de ejercicios siguientes en la liquidación del impuesto a las ganancias de la sociedad emisora, si bien resulta una opción en la liquidación del impuesto a las ganancias, no deberían ser computados para el cálculo de la base imponible del impuesto de igualación.

65 LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CALCAGNO, Gabriel, CAVALLI, César; EDELSTEIN, Andrés (2005): “Tratado de Impuesto a las ganancias”, Editorial Errepar, Buenos Aires, Pág 507.

66 Op. Citado en nota 12 anterior

Por ende, no resultaría lógico restar de dicho Fondo acumulado, a pérdidas fiscales que tuvieron origen en períodos anteriores a la vigencia de la norma, por cuanto la base de comparación con las ganancias contables no serían homogéneas.

Le tocó la AFIP expedirse en sentido contrario a dicha afirmación mediante el Dictamen (DAT) N°40/2003⁶⁷ a través del cual concluyó en el sentido que: “...para la determinación de la retención denominada “impuesto de igualación” dispuesta por el artículo agregado a continuación del artículo 69 de la ley del impuesto a las ganancias (t.o. 1997 y modificaciones) los quebrantos impositivos acumulados de los períodos fiscales terminados antes de la entrada en vigencia de dicha norma se computarán deduciéndose de las ganancias gravadas de los períodos para los cuales la mentada normativa se encuentra vigente...”

Posteriormente, en Dictamen (DAT) N° 1/2006⁶⁸, volvió expedirse en sentido similar al decir que: “...no cabe otra interpretación que a la ganancia a que se refiere la norma es aquella que deriva de considerar el resultado positivo del período retrayéndole, si existiere, el resultado negativo que se hubiere acumulado...” “...la mecánica de determinación de excedentes sometidos a retención se basa en la acumulación de los conceptos computables a tal efecto, acumulación que comprende necesariamente tanto los resultados positivos como los negativos, es decir, que de verificarse quebranto impositivo en determinado período fiscal, este deberá adicionarse a los beneficios determinados en ejercicios anteriores o posteriores....”

En mi parecer, la cuestión central es la distinción e identificación terminológica legal existente en el IAG. En efecto, el artículo a continuación del artículo 69, al referirse al “Fondo de Acumulación”, menciona a: “...las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley...”, mientras que cuando lo hace en la norma de transición (artículo a continuación del artículo 118 de la LIG) al designar a partir de qué ganancia se considerará la vigencia del impuesto de igualación utiliza la terminología “**las ganancias gravadas a considerar...**”, terminología que es idéntica a la que se refiere la regla que hace referencia a los quebrantos de ejercicios anteriores (artículo 19 de la LIG) como ganancia previa al cómputo de dichos quebrantos de ejercicios anteriores, la que menciona que: “...cuando en un año se sufriera una pérdida esta podrá deducirse de las **ganancias gravadas que se obtengan en los próximos cinco años...**”(destacado nuestro).

Como se puede apreciar, las “ganancias gravadas” que distingue el artículo 19 tiene un significado para la LIG “ganancia antes el cómputo de quebrantos impositivos” por lo que es equivalente al artículo a continuación del artículo 118, que al definir al “Fondo de

⁶⁷ Dictamen (DAT) 40/2003: La actuación se origina en una consulta técnica respecto a cual es el procedimiento a seguir cuando los sujetos comprendidos en el 69 teniendo quebrantos impositivos anteriores a la vigencia del impuesto de igualación que fueron computadas en períodos posteriores al 31/12/97. La AFIP interpretó que el quebranto debía considerarse como valor “cero” en el “fondo de acumulación”.

⁶⁸ Dictamen (DAT) N°1/2006 -5/1/2006. Para el caso de reducción de capital por pérdidas o absorción de quebrantos contables con aportes irrevocables que den lugar a la obtención de utilidades susceptibles de ser distribuidas.

Acumulación” al inicio de la vigencia del impuesto de igualación utiliza idéntica terminología. Dicha situación implica que los quebrantos impositivos de ejercicios anteriores susceptibles de ser utilizados contra ganancias de los primeros cinco años posteriores a la vigencia del régimen no quedan incluidos en el mencionado Fondo.

Ello es determinante pues si bien, en materia contable, las ganancias y pérdidas de cada ejercicio se compensan y acumulan en el Patrimonio neto bajo el rubro Resultados No Asignados en los períodos siguientes, sin distinguir cronológicamente entre ejercicios generadores de ganancia o pérdida, en materia fiscal ello no es así.

En efecto, el artículo 19 da un orden de imputación pero exclusivamente contra ganancias futuras (carryforward) y no hacia atrás, de modo que si no hay ganancias futuras, los mismos caducan en el término de cinco años desde que ese quebranto se generó.

La jurisprudencia tuvo su oportunidad de expedirse sobre el particular, pero hasta el momento lo ha hecho contradictoriamente entre dos Salas (la “A” y la “B” del Tribunal Fiscal de la Nación), por lo que probablemente para resolver este tema se deba convocar a un plenario en el futuro cercano.

En efecto, la Sala “A” del Tribunal Fiscal de la Nación en sentencia del 3/3/2011 en la causa “Empresa Distribuidora de Electricidad de Entre Ríos S.A. s/recurso de apelación – Impuesto a las Ganancias”, sosteniendo que: “... *la ganancia gravable se define pensando en su faz positiva aunque es frecuente que el resultado de una actividad generadora de renta sea negativo... no cabe sino dar a éstas un tratamiento paralelo o similar al dispuesto por la ley para cuando el resultado es positivo...*” concluyendo que “... *de verificarse quebranto impositivo en determinado período fiscal, éste deberá adicionarse (restarse) a los beneficios determinado en ejercicios anteriores o posteriores... no cabe más que determinar que la ganancia a la que hace referencia el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la ley del impuesto a las ganancias es aquella sobre la que se determina el impuesto de marras, esto es deduciéndose los quebrantos impositivos acumulados...*” (**Agregado nuestro**)

La sentencia mencionada ha sido criticada con tino por parte de la doctrina. En efecto, Iván Gustavo DI CHIAZZA⁶⁹, apunta que la imputación o utilización es una facultad del contribuyente y no una deber al que el Fisco puede obligar de oficio a hacerlo al contribuyente. Empero a mi entender, es fundamental la alusión que el autor remarca respecto a la “Ratio Legis” del impuesto de igualación. En ese sentido, sostiene que: “...*Es evidente que la finalidad tenida en miras por el legislador ha sido evitar trasladar a los accionistas los beneficios fiscales que gocen las sociedades...Se cumple con la finalidad de la norma gravando la diferencia entre las utilidades contables que se distribuyen y las fiscales si se incluyen o no los quebrantos a fin de calcular la retención por el impuesto de igualación...*”

⁶⁹ DI CHIAZZA, (sin año): “Compensación de quebrantos en el marco del impuesto de igualación”, nota al fallo “Empresa Distribuidora de Electricidad de Entre Ríos S.A.”, CEDF Law & Finance, Working Paper N° 68.

Posteriormente, la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación en sentencia de 12/6/12, expedirse en un caso similar en la causa HSCB NEW YORK LIFE SEGUROS DE VIDA (ARGENTINA) S.A. s/ recurso de apelación – Impuesto a las Ganancias”, mediante acertadamente revirtió la determinación de oficio practicada por el fisco al determinar que los quebrantos de ejercicios anteriores, al momento de vigencia de la norma no deberían formar parte del “fondo de acumulación”. En este sentido señaló que: “...consecuentemente, si lo que se debe determinar es el exceso de las ganancias contables distribuidas por sobre las ganancias impositivas determinadas hasta un cierto ejercicio, se deberán tener en cuenta principalmente las modalidades relativas al tratamiento de los quebrantos, ya que es éste uno de los rubros en los que se exhiben diferencias en el proceso de compensación y acumulación de resultados contables e impositivos...”.

“...Al respecto, es dable destacar que en el primer período de vigencia se pueden encontrar situaciones de resultados -positivos o negativos contables acumulados, conjuntamente con la existencia o no de quebrantos impositivos acumulados susceptibles -bajo determinadas premisas- de deducción futura. Aquí cabe observar que el artículo agregado a continuación del artículo 118 de la Ley prevé que, para establecer la forma de aplicación del régimen dispuesto por el artículo agregado a continuación del 69 al inicio de su vigencia, deben primero haberse distribuido todos los resultados contables acumulados (ganancias y pérdidas o viceversa) al cierre del ejercicio inmediato anterior a aquél en el cual empiece a regir el sistema retentivo. Pero, de modo diferente, en materia impositiva esta acumulación resultaría viable en un solo sentido (es “unidireccional”, vale decir que las pérdidas o quebrantos solo pueden acumularse con ganancias posteriores, nunca anteriores), por lo que para seguir un criterio homogéneo de comparación, el legislador se refirió explícitamente a ganancias gravadas, situación que no prevé la acumulación (o absorción) de quebrantos, ya que esto además significaría afectar la comparabilidad, pues como se ha dicho, los resultados contables se acumulan de una manera distinta que al no haber una norma especial en sentido contrario, correspondía deducir los quebrantos de ejercicios anteriores mencionados...”

Pese a que la sentencia del Tribunal Fiscal resulta ejemplar y nos exime de todo comentario adicional al respecto, le tocó posteriormente a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sala en apelación limitada realizada por el Fisco intervenir, revirtiendo el fallo citado. La Sala IV de Cámara el 31 de Mayo de 2007, utilizó exactos argumentos a los utilizados por la Sala “A” del Tribunal Fiscal en el caso anteriormente citado, diciendo que “si se utilizara como parámetro comparable a las ganancias gravadas sin incluir a los quebrantos de ejercicios anteriores a la vigencia de la norma, fiscales... se considerarían dentro del monto de las utilidades impositivas, importes que no tributaron el impuesto en cabeza de la sociedad pagadora de los dividendos, situación ésta que el legislador pretendió evitar...” motivo por el cual la cuestión deberá ser resuelta seguramente, en un futuro cercano por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III.1.2. Quebrantos posteriores a la vigencia de la norma.

En los quebrantos determinados durante el período de acumulación, la cuestión a considerar consiste en determinar, si los quebrantos impositivos que se produzcan a partir del período de acumulación, no se computan contra los beneficios futuros de los próximos 5 años con lo cual no se tomarían en cuenta en el “fondo de acumulación” o -por el contrario-, si se incluyen dentro del “fondo de acumulación” pagando el impuesto de igualación de corresponder, sin importar que los dividendos pagados correspondan al mismo ejercicio fiscal (o a anteriores) en los cuales la sociedad haya determinado renta gravada sujeta a impuesto⁷⁰.

En este punto coincidimos con la posición de la doctrinaria de COLONNA, Gustavo (2006)⁷¹: “...las ganancias impositivas acumuladas con anterioridad a la generación de los quebrantos acumulados pendientes de utilización –que ya abonaron el impuesto- podrían encontrarse sometidas nuevamente a imposición...”. En el mismo sentido, que lo anterior GARCIA, Fernando (2008)⁷² y CALZETTA, Daniel (2006)⁷³

Consecuentemente, no es razonable que la norma considere a los quebrantos impositivos del ejercicio o de períodos anteriores si lo que se distribuyen son dividendos que corresponden a ganancias correspondientes a períodos fiscales por los cuales la sociedad de capital haya tributado una renta igual o superior al beneficio contable que se distribuye.

Lo contrario, implicaría someter a un mismo hecho gravado a imposición doblemente, lo cual claramente no fue el propósito de la norma.

Desde lo conceptual resta decir que a los fines de la determinación del “Fondo de Acumulación” la existencia de quebrantos fiscales de ejercicios anteriores durante el período de acumulación, deberá ser adecuadamente imputada por período fiscal de modo de poder evitar la existencia de inequidades manifiestas (doble imposición) sobre la cuestión analizada.

III.2. Ajustes en menos o en más por Determinaciones de Oficio practicadas por el Fisco, con posterioridad a la determinación y pago del impuesto de igualación.

Un tema importante que merece ser destacado es el que se refiere a los ajustes fiscales o rectificativas en más, propias del contribuyente (que en cualquiera de sus dos versiones, pagos de los denominados procesalmente como “pagos a requerimiento” o “pagos espontáneos”), que se determinen con posterioridad al vencimiento y/o pago del impuesto original a las ganancias correspondiente a la sociedad de capital.

⁷⁰ Ello implicaría claramente, la existencia de una doble imposición injustificada debido a que las ganancias distribuidas tal vez no resulten o no hayan resultado superiores a las fiscales para el mismo período fiscal por las cuales se distribuye el dividendo.

⁷¹ COLONNA, Gustavo, (2006) “Impuesto de Igualación”, Doctrina Tributaria de Errepar, Noviembre 2006.

⁷² GARCIA, Fernando; PANTANALI, Omar (2008), “Revista Impuestos” 2da Quincena Marzo, Pág 461.

⁷³ CALZETTA, Daniel (2006) “Impuesto de Igualación” Doctrina Tributaria de Errepar, Tomo XXVII

La LIG no tiene ninguna prescripción con respecto a cuál sería la consecuencia directa de los mencionados ajustes tienen de cara al impuesto de igualación que se haya abonado basado en la declaración jurada primitiva.

En ese sentido, consideramos que por virtud de ser obligaciones en las que la sociedad de capital actúa como agente de retención, califica como obligaciones a cargo de un tercero (pago único y definitivo), por lo que, ambas obligaciones no podrían ser compensables (mediante la denominada teoría de las correcciones simétricas) entre la sociedad de capital y los regímenes de retención correspondiente. No obstante, si sería factible la devolución vía repetición bajo la Ley del rito, por cuanto la naturaleza del gravamen es la de un impuesto directo, susceptible de repetición por no haberse recuperado vía precio.

Por ello, en caso de haber oblado el impuesto de igualación de manera excesiva, por calificar dicho pago un enriquecimiento sin causa en favor del Fisco Nacional, correspondería que el propio agente de retención, sea el sujeto legitimado procesalmente para solicitar la repetición del mismo gravamen ingresado en exceso y eventualmente devolver al accionista o socio, el importe recuperado.

Por el contrario, si la rectificación de las ganancias imponibles declaradas del impuesto a las ganancias de la sociedad de capital resulta en menos, disminuyendo el resultado impositivo de la misma y el impuesto determinado, podría ser considerado por parte del Fisco como un supuesto de omisión de imposición simétrica en el impuesto de igualación. Sin perjuicio de ello, como señala Fernando GARCIA (2008)⁷⁴, si el dividendo ya fue distribuido, se generaría un supuesto de imposibilidad de retención del impuesto de igualación. Esta situación se podría ver agravada si el beneficiario del dividendo es un sujeto del exterior, motivo por el cual bajo esta hipótesis, a nuestro entender la solución que desde el punto de vista práctica tendría, sería que –pese a ser dos contribuyentes de derecho diferenciados- se permita la compensación de ambas obligaciones simultaneas sin la aplicación de intereses resarcitorios –sobre la supuesta omisión de la obligación única y definitiva-, por pago fuera de término.

III.3. Extensión del régimen de “estabilidad fiscal” en empresas promovidas.

Como se mencionó en los aspectos teóricos, en general, la aplicación del impuesto de igualación implica indirectamente la anulación de beneficios otorgados a la sociedad de capital aplicables sobre las distribuciones de utilidades que pudiesen percibir sus dueños o socios..

También arriba, al referirnos a los aspectos técnicos del impuesto de igualación, específicamente a cuestiones que hacen al aspecto objetivo del hecho imponible, comentamos los impactos que sobre el gravamen tiene el otorgamiento de franquicias tributarias o

⁷⁴ GARCIA, Fernando (2008), Op. cit. en nota 72.

beneficios de la promoción industrial, haciendo mención al Dictamen N° 16/2001, mediante el cual el Fisco admitió la no aplicación del gravamen ante una consulta de otro Organismo Público.

Quisiéramos referirnos ahora a un caso que se discutió en la jurisprudencia hasta llegar a la Corte Suprema de Justicia Nacional, en la causa “Cerro Vanguardia c/DGI”⁷⁵, el que –no obstante tratarse de un beneficio promocional-, que tiene que ver con el esquema “estabilidad fiscal”, otorgado para ciertas actividades⁷⁶, (en este caso para la actividad minera), el fondo tuvo que ver con el impuesto de igualación que incide como pago único sobre los accionistas del proyecto promovido.

Mucho se discutió acerca del alcance de este beneficio fiscal, el cual, en principio, resulta de mantener por un número determinado de años (en el caso de la actividad minera es el máximo, es decir de 30 años), renovables en algunos casos, a pedido de las autoridades provinciales, hasta un máximo de 50 años.

Ello significa que los beneficiarios del sistema no podrán ver incrementada su carga tributaria total, determinada al momento de la presentación como consecuencia de aumento de impuestos y tasas, cualquiera fuera su denominación y el órgano del que emanaren, o la creación de otros gravámenes que los alcancen como sujetos de derecho.

En general, algunos regímenes de estabilidad fiscal aceptan que el beneficio de la estabilidad fiscal no queda alterado ni resultan violatorias a la misma algunas situaciones especiales tales como: i) el incremento de alícuotas o en los mecanismos de determinación de las bases imponibles de los tributos en los que los titulares del emprendimiento no sean sujetos pasivos, aun cuando los hubieran tomado a cargo; ii) la prórroga o renovación de la vigencia de tributos sancionados por tiempo determinado, que se hallen en vigor al momento de obtenerse la estabilidad fiscal; iii) la caducidad de exenciones, excepciones u otras medidas, dictadas por tiempo determinado y que se produzca por haber transcurrido dicho tiempo. iv) la incorporación de disposiciones tributarias por las cuales se pretendan contralar, verificar o evitar acciones, hechos o actos a traves de los cuales los contribuyentes puedan disminuir de manera indebida o deliberada la base de imposición de un gravamen. Tales disposiciones no podrán impedir el cómputo de deducciones admitidas al momento de presentar el estudio de factibilidad.

En principio, para la actividad minera el artículo 8 de la Ley N° 24.196 y el artículo 4 de su decreto reglamentario⁷⁷ otorgan amplios beneficios para la actividad. Dentro de ellos, no

⁷⁵ Cerro Vanguardia SA c/ D.G.I” Corte Suprema de la Nación -30/6/2009.

⁷⁶ En los últimos años de la década del 90, el Gobierno Nacional otorgó beneficios consistentes en la “estabilidad fiscal”, no sólo para la actividad Minera, sino también para la actividad de Forestación (ley N° 25.080); Régimen Nacional de Energía eólica y solar (Ley N° 25.019); Industria del Software, etc.

⁷⁷ El artículo 8 de la Ley N° 24.196 dispuso que: “*La estabilidad fiscal significa que las empresas que desarrollan actividades mineras en el marco del presente Régimen de Inversiones no podrán ver afectada en más la carga tributaria total, determinada al momento de la presentación, como consecuencia de aumentos en las contribuciones impositivas y tasas, cualquiera fuera su denominación, en los ámbitos nacional, provinciales*”

parece a simple vista, que los mismos se hagan tan extensivos en lo que se refieren a los accionistas (aspecto subjetivo) de la empresa promovida o a los dividendos obtenidos por ellos (aspecto objetivo).

Sin embargo, el considerando 12 de la sentencia del Máximo Tribunal de la Nación, revirtiendo los fallos de las dos instancias anteriores, otorga mayor peso al principio de “seguridad jurídica” que ha tenido recepción con jerarquía de principio constitucional por la misma Corte en otras instancias, entendiendo que el beneficio de estabilidad fiscal queda afectado por el impuesto de igualación al alterar (incrementar) la tasa efectiva del impuesto a las ganancias del ente social, beneficiado por la misma.

En particular, la opinión tiene fundamento al receptar aquí la “ratio legis” del régimen de promoción minera de la Ley N° 24.196 en desmedro de la “ratio legis” que contiene el régimen fiscal del impuesto de igualación. Así a continuación **remarcamos en pertenencia a parte** de los Considerando 10) y 11) de la Sentencia dispone.

*“10) Que al respecto cabe recordar que con arreglo a la jurisprudencia de esta Corte, las normas que instituyen **beneficios fiscales** no han de interpretarse necesariamente con su sentido más restringido **que su texto admita, sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla** de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (Fallos 296:253; 310:177), pues su inteligencia debe determinarse tenido en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan (Fallos: 285:322; entre otros)...”*

*11) Que, en consecuencia, no resulta correcta la conclusión a la que llegaron los tribunales de las anteriores instancias, fundada en la consideración de que el beneficio de la estabilidad fiscal solo alcanza a la empresa inscripta en el régimen minero y que el impuesto en discusión recae sobre los accionistas de aquella, pues, como resulta de lo expuesto en los considerandos que anteceden, tal argumento prescinde de **considerar la significación económica del llamado “impuesto de igualación”** así como el propósito de promover las*

y municipales, que adhieran y obren de acuerdo al artículo 4°, última parte, o la creación de otras nuevas que los alcancen como sujetos de derecho de los mismos. Lo dispuesto en el presente artículo será también aplicable a los regímenes cambiario y arancelario, con exclusión de la paridad cambiaria y de los reembolsos, reintegros y/o devolución de tributos con motivo de la exportación...” (Destacado nos pertenece)

*Por su parte el artículo 14 de la mencionada norma dispone que **Las utilidades provenientes de los aportes de minas y de derechos mineros, como capital social**, en empresas que desarrollen actividades comprendidas en el presente régimen de acuerdo a las disposiciones del Capítulo III, **estarán exentas del Impuesto a las Ganancias**. El aportante y las empresas receptoras de tales bienes deberán mantener el aporte en sus respectivos patrimonios por un plazo no inferior a cinco (5) años continuados, contados a partir de su ingreso, excepto que por razones debidamente justificadas la Autoridad de Aplicación autorice su enajenación. Si no se cumpliera con esta obligación, corresponderá el reintegro del monto eximido de acuerdo con lo establecido en la Ley de Impuesto a las Ganancias. En caso que el incumplimiento sea de la empresa receptora, la misma será solidariamente responsable del pago del reintegro conjuntamente con el aportante. La ampliación del capital y emisión de acciones a que diere lugar la capitalización de los aportes mencionados en el párrafo anterior estarán exentas del impuesto de sellos. (destacado también nos pertenece)*

inversiones mineras –perseguido por la ley 24.196- asegurando la estabilidad fiscal de los respectivos emprendimientos, con el que se concilia la aplicación de una figura tributaria que, aunque recae sobre los dividendos que la sociedad debe pagar a los accionistas, tiene un efecto equivalente al de un aumento de la tasa efectiva del impuesto sobre las ganancias del ente social...”

Rescatamos este precedente pues se verifica una tendencia en los Fallos de la Corte Suprema de aplicar como doctrina de interpretación exegética, la cual como se verá en el punto IV siguiente, prescinde en parte de lo que disponga la propia letra de las normas, para desentrañar desde el contenido conceptual los propósitos y fin último de la Ley, criterio que en definitiva, permite en muchos casos apreciar un hecho concreto desde el contexto general, de una forma más coherente y armónica, que una limitada forma de análisis de extremo rigorismo formal basado en la pura letra de cada norma.

Ello es a mi entender resulta muy fundamental, en punto a lo limitado y escueto y –en parte contradictorio- en la evolución del texto de las normas y reglamentaciones fiscales en el impuesto de igualación en Argentina.

No obstante, a partir del voto en disidencia de la Dra. Elena Highton de Nolasco, y de las instancias anteriores, parte de la Doctrina Tributaria formuló también doctrinas contrapuestas a este criterio.

Así Arístides CORTI, Claudio LUIS, y Ruben CALVO⁷⁸, critican severamente la posición de la mayoría de la Corte Suprema al entender que el régimen de promoción minera lejos de fomentar el desarrollo económico, lo involucionó al degradar el medio ambiente y la calidad de los pueblos de las zonas alcanzadas por dichos emprendimientos dado el costo ecológico, humano y fiscal exorbitante, además del excesivo plazo de beneficio otorgado.

Así señalan que “... la CSJN en la sentencia “Cerro Vanguardia” no solo lo convalido, sino que efectuó una interpretación desorbitada del mismo al extender los beneficios fiscales por él acordados más allá de sus límites legales y con desatención –incluso- de la intención legislativa expresada en el Congreso de la Nación al sancionar la ley 25.063 que estableció el llamado “impuesto de igualación”...

Del mismo modo, Martín CARANTA⁷⁹, considera que se ha hecho una interpretación extensiva del concepto de estabilidad fiscal más allá de los sujetos que desarrollan operativamente la actividad minera y que ante el silencio del legislador en el otorgamiento de la estabilidad fiscal a los accionistas de sociedades, no le cabe a la Corte Suprema hacerlo. En especial, teniendo en cuenta que el artículo 14 de la Ley le otorga a los accionistas

⁷⁸ CORTI, Arístides Horacio; CALVO, Rubén; LUIS, Claudio E. (2009): “Un fallo de la CSJN que requiere revisión y una disidencia ejemplar (a propósito del caso “Cerro Vanguardia”), Revista Impuestos, 1248.

⁷⁹ CARANTA, Martín, (2009) “una interpretación cuestionable sobre el impuesto de igualación”, Suplemento de Novedades Fiscales, Diario Ámbito Financiero, 27 Octubre de 2009.

específicos beneficios a los dividendos que éstos recibieren por aportes específicos que se mantengan por cinco años

El autor, tampoco ve con claridad porqué se ha utilizado el criterio de interpretación de la significación o realidad económica si no ha existido en el caso, el uso de formas inadecuadas de parte de Cerro Vanguardia S.A, a la vez que discute la posición de no haber otorgado la interpretación del impuesto de igualación basada en la “ratio legis” del gravamen por considerar evitar que los tratamientos preferenciales sean transmitidos a los accionistas.

No compartimos esta última tesis. Aplicar el criterio interpretativo de “significación económica” como parte integrante del concepto interpretativo de realidad económica, no necesariamente implica una recalificación del acto jurídico ejecutado por inadecuado en sus formas, sino que debe añadirse también la medición adecuada del hecho imponible por su contenido económico y por la manifestación de capacidad contributiva que exterioriza el sujeto pasivo de la obligación tributaria.

Es allí donde el voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia interpreta que el sistema de imposición al dividendo debe verse de manera integrado (dentro de las teorías de imposición al dividendo explicadas en el punto II.1 del trabajo como criterio de “integración”, y no de “separación”), entendiendo en consecuencia que el gravamen está recayendo doblemente sobre la sociedad operativa y no sobre un sujeto separado al mismo (su accionista) y, por tal razón concluye que se está vulnerando la estabilidad fiscal.

III.4. Incidencia de las normas contables en el impuesto de igualación. Diferencias transitorias entre la contabilidad y el balance fiscal.

La cuestión de los criterios divergentes entre la contabilidad y los impuestos viene siendo tratado desde hace mucho tiempo. Enrique REIG (1993)⁸⁰ en un importante trabajo citando a Juan OKLANDER en la materia, comenta que entre la contabilidad y lo fiscal existen dos zonas de discrepancias totalmente diferentes: una de dependencia recíproca en las cuales las no existirían discrepancias entre las normas contables y las normas fiscales (ej.: anualidad, aplicación del criterio de lo devengado en ambos sistemas, etc.) y otra que podrían denominarse “zonas de independencia o de conflicto”.

Además dichas trataditas, detallan que sobre esta segunda zona, las diferencias no son conciliables, pues derivan de los distintos objetivos y principios a que responden la contabilidad general, por una parte, y la tributación, por otra.

⁸⁰ REIG, Enrique (1993): “Conflicto entre las normas impositivas y los principios contables”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIII, pág 129.

Dentro de estas últimas, ubica a las siguientes: “...i) *Medidas de carácter extrafiscal de la imposición; ii) Criterios de vinculación del hecho imponible con la jurisdicción política de que se trate ("fuente" o "domicilio"); iii) Concepto contable amplio de ganancia, que incluye las "de capital" y el más restringido que las excluya, total o parcialmente, que utilice la respectiva legislación tributaria; d) Diferencias entre los principios de la contabilidad fiscal y los de la contabilidad general, referidas a la temporalidad de la expresión de los resultados, como el apuntado anteriormente de "realización", relacionado en lo principal con la valuación de inventarios y costo de lo vendido, concordante con el tradicional en materia fiscal de "comodidad de pago", que crea también excepciones en la imputación al año fiscal que apartan del criterio de lo devengado aceptado por la contabilidad, difiriendo el devengamiento o permitiendo la aplicación del criterio de lo percibido en numerosas situaciones; v) un último aspecto que causa diferencias no siempre inconciliables está dado por las precisiones que, para resguardar el principio de certeza que debe regir en la definición del impuesto, da rigidez a la medición de la base de tributos, a diferencia de las opciones y flexibilidad que la contabilidad adopta en muchas de sus normas....” **(remarcado me pertenece)***

Es creciente la incidencia que estas discrepancias tienen en los impuestos nacionales y provinciales. Especialmente en los primeros advertimos que las mismas no sólo impactan en el impuesto al valor agregado, sino que también lo hacen en la liquidación del impuesto a las ganancias, y dentro de este muy especialmente en materia de Precios de Transferencia y en el impuesto que tratamos en este trabajo: En materia del impuesto de igualación.

Como se mencionó, en el aspecto objetivo vinculado con su hecho imponible, las diferencias de valuación que tengan que ver con el método de impuesto diferido contable y con las normas de valuación de la profesión contable (FASB 109; Actuales Normas Internacionales de Información Financiera de IFRS, internalizadas por Resolución Técnica N° 26, etc.), pueden llevar a que las imposiciones lleguen a ser diferenciadas dependiendo de su correcta o incorrecta aplicación.

En palabras de Hugo Alberto LUPPI y Fernando GARCIA (2009)⁸¹: “... Pero la preguntas de fondo permanecen sin una respuesta terminante: ¿pueden las normas técnicas profesionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires modificar la forma de imposición que adoptan los tributos habida cuenta del principio constitucional (más teórico que real y efectivo) de legalidad que rige en el sistema tributario? En ese caso, al ser de aplicación optativa ¿no se vulnera el principio de igualdad?...”

Si bien la respuesta a ese interrogante no resulta única, en nuestra interpretación, consideramos que la contabilidad no debe ser integrada como una metodología mandatoria

⁸¹ GARCIA, Fernando D; LUPPI, Hugo Alberto (2009): “Aspectos impositivos de las nuevas normas contables. A propósito de la RT 26 y las NIIF (normas internacionales de información financiera). Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXX., Pag. 727

sino supletoria de la fiscalidad, materia que tiene sus propios principios y normas de valuación para la mayoría de los rubros que integran los estados financieros o contables. En efecto, sólo en el caso en que la fiscalidad no posea un sistema de valuación específico, se debiera recurrir al sistema de valuación utilizado por las normas contables.

En ese sentido, Gabriel GOTLIB (2005)⁸² quien después de realizar un análisis minucioso de las influencias que la contabilidad tiene en la tributación (medio de prueba y fuente del derecho comparado), concluye frente al tema que *“no hay razón para establecer diferencia cuando existe una remisión a una norma contable. Sin embargo, la solución no resulta tan clara, cuando hay la remisión más general.*

En particular y por ejemplo, para el impuesto de igualación, sostiene que la norma refiere de manera directa al resultado contable, y que si existe cambios en los criterios de valuación contables, automáticamente habrá un cambio en la aplicación del impuesto.

En palabras de Gabriel GOTLIB (2005): *“...Un caso relativamente claro es el del denominado “impuesto de igualación” que, a grandes rasgos, grava las distribuciones de utilidades que no hayan tributado impuesto conforme a las normas establecidas por la ley del impuesto a las ganancias.... La distribución de utilidades exige que haya ganancias contables líquidas y realizadas, con lo que el impuesto grava, en definitiva, las diferencias entre la ganancia contable e impositiva. Cuando se altera la definición de la ganancia contable, se modifica también la aplicación de este impuesto. Esta correlación es la específicamente deseada por el legislador y la plasmada...”*

En nuestra opinión, la referencia es clara pero no logra modificar el problema de fondo, por cuanto es obvio que dado que el base imponible del gravamen se compone por la diferencia de dos ítems: el contable y el impositivo, si se modifica cualquiera de ellos, el impuesto también se verá alterado.

Por más que aquí se realice una buena referencia legal a la norma contable, la controversia de fondo (por ejemplo frente a los quebrantos impositivos o frente a las diferencias temporales), no se subsanaría pese a que la remisión a la norma contable sea realizada con total claridad, ya que, el problema de fondo (consistente en gravar o desgravar materia imponible dependiendo de la situación coyuntural que tenga la sociedad de capital frente a las diferencias transitorias del ente), subsiste, no habiendo sido este, el objetivo perseguido por el legislador al tratar de igualar la renta empresaria de manera horizontal.

Es por ello, que las diferencias en esos principios desencadenan necesariamente conflictos que tienen directas implicancias en el “quantum” de la obligación tributaria por este impuesto determinada.

⁸² GOTLIB, Gabriel (2005): “Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Pág 147.

La doctrina ha mayoritariamente criticado la subsistencia de diferencias temporales dentro del impuesto de igualación⁸³ pues reconocen que las mismas constituyen distorsiones del impuesto dado que no apuntan al objetivo estricto de la norma cual es la gravabilidad de las rentas exentas en cabeza de la sociedad emisora de las acciones. Otra parte de la doctrina, reconoce la existencia de dichas diferencias y las atribuyen a errores o imperfecciones de técnica legislativa o directamente a una decisión oculta del legislador⁸⁴.

Ello ocasiona en la práctica sobre las sociedades de capital, la necesidad de postergar en algunos casos, la decisión de votación del dividendo al que el accionista tiene derecho, a fin de eludir la carga fiscal analizada, con el efecto negativo (en épocas de alta inflación como la actual) de la consecuente pérdida en el poder adquisitivo de la moneda sobre el derecho creditorio que posee de la sociedad de la cual participa.

Ello no empece, que tal como sugiere Fernando GARCIA⁸⁵ en esos casos, los accionistas recurran a la disposición de fondos mediante mutuos financieros, con el costo impositivo asociado (no para las Sociedades de Responsabilidad Limitada), de la obligación de devengamiento de intereses presuntos previstos por el artículo 73 de la LIG y el artículo 100 de su Decreto reglamentario, gravados en el impuesto a las ganancias corporativo.

III.5. Incidencia de los institutos en materia societaria en el impuesto de igualación: Los movimientos patrimoniales dentro del patrimonio neto de las sociedades de capital.

Un foco de conflicto bastante debatido en la doctrina fiscal, se generó en la segunda parte de la década pasada como consecuencia ciertas interpretaciones que el Fisco Nacional dejó entrever sobre ciertos institutos societarios previstos en la Ley de Sociedades Comerciales.

Algunos de esos institutos ocasionaron la existencia de simples movimientos contables patrimoniales que se realizan en las distribuciones de resultados, como consecuencia de la aplicación legal de dichos institutos societarios⁸⁶ y sobre ellos no aplica el impuesto de igualación. Sin embargo, sobre otros, al tener trascendencia resultados positivos contables acumulados, sí podría llegar a aplicarse el mismo.

Asimismo, parte de estos institutos, intentaron ser aclarados por la reglamentación del impuesto de igualación, mientras que otros, directamente fueron interpretados por el Fisco a

⁸³ Ver al respecto REIG., Enrique, “Impuesto a las ganancias”, Pág. 911; RAJMILOVICH, Darío, “Manual de Impuesto a las ganancias”, Pág. 571; LORENZO, Armando y Otros, “Tratado de Impuesto a las Ganancias”, Pág. 506; RUIVAL, Ruben, “impuesto de igualación”, Doctrina Tributaria Errepar, entre otros.

⁸⁴ Bajo esa escuela COLONNA, Gustavo; “Impuesto de Igualación” Doctrina tributaia Errepar; CALZETTA, Daniel, “Impuesto de Igualación”, Doctrina Tributaria Errepar.

⁸⁵ Op. citado en Nota 58.

⁸⁶ Dividendos resultantes de los aumentos o disminuciones patrimoniales por Capitalización de resultados positivos contables o de incrementos patrimoniales por “Aportes Irrevocables para futura suscripción de acciones”; la registración y distribución posterior como dividendos especiales sobre las primas de emisión; reducciones obligadas de capital por absorción de pérdidas contables; etc.

partir de las disposiciones generales previstas para el régimen general de dividendos incluidas en la LIG o en la Ley de Sociedades Comerciales (Ley 19.550 y sus modificaciones).

A los fines de este trabajo, conceptualmente nos referiremos sintéticamente a los siguientes:

- 1) Bienes Adjudicados a los socios (Art 71 del Decreto Reglamentario de la LIG)
- 2) Cese de actividades de sociedades de personas o empresas unipersonales (Art 72 del Decreto Reglamentario de la LIG)
- 3) Dividendos en especie (Art 72 de la LIG);
- 4) Dividendos de Liquidación y Rescate de Acciones (Art. 102.1 de la LIG);
- 5) Reducción de Capital voluntarias y obligatorias;
- 6) Otras formas de reducción de acciones previstas en la Ley de Sociedades Comerciales;
- 7) Devolución de Aportes Irrevocables para futura suscripción de acciones de la sociedad hacia los accionistas;
- 8) Primas de Emisión de acciones;
- 9) Dividendos posteriores al momento del saneamiento de sociedades con dificultades financieras.
- 10) Dividendos o Utilidades anticipadas o provisionales;

III.5.1. Bienes Adjudicados a los socios (Artículo 71 del Decreto Reglamentario de la LIG)

Dicha norma dispone que cuando las sociedades de personas y empresas unipersonales así como las Sociedad de Responsabilidad Limitada, las Sociedades en Comandita Simple y en Comandita por Acciones, y las sociedades de profesionales complementados por una actividad comercial, adjudiquen por disolución, retiro o *reducción de capital* bienes, los mismos se considerarán realizados al precio de mercado al momento de la adjudicación.

Como puede apreciarse, la norma equipara la disposición de la especie entregada por adjudicación como si se tratara de con una venta de bien no computable sujeto al gravamen⁸⁷.

Este movimiento no se los sujeta a impuesto de igualación eventualmente en cabeza de la sociedad de capital que corresponda.

Así fue entendido por el dictamen 71/2004⁸⁸ que ante el caso de una distribución de un inmueble en el caso de una disolución societaria comentó que “...*Como corolario de lo expuesto, y a los fines de esclarecer la inquietud planteada por la consultante, este servicio asesor concluye que la transferencia del bien a los accionistas de hecho involucra la disolución de la sociedad y consecuentemente, el rescate de las acciones emitidas, por lo que*

⁸⁷ En efecto, la norma coherentemente aplica el principio de “enajenación” dispuesto por el primer párrafo del artículo 3 de la LIG, en donde se considera como tal en general “...*todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso...*”.

⁸⁸ Dictamen (DAT) 71/2004, del 25/11/2004.

la sociedad disuelta deberá computar como ganancia gravada, en el ejercicio correspondiente a su cesación de negocios, el resultado proveniente de comparar el valor de plaza del inmueble transferido con su costo impositivo.

Adviértase que un criterio opuesto al aquí esbozado conduciría a que se otorgue a la operatoria "sub examine" un tratamiento tributario disímil al que cabría otorgar en el supuesto de que la sociedad hubiera enajenado el inmueble y distribuido posteriormente el producido entre sus componentes.

Obsérvese que el dictamen asimila a la entrega de la especie en liquidación como si se tratase de un “rescate de acciones”, instituto este que se asimila a la reducción de capital compulsiva o a la amortización de acciones que veremos en el punto II.5.6. siguiente.

III.5.2. Cese de actividades de sociedades de personas o empresas unipersonales (Art 72 del Decreto Reglamentario)

Cuando las sociedades de personas, empresas o explotaciones unipersonales (nótese que NO incluye a las Sociedades de Responsabilidad Limitada) y las sociedades de profesionales organizados complementados con una actividad comercial, cesen sus actividades, desde el punto de vista fiscal continuarán existiendo, hasta que realicen todos sus bienes ó estos se incorporen definitivamente al patrimonio del socio o único dueño.

Para ello, la norma toma un período de “sospecha” de 2 años desde la fecha en que la empresa o explotación realizó la última operación comprendida dentro de su actividad, como para que las disposiciones de bienes realizadas como consecuencia de ellas, se sigan imponiendo en cabeza de la persona física en caso que las mismas se enajenen los bienes antes de dichos período.

Finalmente, la eventual adjudicación no se sujeta al impuesto de igualación por tratarse de sociedades de personas y no de sociedades de capital

III.5.3. Dividendos en especie (Art 72 de la LIG).

El tercer párrafo del artículo 69.1. de la LIG, dispone que los dividendos en especie sujetos al impuesto de igualación (1er. párrafo) será ingresado por el sujeto que efectúe la distribución o el agente pagador (sociedad de capital). La norma también aclara que el sujeto pagador tiene el “derecho de retención” sobre la especie a ser entregada hasta que el beneficiario no le reintegre el monto del dividendo retenido como único y definitivo.

Paralelamente, el artículo 72 dispone la gravabilidad de los resultados derivados de la puesta a disposición de dividendos o la distribución de utilidades en especie, que originen las diferencias entre el valor corriente en plaza a la fecha de disposición de la especie y el costo

impositivo que tenga la especie distribuida⁸⁹. Aquí también se aplica el mismo principio del artículo 3 de la LIG explicado en el punto precedente.

III.5.4. Dividendos de Liquidación y Rescate de Acciones (Artículo 102.1 de la LIG).

El último párrafo del mencionado artículo prevé que el impuesto de igualación del artículo 69.1, será de aplicación cuando que se disponga o se pague en efectivo o en especie a los accionistas o socios de sociedades de capital, como consecuencia de la liquidación social, lo que vulgarmente se denomina, “dividendos de liquidación”.

En efecto, la LIG le otorga al acto de entrega de bienes o fondos a los socios, como consecuencia de la liquidación social, la naturaleza jurídica de dividendo (no de recompra de títulos valores o rescate de acciones).

Se entiende por “dividendo de liquidación”, a las diferencias resultantes entre las sumas cobradas por el accionista (con contraprestación) y la porción que representa en dicha suma, el reintegro de capital y otros rubros del patrimonio neto que no representen resultados acumulados. También están incluidos en este concepto, las sumas percibidas en los casos de liquidación total o rescate de acciones.

Obsérvese que dicho en otros términos, para su existencia, debiera verificarse en todos los casos, una suerte de distribución total o parcial, directa o a prorrata de resultados contables previamente capitalizados dentro del patrimonio neto societarios.

Por otra parte el rescate de acciones también es sujeto a imposición por el artículo 69.1 en la medida que el mismo represente la distribución de ganancias líquidas y realizadas previamente por la sociedad de capital. Este punto será abordado más adelante con más detalle en el punto II.5.6. de este trabajo.

III.5.5. Reducción de Capital voluntarias y obligatorias.

Es posible que el capital social de la sociedad de capital, pueda verse reducido por situaciones voluntarias o facultativas, que no resultan compulsivas para la sociedad, pero también por verse obligadas a hacerlo del puro derecho por expresa disposición emanada de la Ley de Sociedades comerciales (Ley N° 19.550), en cuyo caso la doctrina del derecho societario las denomina forzosas o necesarias.

Dentro de las primeras podríamos señalar a las:

1. Reducciones “por exceso de capital”: Debido a excesos de bienes o capital de trabajo necesarios para operar por la sociedad, decidiéndose de manera autónoma su reducción. En este caso, nos encontramos con una reducción efectiva que afecta las

⁸⁹ Por su parte el artículo agregado a continuación del artículo 149 del DRLIG para el impuesto del 10% disponen que idéntico tratamiento para valuar el dividendo en especie.

finanzas corporativas de la sociedad pues la misma implica también una reducción del patrimonio neto societario o,

2. Reducciones “por pérdidas” (Artículo 205 de la Ley 19.550): No estaría en el supuesto de reducción por pérdidas obligatorias, estando originadas en la necesidad de sufragar en palabras de Armando LORENZO⁹⁰ “... *pérdidas sufridas por la sociedad para restablecer el equilibrio entre el capital y el patrimonio social...*”. Este tipo de reducciones no representan contraprestación alguna en favor del accionista ni un movimiento “a la baja” del patrimonio neto de la sociedad de capital.

Se podrían incluir dentro de este segundo tipo de reducciones, dentro del concepto de pérdidas forzadas o necesarias a las siguientes:

- a) Reducciones “por pérdidas contables” (artículo 206 de la Ley N° 19.550): Situaciones en las cuales dichas pérdidas, superen el monto de las reservas libres y el 50% del capital social.
- b) Reducciones compulsivas por el ejercicio del “derecho de receso” (Artículo 245 Ley N° 19.550), de los accionistas disconformes con ciertas determinaciones sociales emanadas de artículo 244 de la Ley de sociedades, pueden pedir el retiro de su parte proporcional aportada. Normalmente, si dichas acciones no pueden volver a ser colocadas en el mercado, entonces, necesariamente implicará una deducción del patrimonio neto.

Efectos tributarios en el impuesto de igualación de las reducciones

Ya sea desde la perspectiva del accionista, cuanto de la sociedad emisora de las acciones, la reducción de capital “por pérdidas”, sean estas voluntarias o compulsivas, no generan ningún tipo de impacto impositivo en el gravamen de igualación, ello por cuanto no trae consigo la disposición de bienes en favor del accionista así como tampoco una renta o enriquecimiento como en algún caso, se podría generar, cuando se produce un rescate de acciones.

En adición, para la sociedad de capital, no se genera variación modificativa alguna, que impliquen una reducción o aumento de su patrimonio neto, sino una simple permutación dentro del mismo, sin afectar el valor de la renta societaria.

Por lo tanto, dichos institutos no deben ser considerados como sujetos al impuesto de igualación incorporado al artículo 69 de la LIG.

⁹⁰ LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CAVALLI, Cesar (2001): “Rescate de acciones y otras variaciones patrimoniales en el impuesto a las ganancias (2da Parte); Doctrina Tributaria de Errepar, XXI.

III.5.6. Otras formas de reducción de Capital previstas en la Ley N° 19.550.

También podrían reducirse el capital como consecuencia de las siguientes situaciones establecidas en la Ley de Sociedades:

- 1) Reducción por adquisición y cancelación de propias acciones (Artículo N° 220 de la Ley N° 19.550): En este caso la sociedad puede adquirir las acciones que emitió en los siguientes casos: i) previo acuerdo de reducción de capital. Esta modalidad se la conoce como “rescate de acciones” en la doctrina societaria⁹¹ o ii), excepcionalmente con ganancias realizadas y liquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y para evitar un daño grave (el que a mención de Zaldivar debe ser un daño concreto y real, no eventual o futuro)⁹² o; iii), por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore⁹³.
- 2) Reducción por amortización de acciones (Artículo N° 223 de la Ley N° 19.550): Las mismas se realizan con ganancias líquidas y realizadas, mediante una resolución previa de la asamblea que fije el precio justo y asegure la igualdad de los accionistas. Si las acciones son amortizadas parcialmente se asentarán en los títulos o en las cuentas de las acciones escriturales. En cambio si la amortización es total, se anularán reemplazándose por “bonos de goce”, los cuales dan derecho a su tenedor a participar en las ganancias y en caso de disolución al producido de la liquidación, después de reembolsado el capital nominal de las acciones no amortizadas. La naturaleza jurídica de este instituto es similar al de la reducción voluntaria descrita en el artículo 205 de la Ley de Sociedades
- 3) Reintegro del capital por pérdidas (Artículo 96 de la Ley N° 19.550): Mediante este instituto, los accionistas ante la existencia de pérdidas del capital social, acuerdan el reintegro del citado capital (en general a prorrata de sus anteriores suscripciones), sin

⁹¹ Desde el punto de vista societario, la CNV ha aclarado el concepto de acciones rescatables y acciones no rescatables por Resolución N° 26/72, con mira a lo dispuesto por el decreto ley 19.652/72. De acuerdo con el decreto citado, debe entenderse por acciones rescatables aquellas cuyo rescate o compra total o parcial por parte de la sociedad esté establecido en el tiempo o librado a opción del accionista de acuerdo con las condiciones de emisión, o cuyo rescate o compra total o parcial estén comprometidos de cualquier forma, que no sea la prevista al definir las acciones no rescatables. Las acciones no rescatables, en cambio, son aquellas que únicamente pueden ser objeto de rescate como consecuencia de una reducción de capital decidida por la asamblea de accionistas. Asimismo, en la doctrina societaria, la operación conocida como “rescate de acciones” merece el calificativo de “amortización de capital impropia”. Si la sociedad emisora adquiere las acciones con detrimento de capital ha de implicar una correspondiente reducción del mismo. En cambio, cuando la sociedad adquiriera sus acciones con beneficios o reservas, no tiene porqué haber reducción de capital, ya que los fondos empleados para financiera la operación son sumas no destinadas a cubrirlo, por ello es que este supuesto las legislaciones otorgan un régimen jurídico diverso, con mayores garantías cuando implica reducción de capital. Otros autores como Pérez de la Cruz Blanco, A “la reducción del capital”, indica que si las acciones compradas por la sociedad se anulan, siendo así que el capital se integra con la suma del valor nominal de todas las acciones, su reducción se hace imprescindible al desaparecer un grupo de sumandos.

⁹² Este tipo de operaciones es vulgarmente conocida como “rescate por autocartera” y se caracteriza por verificarse un cargo a **ganancias líquidas y realizadas** o reservas líquidas de la sociedad. Sobre ellas no hay reducción de capital ni tampoco una anulación de títulos, porque las acciones son mantenidas en el Patrimonio neto en reservas hasta su enajenación al cabo de un año.

⁹³ Se trata de una compensación mediante la cual se absorbe un patrimonio neto universal en cuyo activo se encuentran las acciones de la sociedad absorbente (down-string merger) o fusión impropia o también el fondo de comercio considerado.

recibir a cambio de dichos aportes nuevas acciones. Algunos autores como Armando LORENZO y Otros (2001)⁹⁴, consideran que ello constituye una operación que abarca dos situaciones patrimoniales simultáneas: Por un lado, una reducción de capital por pérdida y por otro, un aporte de una suma que permite que se reestablece el capital, sin que implique un que aumente el valor o el número de acciones en circulación. Sin embargo Enrique ZALDIVAR⁹⁵ lo asimila a una institución completamente independiente de la reducción de capital dado que justamente la disolución por pérdida del capital social no se produce como consecuencia del reintegro total o parcial del mismo y que la norma no exige como requisito previo a la reducción. A tales efectos enseña que “... Señalamos que el reintegro no importa una modificación del capital; por el contrario, **tiende a su mantenimiento**, desde el momento que implica acrecentar el patrimonio social en la medida que resulta preciso para que el exceso de los valores del pasivo coincida con la cifra de capital...” (**destacado nos pertenece**)

Efectos Impositivos en el impuesto de igualación

El “reintegro de capital por pérdida” (punto 3) anterior), por pérdidas – al igual que las reducciones de capital optativas o compulsivas ya comentadas en el punto II.5.3.-), tampoco genera ningún tipo de efectos fiscales en el impuesto de igualación, más que el deber que tendrá el accionista en su declaración jurada personal de justificar el origen de los fondos con los que ha realizado el aporte o reintegro de fondos para “sanear” a la sociedad que los recibe.

Ello por cuanto, no se verifican movimientos de resultados en la sociedad emisora de las acciones, más que la existencia de desfases financieros, o falta de capital de trabajo producto de la existencia de pasivos societarios superiores a sus activos.

Un punto especial en este trabajo es el referido al punto 1) anterior, el que se vincula al concepto de “rescate de acciones”.

El concepto de rescate de acciones no se encuentra definido por la Ley de Sociedades Comerciales argentina. Sin embargo, podríamos decir, que en la LIG, se refiere al concepto “rescate de acciones” en el caso del denominado “dividendo de distribución” en las definiciones utilizadas por la misma (para el dividendo de fuente extranjera) por el artículo 142 de la LIG y por el cuarto párrafo del primer artículo agregado a a continuación del artículo 102 del DRLIG y por el quinto artículo agregado a continuación del artículo 149 del Decreto Reglamentario⁹⁶ de la LIG, (para el dividendo de fuente argentina)⁹⁷.

⁹⁴ LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CAVALLI, Cesar (2001): Op Cit. En nota 74

⁹⁵ ZALDIVAR, Enrique: Obra citada en Nota 44 anterior.

⁹⁶ En referencia al nuevo impuesto del 10% sobre los dividendos, incorporado por Ley N° 26.893.

⁹⁷ Dichas normas realizan una distinción dependiendo de si las acciones que se rescatan hayan sido suscriptas por el accionista que las rescata, lo que se podría denominar “dividendo de distribución” (diferencia entre el

Para el caso del impuesto de igualación, el citado artículo agregado a continuación del artículo 102 del DRLIG dispone que el impuesto de igualación resulta aplicable para el caso de:

- Liquidación social (ver comentarios punto d) anterior) y;
- Rescate de acciones o cuotas de participación, respecto al excedente de las utilidades contables acumuladas sobre las impositivas.

Consecuentemente, ningún otro tipo de los institutos previstos por la Ley de sociedades de los mencionados más arriba, deberían quedar inmersos en el impuesto de igualación previsto por el artículo incorporado a continuación del artículo 69 de la LIG.

No fue esa la interpretación realizada por en su oportunidad por el Fisco a través del dictamen 16/1984 y AFIP DGI N° 38/2003, así como los dictámenes 11/2004 y 71/2004, que asimilan al rescate acciones como una “permuta” en los términos del artículo 1485 del Código Civil, en donde el accionista entrega las acciones y la sociedad una cosa (en el caso un inmueble, etc.).

Tal como señalan Fernando GARCIA y Omar PANTANALLI⁹⁸, no resulta propio que el rescate se lo asimile a una permuta, ya que está última “...es un contrato bilateral, que supone un intercambio de bienes y en el rescate no es bilateral (la sociedad decide unilateralmente reducir el capital) ni hay bienes (al reducirse el capital, las acciones carecen de valor) desde el punto de vista de la reducción de capital, se realiza con cargo a capital social y por lo tanto, tampoco puede considerarse una distribución de utilidades...”

El dividendo de distribución, proveniente de la liquidación social o del rescate de acciones conceptualmente es tratado fiscalmente entonces de la misma manera que lo es un dividendo propiamente dicho (en dinero o en especie), y por lo tanto se lo sujeta a tributación en el impuesto de igualación, y también, en el impuesto especial cédular del 10% previsto por la nueva norma legal (Ley N° 26.893).

En ambos supuestos, la LIG utiliza dicha terminología cuando la sociedad se apodera de sus propias acciones, ya sea con o sin contravalor económico en beneficio de su/s accionista/s.

Aunque no resulta ocioso volver a destacar, –como se dijo más arriba-, que es claro que no en todos los tres supuestos previstos en el artículo 220 de la Ley de Sociedades se estaría frente al hecho imponible habida cuenta que en algunos de ellos, no se verifica la existencia de

importe del dividendo y el costo computable determinado por acción por la ley) y, el caso en que las acciones que se rescatan hayan sido previamente adquiridas a terceros sujetos, operación esta última que se asimila a un “resultado por enajenación de acciones”. En este último caso, si el resultado fueran pérdida, los mismos se podrán compensar con el importe del dividendo proveniente del rescate que la origina y, en el caso de quedar un remanente de pérdida no compensada, el remanente será aplicable contra ganancias que se obtengan de la misma especie y calidad (ídem tratamiento de quebrantos específicos previstos por los artículos 135 LIG y 19 respectivamente).

⁹⁸ GARCIA, Fernando, (2008), op. cit. en nota 58.

ganancias líquidas y realizadas que impliquen una distribución de “dividendo de distribución”, sino el reembolso del capital aportado por el socio o accionista.

En consecuencia, - a fin de someterlos a imposición en el impuesto de igualación sobre los dividendos-, en mi opinión, deberá analizarse en cada caso descripto, cuál es tipo de “rescate de acciones” que se configurará de acuerdo con el artículo 220 de la Ley societaria, para luego determinar si los mismos configuran o no un supuesto de imposición en ambos gravámenes.

En efecto, en algunos supuestos mencionados, (solamente puntos ii) del punto 1) anterior y el 2) anterior, y puesto que en ellos la reducción proviene de utilidades líquidas y realizadas), estos institutos podrían llegar a tener impactos en el impuesto de igualación y también en el impuesto cedular del 10%, solamente limitados a aquellos casos en los cuales dichos apoderamientos, impliquen una distribución de utilidades del ejercicio o, de ejercicios anteriores retenidas por, la sociedad emisora de las acciones.

III.5.7. Devolución de Aportes Irrevocables para futura suscripción de acciones de la sociedad hacia los accionistas.

Los aportes irrevocables para futura suscripción de acciones (o la denominación que de ellos sea realizada), no se encuentran formalmente legislados por la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales. Sin perjuicio de ello, la Inspección General de Justicia (IGJ), ha reglamentado sus aspectos operativos esenciales, mediante las Resoluciones Generales N° 25/2004 y 7/2005, en las cuales se menciona las principales características a fin de poder distinguir a las dichas aportaciones dentro del rubro patrimonio neto o, en su defecto, dentro del pasivo de la sociedad que lo recibe en función de sus características y el plazo de aprobación que sobre ellos haga la Asamblea de accionistas de la sociedad recipiente de los mismos.

En el caso, si pasaran más de 180 días desde la fecha en que fueron aceptados por el directorio (u otro organismo equivalente en otro tipo societario) y no estén aprobados o se aprobaran fuera de dicho plazo, por parte de la Asamblea de accionistas, serán considerados pasivos sociales.

La doctrina societaria en palabras de Ricardo NISSEN⁹⁹ ha opinado que “...que no es difícil advertir que bajo tan pomposo nombre se disfraza un préstamo mercantil de carácter gratuito, el cual se le ha cambiado de denominación para evitar que dicho mutuo engreose el largo pasivo de la sociedad...”.

Concretamente, en la exposición de motivos de la Resolución General (IGJ) N° 25/2004 se califica a los aportes irrevocables como "capital de riesgo", al tiempo que se veda la

⁹⁹ NISSEN, Ricardo, Op Citado, Tomo III, pág. 409.

aplicación de intereses y se supedita su devolución al mejor derecho que se les asigna a los acreedores societarios, conforme el artículo 3876 del Código Civil.

En virtud a ello, en el caso que los mismos resultaren devueltos desde el patrimonio neto, la AFIP había opinado mediante nota N° 1453/05 en respuesta a una consulta del Colegio de Abogados de la Capital Federal, que dichos aportes se encontraban sujetas al impuesto de igualación por asimilarse a una reducción de capital (de las previstas “por analogía” a las mencionadas –liquidación social y rescate de acciones-, en el artículo a continuación del artículo 102 del DRLIG) y que la conversión en pasivo subordinado genera la aplicación de intereses presuntos previstos por el artículo 73 y de la LIG y artículo 103 del DRLIG.

Es de destacar que la propia AFIP modificó su criterio a posteriori, mediante lo establecido en el Dictamen (DAT) N° 26/2007¹⁰⁰, y basándose en los dichos de la doctrina de Ricardo Nissen mencionada más arriba, revirtió lo mencionado en la nota N° 1453/2005 de la Subdirección General de Legal y Técnica del mismo Organismo al decir que “ *cabe señalar que las sumas abonadas por sobre el valor original del aporte irrevocable no revisten el carácter de dividendos sino que constituyen rendimiento del pasivo originado oportunamente, y por lo tanto una ganancia gravada para el aportante no resultando de aplicación las disposiciones contenidas en el artículo agregado a continuación del 69 de la Ley de impuesto a las ganancias y el último párrafo del artículo agregado a continuación del 102 de su decreto reglamentario...* ”

En la nueva interpretación se deja establecido que, bajo ningún concepto puede considerarse como integrativo del capital de una sociedad el importe de los aportes irrevocables, en tanto no se haya celebrado previamente una asamblea de accionistas o reunión de socios que haya aceptado expresamente el aporte y haya emitido las acciones y/o cuotas sociales correspondientes.

Consecuentemente, se concluye en la inaplicabilidad del impuesto de igualación sobre los excedentes respecto de los importes previamente recibidos por la sociedad, considerándolos - en cambio- como retributivos de un préstamo.

III.5.8. Primas de emisión de acciones.

Como se ha manifestado la suscripción de acciones por parte de nuevos accionistas a los históricamente existentes en las sociedades de capital, genera para estos últimos el derecho a solicitar que los nuevos accionistas suscriban, además del valor nominal de la acción, un importe adicional denominado “primas de emisión”, que representa un valor para poder equiparar su situación patrimonial proporcional con la de los viejos accionistas, siendo distribuable, -bajo ciertas circunstancias- por expresa disposición legal.

¹⁰⁰ Dictamen (DAT) N° 26/2007, del 30/4/2007.

En efecto, la Ley de Sociedades en su artículo 202 prohíbe la emisión de acciones bajo la par, y paralelamente autoriza la emisión de acciones con prima que supone además del desembolso del valor nominal de las acciones, una aportación suplementaria a cargo de los nuevos suscriptores. Dicho suplemento en el aporte, no aumenta la participación del socio en la compañía y por lo tanto no integra el capital social de la misma, por lo que contablemente se expone como una reserva dentro del patrimonio neto societario.

Ricardo NISSEN citando a Juan Farina afirma que “...se ha sostenido que la prima tiene una doble finalidad. Por un lado, evitar que los nuevos accionistas se beneficien en detrimento de los anteriores, del mayor valor que tienen en el patrimonio social por sobre la cifra nominal del capital.. por otra parte, la prima tutela los derechos económicos de los accionistas que no pueden suscribir las acciones correspondientes al aumento de capital, asegurándole que su participación no perderá el valor económico, o lo perderá en una medida menor que si la emisión se hubiera producido a la par...”

Por su parte, la LIG prevé una exención destinada abiertamente a las sociedades de capital, (inc p) del artículo 20 de la LIG), mediante la cual, se exime del impuesto a las “... primas de emisión de acciones y las sumas obtenidas por las sociedades de responsabilidad limitada, en comandita simple y en comandita por acciones, en la parte correspondiente al capital comanditado, con motivo de la suscripción y/o integración de cuotas y/o participaciones sociales por importes superiores al valor nominal de las acciones...”

Como se podrá apreciar, la norma aclara esta posición, a mi entender, de manera redundante para las sociedades no incluidas en el apartado 2 del artículo 2 de la LIG, por cuanto, como se explicó arriba, las ganancias no habituales u ocasionales no se encuentran alcanzadas por para dichos sujetos por la teoría de la fuente. Sin embargo, la exención podría tener sentido para las sociedades capital que tributan por la teoría del balance, (aún cuando las mismas primas no forman parte del estado de resultados contables de las sociedades emisoras de las acciones, sino de su patrimonio neto), pues en términos globales podrían ser rédito imponible de conformidad a dicha teoría prevista para los sujetos empresas.

Sin perjuicio de ello, basado en el esquema de la exención citada, el artículo a continuación del artículo N° 102 del DRLIG, estableció que la distribución de utilidades exentas provenientes de primas de emisión, queda alcanzada por el régimen del Impuesto de Igualación, debiendo en consecuencia cotejarse con el saldo del “Fondo de Acumulación” existente al cierre del ejercicio fiscal inmediato anterior y de mediar un excedente, sujetarlo a la retención del 35% .

Adolfo ATCHABAIAAN (2013)¹⁰¹ al referirse al concepto de renta y su evolución en la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, con relación específica a las primas de emisión de acciones, y sobre la base de la legislación imperante al momento en que fue dictaminado

¹⁰¹ ATCHABAIAAN, Adolfo (2013): “El concepto tributario de renta: Su evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. En libro “La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – a 150 años de su primera sentencia, Directores: CASÁS, José y FREYTES, Roberto, Coordinador: LALANNE, Guillermo”, Editorial Errepar.

el precedente de fecha 25/11/40 en la causa, señala los dichos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo "Sedalana S.A. c. Gobierno Nacional de la siguiente manera:

*"... la prima por valorización, o sea, el mayor valor asignado sobre el nominal a las nuevas acciones emitidas, con lo cual se compensaban las reservas acumuladas y que se formaron con beneficios anteriores que nos distribuyeron a los accionistas, a cuyos patrimonios en realidad correspondía, **constituye aumento de capital y no un rédito imponible**".(remarcado nuestro)*

En el mismo artículo ATCHABAIAN debate la diferencia existente entre rédito y patrimonio, citando al Fallo: "Petróleo de Challacó, Neuquén Ltda. V. Gobierno Nacional", de fecha 17/12/38, el cual estableció la siguiente doctrina:

"Que estas nociones permiten establecer que económicamente, capital como opuesto a renta, es todo bien o conjunto de bienes susceptibles de producir réditos a su poseedor y todo capital preparado o habilitado para producir réditos es una fuente de éstos".

"Que toda la preocupación de la ley de impuesto a los réditos ha consistido en mantener en cada una de sus cláusulas la distinción permanente entre capital y renta. Ninguna de ellas decide que el capital de una sociedad se convierta automáticamente en rédito por el hecho de que después de realizado se distribuye entre los socios o accionistas en cuotas que representen el aporte de cada uno."

En consecuencia, la no sujeción a impuesto a las ganancias en la sociedad, no se deriva de las actividades gravadas de la sociedad sino de los derechos creditorios que sobre las participaciones sociales obtienen entre sí sus accionistas.

No obstante ello, la autoridad fiscal argentina, se expidió en este tema a través del Dictamen N° (DAT) 69/2005¹⁰², en un caso de distribución de primas de emisión a favor de accionistas distintos de aquéllos que suscribieran oportunamente las primas, opinando que en el caso particular planteado las sumas a distribuir *"... la distribución de la prima debe ser tratada como la distribución de una reserva, que constituye impositivamente una utilidad exenta y que por expresa disposición de la normativa (Artículo 102.1 del decreto reglamentario) debe sujetarse a la retención impositiva denominada impuesto de igualación..."*

Además el dictamen sin analizar más que la letra del reglamentador, (la cual a su vez está en exceso a lo dispuesto en la norma legal por lo que podría ser tachada de inconstitucional), agrega que: *"... el artículo 102 del decreto reglamentario de la ley del gravamen determina que el régimen de imposición aquí tratado es aplicable a los dividendos o utilidades ... cualquiera sean los fondos empresarios con que se efectúen el pago, como ser reservas anteriores, ganancias exentas del impuesto, provenientes de primas de emisión , u otras..."*

¹⁰² Dictamen (DAT) N° 69/2005, del 17/11/2005

En consecuencia las recepciones de primas de emisión para la AFIP constituyen utilidades para los perceptores de las mismas, no tipificándose como reducción de capital en los términos de los artículos 203 a 206 Ley de Sociedades Comerciales (LSC), y por lo tanto correspondería la aplicación del Impuesto de Igualación.

No compartimos esa conclusión. En efecto, no solo porque esa disposición reglamentaria es ilegal por ir por encima de la Ley del impuesto a las ganancias, sino porque el impuesto no grava a las distribuciones “de capital” sino a las de “utilidades” que sean exentas para la sociedad de capital.

RAJMILOVICH (2010)¹⁰³ apoyándose en la doctrina de unicidad que utiliza Dino Jarach para el trato a los dividendos comenta que: “...*En efecto, si la renta es única y la prima de emisión recibida por la sociedad representa un sobreprecio en la suscripción de nuevas acciones emitidas (capital), su devolución importa reembolso de capital para el accionista receptor, sea éste el mismo que aportó las primas o terceros que adquirieron las acciones con posterioridad (por compra, canje, herencia, donación, reorganización, etc.).La hipótesis normal en la compra, por parte de un no-accionista, de acciones que tienen implícita una reserva por prima de emisión es el pago de la prima de emisión incorporada (aunque no capitalizada) en el valor de la acción adquirida. Por lo tanto, el reembolso de la prima de emisión no comporta un incremento patrimonial sino un reintegro de capital....*

En síntesis, respecto a las primas de emisión corresponde que la AFIP revea su posición por cuanto sobre la misma la sociedad no ha obtenido rédito alguno sujeto al gravamen de igualación.

III.5.9. Dividendos posteriores al momento del saneamiento de sociedades con dificultades financieras.

Una cuestión medular en la evolución de este gravamen en el tiempo, tuvo que ver con la inmediata salida del estado financiero falencial que muchas compañías en Argentina experimentaron, unos años después de la salida de la convertibilidad del peso argentino en Enero de 2.002.

En efecto, muchas de ellas, luego de hacer frente a las pérdidas recurrentes, sea mediante aporte de capital de sus accionistas, o sea mediante reducción de capital, o de aportes irrevocables para futuras suscripción de acciones, o sea por reducción de importes de primas de emisión, absorbiendo pérdidas contables, pudieron ulteriormente distribuir dividendos o utilidades, con ganancias líquidas y realizadas genuinas obtenidas a posteriori.

No obstante ello, la distribución de utilidades con posterioridad realizadas a la absorción de las mencionadas pérdidas contables, mediante esas partidas del patrimonio neto, ha generado una “avalancha” de opiniones de la AFIP en sentido que correspondería la aplicación del impuesto de igualación

¹⁰³ RAJMILOVICH, Dario Marcelo (2010): “El impuesto de igualación”, Revista Impuestos 2010, pág 15.

En estos casos, la AFIP opinó, que si bien esta cuestión no se encuentra contemplada expresamente por la normativa vigente, que las citadas distribuciones son Distribuciones Computables susceptibles de generar el Impuesto de Igualación previsto por el artículo 69.1. de la LIG¹⁰⁴

Como se ha mencionado por la RAJMILOVICH, Dario (2010)¹⁰⁵ “... la distribución de dividendos o utilidades con posterioridad a la absorción de pérdidas contables con cargo a una reducción capital (y/o ajustes de capital), devolución de aportes irrevocables o devolución de primas de emisión es una forma contable de realizar un saneamiento de capital luego de la generación de pérdidas contables acumuladas.

En mi opinión, las citadas operaciones de absorción de pérdidas contables (No así aquellas que tienen origen en ganancias reservadas (reserva legal o facultativa)) generan automáticamente una partida conciliatoria en la Reserva Impositiva (aumentándola); en caso contrario, la distribución de dividendos futuros en exceso de la citada Reserva Impositiva, y en la medida de las sumas absorbidas en cuestión, no cumplen el presupuesto básico del Impuesto de Igualación, esto es la tributación sobre las distribuciones de utilidades que no tributaron en cabeza de la sociedad.

En el presente caso, la distribución del dividendo no tiene como causa la existencia de utilidades contables que no hubieran tributado el impuesto a las ganancias en cabeza de la sociedad, sino pérdidas contables saneadas mediante la absorción de capital (lo que incluye sus ajustes o revalúo contables) o rubros integrantes del capital (aportes irrevocables, primas de emisión), siendo esta operación ajena al "rationale" del Impuesto de igualación.

La opinión del autor, es tan ilustrativamente clara que nos exime de todo tipo de comentario adicional a la misma.

III.5.10. Dividendos o utilidades anticipados o provisionales.

Como, se explicó en los aspectos temporales del hecho imponible, normalmente los dividendos o utilidades son puestos a disposición o distribuidos por la Asamblea de Accionistas unos meses después en que se obtienen las ganancias devengadas, liquidas y realizadas contables en un ejercicio cerrado.

¹⁰⁴ En el caso de una reducción de capital y la devolución de aportes irrevocables lo hizo en el Dictamen (DI ATEC) Nota 526/05 (7/04/2005) originado en una Consulta formulada por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y en el Dictamen (DAT) N° 1/2006. Con respecto al caso de la devolución de primas de emisión en las Actuaciones (DI ATEC) N° 2.838/04.

¹⁰⁵ RAJMILOVICH, Darío Marcelo (2010), “El impuesto de igualación”, Revista “ Impuestos” Tomo 12, pág 17.

En tal sentido, el artículo 68 de la Ley de Sociedades Comerciales, prevé el principio general que tienen la distribución de utilidades en la sociedad de capital, es decir que los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos sino por ganancias líquidas y realizadas que surjan de un balance confeccionado de acuerdo con la ley y el estatuto, balance que tendrá que estar aprobado por la Asamblea de Accionistas.

Sin embargo, la votación provisional de dividendos podría darse anticipadamente, es decir antes de que opere el cierre del ejercicio fiscal por el cual dichas ganancias son generadas. Este esquema podría darse solamente en casos en donde la autoridad de aplicación en materia societaria, pueda revisar más de cerca a las sociedades y esto sería la excepción a dicho principio general de distribución.

Bajo este contexto, los dividendos anticipados se encuentran regulados en la Ley de Sociedades Comerciales. En efecto, la Ley N° 19.550 en su artículo 224 admite solo para las sociedades anónimas que se hallen sujetas a fiscalización estatal permanente¹⁰⁶ imponiendo a los órganos volitivos sociales¹⁰⁷ una responsabilidad ilimitada y solidaria por los pagos y distribuciones que realice, y tendrán la obligación de reembolsar a la sociedad cuando la utilidad final y determinada en el ejercicio, no resulte suficiente para realizar el pago de dividendos provisorio mencionado.

Este procedimiento es excepcional y es aceptado solamente respecto de sociedades que por estar sujetas a un continuo control brindan –en principio–, mayores garantías que permiten eliminar un peligro de distribución solapada de capital.

Con la aprobación del balance, en caso de haberse efectivizado el pago de dividendos anticipados, la sociedad de capital emisora de las acciones, deberá actuar como agente de retención del Impuesto de Igualación, tomando como dividendo o utilidad distribuido al menor entre la suma anticipada y el resultado contable que resulta del balance aprobado.

Desde la perspectiva fiscal, este tema tiene su esencia en el aspecto temporal del hecho imponible. En ese entendimiento, el artículo 69.1 de la LIG define qué tipos de utilidades y en qué momento han de ser consideradas a los efectos de la comparación entre el “Fondo de Acumulación” y la ganancia contable sujeta a ser distribuida como dividendos o utilidades.

Así, es importante señalar que resulta fundamental discernir el momento a partir del cual corresponde la aplicación del impuesto de igualación, dado que podría ser que el mismo deba

¹⁰⁶ Incluidas dentro del artículo 299 de la Ley de Sociedades Comerciales dispone que las sociedades anónimas además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento, disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: 1°) Hagan oferta pública de sus acciones o debentures; 2°) Tengan capital social superior a VEINTIUN MIL MILLONES DE AUSTRALIALES (A 21.000.000.000.-), monto éste que podrá ser actualizado por el Poder Ejecutivo, cada vez que lo estime necesario; 3°) Sean de economía mixta o se encuentren comprendidas en la Sección VI; 4°) Realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesas de prestaciones o beneficios futuros; 5°) Exploten concesiones o servicios públicos; 6°) Se trate de sociedad controlante de o controlada por otra sujeta a fiscalización, conforme a uno de los incisos anteriores.

¹⁰⁷ Miembros del directorio, Consejo de Vigilancia y Síndicos.

ser ingresado en oportunidad del pago del dividendo anticipado, estimando el gravamen sobre una base provisoria ó anticipar los dividendos cumpliendo con todos los ritos previstos por la Ley de Sociedades comerciales y esperar al cierre del ejercicio para contar con la base de cálculo ya definitiva para efectuar su determinación y practicar la correspondiente retención en la fuente.

En su momento, la AFIP explicó, en el seno de la Comisión de Enlace de la AFIP con el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en una reunión del 22/9/1999, que la retención procede cuando la Asamblea aprueba los dividendos y no cuando efectivamente procede el pago anticipado de los mismos¹⁰⁸

RAJMILOVICH, Darío (2010), basándose en la doctrina societaria de Nissen expresa: "*... lo referido a la repetición de dividendos no es aplicable a los dividendos provisionales o anticipados, en la medida en que los accionistas que los perciban, toman conocimiento por el solo hecho de su percepción, de que su efectivización está subordinada al beneficio que arrojó el balance del ejercicio, que permita obviamente absorber el dividendo pagado a cuenta, y que la asamblea así lo resuelva.*".

Esto significa que la consolidación del pago como dividendo se verifica cuando se produzca el cierre del ejercicio con la obtención de utilidades líquidas y realizadas. En el período intermedio, existe un anticipo a cuenta de futuros dividendos en situación de expectativa...".

El criterio que la administración fiscal ha tenido con este concepto es coincidente con la opinión mencionada. Así fue esbozado en el dictamen (DAT) N° 16/2000.

Consecuentemente, al momento del pago del dividendo anticipado no se verifica obligación de retener el Impuesto de Igualación. Recién en el momento de que se determinen las utilidades líquidas y realizadas por el ejercicio por el cual se anticiparon los dividendos o utilidades, una vez cerrado el ejercicio y aprobado el balance por parte de la asamblea de accionistas o la reunión de socios, se produce (hasta la concurrencia con la utilidad que se declara), la consolidación de los dividendos o utilidades anticipados distribuidos.

Dado que las sumas de dividendos anticipados, han sido dispuestas por la sociedad sin retención, los accionistas o socios deberían ingresar el Impuesto de Igualación (auto-retención), en los términos de lo dispuesto por la Resolución General (AFIP) N° 739/99, art. 1° y el inciso b) del artículo 1 de la Resolución General N° 2.233/07, que prevé la aplicación de un sistema de auto-retención en este caso, en cabeza del accionista o socio perceptores de los dividendos anticipados.

¹⁰⁸ El Dictamen (DAT) N° 16/2000 pero para el impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, dispuso que en realidad los dividendos cobrados anticipadamente por un accionista constituye, un pasivo hasta tanto nos e los considere definitivamente como dividendos por su aprobación por parte de la Asamblea, estimándose que debería cumplirse con ese requisito a los efectos de poder acordarle el tratamiento previsto en el artículo 6 de la mencionada norma, cual es el de considerarlo un activo no computable.

III.6. Ajuste por Inflación

La falta de reconocimiento del efecto de la inflación en los resultados fiscales, ha generado en el pasado impactos nocivos en materia del impuesto de igualación, habida cuenta que los resultados contables que son utilizados como “ganancias líquidas y realizadas “ para después distribuir el dividendo pudieron ser ajustados por inflación, y eran comparados con montos de “Fondos de Acumulación” que no tenían ese ajuste, por lo que en algunos casos, la base imponible del impuesto de igualación, (diferencia neta entre ambos importes), generaba un mayor impuesto al que se le suma implícitamente un condimento claramente extrafiscal (inflación).

La misma problemática se generó ante la existencia de reducciones de capital que contenían resultados acumulados o reservas de utilidades.

Andrés EDELSTEIN¹⁰⁹ señalaba que *El Ministerio de Economía de la Nación, conteste de la inoperancia de este dispositivo en un contexto inflacionario, había anunciado a fines de 2002 la suspensión del impuesto de igualación, medida que nunca fue implementada....”*

Este efecto nocivo, no fue nunca tratado por el Fisco, y claramente aún en el caso en que el gravamen funcione tal como el espíritu de la norma se encuentra establecido (solo sobre rentas exentas), en la medida que los estados financieros permitan el ajuste por inflación de sus resultados y el fiscal no, continuarán generando hipótesis de conflicto que podrían ser resueltas admitiendo nuevamente el ajuste por inflación de las bases imponibles impositivas que forman parte del “fondo de Acumulación” (sustraendo).

III.7. Regla de capitalización exigua

La reforma legal establecida por la Ley N° 25.784 (B.O.: 22/10/2003) reformó el inciso a) del artículo N° 81 de la LIG confiriendo el carácter de “dividendo” a los intereses de deudas que no resulten deducible de acuerdo a las pautas dadas por la misma norma¹¹⁰.

En esencia la norma descripta restringió las reglas de capitalización exigua a los casos en que exista una relación de control o vinculación entre prestamista y prestatario, lo que sugiere

¹⁰⁹ EDELSTEIN, Andrés (2010): “Algunas consideraciones sobre el denominado “Impuesto de Igualación”, Consultor Tributario, Enero 2010, Pág. 29

¹¹⁰ De acuerdo con dicha norma, no resultan deducibles los intereses de deudas tomados por los sujetos empresas locales (excepto por los originados en préstamos comprendidos en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93 de la LIG), con personas no residentes que las controlen en la proporción correspondiente al monto del pasivo que los origina, existente al cierre del ejercicio, que exceda a dos veces el importe del patrimonio neto a la misma fecha.

implícitamente que desde el punto de vista de la “ratio lege”, la misma comporta a ciertos préstamos como aportes de capital y, consecuentemente, a su retribución económica como una distribución oculta de dividendos¹¹¹.

Esta recalificación legal obligó a los doctrinarios a analizar el tratamiento que frente al impuesto de igualación corresponderá otorgar a la misma. Así hemos encontrado respuestas disímiles en este tratamiento. Algunos autores¹¹² han interpretado que en estas ocasiones, no correspondería la aplicación del impuesto de igualación por entender que este tributo requiere la existencia de dividendos en sentido legal estricto, vale decir que estos deben provenir de utilidades contables líquidas y realizadas emergentes de un balance de ejercicio legalmente confeccionado y aprobado en los términos del artículo 68 de la Ley N° 19.550 y además por interpretar que la regla de capitalización exigua debería ser entendida como una norma cuyo objetivo es neutralizar el tratamiento no simétrico que los intereses tienen derivado de las diferencias de tasas existentes entre la efectiva aplicable a la deducción que tiene derecho la sociedad pagadora de los intereses y la de retención en la fuente prevista para estos conceptos, concluyendo que la aplicación del impuesto de igualación por aplicación de esta norma implicará una penalización anómala ya que no solamente se le impedirá ser deducidos en cabeza de la sociedad pagadora como dividendo sino que se los someterá a tributación (via retención en la fuente con el impuesto de igualación).

Sin embargo, otros autores¹¹³ han opinado mayoritariamente lo contrario, al admitir la aplicación del impuesto de igualación sobre los pagos de intereses no deducibles por esta regla de capitalización exigua, basados en que en lo dispuesto por el decreto reglamentario que obliga a determinar provisionalmente al inicio del ejercicio la relación proyectada deuda vs. patrimonio, siendo estos casos de aplicación lo previsto por el octavo artículo a continuación del artículo 121 del DRLIG, la cual solo podrá explicarse para el cálculo de las retenciones a practicar en la fuente.

¹¹¹ Este enfoque no es nuevo y también ha sido en el pasado, utilizado por el viejo artículo 14 de la LIG en donde se condicionaba la deducción de gastos por intereses pagados y regalías pagadas a compañías vinculadas a la aprobación de los préstamos o contratos de transferencia de tecnología, respectivamente, a lo normado por el BCRA o el INTI y que jurisprudencialmente ha dado inicio a una vieja doctrina de la CSJN denominada del “Aporte y la Utilidad” derivado del derecho germano en varios casos renombrados como Swift, Ford Motor Argentina, etc.. En el mismo sentido, de acuerdo con FINNERTY, MERKS, PETRICCIONE, y RUSSO en “Fundamentals of International Tax Planning, IBFD, 2007, pág. 221, citado por Santiago Montezanti, op cit., en pág. 107, en el derecho comparado también se puede observar dicha práctica legislativa en Austria, Suiza y Alemania.

¹¹² FLORES y otros (2005): “Regla de capitalización exigua. Análisis del tratamiento como dividendo de intereses no deducibles y aplicación de cláusula de no discriminación”. Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXVI, Abril 2005.

¹¹³ RAJMILOVICH, Darío (2004): “Reforma en el impuesto a las ganancias introducida por la Ley 25.784”, Doctrina tributaria de Errepar, Febrero de 2004, pág. 163; LORENZO, Armando, EDELSTEIN, Andrés, CALCAGNO, Gabriel (2004): “Las recientes reformas en el impuesto a las ganancias”, Doctrina Tributaria Errepar, tomo XXV, Enero 2004, pág. 27; GOLDEMBERG, Cecilia (2004) “Reglamentación de las reformas en el impuesto a las ganancias”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXV, Octubre 2004, pág. 957; HALLADJIAN, C (2005): “Préstamos tomado en el exterior y utilizados en el país: una mirada integral. El tratamiento en el impuesto a las ganancias desde la óptica del prestatario: Condiciones para la deducción del gasto”, práctica de Actualidad Tributaria Errepar, Tomo XIII, Diciembre de 2006, pág. 3

Si bien es cierto desde el punto de vista de la equidad tributaria, la recalificación legal deja abierta una sanción anómala que parecería ser no demasiada justa, también lo que es que la letra de la misma no deja lugar a dudas en punto a que la norma fiscal toma como propio un concepto de “dividendo” que se aparta de la dispuesta en la Ley de Sociedades Comerciales, y, -aplicando el principio de autonomía del derecho tributario-, define al mismo de manera diferente a la consignada por el derecho privado. En tal sentido en mi opinión, sobre los intereses reciben el tratamiento de no deducibles de la base imponible del impuesto a las ganancias, también deberá ser ingresado el impuesto de igualación o eventualmente la retención del 10% aplicable en el nuevo impuesto sobre el dividendo.

III.8. Otras formas o métodos legales anti-elusivos frente a dividendos ocultos.

Como se señaló en el punto anterior **II.5.4.1.b**, el concepto dividendo no ha sido expresamente desarrollado y menos aún definido por la norma fiscal argentina, como si lo han hecho otros regímenes fiscales y la misma jurisprudencia en el derecho comparado¹¹⁴.

No obstante ello, en nuestra LIG existen normas especiales anti-elusivas que para ciertas sumas anticipadas de dinero, obliga a las sociedades de capital (excepto a las sociedades de responsabilidad limitada) que dispongan a terceros (entre los que se encuentran los accionistas) fondos sin un interés social a devengar intereses presunto a tasas especiales de descuento normalmente altas.,

También existen normas con marcado corte anti-elusivo y sin llegar a ser los mismos recalificados como dividendos como la desarrollada en el punto anterior, impiden la deducción de ciertos gastos que (en favor del accionista o un tercero), por principio, luzcan desproporcionados ó, por ejemplo sobre pagos en los cuales se haya omitido realizar la práctica retentiva correspondiente ó, (lo que es para el contribuyente más grave aún), la aplicación de suplementos fiscales aplicables a ciertos gastos carentes de documentación.

Además, desde la jurisprudencia argentina, se han verificado casos concretos en los que nuestros tribunales han recalificado a ciertos gastos de la sociedad en favor de los accionistas, como dividendos¹¹⁵.

¹¹⁴ Es común observar normas legales o precedentes jurisprudenciales, de acuerdo a los cuales se interpreta como distribución de dividendos a otros beneficios recibidos de la sociedad por parte de sus socios o accionistas. Además en algunos países, existen reglas especiales para desincentivar maniobras elusivas, como la imposibilidad de computar el crédito de impuesto parado por la sociedad. Especialmente, en los Estados Unidos, al tener su derecho tributario base en el derecho anglosajón, con un marcado perfil casuístico, ciertos beneficios extraordinarios que consisten en transacciones privilegiadas con accionistas por debajo del valor de mercado, son considerados como dividendos. Exactamente lo mismo ocurre en cierto tipo de préstamos otorgados por la sociedad al accionista. En otros casos se impide la deducción como gastos de compensaciones no razonables a accionistas, aún cuando las mismas no sean re-caracterizados como dividendos.

¹¹⁵ Tal es el caso en la causa “Yaco S.R.L” de la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación del 7/5/2002, en la que el Fisco impugnó la deducción de los honorarios pagados a los socios gerentes de una SRL por cuanto esta última no logró probar la efectiva actividad de los beneficiarios y el tribunal calificó como distribución de utilidades de la sociedad, basándose en el principio de la realidad económica.

Dentro de este último concepto también existen precedentes jurisprudenciales que han aplicado el principio de la “realidad económica”, intentando la recalificación de préstamos efectuado a empresas subsidiarias, como si realmente se trataran de aportes de capital realizados por sus accionistas, a efectos de evitar la deducción de intereses¹¹⁶.

En todos estos antecedentes jurisprudenciales, el fisco ha tenido por objetivo determinar la procedencia o no de la deducción del gasto (en general intereses o diferencias de cambio sobre los mismos) en la sociedad pagadora, sin extenderse al tratamiento fiscal correlativo que tendría para el accionista o socio (local o del exterior), razón por la cual en todos ellos, se mantiene latente un principio de razonable duda, en especial con la nueva sanción del impuesto sobre el dividendo de la potencial pretensión fiscal de calificar a los mismos como un dividendo a fin la aplicación de ambos gravámenes (el impuesto de igualación y el nuevo impuesto al dividendo).

En nuestra opinión, excepto que dichas situaciones encuadren en la ya comentada re-encuadre taxativo previsto en el inciso a) del artículo 81 de la LIG, no encontramos forma que el organismo recaudador pueda razonablemente enderezarse a dichas situaciones, sin vulnerar el principio de seguridad jurídica.

¹¹⁶ Entre ellos, pueden mencionarse a la causa “Hauni Latinoamericana SAIC s/recurso de apelación s/impuesto a los réditos” (Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación del 16/9/80), “Compañía Ericsson S.A.C.I.” (Sala “C” del mismo tribunal del 15/8/2007); causa “Domaine Vistalba S.A.” (Sala “B” del mismo estrado del 1/2/2005), entre otros tantos, así como administrativamente el Dictamen DAT 52/2006 y la instrucción 747/2005 que tuvo como fin impedir la deducción de diferencias de cambio por pasivos existentes en el año 2002 derivada por la fuerte devaluación del peso argentino con la salida de la convertibilidad.

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN LITERAL VS. INTERPRETACION EXEGÉTICA (INTENTIO LEGIS). DEFINICIÓN DE LA PROBLEMÁTICA JURISPRUDENCIAL. USO DEL CRITERIO DE SIGNIFICATIVIDAD ECONOMICA POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN.

Una mención especial y previa a la realización de la zaga de interpretación jurisprudencial que haremos referencia en el punto siguiente de este trabajo, la constituye los criterios de interpretación que en el derecho tributario los jueces de turno deben tomar en cuenta en los casos en los que existan dudas o vacíos en las normas legales y reglamentarias a ser aplicadas.

La doctrina jurídica tiene desarrollados estudios acerca de las distintas formas y alcances que sobre la interpretación de las normas jurídicas existen, para lograr una adecuada aplicación del derecho sobre la ley vigente. En este aspecto, es destacable que todos los principios de interpretación aplicables al derecho tributario, resultan esencialmente los mismos a los aplicados en el derecho en general.

Así, la función interpretativa debe ser considerada conceptualmente como los procesos internos desarrollados en el razonamiento del magistrado, que este último realiza, con el fin de aplicar la hipótesis ó el caso plasmado en la norma legal, sobre un hecho concreto de la realidad, basándose en los elementos, principios, y conceptos funcionales que el derecho le acerca como fuente.

Se ha discutido si la actividad interpretativa corresponde ser realizada exclusivamente cuando la Ley es oscura o poco clara o, en todo momento y ante cualquier circunstancia por parte de los jueces. La doctrina, -en forma casi unánime-, considera que la labor de interpretar se da en todo momento independientemente de la calidad del texto legal. Es decir, aún en el caso en que la norma sea clara, la misma siempre debe ser objeto de interpretación, por cuanto el acto de interpretar implica la asociación de un caso o hipótesis legal, a la realidad fáctica que se presenta en la situación a ser interpretada.

Según FRANCO de la CUBA, Carlos Miguel¹¹⁷: “... *La interpretación de las normas siempre está presente al momento de aplicar el derecho, por más que la norma que va ser objeto de interpretación no revista mayor complicación para desentrañar su significado y sentido....*”.

¹¹⁷ FRANCO de la CUBA, Carlos Miguel, “La interpretación de la norma jurídica” pág 2, Trabajo monográfico www.monografias.com/.../normajuridica/normajuridica.shtml.

Actualmente la doctrina acepta que toda ley debe ser interpretada, aún la de texto más transparente porque siempre, al menos, deberá ser adecuada a la situación de hecho. En la formulación de este nexo lógico se produce la interacción entre el sujeto y el objeto cuyo sentido se encuentra, en la solución del conflicto, el fin de la norma.

También para Dino JARACH la letra de la ley puede ser lo más llana y límpida, sin embargo siempre habrá necesidad de interpretación porque lo que puede no estar claro son los hechos de la vida real, que no se ajustan a los modelos previstos. Las características de los hechos pueden perturbar la imagen o su encuadramiento en la hipótesis de la ley.

IV.1. La labor interpretativa.

Desde un punto de vista metodológico la definición de la interpretación normativa que particularmente resulta, -bajo mi entender-, más apta y concisa es la provista por ALCHOURRÖN y BULYGIIN¹¹⁸ quien determina que “...*Interpretar la ley es determinar las consecuencias que se derivan de sus normas...*”

Sara TELIAS¹¹⁹ indica que: “*La actividad de interpretación de las leyes consiste en establecer cuáles son los “casos” o hipótesis incluidas y cuáles los excluidos. Esto nos aproxima a la idea de lo que es la operación intelectual de la interpretación*”

Bajo este enfoque el significado del término “casos” da lugar a cierta ambigüedad. Se entiende que esos “casos” pueden ser genéricos o individuales y que las hipótesis no se refieren a una situación empírica en particular sino a la prevista en la norma legal. Luego a la justicia le toca el rol de resolver un tipo puntual de “casos”, es decir los sujetos a controversia. Es por ello que los casos resultan “circunstancias” o “situaciones” en los cuales interesa saber si una determinada acción está permitida, ordenada o prohibida¹²⁰.

Basado en estas definiciones claras y contundentes, y con arreglo a este enfoque, Emilio BETTI (1975)¹²¹ aclara que: “... *Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y*

¹¹⁸ ALCHOURRÖN y BULYGIIN, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, pág 113.

¹¹⁹ TELIAS, Sara: “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, <http://www.haciendapublica.com.ar/moodle/mod/book/view.php?id=16&chapterid=1>.

¹²⁰ Sara TELIAS. enseña que la actividad de interpretación de las leyes consiste finalmente en establecer cuáles son los “casos” o hipótesis incluidos en la norma legal y vincular a los casos de la real especialmente en relación a los problemas asociados a la “calificación jurídica”, entendiendo por tal a la individualización del estado de hecho en el juicio hipotético descrito por la norma. En efecto para la autora citada la interpretación fiscal es una interpretación que se ve reflejada en el fin y la significación económica en primer término en abstracto y en un segundo, al momento en que se verifica la “hipótesis” al caso pudiendo interpretarse o –en otros términos-, pudiendo realizarse la aplicación de la norma judicialmente analizada.

¹²¹ BETTI, Emilio (1975): “Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos” Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición en Español, Madrid, España, Pág 95.

*del “usus fori” reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la interpretación lo forman las leyes...”*¹²²

Desde este marco conceptual, el derecho ha desarrollado diversas tesis acerca de las fuentes¹²³, doctrinas¹²⁴, métodos (dentro de estos últimos, clásicos¹²⁵ y modernos), elementos, y principios de la interpretación de la Ley en general que al no ser el objetivo del presente análisis, no iremos a desarrollar. No obstante, la descripción de algunos de ellos será necesaria para mejor entender, el porqué de algunas aseveraciones y/o previsiones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha seguido frente a gran parte de los últimos casos que le tocó intervenir en el impuesto de igualación¹²⁶.

En el ámbito local recurrimos a la definición esbozada por Horacio DIAZ SIEIRO; Rodolfo Diego VELJANOVICH; Leonardo BERGROTH (1994)¹²⁷ quienes entienden que *“...Interpretar es desentrañar el sentido que algo encierra. La interpretación representa, entonces, aquel proceso intelectual dirigido a brindar una acabada explicación, alcance, efectos de la norma, principalmente en aquellos textos o situaciones faltos de claridad y aplicar dichas conclusiones en el ámbito de las causas que motivaron la interpretación...”*

Asimismo, citan como referencia de remarca los comentarios de Juan M. MARTIN¹²⁸ (1980) quien diferencia entre interpretar los preceptos normativos y apreciar los hechos relevantes de la obligación tributaria, integrando el conjunto que se denomina “aplicación de las normas tributarias”. Idéntico contenido es el señalado por Sara Tellias y en el mismo sentido señala los conceptos de Emilio BETTI (1971) ya citado.

Asimismo, Dino JARACH¹²⁹ exployó el concepto que en el derecho tributario el concepto de la interpretación de la ley fiscal, debe extenderse al análisis posterior de los hechos y circunstancias que los rodean o caracterizan agregando los adagios “in dubio pro fisco” o “in dubio contra fisco”, así como la no aplicación de los criterios de analogía sobre la

¹²² A partir de la teoría de la interpretación desarrollada por Emilio BETTI, se analiza que el lenguaje es la forma representativa en la que el espíritu se ha objetivado, apela al espíritu del intérprete para que primero reconozca y después reconstruya con sus propias categorías mentales el espíritu que se ha manifestado en la forma representativa. Así, PICONTO NOVARES; Teresa (1992) analiza que: “... Tenemos una necesaria relación triática en todo proceso hermenéutico: el intérprete, la espiritualidad que se ha manifestado en la forma representativa, y la propia forma representativa que opera como intermediaria entre los dos polos de todo fenómeno cognoscitivo...” Como se aprecia sintéticamente, BETTI se propone encontrar los presupuestos de razonabilidad del proceso hermenéutico. Sin embargo, otras corrientes como la de GADAMER, -por el contrario-, proyecta únicamente describir “lo que hay” en el texto legal.

¹²³ Como fuentes de interpretación se han citado básicamente a tres tipos: a) Doctrinal; b) Judicial y c) Auténtica

¹²⁴ Las distintas doctrinas de la interpretación son las Teórica de la Exégesis; ii) Dogmática; iii) Evolución Histórica; iv) Libre Investigación Científica; v) Del Derecho Libre; vi) Pura del Derecho; vii) Ecológica.

¹²⁵ Nos explyaremos sobre los métodos de interpretación clásicos que son a) el Literal o Gramatical b) El Exegético y c) El Dogmático. También existen métodos modernos denominados d) Teleológico y e) Libre investigación científica.

¹²⁶ Nos referimos a los Casos “Cerro Vanguardia S.A.” y “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina”.

¹²⁷ DIAZ SIEIRO, Horacio; VELJANOVICH Rodolfo Diego; BERGROTH Leonardo (1994): “Procedimiento Tributario, Ley N° 11.683” Buenos Aires, Pág. 110.

¹²⁸ MARTIN, Juan (1980) “Derecho Tributario Argentino”, Liceo Profesional Cima; Pág. 153 y siguientes.

¹²⁹ JARACH, Dino (1985) “Finanzas y Derecho Tributario”, pág. 400.

materia fiscal, por su clásica semejanza con el derecho penal. Esta última máxima se aplicó durante el período en que las imposiciones coactivas tenían naturaleza excepcional: La máxima contraria (en la duda a favor del fisco), se basa en la necesidad de obtener recursos para el estado, basándose en el principio de “igualdad” ante la Ley, por cuanto la otra interpretación podría estar en perjuicio de otro individuo que estuviese pagando el gravamen sin exoneración.

Esbozados los lineamientos generales de la interpretación, corresponde enfocar la aplicación práctica que de estos criterios han otorgado los tribunales en nuestro país. En particular, en el derecho tributario también ha esbozado algunos elementos a tener en cuenta en la interpretación de la Ley sobre el fenómeno financiero que pretende cubrir sus normas legales.

IV.2. Métodos de interpretación y su vinculación con la causa analizada.

Específicamente la doctrina clasifica como métodos de interpretación clásica a los siguientes:

- a) Literal o gramatical: Consiste en atenerse a las palabras del texto de la Ley. Es decir que implica considerar los términos de la norma como señales aisladas e independientes del resto del ordenamiento jurídico.
- b) Exegético: Este método tiene su origen en Francia a consecuencia del auge de la escuela del racionalismo que tuvo importante influencia a partir del dictado del Código de Napoleón. Este método consiste en que la ley, como obra del legislador, es la expresión suprema y definitiva de un derecho absoluto e invariable, que determina que el principio cardinal a tener en cuenta a los efectos de interpretar una norma, sea el culto al texto de la ley y la intención del legislador. Por ende la interpretación basada en este método, debe hacerse sin tener en cuenta las costumbres, las condiciones sociales históricas y económicas, así como de las valoraciones y convicciones vigentes al momento de realizarse la interpretación,
- c) Dogmático: La necesidad de aceptar que existían supuestos no regulados por el legislador, obligaron a reformular el método que fuera someramente definido en el punto anterior. Según Borda, el sistema consistía en que de distintas normas diseminadas en el Código se inducía el principio general que las había inspirado, aún cuando no estuviese previsto en el Código, formándose verdaderas construcciones jurídicas tales como el concepto de enriquecimiento sin causa, etc..

IV.2.1. Método literal ó gramatical

Es claro que al sostenerse en un todo en la letra de la norma, la primera pregunta que se formularía debiera ser como proceder en la tarea interpretativa ante la presencia de una vaguedad precisamente en el texto de dicha norma. En este punto la doctrina ha estudiado dos distintos tipos de vaguedades en los términos: a) la vaguedad en los términos técnico-jurídicos de las normas propiamente dichos y, b) la vaguedad en la descripción de hechos empíricos incluidos en los casos o hipótesis de las normas legales.

Siguiendo a Sara TELIAS¹³⁰, la vaguedad de “los conceptos técnicos”, no puede ser eliminada del todo, sino solo mitigada mediante la introducción de nuevos términos técnicos, mediante definiciones explícitas, si la letra de la norma resulta insuficiente o, dicho en otros términos, si los conceptos que contiene la norma son vagos para un caso de terminado.

En adición, podría analizarse si en el otro aspecto esencial (descripción de los hechos), cuál es la forma de poder solucionar la vaguedad, definida como la falta de conocimientos empíricos en la descripción de la norma. La ciencia jurídica ha establecido herramientas relativamente sencillas para solucionar la carencia de conocimientos factuales, tales como las presunciones.

En ese sentido, las presunciones son una manera muy fundamental en la vida jurídica y especialmente en la judicial, ya que mediante su uso le permiten al juez suplir la falta de conocimiento empírico de la norma¹³¹.

Como vimos, la letra vaga en algunos de los términos utilizados (u omitidos) en el impuesto de igualación, obligó a que en varias oportunidades tanto la jurisprudencia y la doctrina deba interpretar el verdadero alcance los mismos.

Creemos que los mismos podrían ser vistos de la siguiente manera:

- a) Vaguedad en los “términos técnico-jurídicos” de la norma: i) Concepto de impuesto a las ganancias “pagado”; ii) Concepto de impuesto “proporcional”; iii) Concepto de ganancias en base a la “aplicación de las normas de la ley” contra “ganancias gravadas”.
- b) Vaguedad en los “conocimientos empíricos o situaciones de hecho ” de la norma: Tal vez fue o será necesario acreditar con la “carga de la prueba” i) la existencia o no de dividendos o utilidades distribuidas; ii) la existencia de diferencias transitorias (para no gravarlas) o de diferencias permanentes (para hacerlo); iii) concepto de “devolución” de aportes irrevocables no implican la distribución de ganancias no

¹³⁰ TELIAS, Sara: Op. cit. en nota 119. La autora se basa en lo preconizado por Alchourrón y Bulygin (pág 31), agregando que solamente en los lenguajes puramente formales como la lógica o la matemática pura no se presentan problemas de vaguedad, pero que no porque el lenguaje de esas ciencias sea más preciso, sino porque no son ciencias empíricas.

¹³¹ Alchourrón y Bulygin destacan que la principal carga en las presunciones lo ocupan la carga de la prueba, en el sentido que delega a las partes acreditar todo lo alegado en juicio, pues si el hecho alegado no es suficientemente probado, se lo toma como no acaecido. Otras presunciones como la onerosidad de los actos comerciales o la buena fé, se las tiene como si fueran elementos auxiliares adicionales en la tarea de la interpretación de las normas, pero como se sabe no siempre pueden ser aplicadas por cuanto en muchas ocasiones en la realidad no se verifican

gravadas o exentas; iv) ídem para el concepto de dividendo de distribución, rescate de acciones con cargo a la cuenta de capital, etc.

IV.2.2. La naturaleza y el fin de la norma tributaria: La voluntad de la ley y la voluntad del legislador

Resulta trascendente pues en la jurisprudencia analizada más adelante en la causa “White Martins Cilindros Ltda. (Sucursal Argentina)” tuvo por mira esta forma de interpretación.

La cuestión medular que surge de este enfoque es determinar cuál es el interés tutelado de la norma tributaria pues toda interpretación posterior tendrá en miras ese interés tutelado que se estima protegido por la ley.

Específicamente en el ámbito tributario es importante señalar el aporte realizado por VANONI (1973)¹³² quién advierte que en el campo del derecho tributario, más que en cualquier otro derecho se impone la necesidad para una exacta comprensión de la norma, el estudio de los fines que ésta se propone y discierne que esa tarea solo puede ser exitosa si se toma en cuenta la finalidad de la norma. En ese sentido, la finalidad tiene que ser buscada no solamente en el “interés fiscal” (interés del erario público de obtener el ingreso tributario respectivo) sino también en el interés que se impone en la relación jurídico-tributaria a partir de la “capacidad contributiva” que el privado tiene sobre dicha formulación de ingreso (interés del particular).

En definitiva, el fin de la norma tributaria no es solamente recolectar y percibir el impuesto donde no hay manifestación de capacidad contributiva. Por lo que la capacidad contributiva, fundamenta el hecho de contribuir y sirve en su caso de medida de imposición.

En mi opinión este principio interpretativo resulta liminar en el caso jurisprudencial analizado en el punto siguiente de este trabajo. En efecto, resulta básico poder entender que el fin de la norma en lo que trata al impuesto de igualación fue someter a imposición a rentas (como elemento determinante de capacidad contributiva del particular) que no hayan pagado el impuesto a las ganancias en la sociedad emisora de las acciones y no otras situaciones que por la vaguedad o la poca precisión legislativa, pueda verse de manera implícita o indirecta afectada que no tienen nada que ver con esa manifestación de capacidad contributiva (efectos técnicos derivados en los casos que hemos analizado más arriba)

En efecto, se destaca que el primer problema que se le plantea a quien se ocupa de la interpretación de la ley basado en el método de voluntad del legislador, es el de saber qué se

132 VANONI, Ezio (1973) “Naturaleza e interpretación de las Leyes Tributarias”, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, Pág. 27 y siguientes.

debe entender por sentido y por voluntad de la ley y el determinar mediante qué vía puede individualizar el intérprete dicho sentido y dicha voluntad.

Dentro de este principio se destacan dos corrientes de opinión que son las siguientes:

- 1) Teoría subjetiva: Mediante la cual la voluntad de la ley es equivalente a la voluntad del legislador. Se deberá tener en cuenta a los trabajos preparatorios, discusiones parlamentarias, etc. Así en la hipótesis subjetiva se consideran no solamente las palabras, sino también todos otros datos relevantes como el contexto y la situación que incluyen opiniones políticas y filosóficas del autor, el propósito declarado y el propósito presumido que lo guió a formar la expresión o texto legal.
- 2) Teoría objetiva: Mediante esta teoría, solamente hay que basarse en el texto legislativo exclusivamente tal como es, de manera rígida. Dicho texto debe ser diferenciado del de la voluntad del legislador.

Como puede apreciarse la diferencia entre una y otra no se encuentra entre el “significado comunicado” y el “significado intentado”, porque ambos métodos proponen lo mismo, sino que la diferencia radica en los datos que se toman en cuenta al momento de interpretar.

El mismo autor distingue que en la interpretación tributaria “... *corresponde distinguir dos elementos: a) el elemento histórico, integrado por la interpretación gramatical, los trabajos preparatorios, y los precedentes históricos de la ley y; b) el elemento sistemático que se conforma por la “ratio legis”, el elemento sistemático y la realidad de la situación...*”

En este aspecto, vale la pena detenerse en la disyuntiva de la doctrina de la Corte Suprema en el tiempo con respecto a los métodos de interpretación literal y el método de interpretación exegético ha sido arduo. Sin embargo, con el correr del tiempo, justo es reconocer que la tendencia que los tribunales en general han dado prioridad al concepto de “espíritu de la Ley” en desmedro de la interpretación gramatical o de letra fría exclusiva.

Así Angel SCHINDEL¹³³ (2013) citando al fallo de la Corte en la causa “Scarcella F. y Cía”¹³⁴, destaca que: “... *La Corte admitió que el Poder Ejecutivo, en el ejercicio de sus atribuciones reglamentarias no se excede en sus facultades cuando se aparta de la estructura literal de la ley, en la medida en que se ajuste al espíritu de ella...*”

Existen numerosos fallos adicionales en donde la Corte Suprema ha otorgado preeminencia a la intención del legislador respecto a la letra restringida de la Ley, enunciando que las normas tributarias no deben necesariamente entender con el alcance más restringido que su texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla conforme a los principios de una razonable y discreta interpretación.

¹³³ SCHINDEL, Angel (2013): “Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el principio de legalidad”, La Jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” a 150 años de su primera sentencia, Pág. 176

¹³⁴ También citado por JARACH, Dino (1985): “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, Pág 401.

En las sentencias de la Corte de los últimos años, este razonamiento se ha amalgamado al concepto de significación económica. Ejemplo de ello, ha sido la sentencia ya comentada más arriba (Cerro Vanguardia S.A), en donde el voto mayoritario de la Corte Suprema de la Nación, consideró que desde el “principio de significación económica”, el impuesto representa un incremento en la tasa efectiva del impuesto y que “la estabilidad fiscal” de empresas mineras, en donde el principio de seguridad jurídica al que el estado se comprometió tiene mayor importancia que la letra propia y estrecha de la norma fiscal.

Otro ejemplo –como vimos y se verá más adelante- se verifica en la causa White Martins Cilindros Ltda., (Sucursal Argentina), tanto la Cámara de Apelaciones, como la Corte Suprema de Justicia, avalan el concepto que para interpretar el artículo a continuación del artículo 69 de la LIG, debe dejarse de lado la mera literalidad y buscarse el objetivo que la norma tenía al momento de la creación y su significación económica.

En efecto, al igual que en el impuesto a la ganancia mínima presunta en la Causa Hermitage S.A. del 15/06/2010, se caracterizó a este impuesto como un impuesto de naturaleza complementaria del impuesto a las ganancias, toda vez que se ha contemplado en la hipótesis de incidencia una presunción en la obtención de ganancia mínima, con idéntico enfoque el impuesto de igualación ha sido considerado como un impuesto, que grava la utilidad exenta distribuida y no otro tipo de situaciones ajenas a esta.¹³⁵

IV.2.3. El principio de la realidad económica.

Un tema sustantivo en materia fiscal interpretativa es el análisis y evolución del principio de la realidad económica previsto en nuestra Ley del rito tributario como un método en muchas épocas usado de manera casi exclusiva por nuestro poder jurisdiccional.

El mencionado principio está esbozado en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 11.683(Ley de Procedimiento Fiscal). En efecto, el artículo primero de la Ley citada dispone que la Ley debe ser interpretada desde su letra, su espíritu, el fin de la misma y su significación económica¹³⁶.

¹³⁵ Obsérvese que el caso Hermitage, la aplicación de presunciones sobre un hecho imponible debió ser probada mediante la producción de una prueba que demuestre la inexistencia de capacidad contributiva, es decir como mencionábamos en el punto anterior, la aplicación de presunciones es factible en los textos legales, y para que a la hora de interpretar, las mismas sean revertidas es necesario en general, coleccionar pruebas necesarias para complementar la letra vaga o la vaguedad en las situaciones factuales propuestas en las citadas normas jurídicas. Distinto fue el caso “Diario Perfil SA s/repeticion” en el cual niquiera resultó necesario abordarse a una prueba contundente de pérdida o sacrificio para demostrar que la presunción tomada por la norma legal no era aplicable al caso por haber tenido quebranto fiscal.

¹³⁶ En este último aspecto cabe destacar al Código Tributario para América Latina (OEA/BID), preceptúa que “las normas tributarias se interpretarán con arreglo a todos los métodos admitidos en derecho, pudiéndose llegar a resultados restrictivos o extensivos de los términos contenidos en aquellas. La disposición precedente es también aplicable a las exenciones. Como puede verse, la amplitud en la extensión de la ley permite que la

En especial se dice que el artículo 1 de la Ley ritual concibe en abstracto al sistema de interpretación de significación y realidad económica y que mediante el artículo 2 de la misma norma el principio interpretativo se concreta o se aplica¹³⁷ sobre un hecho real concreto.

Dino JARACH (1985)¹³⁸, al explicar el fundamento de la “consideración económica” comenta lo desatinado que es la expresión que las normas tributarias deben ser interpretadas económicamente y no jurídicamente, por cuanto primariamente las normas siempre son jurídicas. No obstante la consideración económica, no es una interpretación opuesta a la jurídica, sino que es un criterio jurídico que sugiere al intérprete tener en cuenta el contenido económico de los hechos para encuadrarlo en las normas materiales.¹³⁹

Por ello, la condición lógica del principio de consideración económica es que la aplicación del impuesto de acuerdo con los fines y funciones de las instituciones perseguidos por el legislador no puede ser otra que la de interpretar los hechos imponibles a partir de su naturaleza económica, o significación económica porque sólo ella es capaz de indicarnos cuál es la realidad que el legislador ha querido adoptar y valorar a los efectos tributarios...”... “... Esta regla o criterio interpretativo, es en ciertos modo, el resumen de todos los métodos de interpretación y coincide con la doctrina de la Corte Suprema de buscar “el propósito de las normas, de acuerdo con una razonable y discreta interpretación...”.

El criterio interpretativo de la realidad económica ha tenido su esplendor a mediados de la década de los 70, con el avenimiento en paralelo de la denominada “Teoría de la Penetración” aplicable a la materia tributaria¹⁴⁰. Posteriormente, -en parte por un uso impropio de parte del Fisco del principio¹⁴¹ al haber fundado masiva e incorrectamente al mismo y, en parte por el

interpretación sea restringida o restricta. En caso en que la norma sea un tanto escueta, podría haber lugar para la **aplicación extensiva de la norma para dar más claridad al observador.**

¹³⁷ El artículo 2 de la norma dispone que: “... 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 esos 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 en la consideración del hecho imponible real, de las formas y 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 aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos...”

¹³⁸ JARACH, Dino (1985), “Finanzas Públicas y Derecho Tributario”, pág 408.

¹³⁹ Dado que el fundamento de todos los impuestos es la “capacidad contributiva”, ello significa que una apreciación por parte del legislador de todos los fenómenos o manifestaciones de riqueza, será tomada en cuenta para fijar los impuestos. Por ello, esa manifestación de riqueza (a través de los indicadores ingresos, patrimonio y consumo), deberán ser siempre medidos en términos numéricos, económicos o contables.

¹⁴⁰ En base a la postre de la teoría del Aporte y la Utilidad explicitada en muchos precedentes de la Corte Suprema integrada en los 70’ en causas como Mellor Goodwin, Parque Davis, Ford Motors Argentina, Swift Armour, entre otros.

¹⁴¹ Alberto Tarsitano, citado por Aurelio Cid, opina que el fisco recurre al principio de la “realidad económica “ con más frecuencia que propiedad”. Esto a su vez genera en los contribuyentes una autorestricción en el uso de esquemas fiscales de ahorro (economías de opción) por temor a enfrentar las consecuencias de un pleito, muchas veces mal gravosas que el impuesto que se quiere evitar... el exceso en la potestad calificadora de los hechos a la que alude Tarsitano, innecesariamente debilitamiento del principio constitucional de Legalidad (artículo 17 de la Constitución Nacional) .

avenimiento de la globalización, la incorporación doctrinaria de otras escuelas de interpretación-, este criterio fue en el tiempo perdiendo un poco vigorosidad, tomando nuestros tribunales algunos otros conceptos específicos de interpretación, que surgen colateralmente del mismo.¹⁴²

En igual sentido Gabriel GOTLIB expresa (2005)¹⁴³ : “...Afortunadamente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pese a los distintos cambios en su composición, evolucionó firmemente hacia un concepto tan restrictivo del principio que prácticamente lo dejó desprovisto de contenido. Pese a estos antecedentes, continuó el uso desorbitado del principio por parte del fisco, asesores, y tribunales inferiores, para fines tan disimiles como justificar meras intuiciones o resolver controversias sobre la naturaleza jurídico de alguna modalidad no habitual...”

Tal como expone Francisco Martínez citado por Aurelio CID¹⁴⁴ (2013) “...El principio general no es pues, el que propone la tesis que dejamos analizada en este estudio crítico, sino el inverso, o sea, éste: por la normal y natural coincidencia del negocio con su causa típica, con su contenido económico, la mención por el legislador fiscal de una determinada figura, limita la imposición a esa figura singular con exclusión de cualquier otra”. **Es decir que el artículo 2, limita su aplicación a los casos de negocios simulados, fiduciarios e indirectos, dando una solución que no difiere de la que les da el derecho privado...**”

Del mismo modo, Morello, citado por Tulio ROSEMBUJ¹⁴⁵. “...no debe confundirse el abuso de derecho al abuso de las formas jurídicas y fraude a la ley fiscal con el negocio simulado ya que la reacción del ordenamiento es diferente en cada caso. En el primero tiende a la destrucción total del acto fraudulento, en cambio en el simulación se procura hacer aflorar el acto verdadero...”

El principio de la significación económica, en mi opinión, deber ser adecuadamente entendido dentro del criterio de la “realidad económica”. En efecto, si bien parecido, la significación económica, no debe ser tratado como un sinónimo del principio de la realidad económica, por cuanto este último se aplica exclusivamente en oportunidad en que los actos jurídicos celebrados entre los particulares, son considerados fiscalmente que han sido estructurados bajo formas jurídicas inadecuadas, cuando su sustancia económica subyacente es realmente otra y podría llevar a la aplicación de otro derecho y otro trato fiscal (en general más gravoso para el particular).

Por su parte, el concepto de significatividad económica, que es mencionado últimamente en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, apunta más bien a los aspectos económicos del negocio jurídico que el hecho imponible de una norma positiva intenta someter a tributación,

¹⁴² Tales como el de la “Significación Económica”.

¹⁴³ Op. Citado en nota 66, Palabras previas.

¹⁴⁴ CID, Aurelio (2013) “El principio de la realidad económica y la teoría de la penetración”, La Jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” a 150 años de su primera sentencia., pág. 99.

¹⁴⁵ ROSEMBUJ, Tulio: “El fraude a la Ley, la simulación y el abuso de las formas en el Derecho Tributario”, Marcial Pons, Madrid, Pág 255.

independientemente de las estructuras jurídicas (adecuadas o inadecuadas utilizadas en una operación dada).

El criterio de la significación económica en definitiva, interpreta y califica a los distintos hechos imposables de conformidad con las manifestaciones de capacidad contributiva que ellos intentan atrapar, esto es finalmente con el fin último que las normas fiscales poseen.

A mi entender el andamiaje interpretativo en materia fiscal siempre deberá ser realizado conjugando a los tres conceptos que hemos desarrollado en este punto, es decir: A partir de su literalidad normativa (método literal), interpretar a la misma basado en el fin último de la Ley o en la voluntad del legislador (método teleológico) sobre el hecho imponible basado en una adecuada manifestación de capacidad contributiva (método de significación económica)

La mudanza realizada por la Corte Suprema en la aplicación de este concepto interpretativo es -a mi entender-, satisfactoria. Los tribunales para fallar, analizan ese evento económico desde el punto de vista de su naturaleza o significatividad económica y lo vinculan al objetivo final de la norma legal utilizada, como un criterio superador a la fría letra de los dispositivos legales.

En resumen, resulta interesante analizar los últimos pronunciamientos en la aplicación del método exegético por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el cual combinado con el criterio de “significación económica” ha permitido en muchas ocasiones detener parte de los abusos del Poder Ejecutivo en algunas reglamentaciones fiscales (como la que hemos analizado en el impuesto de igualación -Artículo primero a continuación del artículo 102 del DRLIG-) o corregir en otras, errores conceptuales del Poder Legislativo al incluir conceptos contradictorios en la norma positiva, con el espíritu de las leyes fiscales.

V. DESARROLLO DEL ENFOQUE DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL DEL T.F.N., DE LA C.N.AC.A.F. y C.S.J.N. INTERPRETACION LIMITADA AL PODER FISCAL REALIZADA POR LA CSJN EN EL CASO “White Martins Cilindros Ltda. (Suc. Argentina)” QUE DEJA FUERA DE SICUSION MUCHOS CASOS ESPECIALES.

Los aspectos de hermenéutica tributaria descriptos en el punto anterior, así como los conceptos teóricos de integración de las rentas distribuidas desarrollados por los estudios también mencionados en el punto II anterior, nos permitirán poder focalizarnos mucho mejor en la forma en que los magistrados han podido interpretar el concepto y el correcto alcance del hecho imponible del impuesto de igualación.

En efecto, basados especialmente en lo que tiene que ver con el entendimiento del criterio interpretativo de “significatividad económica”, los tribunales argentinos han entendido mayoritaria y esencialmente, que en el impuesto de igualación, corresponde inclinarse por la teoría de imposición a la renta societaria bajo un sistema “de integración” en el dividendo proveniente de rentas exentas distribuidas, de modo de no incidir doblemente con el gravamen (en cabeza de la sociedad y también en el accionista, sino solamente sobre la sociedad de capital) y al mismo tiempo, por el deber de considerar objetivamente en el aspecto material del gravamen solo y exclusivamente a las “rentas exentas” obtenidas por la sociedad de capital y no en otros efectos casuísticos derivados de la liquidación del impuesto a la renta societario.

Como se verá en el análisis, desarrollo y evolución del contenido en todas sus etapas de la Jurisprudencia del Caso White Martins Cilindros Ltda, (Suc. Argentina) la misma resulta muy esclarecedora del alcance y contenido del hecho imponible del impuesto de igualación y, al referirse a ello, es por lo tanto a la vez, resulta extensible a otros conceptos de fondo disimiles al tratado en esa sentencia, por lo que resulta virtualmente aplicable a otros casos no discutidos o que actualmente se encuentran en pleno proceso de discusión en la justicia argentina.

V.1. El nudo del presente trabajo: La sentencia “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina v AFIP-DGI” (8/10/2008)¹⁴⁶

¹⁴⁶ White Martins Cilindros Ltda. Suc. Argentina - Tribunal Fiscal de la Nación - Sala B - Fallo del 08/10/2008.

Le tocó también a la Corte Suprema de Justicia fallar en una sentencia reciente en la Causa “White Martins Cilindros Ltda. Suc. Argentina (hoy White Martins Gases Industriais Ltda (Suc. Argentina))”.

Es importante destacar que tanto en las instancias anteriores (Tribunal Fiscal de la Nación y Cámara Contencioso Administrativa Federal), así como la Corte Suprema de Justicia, ya se había prescindido de una interpretación literal de la norma (artículo a continuación del artículo 69) y, una vez que la prueba demostrara que no se verificaban aprovechamientos contrarios a su propósito, se concluyó con un análisis de carácter finalista y amplio, permitiendo demostrar que en el caso, no había distribución de utilidades exceptuadas de gravabilidad, sino que se estaba en una situación diametralmente opuesta, ya que la sociedad pagadora del dividendo, tenía ganancias gravadas en el impuesto a las ganancias, pero en un t mpore o año fiscal diferente, pues los dividendos se habían distribuido anticipadamente.

Consecuentemente, se plantea el interrogante si la resolución definitiva de este caso, permitiría extender sus conclusiones a otras situaciones especiales como algunas de las analizadas más arriba, las que generaron gran número de controversias en instancias administrativas y judiciales en el ámbito del Impuesto de Igualación, o solamente quedaría limitada al caso concreto que se ventil  en la Litis (dividendos anticipados o provisionales).

Bajo mi opinión, en esta oportunidad las conclusiones emanadas del reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en esta materia, no parece dirigirse en forma directa y exclusiva a la cuestión técnica o jurídica de fondo (qué utilidades dice la LIG que corresponde tomar como base de cálculo para el impuesto de igualación en caso de dividendos provisionales), sino más bien al marco conceptual de referencia o hecho generador relevante que ha de tenerse en cuenta a los fines de gravar el dividendo o la utilidades distribuidas en el impuesto de igualación (que utilidades ha tenido en cuenta conceptualmente el legislador al momento de sancionar la norma legal, independientemente de lo que la letra del texto legal exprese).

Esta cuestión no menor, ya fue recientemente analizada y ratificada por la doctrina fiscal. En palabras de Nestor ROSSI (2014) ¹⁴⁷: “... *No apreciamos que su relevancia se sustente fundamentalmente en el desarrollo técnico/jurídico que acompaña sus conclusiones, sino más bien, en el hecho de implicar la confirmación del criterio sustentado por instancias anteriores, proviniendo dicha confirmación de nuestro máximo tribunal de justicia... Es así como en esta instancia cabe interrogarnos si el sendero que deja la resolución definitiva de este caso, habilitaría a extender sus conclusiones a otras situaciones no previstas, pero que han sido usinas generadoras de controversias en materia del impuesto de igualación....*”.

Más allá del fondo del tema analizado el razonamiento que ha tenido la Corte Suprema de Justicia al fallar el caso, tiene que ver con la fórmula de interpretación utilizada. En efecto, la Corte Suprema toma como parámetro de exegesis vuelve a reiterar el concepto propuesto por

¹⁴⁷ ROSSI, Néstor (2014); “importante confirmación em el Impuesto de Igualación y la posible proyección de sus conclusiones a otros casos”, Suplemento del Cronista Fiscal & Previsional, Lunes 10 de Febrero de 2014, Pág I.

el Tribunal Fiscal, que no es más que reiterar lo mencionado por la misma Corte Suprema en el caso “Cerro Vanguardia”, ya que centra la misma al ánimo o intención del legislador.

Como puede apreciarse, la cuestión de fondo en el caso, no parece ser el tema medular, sino todo lo contrario, la cuestión esencial de este y otros últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia es el concepto de “significación económica” e “intención del legislador”.

Los hechos objetivos salientes de la causa han sido los siguientes:

- 1 - La sucursal cerraba ejercicio todos los 31 de diciembre de cada año.
- 2 - Con posterioridad al mes de septiembre de 2003 la Sucursal distribuyó utilidades contables que excedían las ganancias impositivas acumuladas al 31/12/2002.
- 3 - No obstante, en caso de tomarse en consideración un cierre irregular al 30/09/2003, las utilidades distribuidas no excedían las ganancias netas impositivas acumuladas (Fondo de Acumulación) a esa misma fecha.

La causa se inicia en una fiscalización, en la cual las autoridades impositivas determinaron de oficio una supuesta omisión de White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina en actuar como agente de retención en el impuesto de igualación del artículo agregado a continuación del artículo 69 de la LIG, por el período fiscal 2003, sus intereses resarcitorios y multas.

El Fisco avanzó y realizó dicha determinación, al entender que los montos remesados en concepto de utilidades por parte de la Sucursal en los meses de agosto, setiembre y noviembre de 2003, a su casa matriz ubicada en el exterior, excedían el “Fondo de Acumulación” calculado para el impuesto de igualación al cierre del período fiscal inmediato anterior cerrado en 2002.

Contra dicha resolución determinativa, el contribuyente, presentó el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación, argumentando que el Fisco Nacional había practicado una determinación en base a *una interpretación literal* de la norma, la que, a la luz de las particularidades del caso, entendía contraria a la *finalidad perseguida* por la norma bajo análisis, ya que, había quedado demostrado que la totalidad de las ganancias contables que habían sido distribuidas fueron consideradas gravadas en la declaración jurada presentada por el período fiscal 2003 y que –aún más, en la práctica-, la ganancia impositiva había resultado todavía superior a la ganancia contable correspondiente a ese mismo período fiscal, por lo que no había razones en considerar a la misma, sujeta al impuesto de igualación.

La apelación se centró en la idea que las ganancias que la Autoridad Fiscal intentó gravar corresponden a las ganancias impositivas gravadas de ese mismo período fiscal 2003 por parte de la Sucursal, y que el Fisco las gravó simplemente porque fueron enviadas anticipadamente a la casa matriz del contribuyente, sobre la base de un balance especial realizado por la Sucursal Argentina al 30 de setiembre de 2003.

En cuanto a la multa plantea sobre la misma su eliminación habida cuenta de verificarse en el caso un situación manifiesta de “error excusable”.

V.1.1. La Sentencia de la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación.

El Tribunal Fiscal de la Nación, revoca la determinación de oficio apelada, pues consideró que no cabían dudas que le asiste razón al recurrente porque el Fisco había realizado *una aplicación literal de la norma sin atender a la finalidad de la misma.*

Para así decidir, tuvo en cuenta los antecedentes parlamentarios relativo a la exposición del senador Verna, tomados por el organismos fiscal en el Dictamen (DAT) N° 40 enunciando que el denominado “Impuesto de igualación”, procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones, o tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas, en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de las empresas que los distribuyen.

Que la denominación del tributo revela su razón legal en cuanto procura “igualar” la carga fiscal de la renta de la sociedad de capital que goza de ventajas impositivas y distribuye dividendos con la renta generada por sociedades que no gozan de los mismos beneficios.

En consecuencia, queda claro que este impuesto de igualación es un gravamen a las utilidades distribuidas, y si ello no ocurre, el gravamen revierte sobre el beneficiario de los mismos, ya que de lo contrario, se estaría transfiriendo a sus accionistas el beneficio que solo debiera favorecer a la empresa que los distribuye.

En el análisis del caso, por otra parte, el Tribunal a partir de la prueba que fuera aportada, había podido acreditar una relación consistente en base a la comparación de resultados contables e impositivos del ejercicio 2002 y de ejercicios anteriores, de manera tal que no existían utilidades exentas o no alcanzadas por el tributo que pudieran dar lugar a distribución en el año 2003, sino más bien, -y como a su entender quedara acreditado-, se estaba frente a una remesa adelantada de ganancias que luego de efectuar las distribuciones (al presentar la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal 2003), fueron consideradas gravadas en el impuesto de igualación.

En función de todo lo expuesto, el Tribunal entendió que las utilidades remesadas no correspondían a ganancias que no hayan estado sujetas a imposición, en función de lo cual revocó el acto apelado, entendiendo inaplicable al caso el régimen retentivo.

Finalmente, en lo que atañe al aspecto societario en discordia, el Tribunal tampoco receptó el criterio fiscal que pretendía una supuesta existencia de violación del artículo 68 de la Ley de Sociedades Comerciales por parte de la Sucursal, respecto a las condiciones a cumplir para distribuir dividendos anticipados de conformidad al mencionado artículo 68, habida cuenta que dicha norma, se refiere a que los mismos no pueden ser aprobados ni distribuidos sino por ganancias líquidas y realizadas resultantes de un balance confeccionado legalmente a

tales efectos, en tanto que en su comprensión, no se estaba, en el caso, ante una distribución de dividendos anticipados a los socios, al no tratarse la contribuyente de una sociedad por acciones, sino de una Sucursal de una empresa extranjera, regulada por otro artículo, el 118, de la mencionada ley.

V.1.2. El Fallo de la Sala I de la Cámara Federal Nacional Contenciosa Administrativa Federal¹⁴⁸

Contra el decisorio del Tribunal Fiscal de la Nación, el Fisco Nacional interpuso recurso de apelación ante la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, argumentando que la instancia anterior había actuado arbitrariamente, excediendo los límites de una razonable y discreta interpretación de la normativa vigente, apartándose de su letra y espíritu, y estableciendo requisitos no previstos por la misma.

También arguye que dicho Tribunal Fiscal resolvió el caso “extra legem”, al apartarse de la solución legal prevista para el caso de marras, aunque su argumentación intente demostrar que no se aísla del contenido de las normas legales.

Frente al argumento del Tribunal Fiscal en cuanto a que lo que importa para la aplicación del artículo 69.1. de la LIG es que las utilidades remesadas no corresponden a ganancias que no hayan estado sujetas a imposición, lo rechaza por cuanto si el legislador no hubiese buscado otra razonable interpretación, no habría agregado el término “*acumulado al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha...*”, siendo inaplicable tal razonamiento en el caso ventilado en autos.

En tal sentido, el Fisco planteó que “la ley es clara y no admite doble interpretaciones”, puntualizando que la responsable no ingresó el impuesto de igualación del monto resultante a pesar de que la distribución superaba los resultados acumulados al cierre del ejercicio anterior (2002) inferiores a los importes remesados.

La sentencia de la Cámara, después de resumir las fundamentaciones del Tribunal Fiscal y el planteo realizada por la demandada, confirmó la sentencia del “a quo”.

Luego de repetir los mismos preceptos elaborados por el Tribunal, en cuanto a la finalidad perseguida por la norma y las expresiones del Senador Verna en el debate parlamentario, agrega algo extraordinariamente sobresaliente, que es que: “ *....Por lo tanto, una correcta aplicación del mecanismo del impuesto de igualación obliga a cotejar las utilidades remesadas por el contribuyente con el resultado impositivo arrojado en el ejercicio fiscal en que estas fueron generadas...*” (Resaltado es de mi autoría).

¹⁴⁸ Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal - Sala I - Fallo del 04/08/2011.

Agregando que las utilidades remesadas por la contribuyente a su casa matriz en el exterior **fueron generadas en ejercicio 2.003**, y que al cierre de dicho ejercicio, la utilidad impositiva resulta levente superior a la utilidad contable.

Para concluir, la jueza de Cámara, Clara María do Pico recordó que "... al respecto, y en punto a la importancia que reviste tal aspecto como criterio interpretativo en la materia, tiene dicho el Tribunal cimero que "...en la interpretación de las leyes impositivas debe atenderse a su finalidad y a su significación económica (*"Cerro Vanguardia S.: (FT 22.172-1 c DGI"*, sentencia del 30/6/2009, entre muchos otros...")

Una solución contraria a la aquí propiciada ocasionaría indefectiblemente un incremento irrazonable de la tasa nominal del impuesto a las ganancias que debe tributar la contribuyente, así como también, se estaría alcanzando mediante el impuesto de igualación un supuesto no previsto por la ley del gravamen.

Lo precitado por la Jueza de Cámara, Dra. Clara María do Pico resulta muy contundente e importante por cuanto replica el principio de la Corte Suprema en sentencias anteriores y recientes, en virtud de la cual no procede restringir el análisis de la norma en cuestión a su texto, debiendo atenderse a sus objetivos.

Además agrega otros argumentos que resultan de mucho peso específico tales como:

- A) Respalda el principio hermenéutico de la "intención" o del "objetivo" del legislador, en un contexto el cual la letra de la ley difiera del mismo.
- B) Agrega sobre la posibilidad de poder "aggiornar" el caso del dividendo o utilidades anticipadas contables vinculándolas con las ganancias al período fiscal a las cuales las mismas pertenecieron.
- C) Agrega la aplicación del principio de interpretación de "significación económica" ya utilizado por la Corte en la Causa "Cerro Vanguardia"¹⁴⁹ y;
- D) Menciona principios de naturaleza económica del gravamen, al referirse que una solución contraria ocasionaría indefectiblemente un incremento irrazonable de la tasa nominal del impuesto que debe tributar el contribuyente, alcanzando además, aplicación del impuesto de igualación mediante, un supuesto no previsto en la ley del gravamen a la irrazonable que resultaría la tasa nominal del gravamen si se aplicara el criterio sostenido por el Fisco.

Finalmente concordamos con la opinión de Horacio ZICCARDI; Miguel CUCCHIETTI (2011)¹⁵⁰, al comentar este precedente judicial de la Cámara menciona adicionalmente que "...consideramos razonable el criterio adoptado por los tribunales intervinientes por cuanto,

¹⁴⁹ Ver al respecto, el comentario que hemos realizado sobre dicha causa en la que el punto principal también refiere al principio de "significación económica". Disentimos con otra doctrina que confunde en parte la aplicación de este principio con el de la Realidad económica, del artículo 1 y 2 de la Ley de Procedimiento Fiscal.

¹⁵⁰ ZICCARDI, Horacio; CUCCHIETTI, Miguel (2011): "Ganancias. Impuesto de igualación. Remesa anticipada", Doctrina Tributaria Errepar.

en caso contrario, implicaría abonar el impuesto al 35% sobre el excedente respecto a la utilidad acumulada, sin perjuicio que la misma alícuota deba aplicarse sobre el resultado fiscal del ejercicio 2003. De esta manera, no se estaría cumpliendo el objetivo de la norma...”

El hermenéutica fiscal basada en la “razón objetiva”, también fue utilizada por nuestro máximo tribunal analizada en causas recientes tales como Prodecom SA¹⁵¹, donde lo que se discutía era la aplicación del IVA sobre los servicios de comedor en lugares de trabajo, hospitales, etc., conceptualizando que la intención del legislador es eximirlos para que el beneficio llegue libre del gravamen a esos lugares, por una cuestión de desgravación racional que se deriva de la intención del legislador y no tanto de su letra formal..

De igual modo en la causa Orlando Peña, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, apoyándose en el dictamen de la procuradora Laura Monti¹⁵², dio por convalidado el criterio

¹⁵¹ Ver al efecto, fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sentencia “Prodecom c/DGI”, del 8 de Febrero de 2011. Obsérvese que la mencionada causa sigue la línea interpretativa basada en el objetivo de la norma. De modo que sus considerandos más importantes rezan:

Considerando 8º) Que así enfocada la cuestión, resulta claro que los agravios del ente recaudador son insuficientes para desvirtuar los fundamentos de la decisión apelada en lo relativo al carácter asistencial de la prestación de los servicios sobre los que versa la causa; a que no puede obviarse que entre los propósitos generales de orden económico, financiero y de promoción de la comunidad tenidos a la vista por el legislador se encuentra el de abaratar esos servicios; y que la tesis propuesta por la AFIP llevaría a la inadmisibles conclusión de que quedarían al margen del impuesto los servicios de comida prestados en comedores de colegios privados, pero estarían gravados los realizados en comedores de centros comunitarios ubicados en villas de emergencia y barrios carenciados.

Considerando 9º) Que sin perjuicio de ello, cabe destacar que el criterio seguido por el a quo para concluir que la actividad desarrollada por la actora se encuentra comprendida en la norma que la excluye del impuesto resulta acorde con la doctrina de esta Corte en orden a que debe evitarse el excesivo rigor de los razonamientos que desnaturalicen al espíritu que ha inspirado la sanción de la norma (Fallos: 310:464; 500 y 937; 312:1484; 318:879), pues, por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, corresponde indagar lo que dicen jurídicamente, y si bien no cabe prescindir de las palabras, tampoco resulta adecuado ceñirse rigurosamente a ellas cuanto lo requiera la interpretación razonable y sistemática (Fallos: 312:1614; 318:879), ya que el espíritu que la nutre ha de determinarse en procura de una aplicación racional, que elimine el riesgo de un formalismo paralizante (Fallos: 234:482; 302:1284; 326:2095, entre otros). (Remarcado me pertenece)

¹⁵² El Alto Tribunal hizo propios los términos del dictamen del 1/2/2010 de la Procuradora General de la Nación, doctora Laura Monti, y revocó la sentencia apelada. Por ello, para conocer los fundamentos de esa decisión, debemos recurrir al análisis de dicho dictamen. La procuradora comienza transcribiendo la norma del artículo 117, y de inicio no coincide con el planteo del a quo, porque entiende que para la correcta hermenéutica de la norma en cuestión debe tomarse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte que indica que en la **interpretación de las leyes debe darse pleno efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezca con el ordenamiento jurídico restante**. Sostiene que “ese propósito no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal, toda vez que ellos, como servidores del derecho para la realización de la Justicia, **no deben prescindir de la “ratio legis”**”. Por eso, entiende que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente y, en esta labor, no cabe prescindir de sus palabras, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación sistemática y razonable así lo requiere. En virtud de ello, en la causa recurre a buscar los motivos que dieron lugar a la sanción de la ley 23.905 que fue la que incorporó el régimen especial de fiscalización del citado artículo 117 de la ley 11683, transcribiendo el mensaje de elevación y la discusión parlamentaria del senador Romero, cuando señaló que el objetivo de este régimen especial consistía en limitar la fiscalización a cargo de la DGI al último período fiscal por el cual se hubieran presentado declaraciones juradas, a efectos de “que los contribuyentes que acrediten haber cumplido con exactitud sus obligaciones correspondientes a su último período fiscal, –sean éste anual o mensual-, obtengan del organismo recaudador la convalidación de los períodos anteriores no

del contribuyente en oportunidad de hacer valer ante el Fisco los derechos emergentes de la Ley de Bloqueo Fiscal prevista por la Ley 11.683, mediante la cual se impide determinar de oficio a determinados contribuyentes de menor porte más allá de los 12 meses anteriores al inicio de la inspección.

*V.1.3. El Juicio final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*¹⁵³

Frente a una nueva decisión contraria a sus pretensiones el Fisco Nacional interpuso recurso ordinario de apelación ante la Corte, quién hizo lugar nuevamente al criterio de instancias anteriores, a quienes refirió, al momento de referirse a las situaciones de hecho relacionadas con el haber efectuado el cotejo entre utilidades contables e impositivas, procedimiento del cual resultara que no se verificaba el supuesto de distribución de utilidades generadas por ganancias no sometidas al impuesto, y que por otra parte el Fisco no había demostrado lo contrario.

En cuanto es pertinente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó en los considerandos 7º) y 8º) del Fallo lo siguiente:

“7º) Que tal como lo señaló esta Corte en el precedente "Cerro Vanguardia" (Fallos: 332: 1531), el propósito de la norma precedentemente transcrita "es evitar que ganancias consideradas exentas por la ley del impuesto se trasladen, sin la incidencia del tributo, a los accionistas o socios por vía de dividendos o de la distribución de utilidades", Para sustentar esa afirmación, en el citado precedente se aludió a lo expresado por el senador Verna en el debate previo a la aprobación de la ley, en el sentido de que con ella " ...se procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones o tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de tales sujetos. Con ello se intenta eliminar una fuente de elusión, además de que se considera que tales franquicias alteran la equidad horizontal y vertical desde el punto de vista económico".

“8º) Que, con tal comprensión, corresponde desestimar los agravios del organismo recaudador, pues, según la inteligencia asignada a la respectiva norma en el citado precedente, el denominado "impuesto de igualación" resulta aplicable a las distribuciones de utilidades que "superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución", cuando ese excedente de utilidades se origine en ganancias exentas o sujetas a tratamientos preferenciales, lo que no ha sido demostrado por la AFIP en el caso en examen. Por el contrario, cabe destacar que el Tribunal Fiscal -cuyo criterio compartió la cámara- examinó la documentación relacionada a los períodos fiscales

prescriptos” (Diario de Sesiones de la Honorable Cámara de Senadores, del 19 de Febrero de 1991, pág 5366, (el subrayado me pertenece ...”**(destacados me pertenecen)**).

¹⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación - Fallo del 08/10/2013.

implicados y tras efectuar el pertinente cotejo entre las utilidades contables y las utilidades impositivas, concluyó que no se verificaba en autos el supuesto de distribución de utilidades generadas por ganancias no sometidas al impuesto (confr. sentencia del Tribunal Fiscal, en particular considerandos V-2º, 3º y 4º párr.- y considerando VI, fs. 67/67 vta.), aspecto que no fue rebatido por el organismo recaudador ni ante la cámara (confr. fs. 76/83 vta.) ni ante este Tribunal (confr. fs. 142/154 vta.).”

Tal como se puede apreciar en el Fallo, la Corte Suprema con criterio unánime confirmó el fallo de la Sala I de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal y del Tribunal Fiscal de la Nación, según los cuales se revocó la determinación de oficio dictada por AFIP.

V.2. Argumentos Agregados por la CSJN sobre los de cada una de las instancias jurisdiccionales anteriores.

A continuación se describen los argumentos de cada una de las instancias que resultan de interés para el presente trabajo:

V.2.1. Argumentos del TFN (acápite 2º de la sentencia de la CSJN).

Considerando 2º) Que el Tribunal Fiscal de la Nación revocó lo resuelto por el ente recaudador (fs. 66/67vta.). Para pronunciarse en el sentido indicado, sostuvo que el organismo fiscal había realizado una aplicación literal del artículo agregado a continuación del art.69 de la Ley de impuesto a las Ganancias sin atender a su finalidad. En tal sentido señaló que el denominado impuesto de igualación” –instituido por esa norma- procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones o tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes del capital de aquéllas en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de esos sujetos. A ello agregó que el tributo procura igualar la carga fiscal de la renta de la sociedad de capital que goza de ventajas impositivas y distribuye dividendos originados en ganancias sobre las cuales la sociedad no ha tributado con la renta generada por sociedades que no gozan de los mismos beneficios.

Sentado lo que antecede, el mencionado tribunal señaló que la empresa actora había obtenido al cierre del período fiscal 2002 un resultado contable de \$ 1.498.884,83 y un resultado impositivo de \$ 1.347.221,21. De ello extrajo como conclusión que en el mencionado período fiscal no habían existido utilidades no alcanzadas por el impuesto que pudieran lugar a distribución de sumas en tal concepto durante el período fiscal 2003 que afectaran a g ganancias del balance comercial y que esa situación también se verificaba en los períodos inmediatos anteriores. Asimismo tuvo por acreditado que los fondos remesados

por la empresa actora a su casa matriz durante el año 2003 consistieron en envíos anticipados de utilidades originados en ese período fiscal, y que aunque su monto superaba al de las ganancias impositivas acumuladas al 31 de Diciembre de 2002, no correspondían a ganancias que no hubieran estado sujetas a imposición en aquel período. A este fin consideró que del balance especial cerrado al 30 de Setiembre de 2003 y del balance ordinario cerrado al 31 de diciembre de 2003 surgía una ganancia comercial de \$ 5.179.958,76 y de 5.512.833,03, respectivamente, y que la declaración jurada del impuesto a las ganancias correspondiente al período fiscal 2003 arrojaba un resultado impositivo de \$ 8.483.268,13. Con base en tales consideraciones, juzgó que nos e daba en autos el supuesto de distribución de utilidades generadas por ganancias no sometidas al impuesto y que, por lo tanto, no resultaba aplicable al caso el régimen de retención previsto en el artículo agregado a continuación del art. 69 de la Ley del impuesto a las ganancias.

Por último, el Tribunal Fiscal desestimó el argumento del ente recaudador relativo a que como la actora había efectuado una distribución anticipada de dividendos en violación a lo dispuesto por los arts. 68 y 224 de la Ley 19.550 no correspondía asignarle ese tratamiento a los fondos remesado por la actora a s su casa matriz. Al respecto, destacó que el art. 68 de la citada ley –en cuanto dispone que los dividendos no pueden ser aprobados ni distribuidos a los socios sino por ganancias realizadas y liquidas resultantes de un balance confeccionado de acuerdo con la ley, el estatuto y ser aprobado por el órgano social competente- no resultaba aplicable a la actora porque ésta no era una sociedad por acciones –y en consecuencia no podía distribuir dividendos anticipados a sus socios-, sino la sucursal de una sociedad extranjera.

Primer argumento: Aunque el monto de las utilidades remesadas durante el año 2003 por la Sucursal a la casa matriz, superó al monto de las ganancias impositivas acumuladas al 31/12/2002 (último ejercicio fiscal cerrado por la sucursal) “no correspondían a ganancias que no hubieran estado sujetas a imposición por aquel período”; ello medido sobre la base del resultado impositivo que arrojó el balance especial preparado por la sucursal al 30/09/2003.

Segundo argumento: Siendo que la actora no era una sociedad por acciones, sino una Sucursal que reporta legalmente al artículo 118 de la Ley de Sociedades, no son de aplicación los artículos 68 y 224 de la Ley de Sociedades Comerciales, normas éstas que regulan la distribución anticipada de dividendos. Por lo tanto la Sucursal pudo y puede distribuir utilidades en forma anticipada sin restricciones societarias aparentes.

V.2.2. Argumento de la Cámara Federal (acápite 3° de la sentencia de la CSJN).

Considerando 3°) Que la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal rechazó el recurso de apelación y revisión limitada deducido por parte de la AFIP y, en consecuencia, confirmó la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación en cuanto fue materia de dicho recurso (fs. 123/127). Para así decidir afirmó que el

propósito que tuvo en mira el legislador al sancionar la norma sub examine fue alcanzar a “aquellas rentas que no hubieran tributado en cabeza de la sociedad el correspondiente impuesto a las ganancias por el período en que se generaron”. Tras dejar establecido de ese modo el alcance del llamado “impuesto de igualación” coincidió con el Tribunal Fiscal en cuanto tuvo por acreditado que las utilidades remesada por la empresa actora a su casa matriz fueron generadas en el ejercicio 2003 y que al cierre de ese período la utilidad impositiva resultaba levemente superior a la utilidad contable. En consecuencia, la cámara juzgó –al igual que el mencionado tribunal-, que nos encontraban cumplidos en autos los recaudos exigidos por el artículo agregado a continuación del art. 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias a fin de aplicar el mecanismo de retención allí previsto. Al respecto puntualizó que una solución contraria ocasionaría un incremento irrazonable de la tasa nominal del impuesto que debe tributar el contribuyente y gravar un supuesto no previsto en la ley del mencionado tributo.

Por último, coincidió asimismo con el Tribunal Fiscal que no resultaba aplicable al caso el art. 68 de la ley 19.550 sino el art. 118 del mencionado cuerpo legal, en tanto se trata de la sucursal de una sociedad constituida en el extranjero, sujeta en su exigencia y formas a la legislación del país de constitución.

Primer Argumento Adicional: El propósito u objetivo que tuvo en miras el legislador al sancionar la norma del impuesto de igualación fue alcanzar a “aquellas rentas que no hubieran tributado en cabeza de la sociedad el correspondiente impuesto a las ganancias por el período en que se generaron”. En este caso, se pudo acreditar que las utilidades remesadas fueron generadas en el ejercicio fiscal 2003, y que en dicho ejercicio (previo al giro de los fondos) la utilidad impositiva fue levemente superior a las remesas (utilidad contable).

Segundo Argumento Adicional: Consecuentemente, se concluye que no se hallaba cumplido el presupuesto fáctico de aplicación del Impuesto de Igualación; caso contrario se verificaría un incremento irrazonable de la tasa nominal del impuesto a las ganancias que debe tributar el contribuyente, gravando un supuesto no previsto por la ley del impuesto.

V.2.3. Argumento original (propio) de la CSJN (acápito 8° de la sentencia):

Único Argumento: El Impuesto de Igualación resulta de aplicación a las distribuciones de utilidades que superen a las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de la LIG, cuando ese excedente de utilidades se origine **en ganancias exentas o sujetas a tratamientos preferenciales**, lo que no ha sido demostrado por el Fisco.

La posición de la Corte Suprema es original y novedosa, siendo más abarcativa y de alcance más amplio y favorable a la posición del contribuyente de la que el caso tenía en las instancias previas.

En efecto, la Corte Suprema no falla estrictamente sobre si la Sucursal había o no generado suficiente ganancia neta impositiva en el ejercicio 2003 previo a la remesa de fondos al exterior, sino que consideró directamente no alcanzada por el Impuesto de Igualación a cualquier tipo de distribución de resultados a menos que se acredite que el origen de tales distribuciones resulten en ganancias exentas o en tratamientos fiscales preferenciales.

Como puede apreciarse, esta posición representa un giro muy fundamental en la interpretación clásica sobre el alcance del Impuesto de Igualación, dado que la Corte Suprema de Justicia ha propiciado un pensamiento que tiene características finalista, y cuya verdadera novedad queda sustentada en reducir o acotar a la mínima expresión según el sentido del legislador, el ámbito objetivo de aplicación del gravamen, al caso en que la sociedad de capital efectúa distribuciones de dividendos o utilidades que, excediendo la reserva impositiva, tienen su origen en rentas exentas o amparadas en regímenes preferenciales.

Desde un punto de vista didáctico, podríamos aseverar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplica un “test legal” que requiere de la concurrencia de dos condiciones específicas que son las siguientes:

(i) Test Temporal: Las utilidades distribuidas sean mayores que el “Fondo de Acumulación” o reserva impositiva determinada al momento de la distribución, y

(ii) Test Material u Objetivo: Los excedentes que se produjeren tengan origen en rentas exentas del Impuesto a las ganancias.

V.III. La posible proyección e impacto de estas conclusiones a otros casos

Llegado a este punto, cabe interrogarnos si el camino que deja abierto, la resolución definitiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en este caso, habilitaría a extender sus conclusiones a otras situaciones no previstas, pero que como mencionan algunos autores recientemente, han sido “usinas generadoras de controversias” en materia del impuesto de igualación.

Un entendimiento en ese sentido, no solo encontraría puntos de conexión con el antecedente analizado en tanto permitiría evitar el perjuicio de la doble imposición en varios de los supuestos analizados, sino que también permitiría fundamentar si bien frente a temas de fondo distinto, también aquí la aplicación del criterio fiscal en la mayoría de las hipótesis conllevaría a un “incremento de la tasa efectiva aplicable”, en este caso, sobre la mayoría de los supuestos que configuraron para el Fisco en su momento supuestas ganancias imponibles o supuestos hechos de imposición en el impuesto de igualación

En ese sentido, planteamos a continuación de modo resumido, cómo quedarían algunos de los aspectos conflictivos enumerados en este trabajo¹⁵⁴, después de pasar el filtro de lo que denominamos 2do. Test Material u Objetivo (que los excedentes que se produjeran tengan origen en rentas exentas) que plantea la Sentencia White Martins:

V.3.1. Diferencias transitorias.

Como se ha analizado, el efecto temporal diferido en su cómputo al momento de la formación del “Fondo de Acumulación”, podrían generar una hipótesis de doble imposición, por lo que se debieran neutralizar de dicho fondo pues al no ser ganancias exentas, (son todo lo contrario diferencias permanentes).

A mi entender, este tema es el ejemplo más claro en el que la doctrina del fallo White Martins ha dejado resuelto. En efecto, estas diferencias no pasan el concepto que hemos incluido dentro del segundo test y en consecuencia, no debieran formar parte de la base imponible sujeta al impuesto de igualación.

Lo contrario, implicaría tener -tal como la doctrina ha señalado que en términos fácticos-, que dada la excepcionalidad de diferencias permanentes en el texto de la LIG, el Impuesto de Igualación funcione o se transforme en una suerte de "un impuesto al pasivo diferido neto distribuido".

V.3.2. Quebrantos Fiscales de ejercicios anteriores.

Si provienen de pérdidas originadas con posterioridad a la vigencia del impuesto de igualación, debieran formar el “Fondo de Acumulación”, disminuyendo la ganancia gravada solamente, pero solamente en el caso que se formen con pérdidas originadas en ingresos exentos. En cambio, si se forman con operaciones gravadas o con diferencias transitorias por diferencia en la valuación y la fiscal del impuesto a las ganancias, no superarían test material u objetivo.

Si provienen de pérdidas originadas en períodos fiscales anteriores a la entrada en vigencia de la norma, directamente no debieran formar parte del “Fondo de Acumulación” pues ello implicaría haber aplicado retroactivamente la norma legal que comenzó a regir para los ejercicios cerrados con anterioridad al dictado de Ley N° 25.063.

¹⁵⁴ Excepción hecha del caso conflictivo de dividendos provisionales o anticipados que la propia sentencia considera comparables con las utilidades fiscales del ejercicio por el cual los mismos hayan sido anticipadamente distribuidos

V.3.3. Proporcionalidad.

La aplicación de extensión al concepto de aplicar un criterio proporcional en el caso en el la el dividendo puesto a disposición no sea el total de la ganancia contable susceptible de ser distribuida y a su vez, esta resulte mayor que el resultado emanado del “fondo de Acumulación”, ha generado divergencias se dieron en el propio seno del Fisco Nacional.

Sin embargo, este aspecto de hecho no hace a que deba interpretarse que también proporcionarse el “Fondo de Acumulación”, pues ello implicaría gravar rentas que ya pagaron o que puedan eventualmente pagar en el futuro (por ser diferencias transitorias) el impuesto de igualación. En consecuencia, estaríamos bajo el mismo nivel de resolución otorgado en el punto anterior, ya que pasa el primer test (las utilidades distribuidas son mayores que el fondo de acumulación) pero no necesariamente el segundo, pues mayoritariamente no se compondría por rentas exentas.

V.3.4. Regímenes de Promoción Industrial.

Si bien son ganancias excluidas del marco del impuesto a las ganancias y por lo tanto podría presumirse su sujeción al gravamen en el momento de su distribución por superar ambos tests, la LIG las dejó al margen del gravamen directamente por no ser consideradas rentas basadas en la aplicación de las normas generales de la ley, (criterio convalidado por Dictamen (DAT) N° 16/2001) por lo que se deben incluir en el “Fondo de Acumulación” formando parte del mismo y por ende no sujetarse al impuesto de igualación.

No obstante ello, considero que a raíz de la doctrina del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el caso probablemente continúe siendo discutido en el tiempo por la doctrina.

V.3.5. Naturaleza del gravamen.

La Corte Suprema falló en la causa “Cerro Vanguardia” asimilando económicamente a que el impuesto de igualación es una carga fiscal adicional que recae económicamente sobre la sociedad que emite las acciones representando una modificación efectiva en su “estabilidad fiscal”.

No obstante ello, a partir de la existencia del Fallos White Martins Cilindros Ltda. (Suc Argentina), este tipo de distribuciones solamente quedarán gravadas en el caso que los dividendos pagados resulten superiores a los beneficios fiscales gravados e incluidos en el “Fondo de Acumulación”, razón el fondo de la discusión de la causa “Cerro Vanguardia”, quedó prácticamente vacío de contenido que le otorgue interés fiscal.

No obstante ello, los problemas de fondo que ello acarrearán para el caso de considerar al impuesto como un gravamen complementario a la renta no solo en regímenes de estabilidad fiscal (vgr.: Minería, Forestación, Energía eólica y solar), y los regímenes de promoción regional o sectorial que prevén la exención en el impuesto a las ganancias (vgr.: . ley 22.021, etc.), sino también en otros aspectos¹⁵⁵

Es por ello, que dependerá el tipo de problemática a considerar, se mantendrán en el tiempo independientemente de la sentencia mencionada.

V.3.6. Convenios de Doble Tributación.

La discusión técnica respecto a sobre qué monto debe aplicarse la tasa reducida de los Convenios de Doble Tributación, (si sobre el importe del dividendo distribuido o sobre la base imponible del impuesto de igualación), no tiene que ver con el fondo de la discusión del Fallo White Martins Cilindros Ltada. (Suc. Argentina), por lo que la disyuntiva en discusión no se ve en principio alterada por las consecuencias de este fallo.

Es por ello que la misma continuarán siendo discutidas en el tiempo, aunque, claramente perderá significatividad dada la escasa cantidad de rentas exentas que quedarían en la práctica en las sociedades de capital como para ser incorporadas a la base imponible del gravamen analizado.

V.3.7. Aplicación del gravamen sobre institutos societarios que implican movimientos patrimoniales.

Como se analizó existen muchas zonas grises respecto a la incidencia del gravamen sobre ciertos institutos analizados, tales como en dividendos en especie, rescates de acciones, reducciones de capital, casos de absorción de pérdidas para luego realizar distribuciones de utilidades con ganancias posteriores a la absorción, gravabilidad de distribuciones de la distribución de primas de emisión de acciones, etc.

Solamente corresponderá la aplicación del gravamen a la igualación sobre estos conceptos en la medida que:

- i) Representen o hayan representado efectivas distribuciones de beneficios contables de la sociedad y no meros reintegros de capital en cualquiera de sus formas posibles (devolución compulsiva u optativa, reembolso de capital, dividendos en especie, etc.)

¹⁵⁵ Consideración del impuesto de igualación como un impuesto al dividendo en los Convenios de doble tributación, Posibilidad de deducción de los gastos necesario para la obtención del dividendo no computable para el accionista.

- ii) Dichas distribuciones de beneficios resulten exentas en el impuesto a las ganancias.

V.3.8. Ajuste por inflación.

El demérito que sufre el “Fondo de Acumulación” en términos reales cuando los dividendos son puestos a disposición del beneficiario, hace que la comparación entre las utilidades que se distribuyen y el mismo no tengan a veces mucha relación con el valor asignado en el mencionado Fondo, pues el mismo permanece histórico en el tiempo. Identica situación se produce en las reducciones de capital que puedan implicar un rescate de acciones o un dividendo de liquidación.

La sentencia analizada no resuelve esta problemática por cuanto conceptualmente siempre se debieran tratar las rentas exentas y si ellas no están comparadas en moneda homogénea con su similar contable, necesariamente será un tema que no hace a los tests analizados en el fallo. Considero que el tema seguirá siendo planteado como controvertido.

V.3.9. Recalificación en dividendos de intereses no deducibles.

También podría agregarse la carencia de precisiones que clarifiquen cuales debieran ser las implicancias finales de asimilar a "dividendos" los excedentes de intereses no deducibles por aplicación de las normas de capitalización exigua.

Este tema aparece como inocuo frente a la conceptualización de los réditos exentos o con tratamientos preferenciales que forman parte del “Fondo de Acumulación” por lo cual necesariamente seguirá siendo debatido por la doctrina fiscal

V.3.10. Caso del VPP

También debiéramos plantearnos si este antecedente no es útil frente a un tema que originó alta conflictividad, cual es discernir si, cuando la ley refiere a que a la ganancia impositiva deberán incorporarse los conceptos contables incluidos en el VPP.

A mi entender, este concepto no continuará siendo debatido por cuanto hace a la formación de un ajuste al “Fondo de Acumulación”, que necesariamente debe realizarse a fin de aplicar el segundo test del Fallo analizado y de ese modo pagar el impuesto por rentas que no sean verdaderas rentas exentas o ligadas a beneficios preferenciales.

V.4. Consideraciones Finales.

Cabe apreciar que los frentes abiertos de conflicto que no cumplen con el 2do. Test propuesto en el por el Fallo de la Corte, son en cantidad muy escasos, por cuanto la materia imponible a considerar como gravada en el impuesto de igualación, una vez rastreados en profundidad los casos analizados en este trabajo que quedarían resueltos en favor de los contribuyentes luego de los dichos emanados en este precedente judicial, habida cuenta que solamente quedará incluida en la misma, exclusivamente la porción de rentas exentas distribuidas. Ese espectro queda potencialmente más reducidos porque la cantidad de exenciones impositivas previstas para las sociedades de capital en la LIG son actualmente muy pocas.

Coincidimos con los comentarios que luego de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Cerro Vanguardia” expusiera Rubén KARSCHENBOIM (2010)¹⁵⁶ quien expresa: “...*Todo indica que la retención del impuesto a las ganancias por distribución de utilidades, como se expusiera, supone un instituto de dificultosa admisión filosófica, con varias facetas pendientes en cuanto atañe a la definición de su funcionamiento, entre otras cuestiones, habida cuenta de la falta de antecedentes empíricos que hubieran favorecido tal definición.... Un instituto que entonces se presenta con el básico objetivo de incrementar la recaudación tributaria y que sin embargo, no ostenta categóricamente el cumplimiento de tal objetivo... Claramente entonces, resulta que la derogación del instituto del caso, lejos de alterar mayormente la recaudación fiscal, eliminaría discusiones doctrinarias en definitiva un tanto estériles y permitirá concentrar el respectivo esfuerzo en temáticas más productivas...*”

Además es de destacar que el criterio emergente del Fallo resulta obligatorio para el Fisco en caso de una eventual inspección sobre el tema que el mismo realice sobre los particulares.

Por otra parte, en la práctica, el Fisco Nacional se allana a las doctrinas fijadas por la Corte Suprema con carácter general y finalista, carácter que interpretamos que presenta este precedente jurisprudencial.

Por lo tanto, con la sanción de este Fallo, interpretamos que los contribuyentes necesitarán simplemente acreditar ante una eventual inspección que la determinación de la ganancia neta impositiva no tiene ajustes fiscales resultantes del goce de rentas exentas o de tratamientos tributarios preferenciales, para evitar la aplicación del impuesto de igualación.

Por el momento, no ha habido nuevas interpretaciones de parte del Fisco que se allane o flexibilize posiciones más esquemáticas al texto de la ley, sin embargo es de esperar que a partir de este precedente reciente, se revisen dichas posturas “aggiornandolas” a lo que la sanción de la norma procuró legislar.

¹⁵⁶ KARSCHENBOIM, Rubén (2010). “La distribución de utilidades y el impuesto a las ganancias – Evaluación del mantenimiento de la retención específica tras más de diez años de su vigencia”, Consultor Tributario, Setiembre 2010, Pág. 59.

Esta tesitura permitirá dar mayor estabilidad y seguridad jurídica a los inversores locales y del exterior en cuanto a la planificación del movimiento de sus réditos se refiere.

En definitiva se trata de emplear el término “seguridad” en el sentido de aplicar en un todo la legal.

El mismo sentido en el que el propio maestro Juan Bautista ALBERDI¹⁵⁷ en sus palabras citaba: “... Después de la libertad, la seguridad es otro de los medios que la Constitución Argentina emplea para atraer los capitales extranjeros. La ley orgánica debe hacer que esa garantía se vuelva realidad... De modo que la acción de la ley sobre sí misma es el medio que está más al alcance del Estado, para contribuir a que se realice en favor del capital la garantía de la seguridad ofrecida por la Constitución (artículos 17,18 y 20)...”

Es por ello que somos verdaderamente optimistas en el sentido que Fisco Nacional no seguirá abonando un entendimiento tan literal sobre el impuesto de igualación, ya que los Tribunales han dado ya sobradas muestras de una lógica jurídica sin precedentes apegada a la “ratio legis”, al “objeto” o al “propósito” de la norma, más que a los dichos de su estricto texto.

Es de esperar que así sea.

* * *

¹⁵⁷ ALBERDI, Juan Bautista (1998): “Sistema económico y rentístico”, Ciudad Argentina, Buenos Aires, págs. 156 y 157.

VI. CONCLUSIONES

Como se ha podido observar en los casos enumerados a lo largo de este trabajo, no han sido pocas las situaciones que generaron discusiones entre la AFIP y los Contribuyentes en torno al impuesto de igualación, así como tampoco los esfuerzos doctrinarios, de asesores fiscales y de la propia administración, tendientes a interpretar razonablemente estas situaciones no comprendidas en el cuerpo legal.

Una posible explicación es que la estrechez de la letra de la norma las generó. Fue necesario esperar casi 16 años para que un pronunciamiento novedoso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación agregue valor, incorporando condimentos que se refieren específicamente a la estructura técnica del propio impuesto de igualación y no solamente al caso de fondo discutido en la causa. Ese momento llegó con la sentencia “White Martins Cilindros Ltda. Sucursal Argentina”, que comentamos en detalle en el presente trabajo.

No obstante ello, estamos persuadidos que la introducción de modificaciones legales en su debido momento, hubieran logrado impedir que dichas situaciones se generen o, al menos, acotar interpretaciones tan libremente realizadas por el Fisco argentino sobre determinados conceptos de una forma discrecional respecto a un tema tan sensible como lo es la disponibilidad y distribución de la renta empresaria.

Como analizamos en este trabajo, desde mi perspectiva los supuestos de hecho que podrían quedar sujetos al impuesto de igualación, han quedado fácticamente acotados a un mínimo número de casos, lo que tornará de hecho, que el gravamen quede reducido una mínima porción de riqueza como base de imposición real.

Todo ello hace necesario una reforma fiscal que recepte en su texto más categóricamente el propósito de la norma expresado al momento de su sanción por el senador Verna y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente analizado, de modo de lograr una mayor seguridad jurídica a las empresas y sus accionistas, requisito imprescindible para lograr a la vez, la eliminación de la potencialidad de conflictos, permitir planificar debidamente las operaciones empresarias en un aspecto tan relevante en las empresas, como es el manejo de sus ganancias y con ello, la propensión marginal a la inversión de los particulares en nuestro país.

Dicha reforma en el impuesto de igualación, debiera tender a que éste se aplique correctamente, es decir sobre la base económica que la teoría fiscal ha indicado, (la eliminación del traslado de los beneficios de la sociedad de capital a sus accionistas o socios, ganancias exentas o relacionadas con beneficios preferenciales obtenidos) ó –simplemente-, se decida su derogación, debido a la falta de recaudación que en el gravamen debiera verificarse al verse acotado a su justa medida, la materia imponible prevista por su hecho imponible.

VII BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

VII.1. Doctrina Consultada

ALBERDI, Juan Bautista (1998): “Sistema Económico Rentístico”, Editorial Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires.

ALCHOURRÖN y BULYGIIN (2000), “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, Publicación Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000 y Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

ATCHABAIAAN, Adolfo (2013): “El concepto tributario de renta: Su evolución en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”. En libro “La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – a 150 años de su primera sentencia, Directores: CASÁS, José y FREYTES, Roberto, Coordinador: LALANNE, Guillermo”, Editorial Errepar.

BETTI, Emilio (1975): “Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos” Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición en Español, Madrid, España, Pág 95.

CARANTA, Martín (2009). “Una interpretación cuestionable sobre el impuesto de igualación”, Suplemento de Novedades Fiscales, Diario Ámbito Financiero, 27 de Octubre de 2009.

CALZETTA, Daniel (2006): “Impuesto de Igualación”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXVII.

CERCHIARA, Claudia M (2014).: “Reglamentación de la reforma del impuesto a las ganancias: Resultados por venta de acciones y de bienes muebles amortizables. Dividendos y Utilidades, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXXV.

CID, Aurelio (2013): “El principio de la realidad económica y la teoría de la penetración en la Jurisprudencia de la CSJN”. En libro “La Jurisprudencia Tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – a 150 años de su primera sentencia, Directores: CASÁS, José y FREYTES, Roberto, Coordinador: LALANNE, Guillermo”, Editorial Errepar.

COLOGNO, Gustavo (2006): “Impuesto de igualación”, Doctrina Tributaria de Errepar, Tomo XXVII, Pág 1089.

CORTI, Arístides Horacio; CALVO, Rubén; LUIS, Claudio E. (2009): “Un fallo de la CSJN que requiere revisión y una disidencia ejemplar (a propósito del caso “Cerro Vanguardia”), Revista Impuestos, 1248.

DIAZ SIEIRO, Horacio; VELJANOVICH Rodolfo Diego; BERGROTH Leonardo (1994): “Procedimiento Tributario, Ley N° 11.683” Buenos Aires, Pág 110.

DI CHIAZZA, Iván; VAN THIENEN, Pablo Augusto (2008): “El rescate de acciones frente al Impuesto de Igualación”, Revista Impuestos (2da Quincena Marzo).

DI CHIAZZA, Iván (sin año): “Compensación de quebrantos en el marco del impuesto de igualación”, nota al fallo “empresa Distribuidora de Electricidad de Entre ríos S.A.; CEDEF Law and Finance, Working Paper N° 68

DICHIAZZA, Iván (2014) “La transferencia de acciones y los dividendos. Su tratamiento en la Ley del impuesto a las ganancias”, Periódico Económico Tributario, del 24/4/2014.

EDELSTEIN, Andrés (2010): Algunas consideraciones sobre el denominado “impuesto de Igualación”, Consultor Tributario, Enero 2010, Editorial Errepar.

EDELSTEIN, Andrés (2014): “la reciente reforma de ganancias (ley 26.893) y los sujetos del exterior”, Revista Consultor Tributario N° 83, Enero 2014, Pág 29.

EXPÓSITO, Enrique; COGORNO, Juan P. (2008): “Los quebrantos, el impuesto de igualación y una incógnita sobre su vigencia”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIX, Pág 487.

FERNANDEZ, Luis Omar (2011): “Los dividendos y el impuesto a las ganancias”, Consultor Tributario, Editorial Errepar, Buenos Aires, Pág 35.

FRANCO de la CUBA, Carlos Miguel, “ La interpretación de la norma jurídica” pág 2, Trabajo monográfico www.monografias.com/.../normajuridica/normajuridica.shtml.

GARCÍA, Fernando; PANTANALLI, Omar A. (2008): “Impuesto a las ganancias de igualación. Su problemática actual y necesaria reformulación”, Revista Impuestos (2da quincena Marzo, Pág. 461.

GARCIA, Fernando D; LUPPI, Hugo Alberto (2009): “Aspectos impositivos de las nuevas normas contables. A propósito de la RT 26 y las NIIF (normas internacionales de información financiera). Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXX.

GEBHARDT, Jorge; MALVITANO, Rubén (2013): “Ultimas reformas tributarias y sus implicancias en los convenios para evitar la doble Imposición”, Doctrina Tributaria Errepar.

GOTLIB, Gabriel (2005): “Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Del principio de la realidad económica al derecho común”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

HAEHNEL, Carlos Alberto: International Fiscal Association (2004), 57° Congreso Anual, Sidney (Australia). Relato Nacional Tema I “Tendencias en la imposición sobre sociedades y accionistas: ¿Imposición única o doble imposición?”, en “Doctrina - Relatos Nacionales en Congresos Internacionales 1999-2004”, Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF), Tomo II, Buenos Aires, MMIV.

JARACH, Dino. (1985): “Finanzas y Derecho Tributario”, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima.

JARACH, Dino (2004): “El hecho imponible” Abeledo Perrot, Buenos Aires.

JANUSZEWSKI, Karina (2012): “Tratamiento de los dividendos en el impuesto a las ganancias. Impuesto de Igualación, Revista Impuestos, 2012-5, pág. 23.

KARSCHEMBOIM, Rubén (2010): “La distribución de utilidades y el impuesto a las ganancias. Evaluación del mantenimiento de la retención específica tras más de diez años de su vigencia”, Rev. Consultor Tributario.

LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CAVALLI, César M (2000): “Rescate de acciones y Otras Variaciones Patrimoniales en el impuesto a las ganancias (primera Parte)”, Doctrina tributaria de errepar, Tomo XXI.

LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CAVALLI, César M (2001): “Algunos problemas de aplicación del “impuesto a las ganancias de igualación”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXII.

LORENZO, Armando; BECHARA, Fabián; CALCAGNO, Gabriel, CAVALLI, César; EDELSTEIN, Andrés (2005): “Tratado de Impuesto a las ganancias”, Editorial Errepar, Buenos Aires.

LORENZO, Armando; CAVALLI, César (2011). “ El impuesto de igualación y su desnaturalización por vía jurisprudencial”, Revista Consultor Tributario, Setiembre 2011.

LORENZO, Armando; CAVALLI, Cesar (2013): “Análisis preliminar de las reformas al impuesto a las ganancias (acciones y dividendos)” Revista Consultor Tributario N° 80, Octubre 2013, pág. 23.

MARTIN, Juan (1980) “Derecho Tributario Argentino”, Liceo Profesional Cima; Pág 153 y siguientes.

MONTEZANTI, Santiago (2013): “Tratamiento fiscal de los dividendos de sociedades argentinas”, Editorial Marcial Pons, Barcelona, España

MORERA MARTINEZ, Fernando (2011): “La Transferencia de ingresos a fiscos extranjeros y el impuesto de igualación frente a la distribución de utilidades por parte de empresas promovidas”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXXII.

NISSEN, Ricardo Augusto (1983): “Ley de Sociedades Comerciales”, Tomo II, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.

NUÑEZ, Eduardo; DE LA LLANA, Carlos (2004): “Impuesto a las ganancias de igualación. Algunas conclusiones sobre determinados aspectos relevantes”. Doctrina Tributaria errepar, XXV.

OSLER, Cecilia (2011): “Los dividendos anticipados, enfoque societario marco del tratamiento tributario, Rev. Consultor tributario.

PICONTO NOVARES; Teresa (1992): Teoría General de Interpretación y hermenéutica jurídica: Betti y Gadamer; Anuario de Filosofía de Derecho IX, entre páginas 223-248, pág 245.

RAIMONDI, Carlos; ATCHABAHIAN, Adolfo (2000): “El impuesto a las ganancias”, Editorial Depalma, 3era. Edición, Buenos Aires.

RAJMILOVICH, Darío M. y Colaboradores (2006): “Manual de Impuesto a las ganancias”, Editorial La Ley, Edición 1, Buenos Aires.

RAJMILOVICH, Darío Marcelo (2001): “La renta Mundial en el impuesto a las ganancias” Editorial La Ley, Buenos Aires.

RAJMILOVICH, Darío (2011): “Convenios para evitar la Doble Imposición, Análisis de los Modelos de CDI (OCDE, Naciones Unidas y Pacto Andino) y su comparación con los CDI firmados por la República Argentina, Editorial Errepar, Buenos Aires.

RAJMILOVICH, Dario (2010), “El impuesto de igualación”, Revista Impuestos, Noviembre 2010-12. Pág.15

REIG, Enrique (1985): “Impuesto a la Renta. Estudio teórico práctico de la ley argentina sobre Impuesto a las ganancias a la luz de la teoría general del impuesto a la renta”, Ediciones de Contabilidad Moderna, Reimpresión séptima edición.

REIG, Enrique (1993): “Conflicto entre las normas impositivas y los principios contables”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIII, Pág 129.

REIG, Enrique; GEBHARDT, Jorge; MALVITANO, Rubén (2006): “Impuesto a las Ganancias. Estudio Teórico-práctico de la ley argentina a la luz de la teoría general del

impuesto a la renta” Ediciones Macchi, Undécima Edición ampliada y comentada, Buenos Aires.

ROSEMBUJ, Tulio (2001): “Derecho Fiscal Internacional” Editora El Fisco, Barcelona.

ROSSI, Néstor (2014): “Importante confirmación en el Impuesto de Igualación y la posible proyección de sus conclusiones a otros casos”, El cronista Fiscal & Previsional, Lunes 10 de febrero de 2014.

RUIVAL, Rubén Roberto (1998): “La cuestión de la retención sobre dividendos distribuidos que no se corresponden con ganancias gravadas”, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XIX.

THURONYI, Victor (1998): “Tax Law Design and Drafting” (volume 2; International Monetary Fund, Chapter 19, Taxation of Legal Persons and their Owners).

URQUIZU CAVALLÉ, Ángel (2012): “La tributación de los beneficios empresariales obtenidos en América Latina”, Editorial Marcial Pons, Madrid.

VANONI, Ezio (1973) “Naturaleza e interpretación de las Leyes Tributarias, Institutos de Estudios Fiscales, Madrid, pág. 27 y siguientes.

ZALDIVAR, Enrique (1975): “Cuadernos de Derecho Societario”, Tomo II Segunda Parte. Sociedades por Acciones. Sociedades Anónimas y en Comandita por Acciones. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

VOLMAN, Mario (2012): “Más novedades en materia de impuesto de igualación, Doctrina Tributaria Errepar, Tomo XXXIII.

ZICCARDI, Horacio; CUCCHIETTI, Miguel (2011): “Ganancias. Impuesto de Igualación. Remesa Anticipada”, Doctrina Tributaria de Errepar

VII.2. Jurisprudencia Administrativa y Judicial Consultada

- Fallo “White Martins Cilindros Ltda. Suc. Argentina”, Tribunal Fiscal de la Nación, sala “B”, 8/10/2008.

- Idem. Cámara Nacional Contencioso Administrativo federal – Sala I - 4/8/2011.

- Idem, Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) 8/10/2013.

- Fallo “Cerro Vanguardia”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala “A”, 18/08/2004 e instancias posteriores hasta la CSJN.

- Fallo Promecon c/DGI”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 8/2/2011

- Fallo “Empresa Distribuidora de Electricidad de Entre Ríos SA”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala “A”, 03/03/2011.
- Fallo Valle Argentino, Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, 30/6/69
- Fallo Argengraf, Sala “C” del Tribunal Fiscal de la Nación, 8/4/1999
- Fallo Yaco SRL s/ apelación impuesto a las ganancias, Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, 5/7/2002
- Fallo Hauni Latinoamericana SAIC s/Recurso de Apelación”, Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, 16/9/1980.
- Fallo Compañía Ericsson SACI, Sala “C” del Tribunal Fiscal del 15/8/2007
- Fallo Domaine Vistalba SA, Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, 1/2/2005
- “HSBC New York Life Seguros de Vida (Argentina AS s/ recurso de apelación de impuesto a las ganancias)”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala “B”, 12/06/2012 y Fallo de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo.
- Dictamen 42/1974, 27/08/1974.
- Actuación N° 1453/2005 (AFIP), 01/06/2005.
- Dictamen (DAT) N° 16/2000; 14/03/2000
- Dictamen (DAT) N° 16/2001, 14/12/2001.
- Dictamen (DAT) N° 40/2003, 30/06/2003.
- Dictamen (DAT) N° 34/2003
- Dictamen (DAT) N° 11/2004, 16/02/2004
- Dictamen (DAT) N° 69/2005, 17/11/2005
- Dictamen (DAT) 71/2004, 25/11/2004
- Dictamen (DAT) 78/2004, 29/12/2004
- Dictamen (DAT) N° 69/2005, 17/11/2005.
- Dictamen (DAT) 26/2007, 30/04/2007.
- Dictamen (DAT) N° 18/2008, 14/03/2008.

- Dictamen (DAT) N° 3/2011, 18/04/2011.
- Dictamen (DAT) N° 1/2012, 09/01/2012.
- Dictamen (DAT) N° 14/2012, 31/05/2012.
- Nota N° 1453/2005 (SDGLTI).
- Memorando N° 489/2005.