



ASOCIACION ARGENTINA
DE ESTUDIOS FISCALES

IV Jornadas de Tributación Internacional



IV Jornadas de Tributación Internacional / Jorge R. Postiglione ... [et al.], - 1a ed.
- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación Argentina de Estudios Fiscales, 2018.
176 p. ; 28 x 19 cm.

ISBN 978-950-9761-35-3

1. Impuestos. 2. Derecho Internacional. I. Postiglione, Jorge R.
CDD 343.04

IV Jornadas de Tributación Internacional
© 2018 ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES

Edita:

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES
Avda. Pte. Julio A. Roca 751 - EP "B" - (1067) Buenos Aires - Argentina
Tel./Fax: (5411) 4342-1796/7837 - www.aaef.org.ar
E-mail: info@aaef.org.ar

Comercializa y distribuye:

ERREPAR S.A.
Paraná 725 - (1017) Buenos Aires - República Argentina
Tel.: (5411) 4370-2002 - www.errepar.com
E-mail: clientes@errepar.com

ISBN 978-950-9761-35-3

Prohibida su reproducción parcial o total sin permiso por escrito de la casa editora.
Hecho el depósito que marca la ley 11723 - Impreso y hecho en Argentina - Printed in Argentina.

Esta edición se terminó de imprimir en los talleres gráficos de Errepar,
Buenos Aires, República Argentina, en el mes de septiembre de 2018.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ESTUDIOS FISCALES

CONSEJO DIRECTIVO Período 2014/2016

Presidente

Horacio R. Della Rocca

Vicepresidente

Pablo J. M. Revilla

Secretario

Carlos A. Abeledo

Tesorero

Guillermo O. Teijeiro

Vocales

A. Carolina Calello

Roberto O. Freytes

Guillermo A. Lalanne

Rubén H. Malvitano

Gabriela I. Tozzini

Revisores de cuentas

Gustavo E. L. Etman

José A. Díaz Ortiz

IV Jornadas de Tributación Internacional

5 y 6 de noviembre de 2015

PRESIDENTE DE LAS JORNADAS

Miguel A. M. Tesón

COMITÉ CIENTÍFICO

PRESIDENTES

Alejandro E. Messineo

Andrés Edelstein

VOCALES

Leandro M. Passarella

Guillermo O. Teijeiro

Matías Olivero Vila

Darío M. Rajmilovich

Jorge Gebhardt

Eduardo L. Perelli

COMITÉ EJECUTIVO

PRESIDENTE

Ricardo E. Riveiro

VOCALES

Alejandra Schneir

Alejandrina Torres

Valeria Estathio

SUMARIO

IV JORNADAS DE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

CONCLUSIONES

Conclusiones y recomendaciones de las IV Jornadas de Tributación Internacional

Panel I

Fuente en transacciones internacionales. Conclusiones y recomendaciones **3**

Panel II

Inversiones internacionales y su financiamiento. Conclusiones y recomendaciones **7**

PANEL I

Fuente en transacciones internacionales

RELATOR

Gabriela Rigoni

Informe de relatoría **15**

PANELISTAS

Daniel Borrego

Fuente en las transacciones financieras: algunos aspectos conflictivos **25**

Martín R. Caranta

La fuente con relación a la generación de quebrantos y al cómputo de créditos fiscales **51**

Axel A. Verstraeten

Fuente en servicios: asistencia técnica y utilización económica **67**

NO PANELISTAS

Alberto M. Bello

Hacia la reconfiguración del criterio de fuente en un entorno de economía digital **81**

PANEL II

Inversiones internacionales y su financiamiento

RELATOR

Ariadna Artopoulos

Informe de relatoría **103**

PANELISTAS

Alejandro Almarza

Capitalización vs. endeudamiento..... 131

Mariano Ballone

Situaciones especiales..... 143

Valeria D'Alessandro

Inversiones internacionales y su financiamiento..... 155

CONCLUSIONES

***IV Jornadas de Tributación
Internacional***

5 y 6 de noviembre de 2015

PANEL I

Fuente en transacciones internacionales

PANEL II

Inversiones internacionales y su financiamiento

PANEL I: FUENTE EN TRANSACCIONES INTERNACIONALES CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

VISTO

Que conforme al Principio de Legalidad o Reserva de Ley que rige en materia tributaria, el vínculo de sujeción territorial, en tanto elemento constitutivo de la obligación tributaria, debe necesariamente surgir de **ley** formal, descartándose normas de rango inferior e interpretaciones jurisprudenciales que habiliten la creación de tributos en forma espuria.

Que el Principio de Legalidad resulta también una cuestión esencial a los efectos de la seguridad jurídica de los particulares, indispensable para el desarrollo económico del Estado.

Que, asimismo, desde el punto de vista económico, los sistemas tributarios deben propender a la equidad y eficiencia y, en tal sentido, resulta especialmente relevante evitar la doble imposición internacional cualquiera sea su origen, y respetar el principio de neutralidad en la importación de capitales que el criterio de sujeción territorial de la fuente satisface.

Que no puede soslayarse que ha cambiado el paradigma económico global en el que se definieran los criterios de sujeción actuales de fuente y residencia, así como también, la capacidad de los Estados de contar con información económica transfronteriza.

CONSIDERANDO

El objeto y alcance del tema propuesto por el Comité Científico de las IV Jornadas de Tributación Internacional de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, las palabras introductorias del Presidente Dr. Jorge Postiglione, y las directivas propuestas por la Relatora Dra. Gabriela Rigoni.

Los informes de los panelistas Dres. Daniel Borrego, Axel Verstraeten, y Martín R. Caranta y la ponencia presentada por el Dr. Alberto Marcelo Bello.

Los intercambios de opiniones suscitados entre los asistentes a las Jornadas.

Hemos arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones.

A. Aspectos generales

Con relación a los aspectos generales del criterio de atribución jurisdiccional objetiva por el criterio de *fuente* territorial de la renta, concluimos y recomendamos:

1. Resulta esencial que, tal como se sugiere en el Plan BEPS, antes de proceder a la atribución jurisdiccional, se analice y lleve a cabo un encuadre del tipo de rentas, en tanto tal caracterización tiene implicancias significativas para la definición del nexo.
2. La vinculación territorial sustentada sobre la base de la localización o "utilización económica" está reservada legalmente sólo para las rentas provenientes de bienes. La extensión del referido criterio a rentas de diferente naturaleza (vgr., servicios), resultan contrarias a derecho.
3. Aun en los casos de rentas provenientes de bienes, debe fijarse el alcance del concepto de "utilización económica". En ese sentido, entendemos que debiera circunscribirse a: i) supuestos de explotación; y ii) su utilización inmediata (no mediata, eventual o remota). Recomendamos que las autoridades emitan una reglamentación en este sentido.

B. Aspectos específicos

1. El asesoramiento técnico

Con relación al asesoramiento técnico prestado desde el exterior, previsto en el artículo 12 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, concluimos y recomendamos:

1.1. Si bien la extensión de la fuente en los servicios de asesoramiento técnico pudo haber estado justificada en un contexto global determinado, debido al cambio del paradigma económico global y la amplia capacidad actual que tienen los Estados de contar con información económica transfronteriza, tal extensión puede ser reemplazada por una adecuada determinación de la misma en base a la real localización de la fuente.

A dicho fin, se sugiere incorporar una definición de *Asesoramiento Técnico*, con el sentido de que debe mediar una “transmisión de conocimientos” para calificar como tal.

Asimismo, con el objeto de evitar situaciones de doble imposición, se recomienda incorporar un párrafo al artículo 12 citado, que prevea la posibilidad del cómputo por impuestos análogos abonados en el exterior vinculados con prestaciones de asesoramiento técnico, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal local generada por la incorporación de dichas rentas.

2. Las transacciones financieras

Con relación a las transacciones financieras concluimos y recomendamos:

2.1. La pauta general de atribución jurisdiccional de los intereses sobre préstamos sobre la base de la fuente territorial, según el lugar en que reside el deudor, puede resultar, en situaciones, irrazonable.

A los efectos de evitar tales situaciones, se sugiere la incorporación de un criterio de atribución conforme a la localización del deudor, bajo la forma *iuris tantum*, de modo que ante una atribución jurisdiccional irrazonable, pueda probarse la correcta atribución de la renta extrafronteras.

2.2. En relación con la adjudicación de fuente de otras retribuciones vinculadas con la obtención de préstamos, no debieran atribuirse en función de reglas de accesoria ajenas al ordenamiento de impuesto a las ganancias. Por consiguiente, proponemos que se distingan las siguientes situaciones:

- a) Las remuneraciones que provengan de la colocación explícita o implícita de capitales en el país (vgr., garantías, etc.).
- b) Las remuneraciones que se abonen por tareas o servicios complementarios (vgr., la gestión financiera) a la colocación del capital, atribuibles a la fuente según el lugar donde se despliegue la actividad o se presten los servicios correspondientes.

2.3. En relación con los Contratos Derivados, consideramos aceptable la solución prevista en el artículo 7 bis de la ley del gravamen. En todo caso, debieran regularse con mayor precisión las cuestiones vinculadas con instrumentos híbridos o sintéticos. Asimismo, sugerimos que la regla de fuente argentina para las operaciones con Instrumentos Financieros Derivados llevadas a cabo por residentes argentinos sea morigerada.

3. Quebrantos de fuente extranjera

Con relación a la problemática de quebrantos concluimos y recomendamos:

3.1. Sobre el tratamiento cedular de los quebrantos de fuente extranjera

El cambio del paradigma económico global y la amplia capacidad actual que tienen los Estados, de contar con información económica trasfronteriza, hacen hoy innecesario que los quebrantos de fuente extranjera tengan un tratamiento cedular, motivo por el que se recomienda sustituirlo por un tratamiento sin distinción por la fuente de la renta; salvo el caso de operaciones específicas (vgr., provenientes de rentas pasivas, entre otras).

3.2. Sobre el tratamiento cedular de los quebrantos de contratos derivados

Asimismo, considerando que la especulación financiera-económica es un aspecto clave de la actividad comercial y de la financiera, que no se opone al ordenamiento vigente, proponemos que se elimine esta discriminación de la ley del impuesto en lo que refiere a Instrumentos Financieros Derivados, con excepción de aquellos casos que conlleven simulación o abuso de normas.

3.3. Actualización de los quebrantos de fuente extranjera

Considerando que en los países en los que se obtienen las ganancias de fuente extranjera podría existir inflación, entendemos que la ley del gravamen debiera permitir un ajuste por variaciones en el poder adquisitivo de la moneda del país en que se obtuvo el rédito gravado.

4. Créditos por rentas de fuente extranjera

Con relación a la problemática de créditos y saldos a favor, concluimos y recomendamos:

4.1. A los efectos de impedir que las medidas unilaterales fijadas por la ley del gravamen, no logren evitar la doble imposición económica generada por casos de *doble fuente*, debe admitirse el cómputo de los impuestos análogos abonados en el exterior, de la misma forma descripta en el último párrafo de la recomendación 1.1; o bien, mediante medidas unilaterales que morigeren la carga del gravamen.

5. Futuro: actualización, redefinición y revalorización del criterio

Con relación a las proyecciones futuras del criterio de *fuentes*, concluimos y recomendamos:

5.1. Existe una evidente e imperiosa necesidad de actualización integral de la normativa del impuesto a las ganancias, incluyendo el *aggiornamento* del criterio de sujeción territorial de **fuentes**.

5.2. En relación con la atribución jurisdiccional en la Economía Digital, atento a las características particulares que presentan los productos y servicios digitales y teniendo en cuenta que las normas vigentes han sido diseñadas en función del comercio tradicional, resulta necesario incluir cambios en la definición de fuente, a efectos de establecer precisiones respecto de este tipo de operaciones; tal como se analizó en las III Jornadas de Tributación Internacional, Tema II: Tributación internacional del comercio electrónico.

PANEL II: INVERSIONES INTERNACIONALES Y SU FINANCIAMIENTO CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

VISTO

- a) El informe de la relatora, Dra. Ariadna L. Artopoulos;
- b) Los informes y exposiciones de los panelistas Dres. Alejandro Almarza, Mariano Ballone y Valeria D'Alessandro, y
- c) Los intercambios de opiniones suscitados entre los asistentes a las Jornadas, hemos arribado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

I. OPERACIONES SOBRE ACCIONES Y TÍTULOS

I.1. **Ámbito de aplicación. Concepto “demás valores”**

En relación al concepto de “valores negociables” previsto en el artículo 8 del decreto 2334/13, se concluye que ni la Ley de Impuesto a las Ganancias (LIG) ni su decreto reglamentario lo definen. Tampoco ha dado ninguna pauta el legislador al sancionar la norma. Consideramos que para definir el alcance del término hay que acudir a la ley 26.831.

Se concluye que la ley 26.893 restringió las operaciones gravadas al reemplazar “títulos valores” por “demás valores”, quedando alcanzados los resultados provenientes de la enajenación de los valores negociables incluidos en el primer párrafo del artículo 2 de la ley 26.831 citado, con excepción de aquellos que no pueden ser comercializados en bolsas o mercados, como sucede con los valores representativos de derechos creditorios. Los valores negociables del segundo párrafo del artículo 2 citado no entran dentro del alcance de la norma de la LIG toda vez que no cumplen con el recaudo de la emisión o agrupación en series.

I.2. **Personas físicas. Exención sobre acciones y títulos del exterior, alícuota aplicable y forma de ingreso del impuesto**

Alcance de la exención

Consideramos que están eximidas las ganancias obtenidas por personas físicas residentes y sucesiones indivisas radicadas en Argentina, por la enajenación de valores negociables previstos en el artículo 2, inciso 3, de la LIG, que coticen tanto en bolsas o mercados de valores del país como del exterior y/o que tengan autorización de oferta pública en cualquiera de los mercados indicados. Ello, de conformidad con el inciso w) del artículo 20 de la LIG.

Respecto del artículo 42 del decreto 2334/13, se han efectuado dos interpretaciones: i) que se incurre en exceso, ya que condiciona la exención a que la enajenación se realice a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores (CNV), o ii) que pretende aclarar que también las operaciones realizadas a través de bolsas o mercados autorizados por la CNV están exentas.

Si se interpretara que el decreto restringe el alcance de la ley, vulneraría las limitaciones a las atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo Nacional previstas en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional. La eventual pretensión fiscal que desconociera el carácter de exenta a la ganancia derivada de la venta de valores negociables que coticen en bolsas o mercados del exterior y/o tengan autorización de oferta pública, vulneraría la garantía de reserva de ley en materia tributaria, prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Consideramos que, conforme el texto legal, se aplicará la exención con prescindencia de cuál sea el país en el que se obtenga la autorización de oferta pública o se realice la cotización, quedando comprendidos los casos en los que se cuenta: i) con autorización de oferta pública y cotización; ii) con autorización de oferta pública, y iii) sin cotización y sin autorización de oferta pública y con cotización.

La LIG y su decreto reglamentario no definen qué se entiende por “oferta pública”. Surge de las normas que han regulado y regulan actualmente el mercado de capitales (leyes 17.811 y 23.576). No es requisito para que exista oferta pública que se realice en el mercado bursátil. Esto puede acontecer o no. Sí resulta un requisito esencial que se autorice su realización.

La ley 26.893 no circunscribe la exención a que la oferta sea autorizada por la CNV; de haber querido hacerlo, lo hubiera indicado expresamente, tal como lo hizo al establecer los requisitos aplicables a la exención de las obligaciones negociables en la ley 23.576.

Alícuota aplicable

La alícuota aplicable a las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en Argentina, por la ganancia obtenida por la enajenación de valores negociables en el exterior [no exentos conforme el artículo 20, inciso w), de la LIG], es la del 15% prevista por el legislador en el artículo 90 de la LIG.

Forma de ingreso del gravamen

No se han establecido a la fecha regímenes de retención específicos relacionados con la ley 26.893. Se sugiere clarificar la aplicación de los regímenes existentes.

I.3. Determinación del resultado

En caso de que se haga uso de la opción de pagar el impuesto considerando la “renta real”, no surge de la LIG ni de su decreto reglamentario quién debe determinar el gravamen.

Entendemos que la norma obliga al comprador a realizar el ingreso del impuesto pero no le otorga facultades para determinar la “renta real”. Sin embargo, resulta razonable que sea el vendedor el que determina el impuesto pero que el comprador pueda revisar y eventualmente objetar la determinación efectuada por el vendedor, teniendo en cuenta que será eventualmente, quien tenga que responder frente al Fisco por un pago en defecto.

I.4. Operaciones entre sujetos no residentes

La ley 26.893 y su decreto reglamentario ponen en cabeza del comprador –también residente en el exterior– la obligación de ingreso del gravamen.

El legislador indicó en el artículo 90 de la LIG que el vendedor del exterior “*queda alcanzado*” por el inciso h) del primer párrafo y por el segundo párrafo del artículo 93 de la LIG, lo que podría ser interpretado como una remisión al solo efecto del cálculo de la base imponible, en cuyo caso podría afirmarse que el comprador califica como responsable sustituto o bien, que el legislador quiso que se aplicara el régimen del Título V de la LIG, por lo que estaríamos ante una responsabilidad solidaria del adquirente.

Concluimos que no podría aplicarse el régimen de beneficiarios del exterior sin la existencia de un agente de recaudación con nexo territorial con Argentina.

La redacción de la norma en cuanto indica que el ingreso del impuesto estará a cargo del comprador, nos lleva a concluir que no existe obligación legal de ingreso del impuesto por parte del vendedor por voluntad del legislador.

En caso de que se pretenda exigir el ingreso a un representante del comprador deberá designarse por ley.

Si al momento de perfeccionarse el hecho imponible con la transferencia de las acciones, no está previsto el mecanismo de ingreso del gravamen, no podría pretenderse dicho ingreso. Ello, aun cuando la norma reglamentaria se dicte dentro del ejercicio fiscal.

Una eventual reglamentación con posterioridad al acaecimiento del hecho imponible podría únicamente indicar que no alcanza a hechos imponibles ya perfeccionados.

I.5. American Depositary Receipts o Recibo de Depósito Americano y sus acciones subyacentes y CEDEAR (Certificado de Depósito Argentino)

La disposición de estos activos por parte de personas físicas resultará exenta en los términos del artículo 20, inciso w), de la LIG.

Argentina no cuenta con normas fiscales que definan el tratamiento de estos instrumentos financieros.

Respecto del ADR, en la medida en que se concluya que se trata de un activo de inversión autónomo y distinto de las acciones subyacentes que representa, y que es emitido por un sujeto radicado fuera de la Argentina (p.ej., en los Estados Unidos), resultaría de fuente extranjera en los términos de la LIG.

A efectos de brindar seguridad a los inversores, y dado que existen interpretaciones diversas, sería importante que se dicte una norma que defina la naturaleza jurídica de los instrumentos a los efectos de determinar el tratamiento bajo la LIG.

I.6. Casos especiales. Redomicilio o reorganización de accionistas extranjeros. Transferencias indirectas

Redomiciliación

Las normas domésticas en materia societaria contemplan esta alternativa, tanto si se decide migrar el domicilio al exterior como si se presenta el caso inverso en el que una sociedad del exterior decida trasladar su domicilio al país (resolución IGJ 7).

La personalidad jurídica del ente se mantiene, lo que resulta relevante desde el punto de vista fiscal porque mantener la personalidad jurídica sin liquidación o disolución alguna implica que no sucedan transferencias de activos de una sociedad a otra, de modo que no habrá incidencia de los impuestos que gravan este tipo de actos.

Si la sociedad local decide trasladar su domicilio al exterior, en la medida en que se mantenga la personalidad jurídica en el exterior, no deberían considerarse realizados y, por lo tanto, gravados sus activos.

Reorganización transfronteriza con efecto sobre activos locales

Argentina no prevé normas que autoricen o impidan la reorganización de entidades de más de un país. La reforma a la LIG podría receptar la no gravabilidad de activos que son transferidos como consecuencia de una reorganización en el exterior. Esto no implicaría aceptar la aplicación de las normas sobre reorganizaciones libres de impuestos previstas en la LIG a reorganizaciones internacionales.

Argentina prevé normas con similar alcance en los protocolos de los convenios, para evitar la doble imposición internacional en materia de renta (CDI), suscriptos con Países Bajos, España y Chile (aún no vigente) con referencia a la aplicación de las normas sobre ganancias de capital.

Transferencias indirectas de activos

Consideramos que la ley 26.893 no ofrece dudas en cuanto a que solo están gravadas las transferencias directas, lo cual resulta acorde con el concepto de fuente argentina previsto en el artículo 5 de la LIG. Las normas domésticas de fuente no permitirían concluir que están gravadas porque requieren una mínima conexión que no está presente en estos casos.

I.7. Aplicación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional (CDI)

Argentina tiene potestad ilimitada para gravar la venta de acciones y otros valores que realicen residentes de Alemania, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Finlandia, Francia, Noruega y Rusia.

Argentina con potestad limitada para gravar la venta de acciones y otros títulos valores que realicen residentes de Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Países Bajos y España. En estos casos, la tasa de imposición no puede exceder del 10% en los casos en que el sujeto del exterior tenga una participación directa en el capital no menor al 25% y del 15% en los restantes casos. Este es el tratamiento que prevé el CDI con Suiza.

Respecto del CDI firmado con Chile y que todavía no rige, Argentina tiene potestad tributaria ilimitada para gravar la ganancia de capital por la venta de acciones si el enajenante ha poseído en cualquier momento durante los 365 días precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, al menos un 20% de las acciones. Si dicha participación es inferior al 20%, la potestad tributaria es limitada y la tasa no podrá exceder del 16%.

Argentina no tiene potestad tributaria para gravar la renta que obtenga un residente de Italia por la enajenación de acciones, ya que resulta exclusiva del Estado de residencia. Lo mismo ocurre si el residente es una entidad de Noruega.

II. FINANCIAMIENTO

II.1. Recaracterización de pasivo en aporte de capital

Invocado el principio de la realidad económica para recalificar las operaciones, es el Fisco el que debería acreditar la existencia del acto simulado.

El análisis de la vocación de permanencia de los fondos no puede ser subjetivo ni dejar de lado el propósito de la financiación y las vicisitudes ocurridas a lo largo de la vida contractual.

La inobservancia de determinadas formalidades contractuales no puede justificar el desconocimiento de la existencia de las operaciones de mutuo, especialmente en el caso de empresas vinculadas.

Capitalización de los fondos recibidos como préstamo

La decisión de capitalizar parte de los fondos recibidos como préstamo no convierte el pasivo en un aporte de capital desde el momento del desembolso, sino desde que se adopta tal decisión en la medida en que no pueda demostrarse que la intención de las partes, en el origen de la relación, no fue acordar un contrato de mutuo.

II.2. Incremento patrimonial no justificado

Con relación al artículo a continuación del artículo 18 de la ley 11.683, con la sustitución del listado de países de baja o nula tributación por el nuevo listado de jurisdicciones consideradas cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal, se ha extendido el universo actual de casos en los que por aplicación de la presunción debe el receptor de los fondos justificar el origen de los fondos transferidos de dichas jurisdicciones no incluidas en la lista –y, por ende, consideradas no cooperadoras–, mediante la prueba fehaciente, que acredite que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de colocación de fondos oportunamente declarados.

Además, la posibilidad de que la autoridad fiscal modifique con frecuencia puede implicar cambios en la categorización y, por ende, en las obligaciones del sujeto local que pueden no ser atendidas adecuadamente.

No resulta razonable que la presunción se aplique en estos casos. La circunstancia de que los fondos provengan de un país no cooperador no puede ser indicio de que estos derivan de actividades por las cuales no se haya pagado el impuesto. Dicha presunción estaba vinculada con las particulares características de los paraísos fiscales en relación a la escasa o nula tributación de las actividades *off shore*.

II.3. Otras situaciones controvertidas

Un aspecto que ha dado lugar a conflicto es el tratamiento de los pasivos contraídos para la compra de acciones. Esto es, si pueden ser deducidos a los fines de impositivos en los términos de los artículos 17 y 80 de la LIG. Se trata de un tema respecto del cual no se ha expedido definitivamente la jurisprudencia.

La AFIP considera no deducibles los intereses y diferencias de cambio vinculados con pasivos contraídos para adquirir acciones por considerar que no reunirían las condiciones necesarias para su cómputo previstas en los artículos 17 y 80 de la LIG, dado que no tendrían por fin inmediato “obtener, mantener y conservar” una ganancia gravada.

En la posición contraria, los contribuyentes consideran que procede la deducibilidad porque debe primar el principio de universalidad del pasivo que adopta para la deducción de los intereses de deudas por parte de los “sujetos empresa” la regla conforme a la cual no corresponde efectuar ninguna afectación, asignación o identificación específica de pasivos con activos determinados.

Compartimos este criterio. La jurisprudencia no es conteste en este tema. Se espera que próximamente se expida la Corte Suprema.

II.4. Capitalización vs. Endeudamiento. Impacto de BEPS

Es generalizada la idea de que la deducción de intereses bajo el impuesto a las ganancias de las sociedades crea un claro y fuerte incentivo para financiar las inversiones corporativas con deuda más que con capital.

Sustituir deuda por capital genera distorsiones económicas y determina que el inversor se incline por elegir endeudarse, cuestión que no ha podido ser solucionada por ninguna norma nacional ni internacional, salvo excepciones.

Dentro del plan de acción del proyecto BEPS, se han propuesto acciones concretas que tienen relación con el tema en análisis, tales como el control de los instrumentos híbridos (Acción 2), limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros pagos financieros (Acción 4) y asegurar que los resultados de precios de transferencia están en línea con la creación de valor para el caso de riesgos y capital (Acción 9). Argentina cuenta con normas internas que buscan frenar la erosión de base imponible y el traslado de beneficios.

Las alternativas para eliminar la distorsión existente entre los dos mecanismos son dos: reducir la deducibilidad de intereses o permitir algún tipo de deducción del capital. Se propicia la incorporación dentro de la LIG de normas que prevean un interés presunto al capital propio, medida que se considera puede contribuir a incentivar la inversión.

PANEL I

Fuente en transacciones internacionales

PRESIDENTE

Jorge R. Postiglione

SECRETARIO

Claudio J. Gómez

RELATOR

Gabriela Rigoni

TRabajos Presentados por Panelistas

Daniel BORREGO: *Fuente en las transacciones financieras: algunos aspectos conflictivos*

Martín R. CARANTA: *La fuente con relación a la generación de quebrantos y al cómputo de créditos fiscales*

Axel A. VERSTRAETEN: *Fuente en servicios: asistencia técnica y utilización económica*

TRabajos Presentados por no Panelistas

Alberto M. BELLO: *Hacia la reconfiguración del criterio de fuente en un entorno de economía digital*

INFORME DE RELATORÍA

GABRIELA RIGONI

I. INTRODUCCIÓN

El criterio de **fuentes** territorial de las rentas para determinar el vínculo jurisdiccional entre el Estado y los contribuyentes tiene no sólo fuertes raigambres económicas y jurídicas, sino también una extensa historia y desarrollo doctrinario que se remonta a los orígenes del Impuesto a la Renta y los tributos en general.

Giuliani Fonrouge, gran defensor del presente criterio, sostenía que *“El lugar de producción y utilización de la riqueza caracteriza el derecho a la tributación; es decir que el impuesto corresponde al Estado donde se halla la fuente productora del bien gravado, donde el medio ambiente y los hombres, en acción solidaria, la han creado”*¹.

Tal defensa está lejos de ser un hecho histórico: hemos sido testigos en los últimos años de una revalorización del presente principio en el marco de las transacciones internacionales, y su extensión a distintos conceptos de *fuentes*. Estos conceptos o reglas de *fuentes* no son universales ni homogéneos, y se han admitido distintas formas para su definición y atribución jurisdiccional, tales como el lugar de desarrollo de actividades, el lugar de utilización económica, la localización del pagador, la localización del receptor, el origen, destino o consumo.

Sin embargo, tal análisis doctrinario no puede en forma alguna trasladarse sin más al ámbito de aplicación actual del tributo, el que se encuentra amparado por el principio de legalidad que rige en la materia.

Es en dicho marco dual, de revalorización del criterio y de aplicación del mismo conforme a las pautas legales hoy vigentes, que pretendemos analizar en el Tema I de las IV Jornadas de Tributación Internacional la problemática del criterio de **fuentes** en las transacciones internacionales.

A) El origen y evolución del criterio de fuentes

A nivel internacional, el criterio de *fuentes* surge naturalmente en el marco de la soberanía territorial de los Estados, y sólo fue cuestionado luego de la Primera Guerra Mundial a partir del análisis de la International Chamber of Commerce (formada en París en 1919, en paralelo a la Liga de las Naciones).

Este organismo, si bien en sus primeras discusiones propuso la atribución primaria de rentas al país de la fuente territorial², luego entre 1923 y 1925, por presiones de un contexto de países exportadores de capital en una economía aún colonial, impulsó la atribución primaria de las rentas al país de residencia³, generalizando el criterio de sujeción de renta mundial.

En este contexto global, Argentina y muchos otros países importadores de capital mantuvieron hasta fines del siglo XX el criterio de vinculación del rédito con el sujeto activo sobre la base del nexo territorial o *fuentes*.

Así, la ley 11.586 de Impuesto a los Réditos (BO: 2/7/32) estableció el gravamen en relación con *“todos los réditos derivados de fuentes argentinas, a favor de argentinos o de extranjeros, residentes o no residentes en el territorio de la República...”* (conf. artículo 1).

En el año 1946 se incorporó, a través del artículo 6 del decreto ley 14.338/46 (20/5/46) la primera conceptualización del criterio de sujeción: *“En general y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son réditos de fuentes argentinas aquellos que provienen de capitales, cosas o derechos, situados, colocados o utilizados económicamente en la República; de la realización en el territorio del país de actividades civiles o comerciales, o trabajo personal, sin tener en cuenta la nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las otras partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos”*.

1 Giuliani Fonrouge y Navarrine, *Impuesto a las Ganancias*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pág. 52.

2 ICC Proceedings, 1923, citado en Wells and Lowell, *“Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs. Source”*, Columbia Journal of Tax Law 1, 2013.

3 Wells and Lowell, ob. cit.

Si bien las definiciones citadas fueron ampliadas y detalladas a través de los años, se conservó esencialmente el concepto de fuente territorial y la aplicación exclusiva del criterio de sujeción en la *fuerza* con muy pequeñas variantes por más de 60 años, hasta el año 1998, cuando nuestro país se incorporó definitivamente al criterio de renta mundial.

B) El concepto legal, doctrinario y jurisprudencial de fuerza

La Ley del Impuesto a las Ganancias define la **fuerza** territorial de las rentas en su artículo 5: "*En general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuerza argentina aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos*".

Por su parte, el reglamento introduce aclaraciones respecto de determinados tipos de rentas (alquileres, intereses, contratos derivados), definiendo como de fuerza argentina también a "...*las regalías producidas por cosas situadas o derechos utilizados económicamente en la República Argentina ... y las demás ganancias que, revistiendo características similares, provengan de capitales, cosas o derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país*".

En consecuencia, podemos esquematizar como rentas de fuerza argentina aquellas provenientes de:

- bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país;
- la realización en el país de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios;
- hechos ocurridos dentro del país.

En dicho esquema se evidencia que la relación entre el elemento objetivo y el elemento territorial es claramente distinto en cada uno de los casos:

- bienes: situados, colocados o utilizados económicamente;
- actividades / servicios: realización;
- hechos: ocurrencia.

Como bien destaca Daniel Borrego, la ley emplea la expresión *bienes* en el sentido descrito en el Código Civil⁴, comprensiva de *cosas materiales e inmateriales*, que sean *susceptibles de tener valor*. A su vez, se expande el alcance del término *colocado* más allá de la ubicación física en el país incluyendo también la *económica*, permitiendo así que la Argentina tenga potestad impositiva sobre las rentas generadas por patentes, marcas, licencias y similares pertenecientes a no residentes pero *colocadas y utilizadas* en nuestro país.

Axel Verstraeten sostiene que resulta lógico entender que en el ámbito de la Ley del Impuesto a las Ganancias, el concepto de derechos se refiera a los "*derechos patrimoniales, los que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico*"⁵, situación que avalaría la asignación de fuerza argentina a las regalías por cosas situadas o derechos utilizados económicamente en el país, tal y como surge del decreto reglamentario.

A la hora de definir la utilización económica de un derecho, a pesar de ser materia controvertida por el Fisco y parte de la jurisprudencia, la doctrina es uniforme en cuanto a que tal utilización económica debe verificarse en lo inmediato, descartando la posibilidad de considerar una utilización eventual, mediata y/o futura de los derechos (en muchos casos, desconocida para el sujeto pagador) como aquella que pueda determinar la caracterización de las rentas como de fuerza argentina.

Asimismo, y tal como bien sostiene Forcada (citado por Verstraeten), la utilización económica, en el sentido definido normativamente, sólo podría ocurrir cuando exista explotación del derecho, y no cuando se pacte el simple y mero uso del bien protegido por el mismo. De entender lo contrario, caeríamos en el absurdo de considerar, por aplicación de la regla general (en ausencia de una regla específica para la importación de bienes) que un exportador del exterior debiera estar sujeto a retenciones por configurar renta de fuerza argentina el mero uso de los bienes importados, o que la modalidad de ingreso al país

4 Código Civil de Vélez Sarsfield, artículo 2312: "*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas [definidas por el artículo 2311], se llaman 'bienes'...*" Y en el actual Código Civil y Comercial, artículos 15 y 16.

5 Llambías, J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. II, Abeledo Perrot, 2001, pág. 174.

de un software para mero uso (por importación física vía aduanera u obtención electrónica del mismo) afecta la configuración de fuente territorial de las rentas.

Respecto de los servicios y otros hechos, la norma indica claramente la necesidad de un nexo físico entre la tarea generadora de renta y el territorio nacional, sin otros requisitos ajenos a dicho nexo; en particular, sin requerir que medie *utilización económica* de los servicios, cuestión esta que de acuerdo con la definición legal resulta irrelevante.

Según lo hasta aquí expuesto, dado que la fuente territorial de las rentas está sujeta a distintos requisitos según el tipo de transacción que diera origen a las mismas, se hace cada vez más necesario que ante cualquier controversia se defina ante todo el encuadre de la transacción en alguno de los tipos enumerados por la norma, para su correcta tipificación.

Ello así, teniendo especialmente en cuenta la creciente complejidad de las transacciones transfronterizas que, en muchos casos, requerirá también definir un orden de prelación para determinar el encuadre que debería resultar aplicable (el de mayor relevancia contractual, económica, etc.) ante la natural dificultad que el mismo implica.

En igual sentido lo ha entendido el grupo de trabajo de la OCDE sobre BEPS, en su Reporte Final sobre Economía Digital al sostener que *“La caracterización [en categorías de ganancia sujeta a impuesto] tiene implicancias significativas para la definición del nexo”*⁶.

Por último, cabe recordar que la Ley del Impuesto a las Ganancias prevé adicionalmente, en forma coherente con lo previsto en el artículo 5 para las rentas de fuente argentina, la definición de *fente extranjera* de las rentas en su artículo 127: *“Son ganancias de fuente extranjera las comprendidas en el artículo 2, que provengan de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el exterior, de la realización en el extranjero de cualquier acto o actividad susceptible de producir un beneficio o de hechos ocurridos fuera del territorio nacional, excepto los tipificados expresamente como de fuente argentina y las originadas por la venta en el exterior de bienes exportados en forma definitiva del país para ser enajenados en el extranjero, que constituyen ganancias de la última fuente mencionada”*.

II. CASOS CONTROVERTIDOS

A) La fuente en el asesoramiento técnico y otros servicios

Conforme lo previsto por el artículo 12 de la ley del gravamen, *“...serán considerados de fuente argentina los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior”*.

A pesar de tratarse de una norma de bastante antigüedad, aún hoy se carece de una definición legal del concepto de *asesoramiento técnico*, definición que resulta relevante e indispensable en tanto determina la verificación de la hipótesis de incidencia tributaria en el caso en que tal asesoramiento sea prestado desde el exterior.

La doctrina más relevante en la materia, expresada por Vicchi y citada luego de forma reiterada en numerosa doctrina y jurisprudencia, nos dice que dicho concepto comprende *“toda prestación que signifique la transmisión por cualquier medio (dictamen escrito, consejo oral, planos, especificaciones, etc.) de conocimientos científicos y/o empíricos, elaborados especialmente o adquiridos con anterioridad por el dador, siempre que ... sean antecedente temporal mediato o inmediato de la realización de actividades o actos económicos en nuestro país, en función de los cuales se elaboren o transmitan”*⁷.

Respecto de otros servicios que no reúnen estas características, tal como describimos en el acápite I.A), no rige norma legal alguna que indique que las rentas que estos generan sean de fuente argentina. Sin embargo, existen numerosos antecedentes recientes de jurisprudencia⁸ en los que se extiende el concepto de utilización económica, incluso mediata, a la prestación de servicios como elemento para caracterizar las rentas como de fuente argentina; cuestión esta que, según ya expresamos, resulta determinativa de la configuración del hecho imponible y por lo tanto, requiere una definición legal.

6 OCDE, *Addressing the tax challenges of the digital economy*, OCDE, 2015, pág. 106.

7 Reig, *Impuesto a las Ganancias*, Macchi, 2001, pág. 120.

8 Desarrollados amplia y detalladamente por Axel Verstraeten.

Axel Verstraeten analiza adicionalmente la extensión de la fuente en los servicios de asesoramiento técnico, como medida antiabuso frente a la posible erosión de bases imponibles locales; medida esta que se da juntamente con la limitación a la deducibilidad de los honorarios y al requisito de registración.

Por último, otra temática planteada se refiere a la confusión del presente concepto con el de asistencia técnica y, eventualmente, con el de regalías, claramente desarrollado por Axel Verstraeten. Así, podría ocurrir que medien prestaciones por asistencia técnica, cuyas rentas califiquen como de fuente argentina por aplicación del artículo 5 (no del artículo 12), a las que les resulte aplicable la alícuota de retención reducida prevista por el artículo 93, inciso a), de la ley del gravamen, o por Convenios para Evitar la Doble Imposición, suscriptos por nuestro país. Si bien no resulta necesaria la unificación de las normas, la armonización sería conveniente, y un adecuado encuadre de las prestaciones (tal como se planteó en el acápite I.A), necesario.

B) La fuente en transacciones financieras

1. Intereses sobre préstamos (simples y garantizados con derechos reales)

Partiendo de las definiciones legal y reglamentaria previamente citadas, no existe controversia respecto de la fuente de los intereses por préstamos: *“un capital prestado está colocado en el lugar donde reside el deudor”*⁹.

Así, tratándose de intereses de un préstamo obtenido en el extranjero por un residente argentino, la fuente es argentina, por cuanto dichos intereses surgen por la colocación de capitales en nuestro país, en tanto es el lugar de residencia del deudor. Ello, en forma independiente del lugar en el que los fondos sean aplicados¹⁰ o su ulterior destino¹¹.

El mismo tratamiento merecen las comisiones de participación adicionales que, en el marco de una operación de préstamo, equivalen a un porcentaje del capital prestado y no pueden ser asociadas con una actividad determinada en forma independiente, sobre la base de que se trataría de un mayor interés¹².

Por su parte, la Ley del Impuesto a las Ganancias prevé en su artículo 6 que *“Las ganancias provenientes de créditos garantizados con derechos reales constituidos sobre bienes ubicados en el territorio nacional, se considerarán ganancias de fuente argentina. Cuando la garantía se hubiera constituido con bienes ubicados en el exterior, será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior”*.

La presente normativa evidencia un apartamiento de la atribución jurisdiccional de los intereses por préstamos prevista en el artículo 5, según la radicación de los bienes en garantía por artículo 6, que si bien no se verifica usualmente en la práctica (en la mayoría de los supuestos coinciden la radicación del deudor y del derecho real en garantía), podría ocasionar doble tributación en casos en que hubiera divergencia en la radicación de ambos elementos, en tanto tales países de radicación tuvieran reglas similares a las de nuestro ordenamiento legal.

Vale considerar –como bien indica Daniel Borrego– que en los casos de derechos reales en nuestro país, cuando el deudor y el acreedor estén radicados en el exterior, será dificultoso para el Organismo Fiscal acceder a la renta de fuente argentina.

2. Otras retribuciones vinculadas con préstamos

Si bien resulta clara la atribución de fuente jurisdiccional de los intereses, la ley y el reglamento nada dicen sobre qué sucede con el resto de retribuciones, vinculadas directa o indirectamente con préstamos transfronterizos. Tal es el caso de las remuneraciones que contraprestan garantías otorgadas, la gestión para la obtención de créditos, y otros tipos de comisiones y honorarios.

Coincidimos que al no encontrarse contemplada regla particular alguna en la Ley del Impuesto a las Ganancias para tales figuras jurídicas, debe estarse a la verificación de la *fuente* por imperio del artículo 5 de la norma.

9 Raimondi y Atchabahian, *El Impuesto a las Ganancias*, Depalma, 3ª ed., pág. 107.

10 Lorenzo, Bechara, Calcagno, Cavalli y Edelstein, *Tratado del Impuesto a las Ganancias*, Errepar, 2ª ed., pág. 62.

11 “Banca Nazionale del Lavoro”, CSJN, del 23/8/01.

12 “Camuzzi Argentina SA”, TFN, Sala D, del 2/11/12.

Así, de tratarse de actividades desarrolladas integralmente en el exterior, que no constituyen un *asesoramiento* en los términos del artículo 12 de la ley, no hay *fuerza*.

Sin embargo, existen pronunciamientos¹³ que han hecho hincapié en el carácter accesorio de las garantías, para entender sobre dicha base que las remuneraciones que contraprestan su otorgamiento deben seguir una regla de accesoriedad no fijada por la ley del gravamen. No compartimos los citados fundamentos; no obstante, tal cual sostiene Daniel Borrego, por la regla general del artículo 5 la remuneración recibida por el garante, que afecta parte de su patrimonio para avalar un crédito conferido a favor de un tercero radicado en Argentina, proviene de bienes colocados en nuestro país, no variando la solución de adjudicación de fuerza resuelta por el Tribunal.

En relación con las remuneraciones por gestiones realizadas en el exterior para la concesión de créditos a deudores radicados en el país, la misma jurisprudencia citada sostuvo que *“la gestión financiera reviste el carácter de una actividad desplegada íntegramente en el exterior y que culmina con la obtención del crédito, es decir una actividad previa, antecedente y necesaria...”* con tal objetivo, para entender que no se verificaba la existencia de fuerza argentina.

Sin embargo, en ocasión de resolver la apelación de dicho fallo, la CSJN entendió lo contrario (que las remuneraciones por gestión de créditos configuraban rentas de fuerza argentina) por entender que la actuación del gestor estaba vinculada eventualmente y en forma mediata con la colocación de fondos en el país. No compartimos este criterio, por cuanto resulta ajeno a la letra de la ley que claramente estipula que la fuerza de los servicios se configura por el lugar de realización de los mismos, y no por su utilización mediata o inmediata.

3. Contratos derivados

Nuestro ordenamiento legal, en su artículo incorporado a continuación del artículo 7, atribuye fuerza territorial argentina a *“...los resultados originados por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, cuando el riesgo asumido se encuentre localizado en el territorio de la República Argentina, localización que debe considerarse configurada si la parte que obtiene dichos resultados es un residente en el país o un establecimiento estable comprendido en el inciso b) del artículo 69”*.

Asimismo, amplía el concepto territorial de fuerza en función de la *intención económica de las partes*: *“...cuando los diferentes componentes de uno de los mencionados instrumentos o un conjunto de ellos que se encuentren vinculados, indiquen que el instrumento o el conjunto de instrumentos no expresan la real intención económica de las partes, la determinación de la ubicación de la fuerza se efectuará de acuerdo con los principios aplicables a la naturaleza de la fuente productora que corresponda considerar de acuerdo con el principio de la realidad económica, en cuyo caso se aplicarán los tratamientos previstos por esta ley para los resultados originados por la misma”*.

Como señala Daniel Borrego, la norma contiene una *ficción jurídica* con la cual discrepa buena parte de la doctrina: Julián Martín sostiene que no es razonable que los riesgos cubiertos sobre un título o divisa extranjeros por parte de residentes argentinos sean considerados de fuerza argentina, y Darío Rajmilovich critica la normativa que permitiría que los sujetos del país generen quebrantos generales susceptibles de compensación con rentas de todo tipo.

Adicionalmente, cabe considerar que la presente *ficción* tiene como consecuencia negativa provocar la imposibilidad de cómputo de créditos fiscales por impuestos retenidos en el exterior, en caso de verificarse estos en la práctica.

Por la misma ficción jurídica, los contratos derivados con riesgos localizados económicamente en nuestro país pero cuyos resultados son obtenidos por residentes del exterior, configuran fuerza extranjera dada la clara redacción del artículo 7.1.

C) La fuerza en relación con la generación de quebrantos

En relación con la fuerza de los quebrantos, la ley y reglamento del gravamen obligan a la segregación de aquellos considerados de fuerza extranjera, así como de aquellos provenientes de contratos derivados cuyo objeto no haya sido el de cobertura, pudiendo sólo compensarse con ganancias obtenidas por los mismos conceptos dentro de los siguientes cinco ejercicios.

13 “Hidroeléctrica El Chocón”, TFN, Sala C, del 8/3/07.

La normativa marca para este tipo de quebrantos la misma actualización (hoy suspendida) prevista para los quebrantos generales, conforme al índice del mes de cierre del período fiscal en el que se originó el quebranto.

Martín Caranta analiza la segregación de los quebrantos de fuente extranjera y la encuentra injustificada sobre la base de un doble argumento: 1) la fuente en la actividad empresaria difícilmente distinga un origen territorial único; su fuente resulta ser la misma actividad, cuyo domicilio de radicación prevalece sobre toda la actividad, y 2) la globalización permite un acceso remoto que desdibuja las fronteras e impide delimitar al 100% la fuente territorial, sólo justificada como cláusula antielusión.

En cuanto a los quebrantos por contratos derivados, cuya segregación se fundaría en evitar la erosión de bases imponibles mediante la deducción de quebrantos por operaciones especulativas, tampoco encuentra justificada su segregación, considerando infundado el tratamiento discriminatorio sobre las operaciones especulativas, en la medida en que las ganancias por tales operaciones se encuentran alcanzadas sin distinción alguna.

Asimismo, partiendo de la innegable necesidad de actualizar los quebrantos en general, Caranta propone su actualización por la inflación vigente en el país del que proviene el quebranto.

D) La fuente en relación con los créditos fiscales computables

Conforme con el artículo 168 de la ley del gravamen, del impuesto correspondiente a ganancias de fuente extranjera podrá deducirse "...hasta el límite determinado por el monto de ese impuesto, un crédito por los gravámenes nacionales análogos efectivamente pagados en los países en los que se obtuvieren tales ganancias...".

En consecuencia, no se encuentra admitido el cómputo de crédito alguno, por impuesto efectivamente abonado en el exterior por ganancias consideradas en nuestro país como de fuente argentina.

Esta situación generará doble tributación en aquellos casos de *doble fuente* (renta considerada de fuente argentina para nuestro país, y a su vez, de fuente propia para un país extranjero) en que se verifica un conflicto en las definiciones de fuente de la renta, sea por un divergente encuadre de las rentas a los efectos de la atribución de la potestad tributaria en el marco de un Convenio para Evitar la Doble Imposición, u otros motivos.

Tal es el caso analizado por el Tema I de las I Jornadas de Tributación Internacional, vinculado con la exportación de servicios técnicos de Argentina a Brasil, en que se propuso la revisión integral del convenio en cuestión. Sin embargo, no es un tema acotado al caso analizado, sino que también alcanza a otras rentas y a las operatorias con otros países, como Australia y Uruguay.

Al respecto, Martín Caranta cita varios ejemplos:

- las ganancias de compañías de transporte constituidas o radicadas en el país, consideradas íntegramente de fuente argentina con prescindencia de los lugares de desarrollo de actividad (artículo 9 de la ley);
- las remuneraciones o sueldos de directorios y similares, pertenecientes a empresas constituidas en el país, que actúen en el extranjero (artículo 12, primer párrafo, de la ley);
- los honorarios por asesoramiento técnico prestado desde el exterior (artículo 12, segundo párrafo, de la ley).

Asimismo, analiza el caso particular del asesoramiento técnico en el marco del convenio entre Argentina y Uruguay, por el cual, tal como sucedió en el caso analizado con Brasil para las I Jornadas de Tributación Internacional, ambos países se atribuirían la fuente territorial de las rentas, y sólo admitirían el cómputo del impuesto por rentas de fuente extranjera; en esta situación, "el cómputo del **tax credit** devendría estéril".

Entendemos que resulta necesario prever en la Ley del Impuesto a las Ganancias y su reglamento, medidas unilaterales que permitirían evitar la doble imposición en los casos de *doble fuente*; por ejemplo, asignando la fuente al país de radicación del sujeto pagador.

III. ACTUALIZACIÓN, REDEFINICIÓN Y REVALORIZACIÓN DEL CRITERIO

"La mayoría de las actividades que conforman el comercio internacional de bienes y servicios es encarada por sociedades (...) Frente a este panorama de concentración en sociedades de las actividades de comercio

*internacional de bienes y servicios, el argumento del respeto del principio de equidad horizontal [utilizado para fundar el predominio del principio de residencia] pierde buena parte de su peso (...) dado el fenómeno de la traslación, es probable que todo o buena parte del impuesto societario no sea soportado económicamente por sus accionistas sino por los consumidores de los bienes o servicios comercializados por la sociedad y/o por los proveedores de los insumos para producirlos*¹⁴.

En este mismo sentido, el cambio paulatino que se ha verificado en las bases tradicionales para la delimitación cuantitativa de los impuestos estatales sobre la renta de sociedades en los EE.UU. (*formula apportionment*), hacia una mayor preponderancia de las ventas¹⁵, sugiere la reafirmación de que la teoría del beneficio está siendo verificada en el lugar de efectivización de esas ventas; esto es, en el lugar de radicación del consumidor.

Por ello, debe atenderse a razones de competencia económica interna¹⁶ y, en consecuencia, **deberían fijarse nuevas reglas que atribuyan la fuente al lugar en el que se verifica consumo**¹⁷ (*radicación del receptor o pagador de los mismos*)¹⁸.

A mayor abundamiento, cabe recordar que en una gran cantidad de operaciones complejas a nivel internacional, el Estado **fuentes** en el que se radica el consumidor resulta afectado por la erosión de sus bases imponibles. Por ejemplo, quien utiliza y paga por un contenido o servicio provisto electrónicamente, y lo aplica a la consecución de sus actividades gravadas, incurre en un gasto (o inversión amortizable) deducible de su base de cálculo, viéndose en consecuencia disminuida la renta local sujeta a impuesto por el Estado de destino de tales prestaciones o contenidos si no se aplicara una regla de *fuentes* como la aquí descripta¹⁹.

Esta situación asimétrica puede resolverse, al igual de lo que sucede en el orden local interno de muchos países²⁰, aplicando una de las siguientes metodologías: a) el impedimento de la deducción del gasto al sujeto local²¹, o b) la aplicación de retenciones en la fuente.

Esta última alternativa, combinada con una definición de *fuentes* susceptible de generar menores casos de *doble fuente* (tal como la atribución al lugar de consumo) permite una adecuada distribución de potestades tributarias entre Estados, en tanto se aplique mediante tasas bajas y admitiendo la determinación alternativa sobre base imponible real, de modo de minimizar las posibilidades de que se genere doble imposición internacional sobre las mismas.

En el actual contexto económico de transnacionalización, es cada vez más común que el Estado *fuentes* donde se radica el consumidor resulte afectado por la erosión de sus bases imponibles. En efecto, quien utiliza y paga por un contenido o servicio provisto desde el exterior, y lo aplica a la consecución de sus acti-

14 Schindel y Atchabahian, ob. cit., pág. 32.

15 Schindel y Atchabahian, ob. cit., pág. 84, con referencia a Kaufman, Nancy, "Fairness and the Taxation of International Income", Law and Policy in International Business (1998), pág. 145.

16 Al igual de lo que sucede con los gravámenes al consumo.

17 En efecto, así lo entiende el Informe sobre la Acción 1 de BEPS: "6.2.1 Measures that will restore taxation in the market jurisdiction: A number of measures of the BEPS Action Plan will in effect restore source taxation, in particular Action 6 (prevent treaty abuse) and Action 7 (prevent the artificial avoidance of PE status)". En el mismo sentido, pero bajo una distinta denominación, encontramos el trabajo de Devereux y de la Feria, "Designing and implementing a destination-based corporate tax", Oxford University Centre for Business Taxation, mayo 2014.

18 A pesar de la existencia de propuestas que involucrarían la redefinición del actual concepto de PE, a través de la introducción del PE *virtual*, más allá de la ausencia de su regulación actual y aun cuando seguiría en nuestra opinión el concepto de *valor* conforme lo previamente expuesto, entendemos que no resulta una alternativa superadora de la aplicación del criterio de *fuentes* bajo las condiciones antes descriptas. Es realmente mucho menos probable que la aplicación ordenada de un concepto de *fuentes* estandarizado genere problemas de doble o nula imposición.

19 No obstante la situación pareciera ser igual a lo que sucede con cualquier importación física de bienes por vía aduanera; cierto es que en las transacciones electrónicas no se verifica control alguno sobre la efectiva existencia material de los contenidos o prestaciones ni de sus valores de referencia. Esta línea de análisis fue presentada por el Profesor Richard Doernberg en la Conferencia Regional IFA Asia desarrollada en Mumbai en noviembre de 2000, y planteada por Dale Pinto en su tesis doctoral antes citada.

20 Argentina prevé en su Ley del Impuesto a las Ganancias dos medidas en este mismo sentido: el instituto de *salidas no documentadas* (que impide la deducción del cargo y/u obliga al pago de un impuesto especial a la misma alícuota general del gravamen), y el impedimento de deducción de los cargos por los cuales no se hubieran aplicado las retenciones del impuesto que resultaran aplicables.

21 Así se decidió en el caso "ITO vs. Right Florists Pvt. Ltd.", India, 2011.

vidades gravadas, incurre en un gasto (o inversión amortizable) deducible de su base de cálculo, viéndose en consecuencia disminuida la renta local sujeta a impuesto por el Estado de destino²².

Como ya fuera sostenido hace 10 años en el último Congreso IFA desarrollado en Buenos Aires: “*Tanto desde el punto de vista de la equidad entre naciones como desde el de la eficiencia, la imposición exclusiva o preponderante en la fuente se perfila como mucho más razonable*”²³. Ello se condice con las nuevas tendencias en la identificación de la sustancia económica como requisito esencial para alcanzar el *fair share of tax*, considerado tanto desde el punto de vista de los negocios transfronterizos, como de las potestades tributarias de los Estados. Asimismo, la Acción 1 del proyecto BEPS desarrollado por la OCDE vuelve a destacar la aplicación de reglas de fuente como métodos de atribución jurisdiccional preferibles en una Economía Digital.

En este contexto, y considerando la necesidad de resolución de las cuestiones controvertidas analizadas en el presente Tema, invitamos a reflexionar sobre la conveniencia de una redefinición y revalorización del criterio de **fuer**te, obteniendo las propuestas que se describen a continuación.

Borrego entiende “...que los países importadores de capital como la Argentina, no pueden dejar de gravar al menos una parte de las rentas obtenidas en nuestro país por parte de los sujetos del exterior, pero sin abandonar o poner en riesgo ciertos objetivos económicos [neutralidad] y dejando incólume lo pactado a través de tratados internacionales...”. A estos efectos, “...se impone sobre todo una mayor claridad en la definición del concepto de **fuer**te que nos rige en la actualidad...”, evitando la “...creación pretoriana de **hipótesis de fuer**te...”. “En materia de negocios financieros, ciertas tendencias jurisprudenciales actuales (...) generan suma incertidumbre a los inversores y a los tomadores de créditos”, resultando la presente una cuestión a resolver.

Caranta, por su parte, sostiene que “La aplicación de un criterio –fuente o renta mundial– debe ser realizada en forma total y coherente con todos los elementos de legislación interna”; “...debe aggiornarse la legislación a los problemas y soluciones del presente, previendo incluso los de un futuro cercano”.

Verstraeten, sugiere una reforma legal que proteja adecuadamente la fuente argentina en el marco de la Economía Digital.

En este mismo marco, el de Economía Digital, se presenta el trabajo de Marcelo Bello, quien sugiere la reformulación que incluya en la normativa presunciones legales absolutas contemplando la problemática, ampliando dicho concepto a los servicios utilizados económicamente en nuestro país, en aquellos supuestos en que el pago de los servicios se encuentre a cargo de un residente argentino, o este sea quien deduce los mismos de la base imponible del impuesto, en el entendimiento que dicho pago erosiona la base del impuesto en el Estado de la fuente.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hemos sido testigos en los últimos años de una revalorización del presente principio, y su extensión a distintos conceptos de *fuer*te. Estos conceptos o reglas de *fuer*te no son universales ni homogéneos, y se han admitido distintas formas para su definición y atribución jurisdiccional, tales como el lugar de desarrollo de actividades, el lugar de utilización económica, la localización del pagador, la localización del receptor, el origen, destino o consumo...

Ello evidencia que, de la misma forma en que no existe una sola visión del concepto de *fuer*te, tampoco se lo debe considerar como un concepto inmutable o de imposible reinterpretación.

La gravabilidad de las rentas pasivas en el país de la *fuer*te no sólo es un principio arraigado para los países de Latinoamérica (que normalmente las gravan en su fuente a alícuotas reducidas, admitiendo los

22 Aunque la situación pareciera ser igual a lo que sucede con cualquier importación física de bienes por vía aduanera, cierto es que en las transacciones electrónicas o en las prestaciones de servicios transfronterizos, no se verifica control alguno sobre la efectiva existencia material de los contenidos o prestaciones, ni de sus valores de referencia. Esta línea de análisis fue presentada por el Profesor Richard Doernberg en la Conferencia Regional IFA Asia, desarrollada en Mumbai en noviembre de 2000, y planteada por Dale Pinto en su tesis doctoral, “E-Commerce and Source-Based Income Taxation”, IBFD, 2003.

23 Schindel, Ángel y Atchabaian, Adolfo, “Fuente y Residencia: nueva configuración de sus principios”, párrafo 2.9, *in fine*, de la ponencia general del Congreso IFA, Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 90-a, off print, pág. 23.

países de residencia un crédito de impuesto), sino que también es una necesidad ante la evidente posibilidad de abusos que permitiría la utilización de otros criterios²⁴.

El Proyecto BEPS²⁵ es el caso más reciente de revalorización del principio de *fuentes*, y en especial en lo referido a la Economía Digital.

Como pauta general, el Proyecto requiere mayor sustancia, a los efectos de permitir que los contribuyentes atribuyan rentas a una jurisdicción particular. Dicha mayor sustancia se ve evidenciada en muchos casos, como el de la Economía Digital, por la contribución y alta interacción de usuarios y clientes, que activamente suman valor a la referida economía.

Asimismo, una cantidad de medidas del Plan de Acción BEPS tendrá efecto primario en restaurar la imposición en la fuente, en particular con respecto al abuso de tratados (Acción 6) y la elusión artificial del status de establecimiento permanente (Acción 7)²⁶. Asimismo, reglas CFC efectivas pueden reducir el incentivo a trasladar ganancias desde un país fuente a una jurisdicción de baja imposición²⁷.

Ya en el año 2005²⁸, la OCDE analizó distintas alternativas para alcanzar las rentas del *e-commerce*, entre las que se encuentra la de adoptar reglas similares a las de imposición de rentas pasivas, para permitir a los países *fuentes* la posibilidad de gravar los pagos relativos a determinadas formas de comercio electrónico, a través de mecanismos de retención en la fuente. También se evaluó una nueva regla de nexo jurisdiccional, en la que el Estado Fuente debería poder gravar a través de una retención sobre todos los pagos *cross-border* que implican una erosión de base en el país.

Sin embargo, y aunque no se han tomado decisiones finales en cuanto a la implementación de las distintas opciones analizadas en el Proyecto BEPS para la Economía Digital, se deja abierto a que los países puedan introducir cualquiera de esas implementaciones en su legislación doméstica, como salvaguardas adicionales contra el fenómeno BEPS.

Lo que significa que el criterio de atribución en la *fuentes*, su aplicación y reformulación, se encuentran más vigentes que nunca.

24 “Antes que proteger la base tributaria en el Estado de origen, el principio de PE se ha convertido hoy día en un instrumento que permite la evasión en dicho Estado de origen para ciertas operaciones importantes de negocios y el futuro probablemente demuestre que el principio de PE perderá su fuerza por nuevas y móviles industrias independientemente de si los DTC son, o no, renegociados a este fin...”; Schindel y Atchabahian, cita de Dale Pinto de una opinión del Profesor Skaar, ob. cit., pág. 35.

25 Action 1. Address the Tax Challenges of the Digital Economy. “Identify the main difficulties that the digital economy poses for the application of existing international tax rules and develop detailed options to address these difficulties, taking a holistic approach and considering both direct and indirect taxation. **Issues to be examined include, but are not limited to, the ability of a company to have a significant digital presence in the economy of another country without being liable to taxation due to the lack of nexus under current international rules, the attribution of value created from the generation of marketable location-relevant data through the use of digital products and services, the characterization of income derived from new business models, the application of related source rules, and how to ensure the effective collection of VAT/GST with respect to the cross-border supply of digital goods and services. Such work will require a thorough analysis of the various business models in this sector.**”

26 OCDE, ob. cit. en nota 6, pág. 87.

27 OCDE, ob. cit. en nota 6, pág. 93.

28 OCDE, “Treaty Rules and E-Commerce: Taxing Business Profits in the New Economy”, OCDE, 2005.

FUENTE EN LAS TRANSACCIONES FINANCIERAS: ALGUNOS ASPECTOS CONFLICTIVOS

DANIEL BORREGO

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de las IV Jornadas de Tributación Internacional, hemos sido convocados para exponer dentro del Tema I que versará sobre el concepto de **fuer**te y en el cual, en particular, se pretende indagar sobre algunas cuestiones que a la fecha o bien resultan conflictivas, o al menos generan incertidumbre en los actores económicos afectando, por ende, la toma de decisiones y, en forma mediata, la inversión y el empleo¹.

Las Directivas han planteado cuatro aspectos para analizar, los cuales a su vez contienen interrogantes y subtemas particulares. A saber:

1. La **fuer**te como criterio de sujeción en transacciones internacionales: casos controvertidos.
 - 1.1. El concepto de utilización económica.
 - 1.2. Asistencia técnica.
 - 1.3. Garantías y otras retribuciones vinculadas con el financiamiento exterior.
 - 1.4. Contratos derivados.
2. La **fuer**te en relación con la generación de quebrantos.
3. La **fuer**te en relación con los créditos fiscales computables.
4. Actualización, redefinición y revalorización del criterio de atribución al Estado **fuer**te.

En tal sentido, el propósito de este trabajo es abocarnos al análisis de los aspectos relativos a las transacciones financieras (puntos 1.3 y 1.4), lo que no obsta que por su conexidad, debamos también reflexionar en cierta medida con respecto a los puntos 2 y 3. Finalmente, dado el alcance, si se quiere "teleológico" del punto 4, que de algún modo apunta al análisis del concepto de **fuer**te como un aspecto sustancial del derecho tributario internacional, efectuaremos al final de esta colaboración, algunas reflexiones sobre lo que para el autor, deberían ser la dirección y enfoque futuro del referido concepto.

Pese a que el trabajo se centra en el tratamiento que corresponde dispensar a determinadas operaciones financieras, creemos esencial efectuar algunas reflexiones meramente introductorias o de base sobre el concepto de **fuer**te tal como es abordado en nuestra Ley de Impuesto a las Ganancias (LIG). A posteriori, y dentro de dicho capítulo introductorio, identificaremos algunas de las cuestiones que suscitan controversia en la materia, aunque anticipamos que no nos extenderemos en el análisis de aquellos aspectos que integran la propuesta temática plasmada en las Directivas de las Jornadas, los que serán abordados en capítulos específicos y sólo en lo que refiere a los "temas financieros".

1 Está claro en el actual contexto económico (inflación, presión fiscal desmedida, aumento incontenible del gasto público, "cepo cambiario", déficit fiscal, etc...) y político (elecciones), a lo que cabe añadir la desconfianza de los inversores por la continua alteración de las reglas de juego y la ausencia de datos estadísticos confiables, que las decisiones se ven fuertemente limitadas y solo resultan favorables cuando el "retorno esperado" resulta singularmente alto. Esta situación se traduce, como es obvio, en un incremento de la "tasa de interés" (por el componente "riesgo"), lo que hace sumamente oneroso invertir en nuestro país; consiguientemente, ello impacta en el nivel de vida de sus habitantes y en especial en el empleo. La incertidumbre "tributaria" suma restricciones a las ya apuntadas, por lo que estas actividades académicas tienden en definitiva a impulsar los cambios necesarios para que, al menos dicha variable, no resulte tan determinante al momento de tomar una decisión de colocación de capital en nuestro país.

II. EL CONCEPTO DE “FUENTE” EN LA LEY DEL IMPUESTO A LAS GANANCIAS. ALGUNAS GENERALIDADES

Según calificada doctrina tributaria nacional e internacional, en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio² los países adoptan diversos mecanismos de vinculación entre el “sujeto pasivo” y su potestad tributaria. A saber³:

- Residencia.
- Domicilio.
- Nacionalidad.
- Fuente de la renta.

El criterio del “domicilio” resulta, en principio, atípico como guía para delimitar la potestad impositiva.

En materia de “personas físicas”⁴, si bien el “domicilio” aparece a priori como más sencillo de delimitar, a poco que se avance se hace evidente que es necesario predicar algún atributo adicional para que no sea objeto de confusiones o dudas. En efecto, sin ir más lejos, nuestro derecho de fondo refiere a varios tipos de “domicilios”⁵. Ni qué hablar del “domicilio fiscal”, sobre todo a partir del texto del artículo 3 de la Ley de Procedimientos Tributarios, 11.683⁶, o la trascendencia con que el término –sin mayores aditamentos– es empleado en los impuestos que gravan la trasmisión gratuita de bienes⁷.

Ni qué hablar del domicilio de las personas jurídicas o de existencia ideal, y de los entes que careciendo de personería legal, resultan sujetos pasivos de los impuestos, por ejemplo, los fideicomisos y las UTE en ciertos casos. En materia de tributación internacional, aun cuando se trate de un ente dotado con “personalidad jurídica”, las diferentes legislaciones pueden establecer criterios formales ceñidos al lugar de constitución o económicos vinculados con el de dirección efectiva.

El de “nacionalidad” por su parte, constituye una especie adoptada por pocos países y, más allá de la importancia económica que ostentan⁸, las controversias en la materia no son tan relevantes o al menos no han trascendido como ha ocurrido con las otras formas de vinculación.

El concepto de “residencia”, al margen de la forma en que esta acontece, puede a su vez determinar diferentes especies según los países⁹. Pero más allá de su alcance concreto, en cierto modo se lo puede exponer como “contracara” del principio de “fuente”.

- 2 En los “tributos al consumo” –clasificación que no compartimos plenamente pero que empleamos, dado su uso extendido–, la potestad tributaria de los Fiscos, tanto nacionales como locales, puede ser observada desde dos planos; por un lado, el principio de “territorialidad” y por otro, el de primacía de los aspectos objetivos por sobre los subjetivos. Está claro que un Fisco no puede gravar operaciones que se desarrollen fuera de su ámbito territorial, por lo que la “frontera” distingue el comienzo y el fin del poder tributario. Por otra parte, habiendo acontecido un acto que denote la existencia de capacidad contributiva, las condiciones subjetivas en los tributos a los consumos, si bien no dejan de tener peso, resultan relativas. A título de ejemplo obsérvese la reciente controversia sobre la imposición en materia de impuestos sobre los ingresos brutos de ciertas operaciones originadas en el exterior por sujetos no residentes (resolución AGIP 593/14 y la modificación al Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, efectuada por ley 14.653).
- 3 Si bien en general la doctrina reconoce dos principios “Fuente” y “Residencia” (Alberto Xabier, *Derecho Tributario Internacional*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, pág. 200), por razones metodológicas, preferimos separar en cuatro ítems los referidos principios.
- 4 Seguimos la antigua denominación de “personas físicas o de existencia visible” del Código Civil, en parte por “costumbre”, pero, sobre todo, porque se mantiene en la legislación impositiva nacional que todavía no se ha *aggiornado* a estos cambios. Cabe tener presente que según el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, tal expresión ha sido sustituida por la de “personas humanas”.
- 5 Los domicilios “real”, “de origen” y “legal” son los más conocidos, pero, en cierto modo, y sobre todo el último constituye un género que admite varias especies distintas.
- 6 Que hace primar aquel en que se desarrolla la actividad económica o generadora de renta de la persona, por sobre el “real” (Ernesto Celdeiro, María de los Ángeles Gadea y Juan José Imirizaldu, *Procedimiento Tributario*, Ed. Errepar, 2012, págs. 76 y ss.).
- 7 Como se recordará, el carácter de “domiciliado” en alguna de las jurisdicciones que lo han establecido (hasta ahora las provincias de Buenos Aires y Entre Ríos) es sustancial en esta materia, dado que atrae poder tributario por todos los bienes obtenidos gratuitamente con independencia de su ubicación. En principio creemos que se trata del “real” pero en algunos supuestos el “legal” podría primar (p.ej., religiosos o militares).
- 8 Estados Unidos de América es el caso más relevante.
- 9 Argentina, por ejemplo, adopta diferentes mecanismos para acceder a la residencia, siendo por ejemplo relevante la obtención del estatus de residente permanente en otro país, la permanencia en otra jurisdicción por un plazo deter-

Es dable advertir que el criterio de “residencia”, en virtud del cual la potestad tributaria de un país estaría vinculada tanto con las rentas originadas en el país de residencia como las obtenidas en otras jurisdicciones nacionales (“renta mundial”), no opera en forma “pura” autolimitando el poder de imposición sobre los “no residentes” que circunstancialmente actúan en el país referido¹⁰, sino que coexiste con el de “fuente” al gravar ciertas operaciones realizadas en el país¹¹.

De lo dicho, el concepto de “fuente” adquiere una dimensión sustancial como el principio sobre el cual aquellos países que siguen el criterio de “residencia” pueden gravar a quienes no poseen dicho atributo. Cabe señalar que la doctrina reconoce que en la actualidad resultan escasos los países que se ciñen a un concepto de “fuente” en forma estricta, gravando tanto a locales como foráneos, solo por las rentas de fuente nacional¹².

Argentina adoptó plenamente el sistema de “renta mundial” para los sujetos residentes¹³ desde la reforma impositiva del año 1998¹⁴, sometiendo a imposición a los “no residentes” por las ganancias de fuente argentina.

Al respecto, el concepto de “fuente argentina” encuentra su cauce o eje central en el artículo 5 de la LIG y en cierta medida, en el artículo 9 del decreto reglamentario (DR LIG). A tenor de la introducción de la imposición a la “renta mundial” también fue necesario definir el concepto de “fuente extranjera”, aspecto que reside en el artículo 127 de la LIG. Esta última, si bien parecería ser una “norma espejo” del artículo 5 referido, conforme veremos, según parte de la doctrina y para la jurisprudencia administrativa, no actúa estrictamente en tal sentido, sino que funciona como “norma residual” o de “aplicación subsidiaria”.

Según surge del artículo 5 de la LIG, constituyen “ganancias de fuente argentina”:

- Aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República.
- Las generadas por la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios.
- Las que se originan en hechos ocurridos dentro del país.

Esta disposición resulta central en la delimitación, por un lado, de la potestad tributaria de nuestro país con relación a los “no residentes” y, por otra parte, en lo que atañe a aspectos esenciales en la determinación del impuesto por parte de los “residentes”¹⁵. Complementan la norma, los artículos 6 a 16 de la LIG¹⁶, sin olvidar, obviamente, el trascendente artículo 9 del DR LIG que, a través de una enumeración pretendidamente ejemplificativa, en cierta medida fija e incluso extiende el concepto de “fuente argentina”.

Este recorrido introductorio del concepto de “fuente”, nos lleva a efectuar algunas reflexiones particulares sobre los tres ítems que hemos identificado más arriba.

minado, o ciertas situaciones que tienen diversa solución según se trate de un nacional o de un extranjero. No es objeto del presente trabajo detenernos en esta cuestión.

- 10 En muchas legislaciones, la potestad de gravar a los “no residentes” existe pero en forma limitada. Por ejemplo, en tal sentido, la forma más generalizada de alcanzar tales manifestaciones de capacidad contributiva encuentra cauce en la figura del “establecimiento permanente”, al que igualmente se le reconoce el carácter de “no residente”. (La LIG es una excepción a esta regla, posiblemente como medida antielusión, para capturar rentas de fuente extranjera de establecimientos estables que podrían haber sido usados como vehículos por residentes argentinos a fin de canalizar inversiones en el extranjero sin tener que tributar por ellas en nuestro país).
- 11 Generalmente las rentas pasivas y también algunas activas, aunque sean esporádicas y no lleguen a determinar la existencia de un “establecimiento permanente”.
- 12 Reunión IFA, Buenos Aires, 2005, “Cahiers de droit fiscal international”, Volumen 90-a, “Source and residence: new configuration of their principles”, informe general de los Dres. Schindel y Atchabahian, págs. 25/26.
- 13 Con anterioridad, la ley 24.073 (BO: 13/4/92) –típica “ley ómnibus”– modificó la LIG introduciendo el régimen de renta mundial para los “residentes”, pero dadas las características sumamente acotadas de la reforma, se interpretó que no resultaron operativas sino hasta 1998 (fallo “Devotto Solari, Oscar N.”, CSJN, 8/6/10).
- 14 Ley 25.063 (BO: 30/12/98).
- 15 Si bien los “residentes” tributan tanto por sus ganancias de fuente argentina como por las que se originan en el exterior, estas últimas están sometidas a reglas diferentes que obligan a un cálculo “cedular” con implicancias concretas en el monto del tributo que finalmente corresponde ingresar (quebrantos de fuente extranjera, cómputo como crédito de impuesto de tributos extranjeros análogos, formas de imputación de la renta, cuantificación de los resultados etc.). Para un análisis detenido de este aspecto, ver la obra del Dr. Darío M. Rajmilovich, *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, La Ley, ed. 2001.
- 16 Luis O. Fernández, *Impuesto a las Ganancias*, La Ley, ed. 2005, pág. 189.

La ley emplea en primer lugar la expresión “bienes”, cuya utilización no debe ser tomada en un sentido “vulgar” o “cotidiano” que la llevaría a quedar circunscrita a “cosas materiales”. En efecto, en nuestro derecho común, el término tiene conceptualización concreta desde el dictado del Código Civil de Vélez Sarsfield¹⁷ hasta el actual Código Civil y Comercial de la Nación¹⁸. Comprende “cosas materiales e inmateriales” y que además, como común denominador, resulten “susceptibles de tener valor”.

El empleo del término “bienes” permite comprender bajo el concepto de “rentas de fuente argentina”¹⁹ ingresos generados por activos inmateriales y no solo por “cosas”. A su vez, el empleo de una expresión con contenido técnico- jurídico específico expande el alcance del término “colocado”, el cual, consiguientemente, no solo alude a la ubicación física en el país, sino a la “económica”, permitiendo así que la Argentina tenga potestad impositiva sobre las rentas generadas por patentes, marcas, licencias y similares pertenecientes a no residentes pero “colocadas” y “utilizadas” en nuestro país.

Cabe advertir, empero, que esta “ampliación” del poder tributario sobre bienes “utilizados económicamente en el país”, no constituye una cuestión sencilla²⁰. Ha sido fuente de numerosas controversias que, en el marco de la “economía digital”, se han visto potenciadas a niveles inimaginables hasta hace quince o veinte años²¹.

El segundo de los puntos enumerados en el artículo 5 parecería no traer aparejados mayores inconvenientes interpretativos, dado que de su letra se desprende claramente la necesidad de un nexo físico entre la tarea generadora de renta y el territorio nacional²².

Quizás el último de los supuestos enumerados por el artículo 5 es el que podría originar mayores controversias o inquietudes.

En efecto, existe coincidencia en la doctrina acerca de que la “fuente extranjera” tiene carácter subsidiario o complementario y que la “fuente argentina”, en caso de duda, prevalece²³. En este sentido, cabe traer a colación un reciente pronunciamiento de AFIP que se expidió sobre la materia.

En el dictamen 13/12²⁴, el Fisco concluyó que “*Las rentas provenientes de la comercialización, mediante licencias de uso de un software desarrollado en el país deben considerarse como ganancia de fuente argentina, ello con independencia de que su instalación se realice en el exterior vía internet o a través de un soporte físico ... en razón de que la actividad que genera la renta se encuentra realizada íntegramente en la República Argentina*”.

Obsérvese que la interpretación del Fisco prescinde del concepto de “utilización económica” del derecho cedido en uso, pese a que el artículo 127 emplea idéntica expresión a la del artículo 5 que comentamos. Discrepamos con la solución apuntada, por cuanto creemos que ignora la propia letra de la ley, que en este caso –utilización económica de un derecho– atribuye la fuente al lugar donde el derecho está situado.

17 Artículo 2312: “*Los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas [definidas por el artículo 2311], se llaman ‘bienes’...*”.

18 Artículos 15 y 16 (a nuestro modo de ver con una redacción menos precisa).

19 O de fuente extranjera, en el caso del artículo 127 de la LIG.

20 Luis. O. Fernández, ob. cit., pág. 175.

21 Vale como ejemplo, el trabajo del Dr. Carlos A. Forcada presentado en el marco de las I Jornadas de Tributación Internacional, organizadas por la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, publicado por Ed. Errepar, págs. 105 y ss.

22 Ver en tal sentido el reciente fallo “*Sniafa SA c/Dirección General Impositiva s/Recurso directo de organismo externo*”, CNACAF, Sala V, sentencia del 24/4/15, referido a la venta de productos importados pero cuya transferencia del título de propiedad se verificó en el territorio nacional (en este caso, en una “zona franca”). En similar sentido, aunque con una solución diferente, cabe recordar el fallo “*Euroamérica SA*”, TFN, Sala C, 24/11/09, el cual, si bien transitó sobre una plataforma fáctica similar a “*Sniafa*”, avanzó hacia el concepto de “establecimiento permanente”.

23 Darío Rajmilovich, *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, La Ley, 2001, págs. 105/107. El autor, en la pág. 106 de su obra, en nota 104, menciona dos ejemplos en los que, a partir del precepto bajo análisis y sobre todo de la preferencia de la LIG por la “fuente argentina”, cabe concluir que: i) si una entidad financiera argentina efectúa un préstamo a un no residente, los intereses que obtenga serán de “fuente argentina”, y ii) igual solución corresponde para las retribuciones originadas en tareas de investigación y desarrollo, invenciones, descubrimientos, obras de creación intelectual y similares, cuya actividad se lleva a cabo en el país, aun cuando se instrumenten mediante la cesión de derechos remuneradas en forma de regalías.

24 Boletín AFIP, N° 190, mayo 2013, págs. 1097 y ss.

La previsión traída a colación por el Fisco opera cuando lo que prima es el ejercicio de una actividad como fuente mediata de la renta, pero no cuando esta se genera con el producido intelectual o con la “colocación de un bien intangible” en el exterior. Admitimos sí que la transferencia de dominio de un derecho de naturaleza intelectual que se remunere mediante una “regalía”²⁵, genera renta de fuente argentina dado que la relación jurídica sustancial es la venta, pero cuando no se produce el cambio de titularidad del bien, conservando su propiedad quien lo explota, se verifica claramente un desplazamiento territorial del bien (“colocación o utilización económica”) en el exterior y por ende, la renta es de fuente foránea.

Por otro lado, esta cuestión no es neutra, dado que, como es bien sabido, la delimitación de la fuente de un ingreso “originado” en el exterior es determinante para dirimir aspectos tan centrales como ser el cómputo de las retenciones sufridas en el extranjero como crédito de impuesto y el tratamiento de las eventuales pérdidas que se generen.

Finalmente, en este rápido repaso por los aspectos generales de “fuente”, corresponde mencionar que el artículo 12 de la LIG implica claramente una excepción a la regla general del artículo 5²⁶. En efecto, el segundo párrafo del artículo referido consigna que “*serán considerados de fuente argentina los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior*”.

Si bien nos abstenemos de analizar esta disposición por cuanto ha sido abordada en el trabajo de otro expositor, deseamos subrayar el carácter de excepción a la regla²⁷ y por lo tanto, merecedor de interpretación estricta: no toda actividad en el exterior realizada por un no residente a favor de un sujeto local presupone la potestad del Fisco Nacional de someterla a imposición. Sólo frente a la transmisión de un conocimiento acontece la potestad tributaria del Fisco Argentino²⁸, siendo de fuente extranjera aquella prestación de servicio que carezca de este atributo sustancial o incluso, estando presente, cuando la “transmisión de conocimiento” sea marginal, accesoria y, en todo caso, poco relevante con relación al objeto del contrato²⁹.

Hechos estos comentarios generales sobre el concepto de fuente, pasamos a analizar los tópicos planteados por las Directivas que hemos seleccionado para el presente trabajo.

III. GARANTÍAS Y OTRAS RETRIBUCIONES VINCULADAS AL FINANCIAMIENTO EXTERIOR

En la actualidad, y sobre todo a partir del año 2011 y la irrupción del “cepo cambiario”, las relaciones financieras que pueden efectuar las empresas privadas se han visto sensiblemente afectadas. A ello cabe sumar la reticencia del Gobierno Nacional para arribar a un arreglo con los denominados *holdouts* o “fondos buitres”, actitud que se ve agravada por la negativa a acatar la sentencia que, ya pasada en autoridad de “cosa juzgada”, han obtenido los titulares de títulos públicos en “default”. Esta situación particular de las finanzas argentinas ha provocado, por un lado, una abrupta caída de las “reservas internacionales” en poder del Banco Central, y por otro, la aparición, luego de muchos años, de un mercado marginal de moneda extranjera, y la utilización de mecanismos anómalos, atípicos, para poder efectuar transacciones financieras internacionales³⁰.

25 Si bien los contratos de cesión definitiva de derechos tendrían como contrapartida el pago de un “precio” que agota la relación jurídica principal, desde antiguo nuestra ley admitió que esta cesión definitiva podría tener como remuneración no un precio cierto, determinado y fijo, sino una “regalía”, atada a su vez al éxito de la explotación del derecho cedido por quien es ahora el titular (artículo 47 de la LIG).

26 A. Lorenzo, F. Bechara, G. Calcagno, C. Cavalli y A. Edelstein, *Tratado del Impuesto a las Ganancias*, 2ª ed., Ed. Errepar, pág. 65.

27 Compartido con el artículo 6 de la LIG.

28 Cabe mencionar el fallo “Nestlé SA”, CSJN, 15/2/79 y el artículo de Juan Carlos Vicchi, publicado en Revista La Información, T. LVIII, págs. 1067 y ss.

29 Si, por ejemplo, se contrata un servicio de “host” en un servidor extranjero a fin de archivar información, el hecho de que exista una “mesa de ayuda” para solucionar problemas circunstanciales y “asesorar” con el uso de todas las herramientas electrónicas que el servicio comprende son hechos o prestaciones accesorias que, más allá de que importen transmitir un cierto conocimiento, no tienen como objeto central del negocio jurídico dicha transmisión, sino permitir al cliente argentino que pueda emplear en plenitud los “host services” contratados.

30 Nos referimos a la utilización de títulos privados y públicos admitidos a ser negociados en el exterior y que se emplean para obtener divisas, para efectuar pagos al extranjero e incluso para traer capitales para inversiones en nues-

Pero creemos que este contexto –más allá de que pueda prolongarse todavía y exigir el análisis de las consecuencias fiscales que de él derivan–, en algún momento debería alterarse y pasar a una situación de menor aislamiento internacional y consiguientemente mayor fluidez en las transacciones financieras con el resto de mundo.

Bajo esta premisa, el análisis de las disposiciones vigentes, la revisión de la jurisprudencia administrativa y judicial que se haya expedido sobre el punto y, eventualmente, la promoción de modificaciones a fin de destrabar, en lo que es nuestra competencia, el flujo de divisas hacia el país, se impone como una necesidad que trasciende el contexto actual a fin de proyectar soluciones o al menos consecuencias de dichas normativas y jurisprudencia sobre las futuras transacciones que, esperamos, se produzcan en forma significativa en un futuro no muy lejano.

En este capítulo, y siguiendo las Directivas del Tema I de las presentes Jornadas de Tributación Internacional, nos detendremos en analizar operaciones de financiamiento, fundamentalmente desde el exterior a nuestro país, a la luz el instituto de “fuente” brevemente reseñado en el capítulo anterior.

1. Tratamiento de las ganancias generadas por financiamiento obtenido en el exterior

Sin dejar de tener presente que la distinción entre “préstamo” y “capital” constituye hoy un tema en permanente debate, y que no siempre es posible encontrar una solución unívoca³¹, lo cierto es que partiendo de la base de que estamos en presencia de un “préstamo”, la jurisprudencia judicial y administrativa no exhibe en la actualidad una línea coherente, armónica en lo que a “fuente” se refiere.

Liminarmente, queremos señalar que la expresión “préstamo” la emplearemos en un sentido amplio, si se quiere genérico, comprensivo de toda aquella operación que implique la entrega de un “capital” en un momento determinado para que sea reintegrado en el futuro, remunerándose la disposición temporal de aquel a través de “intereses”. A su vez, el término “capital” lo utilizaremos no solo como sinónimo de la entrega de dinero, sino también de otros bienes –en particular mercaderías– y, en casos muy específicos, bajo la especie de la “locación con opción a compra”³².

Al respecto, en principio no existe controversia en cuanto a que el interés que remunera un préstamo obtenido en el exterior por parte de un sujeto residente constituye, para el prestamista, renta de fuente argentina, atento a que importa la colocación del capital en nuestro país³³.

Según los autores que seguimos en este punto, si bien es criterio general en materia de “fuente” vincular el lugar donde “la cosa” se encuentra ubicada y teniendo en cuenta el lapso en que ello se verifica, empero, en “el caso del mutuo, siendo fungibles las cosas o el dinero, no es posible determinar dónde se encuentran durante el tiempo del contrato... [por lo que] La fuente de la ganancia es el crédito contra el mutuario”. Para concluir que “un capital prestado está colocado en el lugar donde reside el deudor”³⁴.

Reig nos recuerda que la regla entonces no tiene en miras el lugar físico en el que el capital se encuentra “colocado”, sino que siendo lo relevante el domicilio del deudor, luego dicho domicilio arrastra consigo la “fuente” más allá de que el “capital”, desde un punto de vista físico jamás atravesó la frontera

tro país, a un tipo de cambio más conveniente. Genéricamente conocida como “contado con liquidación” en la jerga bursátil y financiera.

31 El tema será abordado en el Tema II, por lo que nos abstenemos de desarrollarlo. Sólo queremos recordar que en materia de derecho tributario internacional la distinción no es un tema menor; en términos muy simplificados, en tanto los intereses como remuneración del préstamo son deducibles, los “dividendos” que retribuyen al capital no lo son. Amén de la existencia de instrumentos híbridos (objeto de análisis en el contexto BEPS), ya nuestra jurisprudencia (“Domaine Vistalba SA”, TFN, Sala B, 1/2/05) y cierta normativa fiscal (instrucción DI PYNF 747/05), seguramente abrevando en la doctrina y legislación comparada (p.ej., Sección 385 del Código de Impuesto a la Renta de EE.UU. de América), reconociendo que dicha distinción carece muchas veces de nitidez, han admitido la recategorización de ciertas operaciones de mutuo a capital.

32 En este último supuesto, en tanto se satisfagan ciertas condiciones muy particulares que permiten su asimilación a un “mutuo internacional” (artículo 155.1, DR LIG).

33 Calificada doctrina relaciona esta solución con el hecho de que Argentina es un país importador de capital, lo que implica asociar la fuente al domicilio del deudor (Raimondi y Atchabahian, *El Impuesto a las Ganancias*, Ed. Depalma, 3ª ed., pág. 106).

34 Raimondi y Atchabahian, ob. cit., págs. 108/107.

nacional³⁵. En el recordado precedente “Tornquist”, la disputa versó sobre si intereses devengados en el exterior en una cuenta en “descubierto” de la actora, eran de fuente argentina o extranjera. Siguiendo el criterio del “domicilio del deudor” como regla para delimitar la fuente, el Tribunal Címero concluyó que dichos intereses debían ser calificados de “fuente argentina”.

Más recientemente se suscitaron algunas cuestiones con relación con la fuente de ciertos intereses y diferencias de cambio por colocaciones en el exterior por parte de empresas argentinas.

En tal sentido, el primer precedente relevante fue la causa “Equipos y Materiales”³⁶ en el que se discutió la procedencia de una determinación efectuada por el Fisco –antes de la vigencia de la “renta mundial”– que pretendió gravar diferencias de cambio generadas en un depósito a plazo fijo del exterior, de la actora, aduciendo que las mismas, por acceder a una renta de fuente argentina³⁷, debían tributar Impuesto a las Ganancias. La Corte, con buen tino, rechazó la postura fiscal. Si bien no pesó en su decisión el “domicilio del deudor” –el banco extranjero– sin duda que dicha condición tuvo relevancia en la elaboración de la doctrina jurisprudencial citada.

Más recientemente, y en línea con la tesis de “Equipos y Materiales”, se expidió el Máximo Tribunal Federal en autos “Banca Nazionale del Lavoro”³⁸. En esta causa, el debate giró en torno al carácter que correspondía otorgar a ciertos intereses y diferencias de cambio, resultado de colocaciones en Nueva York de fondos que circunstancialmente el banco poseía como agente de pago de jubilaciones de personas de nacionalidad italiana residentes en nuestro país. Es decir que el Fisco pretendió vincular la actividad mediata que el banco haría con dichos fondos con la “fuente” de la renta obtenida, y como aquella consistía en una prestación a llevarse a cabo en el país –pagar las jubilaciones–, luego entendió que las diferencias de cambio e intereses obtenidas en el extranjero en el lapso que mantuvo en su poder los fondos, eran de fuente argentina. La Corte, incluso con cita de “Equipos y Materiales”, sostuvo que lo relevante para delimitar la fuente es el lugar donde están colocados los fondos y no necesariamente su ulterior destino.

Nuevamente, si bien la Corte no se refiere al “domicilio del deudor”, la ubicación del banco constituye un elemento determinante al momento de dirimir la controversia, sin otorgarle mayor relevancia al origen o destino ulterior de los fondos.

Para los autores de la obra colectiva *Tratado del Impuesto a las Ganancias* “parecería razonable concluir que los intereses de créditos obtenidos por un sujeto argentino deben siempre ser imputados como ganancia de fuente argentina obtenida por el acreedor extranjero (y por ende, sujeta a la retención impositiva que corresponda), aun cuando los fondos sean aplicados por el deudor argentino fuera de nuestro país”³⁹. En tal sentido, recuerdan los autores mencionados, la opinión de AFIP, al sostener que los intereses que serán pagados por una sociedad argentina a bancos del exterior, producto de un contrato de préstamo que tiene como único y exclusivo objeto financiar la adquisición del paquete accionario de una sociedad mexicana, son de fuente argentina y por lo tanto, pasibles de la retención prevista en el artículo 93, inciso c), de la LIG⁴⁰.

Ya anticipamos que la LIG, además del supuesto de excepción del segundo párrafo del artículo 12, contiene otro apartamiento de la regla general de “fuente” en el artículo 6. Esta norma dispone:

“Artículo 6 - Las ganancias provenientes de créditos garantizados con derechos reales constituidos sobre bienes ubicados en el territorio nacional, se considerarán ganancias de fuente argentina. Cuando la garantía se hubiera constituido con bienes ubicados en el exterior, será de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior”.

Es decir que, en el caso de existencia de garantías constituidas con derechos reales ubicados en el territorio nacional, será la ubicación del derecho real la que determinará la fuente, con independencia del domicilio del deudor. Ciertamente, el “apartamiento” del principio general que dimana del artículo 5 es relativo: en la mayoría de los supuestos que enfrentamos en la práctica, deudor y derecho real coinciden

35 Enrique Reig, *Impuesto a las Ganancias*, Ed. Macchi, 10ª ed., pág. 86. Fallo “Tornquist y Cía. Ltda.”, CSJN, sentencia del 18/7/38, Fallos: 181:189.

36 “Equipos y Materiales SACI s/Apelación impuesto a las ganancias”, CSJN, sentencia del 7/4/87.

37 Había cobrado comisiones y las depositó en el extranjero.

38 “Banca Nazionale del Lavoro SA c/Dirección General Impositiva s/Proceso de conocimiento”, CSJN, sentencia del 23/8/01.

39 Lorenzo, Bechara, Calcagno, Cavalli y Edelstein, ob. cit., pág. 62.

40 Resolución SDG TLI 11/06.

en estar ubicados en el territorio argentino. En cambio –si bien parece poco probable–, la solución se aparta del criterio general cuando “derecho real” y “prestatario” tengan ubicación diferente.

Se podría dar el caso de un “no residente” que tome un crédito en el exterior y que lo garantice con una hipoteca sobre un bien situado en nuestro país. Si bien el registro del derecho real generará una presunción a favor del Fisco de que podría existir en algún momento una renta gravada en nuestro país, no se observa con claridad cómo el órgano recaudador accederá a dicha renta, la cual, como es lógico pensar, fluirá en el exterior, con lo que será imposible llevar a cabo la retención del gravamen.

Quizás un ejemplo más realista acontezca en el caso de un sujeto residente que adquiere el carácter de “no residente” a posteriori de haber tomado un crédito en el exterior con garantía real sobre un bien situado en el país. Nuevamente, surge la incógnita de cómo podrá obtener el Fisco el impuesto devengado por los intereses, cuando muy probablemente su pago se lleve a cabo en el extranjero entre no residentes.

Obviamente, queda siempre abierta la posibilidad de que el Fisco, detectada la renta y el no pago de la gabela, pretenda accionar contra el sujeto pasivo no residente, atacando –en resguardo de su crédito– algún bien que este posea en el país, incluidas participaciones en sociedades comerciales.

La norma que comentamos no tiene –como bien afirman las Directivas– una solución simétrica para el supuesto de que la garantía se encuentre efectuada sobre un bien ubicado en el exterior. En este caso, rige el principio general que, tratándose de “préstamos”, tiene como regla o expresión más clara, atenerse al domicilio del deudor.

Estas soluciones generan algunas dudas en materia de retenciones impositivas, dado que si, por ejemplo, en el último supuesto comentado, el país donde se encuentra constituido el derecho real, sigue un regla similar a la de la primera parte del artículo 6, siendo que el deudor está en nuestro país, el interés podría ser objeto de doble imposición por la existencia de dos enfoques de vínculo jurisdiccional, dispares entre sí.

Otra norma que merece alguna mención es el artículo 7. Establece que en el caso de “debentures”, los intereses “*se consideran íntegramente de fuente argentina cuando la entidad emisora esté constituida o radicada en la República, con prescindencia del lugar en que estén ubicados los bienes que garanticen el préstamo, o el país en que se ha efectuado la emisión*”. Es, de algún modo, una excepción a la regla del artículo precedente, otorgándole prioridad al criterio general de fuente consagrado en el artículo 5.

Advertimos que esta disposición refiere solo a “debentures”⁴¹, forma de endeudamiento de escaso o nulo empleo. Entendemos que de utilizarse otras más exitosas como las “obligaciones negociables” o los “fideicomisos financieros”, esta disposición no será de aplicación, por lo que la fuente de la renta se registrará por las reglas generales de la LIG⁴².

Finalmente, un antecedente relevante en la especie es la sentencia recaída en la causa “Ekman y Co. AB”⁴³. Esta sentencia tiene aristas procesales y de fondo muy particulares, por lo que merece un breve comentario.

Ekman es una compañía extranjera que inició una acción de repetición de sumas retenidas por el Chase Manhattan Bank de Argentina sobre el pago de ciertas sumas que remuneraban un préstamo a favor de un deudor argentino pero que por la falencia de este último, terminaron siendo abonadas por el Chase Manhattan (Nassau). Desde lo estrictamente procesal, lo primero que se advierte es la deducción de un reclamo de repetición por parte de un sujeto extranjero, al cual se le reconoce legitimación, ya que habría demostrado haber sufrido la “amputación” de parte de las sumas que tenía derecho a cobrar por su actividad.

En lo que concierne al fondo de la cuestión, y amén de cierta complejidad en los hechos de la causa, lo cierto es que la empresa cobró en el extranjero los intereses producto del crédito conferido a un sujeto argentino y, en razón de ello, el pago de impuesto resultó procedente tal como sostuvo la Cámara en su sentencia.

41 Forma de empréstito reglada en el artículo 325 y ss. de la Ley General de Sociedades, 19.550.

42 Tanto las “obligaciones negociables” como los “fideicomisos financieros” prevén amplias exenciones a favor de los sujetos del exterior (artículos 36 bis de la ley 23.576 y 83 de la ley 24.441, respectivamente), pero en ambos casos la dispensa está condicionada a ciertos requisitos, siendo quizás el más relevante el de la “oferta pública”, la cual no necesariamente se verifica siempre y, a veces, ha sido cuestionada su existencia por el Fisco (“Alto Paraná SA”, TFN, Sala D, 10/12/09, entre otros antecedentes).

43 CNACAF, Sala III, 3/3/04.

2. El artículo 93, inciso c), de la Ley de Impuesto a las Ganancias

Originalmente, la LIG establecía una presunción de renta específica para los “intereses pagados” a beneficiarios del exterior.

Más allá de la trascendencia de la reforma instrumentada por la ley 25.063, la normativa aplicable no innovó en este punto⁴⁴.

Sin embargo, el artículo 93, inciso c), presenta actualmente el siguiente texto en lo que aquí interesa:

*“c) En el caso de intereses o **retribuciones** pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero...”*

No nos detendremos a analizar el resto de la disposición, sino sólo el aspecto que, consideramos, podría traer aparejada alguna cuestión relativa a “fuente”.

Se advierte que el texto vigente ha añadido la expresión “retribuciones”, por lo que corresponde establecer si esta modificación alteró en alguna medida los aspectos relativos a “fuente”. Adelantamos que en nuestra opinión la respuesta es negativa.

La modificación operada por el inciso c) seguramente persiguió comprender con claridad –evitando toda duda, incluso razonable– que cualquiera que fuese la forma como se pretendiera remunerar el otorgamiento de un crédito, la renta quedará sometida a retención en la fuente, aplicando, según sea el caso, la presunción de renta del 43% o del 100% y, por ende, la tasa efectiva del 15,05% o del 35%⁴⁵. Así, por ejemplo, si en ocasión del crédito se pactara, además de intereses, el pago de sumas fijas, las mismas seguirán igual suerte que los primeros.

En cambio, no vemos una alteración a las reglas de fuente que, en la especie que nos ocupa, residen esencialmente en los artículos 5 a 7 de la LIG. La potestad tributaria de Argentina tiene como condición esencial e insoslayable, que exista “fuente”, la que en la mayoría de los supuestos, estará dada por la existencia de un deudor con residencia en nuestro país.

Es decir que, si existiera una remuneración de alguna especie vinculada con el otorgamiento de créditos desde el exterior, su tributación estará condicionada a la existencia de “fuente”. Solo estando presente esta, luego, en todo caso, se podrá sostener la aplicación de las disposiciones en materia de presunción de renta neta a las “retribuciones” de fuente argentina reconocidas a beneficiarios del exterior y que se vinculen con el otorgamiento de financiación.

Como se verá más adelante, existen precedentes jurisprudenciales realmente alarmantes en la materia dado que, o parecen interpretar que el artículo 93, inciso c), ha expandido el concepto de “fuente” para las retribuciones vinculadas con créditos, o que el propio artículo 5 contiene un precepto de tal amplitud que directamente “barre”, en gran parte, con lo afirmado por el artículo 127.

3. La remuneración reconocida como contraprestación de las garantías otorgadas

Ciertamente, se puede obtener financiación sin que exista una “garantía” que cubra riesgos de incobrabilidad o la simple mora del deudor, pero lo usual es su existencia explícita o implícita⁴⁶. Es más, cabe recordar que cuando el Fisco pretendió recalificar de “mutuo” a “capital” ciertas transacciones, uno de los elementos que tuvo en consideración fue la existencia o no de garantías, siendo que su inexistencia abonaba la tesis de que en realidad el vínculo jurídico, desde su realidad económica, se acercaba más a capital que a “préstamo”.

Obviamente, quien otorga una garantía a fin de cubrir dichos riesgos, pone en juego parte de su propio patrimonio, ya sea actual o futuro, por lo que es razonable exigir una contraprestación por dicha exposición. Contraprestación que es natural y esperable por parte de quien hace profesión de este tipo de actividades.

44 Si bien se estipularon dos supuestos de “presunción de renta” para las financiaciones del exterior y se incorporó un inciso particular al artículo 93, el inciso c), para los intereses generados por depósitos en entidades financieras, para los casos en que no sea de aplicación la exención prevista en el artículo 20, inciso h), por imperio de la regla de “transferencia de beneficios a fiscos extranjeros”.

45 O, de corresponder, la prevista en un Convenio de Doble Imposición.

46 Por ejemplo, por pertenecer la prestataria a un gran grupo multinacional, o por tener la “casa matriz” firmado algún acuerdo marco con las instituciones que proveen financiación a las subsidiarias.

En suma, el prestatario que toma financiamiento del exterior, además de la retribución en concepto de intereses, deberá añadir a su cálculo otros costos vinculados, directa o indirectamente, con la operación. Luego, la pregunta surge naturalmente ¿deberá retener impuestos sobre tales conceptos, además de sobre los intereses?

Relevante doctrina que analizó especialmente el tema de los pagos por remuneraciones por las “garantías” otorgadas, concluyó que no correspondía practicar retención alguna por no existir fuente argentina⁴⁷. En tal sentido, el autor, en primer término, deja sentada su discrepancia con lo resuelto por el Tribunal Fiscal de la Nación en la causa “Hidroeléctrica El Chocón”⁴⁸, y luego recuerda algunos precedentes emanados del propio Fisco que, a su entender, resultaban aplicables al concepto bajo análisis y que habían concluido en la inexistencia de “fuente argentina”⁴⁹.

Otros autores, en cambio, se inclinan por señalar la existencia de “fuente argentina” susceptible de ser sometida a retenciones de impuestos sobre la renta.

Julián Martín, en un artículo en el que analiza principalmente el tratamiento de los “instrumentos financieros derivados”⁵⁰ analiza el referido dictamen 38/65 y lo trae a colación al referirse a otras modalidades que, si bien persiguen la finalidad de “garantía”, por sus características jurídicas y financieras particulares, presentan soluciones diferentes. Así, el autor indica que *“Tratándose de operaciones que cubren riesgos de cumplimiento de crédito por el deudor local de un préstamo con el exterior, llamadas en la jerga financiera ‘credit default swap’, el pago del precio por la garantía no se encontraría sujeto a tributación con sustento en lo dispuesto por los dictámenes 38/65 y 24/66. Dichos dictámenes consideran no asimilar por analogía tales pagos a las primas de seguros de crédito, las cuales están sujetas a tributación”*.

En lo que aquí importa, coincidimos con el autor citado en último término, en el sentido de que no todas las especies jurídicas, aun persiguiendo igual objetivo económico, generan idéntica respuesta en materia de retenciones impositivas y de fuente.

Estamos de acuerdo en que si no está pactado y encuadrado jurídicamente como “seguro”, no le son aplicables las reglas particulares que la LIG contempla para esta figura jurídica, pero ello no trae aparejada, necesariamente, la inexistencia de fuente argentina, sino que exige un esfuerzo de análisis complementario para descartar también la verificación de “fuente” por imperio del artículo 5.

Cierto es que el Fisco, en otras oportunidades en las que analizó algunas remuneraciones reconocidas a sujetos del exterior, entendió que no existía fuente, por cuanto la actividad desplegada por los aludidos beneficiarios no residentes se agotaba fuera de las fronteras del territorio nacional y, entonces, al no implicar dicha actividad primordialmente un “asesoramiento” devenía inaplicable la excepción del segundo párrafo del artículo 12 de la LIG⁵¹. Pero, en cambio, con las “garantías” la actividad difiere sustancialmente.

Al respecto, en el ya citado precedente “Hidroeléctrica El Chocón”, la Dra. Adorno, vocal preopinante⁵², menciona en apoyo de su postura, en primer lugar el carácter subsidiario de la garantía respecto del principal constituido por un mutuo. En nuestra opinión, si bien la “garantía” es por naturaleza un rubro accesorio, ello no implica *per se* que la retribución que la remunera deba seguir la suerte del principal, o sea los “intereses”.

Sin embargo, sí compartimos la segunda línea argumental de la Vocal del Tribunal Fiscal de la Nación cuando sostuvo:

47 Gabriel Calcagno, Revista Consultor Tributario, Ed. Errepar, N° 3, mayo 2007, págs. 33 y ss.

48 “Hidroeléctrica El Chocón”, TFN, Sala C, 8/3/07. En este fallo, primera etapa del precedente que merecerá luego una reflexión particular, el TFN confirmó la tesis de AFIP en cuanto sostuvo que la actora había omitido actuar como agente de retención de Impuesto a las Ganancias por pagos efectuados a sujetos del exterior en retribución por garantías otorgadas en respaldo de un mutuo que había obtenido.

49 En primer lugar, apoya su postura en el dictamen 38/65 en el que distinguió la garantía del contrato de seguros, y siendo que este tiene reglas especiales para soportar la existencia de fuente, en tanto la garantía carece de cauce especial, luego por imperio de la regla general del artículo 5, no se advierte según el autor, la existencia de fuente argentina. El trabajo menciona otros precedentes, incluso más actuales, pero creemos que el citado es el de mayor peso en su interpretación.

50 Publicados en “Práctica Profesional”, La Ley, Revistas 2006-20 y 2006-22.

51 Dictamen DAT 46/99 citado por la Dra. Adorno en el fallo “Hidroeléctrica El Chocón” del TFN.

52 Voto al que luego adhieren los Dres. Vicchi y Urresti para sellar la suerte del pleito.

“Que teniendo en cuenta que es el concepto de utilización económica del capital el que resulta relevante a los efectos de considerarse una ganancia de fuente argentina, y no existen dudas de que el préstamo de marras es utilizado e invertido económicamente en la Argentina, el derecho de crédito que constituye la garantía del capital que lo produce, aparece colocado o utilizado económicamente en la República y, por lo tanto, también debe considerarse de fuente argentina, resultando irrelevante para esa atribución que dicha garantía haya sido contraída en el exterior”.

Con anterioridad sostuvimos que una garantía otorgada implica necesariamente la afectación del patrimonio del garante. No es necesario que se verifique la afectación de un bien determinado, o que como ocurre en la actividad financiera, existan regulaciones que impongan limitaciones a la capacidad de disposición de sus activos –concretamente la de conceder más préstamos– en la medida que se hubieran otorgado avales o garantías.

Desde el punto de vista económico, es indudable que el patrimonio en su conjunto y eventualmente los flujos futuros de fondos del garante, deben soportar una carga que limita su disponibilidad. Carga que, como dijimos, no necesariamente se asocia con un bien determinado ni viene dada por una regulación técnica que impone limitaciones especiales, pero es indudable que el empresario sabe que la misma existe y, eventualmente, su ejecución le irrogará consecuencias, lo que obliga a tomar previsiones ante el hecho futuro de ocurrencia incierta pero probable.

Lo dicho nos obliga a retornar a los principios básicos del instituto de “fuente”. El artículo 5 habla de “bienes colocados o utilizados económicamente” en el país. Acreditado este hecho no es necesario recurrir a otras disposiciones para confirmar la existencia de “fuente”.

“Bienes” comprende “cosas” y “objetos inmateriales” que tienen como común denominador ser susceptibles de tener valor. Está claro, por lo tanto, que si el empresario garante afecta parte de su patrimonio a avalar un crédito conferido a favor de un tercero, y siendo que este tercero está ubicado en la Argentina, luego, por el simple imperio del artículo 5, existe “fuente” en nuestro país.

A mayor abundamiento, la actividad del garante no se extingue con avalar el crédito del tercero nacional de Argentina, sino que perdura en tanto este no cancele el crédito y sus frutos, excepto que en el contrato particular se establezca alguna limitación en cuanto a plazo de vigencia de la garantía, monto y/o concepto avalado, lo que acota el umbral de riesgo, pero no altera la calidad de “fuente argentina”. En este último caso, se trata de modalidades del acuerdo que no alteran el punto sustancial, cual es la afectación patrimonial asociada a los riesgos de solvencia del deudor argentino.

4. Remuneración por la gestión tendiente a la concesión de un crédito. El fallo “Hidroeléctrica El Chocón”

En las Directivas se plantea la inquietud del tratamiento a dispensar a las retribuciones obtenidas por beneficiarios del exterior como consecuencia de su participación en la gestión de un crédito, pese a no tratarse directamente del prestamista.

Si bien los “financiadore profesionales” están en condiciones de brindar un servicio integral que comprenda no solo el otorgamiento del financiamiento, sino casi la totalidad de los aspectos anteriores y posteriores al momento en que los fondos están a disposición del deudor, es habitual –y sobre todo en los contratos financieros complejos y/o de envergadura– que participen otros protagonistas especializados en diversos aspectos o etapas de la transacción.

El Fisco, en antiguos precedentes, sostuvo que, en general, las tareas en cuestión, con la excepción del financiamiento en sí, se iniciaban y agotaban en el extranjero y, por ende, al no estar presente o no primar el asesoramiento, constituían rentas de fuente extranjera fuera de la órbita de nuestro impuesto sobre la renta⁵³.

Como ya anticipamos en el punto anterior, la jurisprudencia tuvo oportunidad de pronunciarse sobre diversos tópicos accesorios al otorgamiento de financiación internacional que, por haber generado rentas a sujetos del exterior, merecieron la objeción fiscal con relación al tratamiento otorgado por el deudor local. Nos referimos al fallo “Hidroeléctrica El Chocón”.

53 Dictamen DAT 85/02, referido a la “comisión de compromiso”, con cita de las “consultas” del 11/8/78 y 5/7/78 y los dictámenes DAT 46/99 y 103/96.

La trascendencia de este precedente reside en haber analizado diversos ítems de un proceso de financiación internacional pero, sobre todo, que mereció la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con una solución que sólo compartimos en parte.

Según surge del voto de la Dra. Adorno en el fallo del Tribunal Fiscal, la controversia versó sobre el tratamiento dado por la actora a ciertos pagos efectuados al exterior en el marco de una operación de financiamiento, los que no habían sido objeto de retención de impuesto a las ganancias, aduciendo como argumento genérico para todos los conceptos objeto del debate, que estos constituían ganancias de fuente extranjera. Concretamente, recuerda la vocal preopinante:

*“En la resolución apelada, el Organismo Fiscal imputa a HECSA (Hidroeléctrica El Chocón) no haber actuado como agente de retención, al no efectuar las retenciones del impuesto a las ganancias, con motivo de los pagos efectuados a CMS Energy Corporation (CMS) y a la Empresa Nacional de Electricidad SA (ENDESA) en enero de 1994. Dichos pagos se efectuaron en **contraprestación de las garantías otorgadas con motivo de la suscripción de contratos de préstamos de la actora** con The Chase Manhattan Bank (National Association Chase) y **también por las gestiones realizadas por la intermediación para la obtención de dichos préstamos...***

Sobre el fondo de la cuestión litigiosa, expresa la recurrente que el 15 de diciembre de 1993, HECSA suscribió con el Chase Manhattan un acuerdo de crédito por el cual se asumió el compromiso de otorgarle préstamos por hasta US\$ 204.711.000. El mismo día HECSA suscribió con el Chase un acuerdo de crédito con deuda garantizada por el cual se asumió el compromiso de otorgarle préstamos cuyos montos de capital no superasen en conjunto la suma de US\$ 56.100.000. La cláusula 1.1 del acuerdo de crédito con deuda garantizada establece que ENDESA (empresa constituida en Chile) y CMS (empresa constituida en el Estado de Michigan, EEUU) otorgaron una garantía en favor del Chase según la cual avalaban en forma solidaria el pago del 75% y del 25%, respectivamente, de las obligaciones de HECSA de pagar el capital y los intereses de los préstamos otorgados, como también cualquier otro monto asumido en virtud de dicho acuerdo...

*En **contraprestación de las garantías asumidas por cada garante** HECSA se comprometió a abonar una suma equivalente al 3% anual del monto global del capital comprometido por los Bancos, siendo dicha suma pagadera en un 75% a ENDESA y en un 25% a CMS en la fecha de otorgamiento del acuerdo de crédito de deuda garantizada. El 13 de enero de 1994, HECSA efectuó las transferencias a favor de ENDESA y CMS por las sumas consignadas en concepto de comisión (conforme detalle que surge a fs. 567 de los a.a.) lo que se acreditó ante la AFIP mediante la presentación de la nota remitida al Chase el 20/12/93[...].*

*En cuanto a las **gestiones realizadas o destinadas a la obtención de los créditos**, también se llevan a cabo en el exterior.*

*De lo expuesto, **concluye que las comisiones abonadas a ENDESA y CMS no califican como ganancias de fuente argentina en los términos del artículo 5 de la Ley de Impuesto a las Ganancias**, y el Fisco no sustenta su posición con ningún argumento jurídico válido”.*

En materia de la remuneración por las garantías, ya mencionamos que el TFN confirmó la determinación de AFIP, pero en lo que atañe a las “comisiones” pagadas por las gestiones realizadas para la obtención de los créditos sostuvo el Tribunal que “la gestión financiera reviste el carácter de una actividad desplegada íntegramente en el exterior y que culmina con la obtención del crédito, es decir una actividad previa, antecedente y necesaria destinada a un objetivo, cual es la obtención del crédito y que culmina con su otorgamiento”. Por lo que concluyó que “en consecuencia, y tratándose de una actividad desarrollada íntegramente en el exterior, por sus características resulta fuera del ámbito de imposición del artículo 5 de la ley del tributo, en tanto no existe una vinculación inescindible entre dicha actividad y la explotación del capital colocado en el país, en tanto resulta un antecedente del préstamo y no existe una yuxtaposición de la actividad de gestión con un hecho vinculante a la obtención de ganancias de fuente argentina”.

Apelado el pronunciamiento por ambos litigantes, la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia recurrida.

A consecuencia del resultado obtenido con motivo del “recurso de revisión y apelación limitada”, la AFIP interpuso “recurso ordinario de apelación” ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, alzándose en particular a lo resuelto por ambas etapas jurisdiccionales, con relación a las comisiones abonadas por gestión en la obtención del crédito.

Finalmente, con fecha 17 de septiembre de 2013, el Máximo Tribunal dictó sentencia que, en lo que a la cuestión objetada del tribunal *a quo* refiere, señaló:

"6) Que según lo afirmó reiteradamente el Tribunal, si la ley emplea varios términos sucesivos, es la regla más segura de interpretación la de que ellos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, de limitar o de corregir los conceptos... Además, cabe recordar que en el campo del derecho tributario, debe atenderse a la significación económica de las respectivas normas (artículo 1 de la ley 11.683).

Sobre tales pautas, cabe razonablemente concluir que las ganancias obtenidas por ENDESA y CMS son de fuente argentina toda vez que derivan de uno de los supuestos previstos en la norma reseñada, consistente en la colocación de bienes en el país, expresión que alude a la acción y efecto de 'encontrar mercado para algún producto'... y en el caso de autos resulta claro que la ganancia de esas sociedades extranjeras proviene de la colocación de créditos de un tercero en el mercado argentino, a cuyos efectos la ley prescinde de considerar la nacionalidad, domicilio o residencia de las partes intervinientes en las respectivas operaciones, como también del lugar de celebración de los contratos."

A nuestro modo de ver, la solución a la que arriba el Tribunal Cimero, y con todo el respeto y admiración que nos generan muchos de sus recientes fallos⁵⁴, resultó equivocada.

En primer lugar, si bien la regla hermenéutica relativa a la inteligencia que cabe otorgar al empleo de "términos sucesivos" es válida y sumamente útil en determinadas circunstancias, no resulta aconsejable su empleo en el caso del artículo 5 de la LIG, dado que de su letra se desprende con nitidez que el propósito del legislador no ha sido el de establecer un solo precepto para el concepto de "fuente", reforzando su alcance con la remisión a varias expresiones, sino que cada una de estas implica una visión particular de las diferentes situaciones o relaciones jurídicas en las que dicha "fuente" acontece.

El Máximo Tribunal parte de un error significativo al construir su razonamiento, cual fue el señalar como sumamente relevante para la solución de la controversia, la conexidad y sobre todo la calidad de "accesoria" de la actividad de los "gestores de crédito" en la financiación finalmente obtenida.

El artículo 5 refiere a la "colocación o utilización económica" de un bien en el país, episodio que no se observa en la actividad de los sujetos del exterior. Ellos se limitaron a un "hacer", que se llevó a cabo en el extranjero y se extinguió con la obtención del crédito. En ningún momento los beneficiarios del exterior han afectado activos materiales o inmateriales en nuestro país. Es cierto que esta actividad demandó costos para arribar a un resultado exitoso, pero se trata de los mismos costos que debe soportar todo sujeto no residente para brindar un servicio, como sería por ejemplo, el caso de un hotel que brinda alojamiento a ejecutivos argentinos, supuesto en el que a nadie se le ocurriría que la empresa nacional debería retener impuestos sobre la suma⁵⁵ abonada al hotel.

Ciertamente, algún activo o bien queda expuesto, pero esta exposición se inicia y termina en el extranjero, por lo que al no traspasar las fronteras de nuestro país, no es posible asignar a dicha actividad la existencia de "fuente argentina".

Pretende el fallo hacer pesar en la solución un hecho mediato y que subyace en la tarea de quienes llevaron a cabo la actividad remunerada por la comisión cuestionada. En este punto, cabe recordar que en materia de "fuente", lo que resulta determinante es la relación directa, inmediata, entre la retribución y un hecho y/o activo. En tal sentido no está de más recordar –*a contrario sensu*– que la jurisprudencia desestimó esta visión indirecta entre el hecho fiscalmente relevante y la "fuente argentina"⁵⁶.

Tampoco compartimos la referencia genérica a la "interpretación económica" de las leyes. Esta disposición y la prevista en el artículo 2 de la Ley de Procedimientos Tributarios constituyen una herramienta destinada a desvirtuar estructuras jurídicas que no conciben con la real voluntad (económica) de las partes. Es, en todo caso, una regla hermenéutica particular del derecho tributario, pero de ningún modo

54 Sin mayor esfuerzo, recordamos los trascendentes precedentes "Intercorp", "Candy", "Hermitage", "Filcrosa", "Pan American Energy c/Chubut", "Billdown", "Laboratorios Raffo", entre muchos que han establecido doctrina que, creemos, debiera perdurar por muchos años.

55 Para el concepto de "realidad económica" remitimos al lector a la obra coordinada por el Dr. Casás, *Interpretación Económica de las Normas Tributarias*, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, y al siempre vigente artículo del Dr. Francisco Martínez, *Revista Derecho Fiscal*, T. XX, págs. 849 y ss.

56 "Banco de Formosa SA", TFN, Sala D, 8/10/04. El banco pretendió deducir como incoobrable impositivo ciertos bonos adquiridos en el exterior y que habían sido emitidos por una entidad extranjera que quebró, sobre la base de que dichos bonos tenían como activo subyacente un crédito conferido a la firma SOCOMA de nuestro país. Para el Fisco se trató de un quebranto de fuente extranjera y por lo tanto "específico". El Tribunal confirmó la tesis de AFIP.

exclusiva y excluyente del resto de las herramientas que la ciencia del derecho ha desarrollado para permitir arribar a la verdadera inteligencia de las normas.

La doctrina, en forma que consideramos unánime, no solo ha sido crítica de la solución a que arribó la Corte, sino que también alertó sobre las consecuencias que derivarán de mantenerse la doctrina jurisprudencial descripta⁵⁷.

Resulta particularmente interesante el análisis del fallo que efectúa Luis O. Fernández, quien concluye en la falta de lógica de la solución de la Corte, “*ya que la retención estará condicionada a que finalmente el crédito se otorgue*”. O sea que la “fuente” estará sujeta a una condición que ocurrirá a posteriori de la realización de la actividad de los sujetos del exterior y no de lo que realmente interesa, que es si dicha tarea fue realizada en Argentina o si aquellos colocaron o utilizaron económicamente un bien en nuestro país.

En suma, entendemos que las “comisiones” referidas no deberían estar sometidas a imposición. En cierto modo, la solución de la Corte importa agregar mayor incertidumbre a la que ya se generó con el “Caso Amadeus”⁵⁸.

5. Otras retribuciones abonadas en el exterior y vinculadas con créditos otorgados a sujetos de nuestro país

El endeudamiento en el exterior implica diversas etapas y prestaciones de variada índole, ya sea con anterioridad a su obtención, en oportunidad de la firma del contrato y de la entrega de los fondos, o a posteriori, en tanto este se mantenga impago. Ello genera como ya señalamos, que las actividades de quienes participan, además de la del prestamista, merezcan una remuneración.

Ya nos referimos a las “garantías” y a las “gestiones de obtención de crédito”, por lo que resta hacer una breve reseña de las interpretaciones de la jurisprudencia judicial y administrativa sobre algunos otros conceptos relacionados con el financiamiento internacional.

En primer término, nos referiremos a una especie particular denominada por las partes contratantes *participation fee*, resuelta por el Tribunal Fiscal de la Nación⁵⁹.

La actora –empresa inversora– obtuvo financiamiento del exterior en una compleja operación en la que intervinieron entidades financieras de diversos países. Además del interés pactado, se acordaron pagos adicionales en concepto de: a) *arrangement fee*, abonado al banco organizador de la operación; b) comisión de compromiso, que debía abonarse en el caso de que finalmente el préstamo no se utilizara, y c) comisión de participación o *participation fee*, equivalente a un porcentaje del capital prestado y que no fue posible asociar con una actividad determinada.

La controversia se ciñó exclusivamente al tratamiento dispensado por la empresa a este último rubro, atento a que para la actora se trató de un concepto de fuente argentina y sometido a retención a la alícuota aplicable a intereses.

El Tribunal Fiscal, luego de analizar el acuerdo celebrado que daba pie al pago referido, concluyó que más allá de la denominación otorgada y la forma como se había estructurado⁶⁰, con remisión a un antiguo precedente del propio Tribunal Fiscal de la Nación⁶¹, admitió la tesis de la empresa y revocó la determinación impugnada.

Coincidimos con la solución a la que arriba el Tribunal. En este caso, sí es de plena aplicación el principio de interpretación basado en la realidad económica, dado que más allá de las particularidades de la remuneración adicional pactada y de su denominación, no era otra cosa que mayor tasa de interés, y por ende, de “fuente argentina”.

57 Di Chiazza y Peretti, “Pago de comisiones por intermediaciones realizadas en el extranjero. Nota al fallo “Hidroeléctrica El Chocón SA”, Periódico Económico Tributario, enero 2014, N° 531; Atchabahian, “Tendencias Jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia en materia tributaria”, Impuestos, 2014, Rev. 2; Gebhardt y Malvitano, “Trascendentes (y muy preocupantes) fallos de la Corte”, Doctrina Tributaria Errepar, T. XXXV, Rev. 4/2014; Luis O. Fernández, “Tratamiento de garantías obtenidas en el exterior. A propósito del fallo Hidroeléctrica El Chocón”, Práctica Profesional, 2014, pág. 205; entre muchos.

58 “Aerolíneas Argentinas SA”, TFN, Sala D, 12/5/04; CNACAF, Sala I, 5/2/08.

59 “Camuzzi Argentina SA”, TFN, Sala D, 2/11/12.

60 Fue “retenido” por los bancos sobre el capital prestado, actuando en los hechos como una tasa anticipada.

61 “Mercedes Benz Argentina SA”, TFN, Sala B, 19/3/70.

Como vimos, el fallo “Camuzzi” menciona otros dos conceptos que no fueron materia de la controversia: “comisión de compromiso”⁶² y *arrangement fee*.

Con relación al primer concepto, entendemos correcta la tesis puesta de manifiesto por el Fisco en otras oportunidades, en el sentido de que no se trata de un ítem de fuente argentina, atento a referir a una actividad totalmente desempeñada en el extranjero y en el que el “asesoramiento técnico” o la “transmisión de conocimiento”, estuvo ausente o bien careció de relevancia, siendo meramente marginal, residual. En lo que atañe al segundo de los conceptos, nos preguntamos cuál habría sido la suerte de la controversia si el Fisco hubiera impugnado el tratamiento y el tema se hubiera dirimido en la Corte. Sobre todo, a partir de lo resuelto en “Hidroeléctrica El Chocón”.

Otros conceptos que la doctrina y la jurisprudencia han abordado fueron la “comisión de colocación”⁶³ en la que se concluyó que la retribución abonada por el esfuerzo efectuado en el exterior para la colocación de deuda argentina constituye renta de fuente extranjera.

La Dra. Locurscio, en un interesante y muy completo trabajo sobre la materia que nos ocupa⁶⁴, nos entrega la siguiente regla práctica a la que arriba como corolario de jurisprudencia judicial y administrativa que se ha referido a la remuneración del financiamiento internacional:

“Sintetizando lo hasta aquí expuesto, parecería que la clave se encuentra en analizar si el sujeto que recibe la retribución es el mismo que percibe el interés por la colocación del capital (en cuyo caso, ambas retribuciones seguirán igual suerte) o bien se trata de sujetos distintos (procediendo, por lo tanto, un análisis independiente y debiendo evaluarse el lugar de realización del servicio que se retribuye con la comisión)”.

6. Algunas consecuencias producto de la incorrecta asignación de “fuente argentina”

La correcta delimitación de la “fuente” no solo tiene impacto en los montos que finalmente percibe el beneficiario del exterior, sino que además, puede traer serias consecuencias para el sujeto argentino que por “error” asigna a la renta la calidad de “fuente extranjera” y omite practicar la pertinente retención.

Sin pretender agotar el tema y en forma sumaria:

6.1. Acrecentamiento del “impuesto”

El artículo 145 del DR LIG establece que cuando el contribuyente tome a su cargo el impuesto a las ganancias a retener, deberá acrecentar la renta en la medida de dicha obligación y sobre la suma así obtenida, liquidar la suma que deberá ser ingresada al Fisco⁶⁵. Esta mecánica se conoce en la jerga tributaria como *grossing-up*.

Ahora bien, si el contribuyente entendiera que el monto pagado al beneficiario del exterior no configura renta de fuente argentina, obviamente, no retendrá y menos aún aplicará la norma mencionada en el párrafo anterior.

Pero bien puede ocurrir que el Fisco discrepe con dicha interpretación y, por lo tanto, reclame el ingreso del impuesto. Dado que el responsable local giró dicha suma sin descuento alguno, no sería de extrañar que la suma que el Fisco reclame incluya el “acrecentamiento”.

En tal sentido, cabe tener presente que si no se hubiera pactado expresamente entre el sujeto local y el del exterior, que el primero, si así correspondiera, se haría cargo de los impuestos aunque el Fisco podrá reclamar la retención omitida, deberá abstenerse de aplicar el “acrecentamiento”, tal como lo ha sostenido reciente jurisprudencia confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁶.

62 El Fisco sostuvo que no había “fuente argentina”, en el dictamen DAT 85/02.

63 Mencionada por Jorge Gebhardt y Rubén Malvitano en “Pago de intereses y comisiones bancarias al exterior”, Doctrina Tributaria Errepar, T. XXXIV, 7/2013, con cita del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación 522/04, efectuado con motivo del canje y reestructuración de deuda en “default”.

64 Ana P. Locurscio, artículo publicado en Consultor Tributario, N° 90, 8/2014.

65 Con la excepción del último párrafo prevista para la financiación destinada a la industria, las explotaciones extractivas y las de producción agropecuaria.

66 “Ciccone Calcográfica SA (TF 19.236-I) c/DGI”, CSJN, 5/3/13.

Para el supuesto de que el *grossing-up* se hubiera pactado y, de verificarse además el supuesto previsto en el artículo 1, inciso d), de la ley del IVA⁶⁷, se deberá ingresar también el impuesto al valor agregado sobre el referido “acrecentamiento”⁶⁸, sin perjuicio de su cómputo posterior como crédito de impuesto⁶⁹.

6.2. No deducción del gasto

El artículo 40 de la LIG dispone que “Cuando el contribuyente no haya dado cumplimiento a su obligación de retener el impuesto, de conformidad con las normas vigentes, la Dirección General Impositiva podrá, a los efectos del balance impositivo del contribuyente, impugnar el gasto efectuado por este”.

Claramente, se trata de una norma de carácter discrecional, por lo que no es habitual, en la práctica, que el Fisco, además de reclamar las retenciones omitidas, impugne los gastos asociados. Sin embargo, la existencia de varios precedentes jurisdiccionales relativamente recientes podría estar indicando un cambio en la conducta seguida por el Fisco, tendiendo –ahora en forma más generalizada– a impugnar el gasto que no fue objeto de retención⁷⁰. Evidentemente, este es otro “efecto no esperado” de la incorrecta calificación de la fuente de la renta.

6.3. Multa agravada por omisión

La omisión de actuar como agente de retención implica una infracción punida con multa, conforme lo prevé el artículo 45 de la ley 11.683, en principio graduable entre el 50% y el 100% de la suma omitida de retener o percibir.

En tal sentido, cabe recordar que esta conducta ha merecido por parte del legislador una sanción agravada en el caso de que se relacione con transacciones internacionales.

Al respecto, en lo que aquí interesa, el artículo 45 señala que “La omisión a que se refiere el primer párrafo del presente artículo será sancionada con **una multa de una hasta cuatro veces el impuesto dejado de pagar o retener** cuando este se origine en transacciones celebradas entre sociedades locales, empresas, fideicomisos o establecimientos estables ubicados en el país con personas físicas, jurídicas o cualquier otro tipo de entidad domiciliada, constituida o ubicada en el exterior...”.

IV. CONTRATOS DERIVADOS

En materia de instrumentos financieros derivados (IFD), la LIG parecería haber establecido reglas claras en materia de “fuente”, por lo que más allá de cualquier postura que se tenga al respecto, al tener cauce legal la cuestión carecería de incertidumbre. Sólo sería admisible proponer cambios a futuro señalando la supuesta ausencia de mérito en la decisión adoptada por el legislador.

En efecto, desde las primeras disposiciones sobre la materia⁷¹, la preocupación del legislador se centró en alinear el marco normativo argentino en la orientación que seguiría el derecho tributario comparado, sobre todo en aquellos países en los que esta especie jurídica tiene mayor desarrollo⁷².

Sin embargo, bien destacan las Directivas que la actual situación normativa no está exenta de críticas o al menos de incertidumbres. En particular, ha puesto sobre el tapete dos interrogantes de singular significación:

- ¿Es razonable la atribución de fuente argentina para todos los resultados de contratos derivados obtenidos por residentes del país?

67 Tratarse de alguno de los servicios previstos en el inciso e) del artículo 3 de la ley del IVA, “cuya utilización o explotación efectiva se lleve a cabo en el país, cuando los prestatarios sean sujetos del impuesto por otros hechos imposables y resistan la calidad de responsables inscriptos”.

68 “Puentes del Litoral SA (TF 26.823-I) c/DGI”, CSJN, 20/8/14.

69 Por la particular forma de liquidar este impuesto sobre la “importación de servicios”, el Fisco debería reclamar solamente los intereses desde la fecha en que debió ser ingresado el Gravamen (y eventualmente imponer multas por omisión), por aplicación de lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 81 de la ley 11.683, instituto conocido como “correcciones simétricas”.

70 “Transeuropa Video Entertainment San Luis SA”, TFN, Sala D, 11/6/04; “Editorial Chaco SA”, TFN, Sala D, 5/11/04; “San Juan SA (TF 29974-I) c/DGI”, dictamen de la Procuradora Fiscal del 1/4/14; entre otros.

71 Decreto 1130/97 (BO: 4/11/97).

72 Lorenzo, Bechara, Calcagno, Cavalli y Edelstein, *Tratado de Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 625.

- En el caso de contratos derivados con riesgos localizados económicamente en nuestro país, pero cuyos resultados son obtenidos por residentes del exterior: ¿hay fuente argentina de todas formas, o queda descartada por la redacción del artículo 7.1?

En tal sentido, intentaremos abordar las inquietudes planteadas y otras que surjan sobre el punto en debate a medida que avancemos en su análisis.

Al respecto, consideramos relevante, en primer lugar, efectuar una breve descripción de este particular instrumento financiero y, en especial, de los aspectos impositivos. Creemos que así se pondrá en contexto el tema y además servirá para identificar los aspectos que directa o indirectamente se vinculan con la problemática de “fuente”.

1. Los “instrumentos financieros derivados”. Concepto. Modalidades. Tratamiento impositivo⁷³

1.1. Concepto. Modalidades

El ya mencionado decreto 1130/97 contiene una definición que en términos generales responde a las que se pueden observar en la mayor parte de la literatura especializada y que, a nuestro modo de ver, resulta satisfactoria a fin de delimitar el objeto de los IFD. En tal sentido, afirma uno de sus considerandos que instrumentos o contratos derivados “*son aquellos cuyo contenido económico depende de los valores de otras variables básicas subyacentes*”.

Es decir que como su nombre lo indica, el valor económico de los IFD depende, “deriva” de un activo subyacente. El activo en sí no necesariamente entra en juego en la relación jurídica, sino que el IFD tiene como eje para su cuantificación, desde que se pacta hasta su agotamiento, un “activo” al cual las partes resuelven asignar la suerte o resultado del acuerdo.

Si bien los “derivados” suelen transarse en mercados financieros regulados⁷⁴ nada obsta para que una importante magnitud se negocie privadamente, en general pero no siempre, con la participación de inversores institucionales como ser bancos, compañías de seguros, fondos de pensión, fondos de inversión y grandes operadores internacionales en mercados de *commodities*.

Una cuestión muy relevante, y que, en cierta medida –como se verá– se entronca con el tratamiento fiscal, es la existencia de actores que pretenden cubrir riesgos⁷⁵, fundamentalmente vinculados con lo que es su negocio principal, así por ejemplo, una empresa petrolera y exportadora de hidrocarburos está expuesta a los avatares del precio del “crudo” y, además, a las variaciones del tipo de cambio, por lo tanto, estos sujetos suelen ser actores principalísimos en el mercado de derivados, intentando cubrir en alguna medida los riesgos de la “economía real” mediante la contratación de IFD, que si bien no eliminan tales riesgos, al menos permiten mantenerlos dentro de límites aceptables.

Pero en este tipo de mercados, si todos los operadores fueran jugadores de la “economía real”, que pretendieran cubrir sus riesgos, decididamente no existirían mercados, o estos quedarían muy restringidos a la existencia de sujetos con proyecciones diferentes sobre el comportamiento de los activos esenciales. Así, siguiendo con el ejemplo de la empresa petrolera, si una compañía argentina entendiera que el barril del crudo va a seguir disminuyendo en los mercados internacionales, en tanto una competidora tuviera una visión opuesta, podrían entre ambas pactar un “derivado”, “apostando” a la evolución que esperan que tendrán dichos mercados en el futuro, apuesta que se materializará a través de una contratación de un IFD entre ambas.

Dado que es difícil que dos o más operadores que buscan cobertura tengan visiones muy encontradas o diferentes sobre la evolución del mercado, es que asume gran relevancia en este tipo de contrato

73 A estos efectos y sin perjuicio de la cita pertinente cuando nos reframos a otro trabajo y/o autor, basaremos la descripción principalmente en el artículo del Dr. Julián Martín (“Instrumentos Financieros Derivados”, publicado en *Práctica Profesional*, 2006-20, y 2006-22) y en la obra del Dr. Nicolás Malumián (*Contratos Derivados*, La Ley, 2ª ed.).

74 De hecho, la nueva Ley de Mercado de Capitales 26.831 (BO: 28/12/12) incluye dentro del concepto de “valores negociables” objeto de aquella, los “contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general, que se registren en mercados autorizados” (artículo 2 de la ley citada).

75 María de los Ángeles Jáuregui, en su obra *Tratado sobre Instrumentos Financieros Derivados*, La Ley, 2003, efectúa un detenido análisis de estos “instrumentos”, con especial énfasis en su utilización para mitigar o reducir riesgos de otras operaciones. Ver, por ejemplo, págs. 98 y ss. y 259 y ss.

la figura del “especulador”. Si bien el término puede concitar prejuicios negativos, lo cierto es que sin este otro actor, los mercados decididamente no existirían. También la figura del “especulador” tiene relevancia fiscal.

Yendo a las diferentes formas de IFD, lo primero que debemos destacar es que se pueden encontrar infinidad de contratos, sobre todo a partir de la combinación de las tres especies que en general se reconocen como integrantes del género “derivados”⁷⁶, pero en lo que aquí importa, se distinguen: operaciones a término, opciones y *swaps*.

Operaciones a término

Se trata de un contrato en virtud del cual un sujeto se obliga a comprar y otro a vender un determinado producto en una fecha futura y a un precio fijado de antemano.

Suelen distinguirse dos especies particulares, *futures* y *forwards*. En tanto los primeros se transan en mercados institucionalizados, los segundos se pactan privadamente.

Sin pretender efectuar un análisis muy detallado de su funcionamiento, es importante señalar que, en general, las operaciones con “futuros” en mercados institucionalizados obligan a las partes a constituir y a mantener ciertas garantías en dinero, denominadas en la jerga especializada *margins*, que se van afectando periódicamente en el transcurso del contrato, en función de la evolución del “activo subyacente”. Otra particularidad de los mercados regulados es que solo en determinadas circunstancias, la operación finaliza con la entrega del “activo”, liquidándose por “diferencia” las ganancias y pérdidas que surjan de comparar los valores de compraventa acordados con los del precio de mercado del activo al final del contrato.

Finalmente, nos parece importante la distinción que efectúa Julián Martín⁷⁷ con relación a las operaciones de “pases” y “cauciones”⁷⁸ afirma:

“El pase es un contrato consistente en una compra o venta al contado y la simultánea operación inversa de venta o compra de un mismo cliente para un vencimiento posterior[...].

En esencia, el pase es una operación crediticia que implica una prestación actual y una contraprestación diferida, en la que el plazo es esencial”.

El artículo 66 del DR LIG califica a esta modalidad financiera como una operación crediticia y por lo tanto, no le son de aplicación las disposiciones en materia de IFD⁷⁹.

Opciones

A diferencia de las operaciones a término o futuros, este IFD es un contrato que otorga a su titular la “opción” pero no la “obligación” de comprar o vender un activo en el futuro a un precio pactado previamente y en una fecha determinada⁸⁰.

Generalmente, las especies que se distinguen son:

- La “opción de compra” o *call* que otorga el derecho pero no la obligación de comprar el activo subyacente.
- La “opción de venta” o *put* que otorga el derecho pero no la obligación de vender el activo subyacente.

Esta operatoria genera en principio dos desembolsos principales:

“Prima”, que es el precio que paga quien pretende adquirir una “opción”.

76 Es ilustrativo el análisis que hace Gabriel Gotlib en su libro *Nuevos Instrumentos Financieros*, Valletta Ediciones. Por su parte, María de los Ángeles Jáuregui menciona en su obra muchísimas denominaciones que surgen de la práctica financiera en la materia (ob. cit., págs. 255/258).

77 Artículo citado, *Revista Práctica Profesional*, 2006-20.

78 La “caución” es una modalidad de “pase” pero que cuenta con “aforo” [Reglamento Operativo del Mercado de Valores de Buenos Aires SA, artículo 26, inciso d), Recopilación de normas de los mercados de valores, ed. 2001].

79 Una cuestión interesante del artículo 66 del DR LIG es que establece que cuando intervengan entidades financieras o mercados autorregulados bursátiles como “tomadores”, tendrán para el “colocador” el tratamiento de un depósito a plazo fijo. Aspecto no menor, dado que para las personas físicas residentes habilitaría el goce de la dispensa contemplada en el artículo 20, inciso h), de la LIG. Hoy, empero, habría que revisar si existen “mercados autorregulados bursátiles” a la luz de la nueva Ley de Mercados de Capitales.

80 Existen algunos mercados que en vez de fijar una “fecha” de ejercicio de la opción refieren a un “lapso de tiempo” (Gotlib, ob. cit., pág. 34).

“Precio de ejercicio” o *strike price*, que es el monto que se debe pagar si se ejerce la opción de compra o el que debe pagar la contraparte, si se ejerce la de venta.

Swaps

Siguiendo el trabajo del Dr. Martín, los *swaps* “constituyen transacciones financieras en las que dos partes contractuales acuerdan canjear periódicamente flujos monetarios en el tiempo, con la particularidad de que un flujo es fijo y el otro flujo, en la dirección opuesta, es variable. Se intercambia únicamente el neto del flujo fijo con el flujo variable”.

Teniendo en cuenta un activo determinado y cuantificado “físicamente” a efectos del contrato (*notional*), las partes intercambian flujos de fondos con relación a dicho activo de referencia en la medida que el “mercado” se mueva por encima o por debajo de cierto umbral acordado y según la postura adoptada por cada cocontratante respecto de dicho umbral (“fijo” o “variable”).

1.2. Tratamiento impositivo

En lo que concierne al tratamiento fiscal, es dable resaltar que, si bien desde 1997, existen algunas disposiciones en la materia⁸¹, lo cierto es que resulta aún territorio oscuro. No sólo por la propia complejidad y dinámica de los IFD, sino por lo lacónico de nuestro sistema impositivo en la materia. A partir de estas grandes limitaciones, ensayemos una breve descripción del tratamiento fiscal a dispensar:

1.2.1. Impuestos nacionales

I) IMPUESTO A LAS GANANCIAS

Está claro que para los “sujetos empresa” los resultados generados por IFD quedan comprendidos dentro del resultado impositivo. Empero, conforme el artículo 19 de la LIG los eventuales quebrantos que se generen resultarán de “índole específica”, excepto que sean de “cobertura” y por ende sólo compensables contra utilidades futuras de la misma índole.

La LIG es muy escueta en cuanto al concepto de “cobertura”, señalando solamente que “una transacción o contrato de productos derivados se considerará como ‘operación de cobertura’ si tiene por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales”.

Para la doctrina que seguimos⁸², “el fondo de la cuestión, para determinar si un contrato sobre un instrumento financiero derivado es de cobertura, pasa entonces por tener la causa previa que motive buscar la protección sobre mercaderías o activos financieros, de manera de cubrir movimientos adversos a la posición tomada”.

La jurisprudencia, en algunas ocasiones, ha tenido la oportunidad de analizar si un contrato respondía a “cobertura” o a “especulación” (y, por ende, sus eventuales quebrantos serían de naturaleza específica). En la causa “Tecpetrol” el Fisco cuestionó ciertas operaciones con derivados de la empresa petrolera, aduciendo que no resultaban de “cobertura” y, por lo tanto, las pérdidas sufridas no eran compensables con las ganancias generales de la compañía. El Tribunal Fiscal –a nuestro modo de ver– aplicando en forma adecuada el “principio de legalidad”, hizo lugar a la demanda incoada por la actora, ya que esta probó los únicos extremos previstos en la LIG: proteger futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado vinculados con las actividades económicas principales⁸³.

En cambio, en otra oportunidad en la que ni siquiera se pudieron acreditar tales requisitos, el Tribunal Fiscal confirmó la tesis fiscal⁸⁴.

Cabe añadir a lo dicho, que el Fisco, con el objetivo de establecer ciertas obligaciones formales, ha fijado condiciones mucho más estrictas para calificar a un IFC como de “cobertura”⁸⁵. Si bien estas dispo-

81 La “irregular” reforma introducida por el decreto 1130/97 quedó subsanada mediante la ley 25.063 de diciembre de 1998.

82 Julián Martín, ob. cit., *Práctica Profesional*, 2006-20.

83 “Tecpetrol SA”, TFN, Sala A, 30/3/11.

84 “Ecim SRL”, TFN, Sala A, 13/12/07.

85 Resolución general 3421, Anexo VII, Título II.

siciones se acercan a las que en materia contable rigen la materia⁸⁶, creemos que una disposición con rango de ley o al menos una modificación en el DR LIG sería no solo deseable, sino necesaria, a fin de satisfacer el “principio de reserva”.

Un aspecto no menor lo constituye la forma de imputación del resultado, dado que no existe una sola línea en la LIG que permita indicar el modo de reconocimiento de los resultados⁸⁷. En efecto, pese a no ser un objetivo de este trabajo, nos preguntamos: ¿a efectos de su imputación, cabe distinguir entre un derivado de cobertura y uno de especulación?, ¿se puede esperar a la finalización del contrato –momento de medición económica de la transacción– o corresponde reconocer resultados a lo largo de la vida del IFD?, ¿cómo opera el principio de “devengado” en la materia?⁸⁸. Dejamos para otra oportunidad las reflexiones sobre estos tópicos.

En cuanto a las personas físicas, el artículo 45, inciso j), contempla expresamente estas operaciones entre las sometidas a imposición.

Es dable advertir que se ha discutido en numerosas oportunidades si era necesario satisfacer el requisito de “habitualidad” para que correspondiera la tributación. En tal sentido, en varios dictámenes, el Fisco ha considerado que no es relevante el número de operaciones, puesto que tratándose de la colocación de un capital, es admisible hablar de “habitualidad potencial”⁸⁹. También es relevante destacar que el concepto de IFD ha sido estimado en sentido amplio a fin, sobre todo, de cuestionar conductas tributarias dudosas. Una forma “oblicua” de utilizar el principio de realidad económica y/o crear mecanismos tendientes a evitar la evasión y/o elusión fiscal⁹⁰.

Nuevamente en este caso nos enfrentamos a dudas sobre la imputación de los resultados, porque si bien en la Segunda Categoría prevalece el principio de “percibido”, en sentido estricto podría entrar en conflicto con el “resultado económico” de la operación. A título de ejemplo: una persona física “lanza” una opción de compra y alguien la adquiere, pagando por ello una “prima”. Este hecho acontece en el Año 1. En el Año 2, el comprador ejerce la opción y, económicamente, la operación genera una pérdida global para el vendedor. Si se siguiera el “percibido” en sentido estricto, debería pagar impuestos por la venta de la prima cuando, en realidad, efectuó un negocio que generó pérdida⁹¹.

En cuanto a los sujetos del exterior, por imperio del artículo 7 bis de la LIG –como se desarrollará más adelante–, los mismos no resultan alcanzados, por tratarse de “rentas de fuente extranjera”.

II) IVA

Las operaciones con derivados, excepto que se produzca la entrega física del activo subyacente, no están sometidas al gravamen. Resta la inquietud sobre la influencia de este tipo de resultados en el “prorateo del crédito fiscal”.

III) IMPUESTOS PATRIMONIALES

No tenemos dudas de que el “activo” existente al fin de cada período fiscal resultará alcanzado por el impuesto sobre los bienes personales o por el impuesto a la ganancia mínima presunta, según se trate de “personas físicas” o de “sujetos empresas”.

Las inquietudes nacen cuando hay que determinar si efectivamente existe un activo al cierre y, en tal caso, cómo se lo debe valorar.

86 Principalmente las resoluciones técnicas FACPCE 18 y 20, y sus pares de normativa NIIF y FASB.

87 Ver los comentarios del Dr. Julián Martín al respecto. También la obra del Dr. Malumián, ob. cit., págs. 248 y ss.

88 Este principio esencial en la tercera categoría ha sido objeto de un revitalizado debate doctrinario luego de varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en cierto modo, se apartan del criterio “contable”, pretendiendo acercarlo a uno más “jurídico” (Fallos: “Compañía Tucumana de Refrescos”, 24/5/11; “Asociart SA ART”, 6/5/14, y “Cía. de Radiocomunicaciones Móviles SA”, 1/9/15).

89 Dictámenes DAT 48/03 y 35/04.

90 Es ilustrativo el reciente fallo “Daneri, Enzo Raúl”, TFN, Sala B, 21/11/14.

91 Para la aplicación estricta del concepto de “percibido”, ver el fallo “Tinelli, Marcelo”, TFN, 16/7/00 y CNACAF, 15/11/05.

1.2.2. Impuestos locales

Bajo este título, comprendemos los tributos cobrados por las haciendas provinciales y municipales.

Atento a que no es el objetivo de este trabajo efectuar un detallado análisis sobre el tratamiento fiscal de los IFD, solo nos detendremos en el impuesto sobre los ingresos brutos⁹².

En tal sentido, si bien no tenemos dudas en cuanto a la imposición de estos resultados en la medida en que se trate de sujetos habitualistas⁹³, al igual que en el impuesto a las ganancias existen numerosas incertidumbres en cuanto al momento de imputación de la operatoria, al cuántum de la materia imponible (¿cabe gravar la “prima” o se puede esperar a que finalice el contrato de opción?) y en lo que atañe a la aplicación del Convenio Multilateral.

Nuevamente, en este aspecto carecemos de falta de normativa e incluso de pronunciamientos administrativos o jurisprudencia relevante que al menos permitan mitigar la incertidumbre apuntada. Se impone, por lo tanto, la búsqueda de soluciones legales y también de los organismos que regulan el Convenio Multilateral.

2. La fuente en los instrumentos financieros derivados

El artículo agregado a continuación del artículo 7 de la LIG establece⁹⁴:

“Artículo... - *Se considerarán ganancias de fuente argentina los resultados originados por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, cuando el riesgo asumido se encuentre localizado en el territorio de la República Argentina, localización que debe considerarse configurada si la parte que obtiene dichos resultados es un residente en el país o un establecimiento estable comprendido en el inciso b) del artículo 69.*

Sin embargo, cuando los diferentes componentes de uno de los mencionados instrumentos o un conjunto de ellos que se encuentren vinculados, indiquen que el instrumento o el conjunto de instrumentos no expresan la real intención económica de las partes, la determinación de la ubicación de la fuente se efectuará de acuerdo con los principios aplicables a la naturaleza de la fuente productora que corresponda considerar de acuerdo con el principio de la realidad económica, en cuyo caso se aplicarán los tratamientos previstos por esta ley para los resultados originados por la misma”.

Como sostuvimos al comienzo de este capítulo, Argentina habría estructurado la tributación de IFD sobre las mismas bases que imperan en los países desarrollados, con el evidente propósito de no generar una traba a la utilización de estos mecanismos por parte de las empresas de nuestro país y, además, facilitar el ingreso de inversiones extranjeras que se canalicen y/o empleen o respalden en “derivados financieros”.

Por lo tanto, con una redacción algo defectuosa o ambigua, el primer párrafo efectúa una delimitación de fuente que sería la siguiente:

- De tratarse de sujetos residentes en el país, los resultados serán de “fuente argentina” y, por lo tanto, sometidos a las reglas particulares que le son de aplicación.
- De tratarse de beneficiarios del exterior, los resultados serán de fuente extranjera, por lo que las eventuales utilidades quedan fuera de la órbita del impuesto a las ganancias.

Ahora bien, la primera pregunta que nos hacemos es si esta delimitación tan tajante resulta válida en todos los casos. Anticipamos que parecería que no es así.

En primer lugar, nos surge como incógnita el tratamiento a dispensar en materia de IFD para los casos en los que estas operaciones se lleven a cabo en el exterior por parte de sujetos residentes.

92 El más relevante de los tributos locales. Las reflexiones en la materia valen en general para las denominadas “tasas por servicios de inspección de seguridad e higiene” percibidas por los municipios.

93 En un reciente fallo, la Corte Suprema de Justicia otorgó singular énfasis al requisito de “habitualidad”, pese a que la actora era una “empresa” y, por lo tanto, la misma se presume en este tipo de sujetos. Si bien el fallo no refiere al tema que nos ocupa, y el aspecto señalado por la Corte no fue determinante para dirimir la controversia, podría pesar en futuras controversias en las que se analice si los resultados por IFD, en la medida que sean esporádicos, quedan o no comprendidos en la órbita del impuesto (“Gasnor SA c/Salta, Provincia de s/Acción declarativa de certeza”, 15/9/15, considerando 14).

94 El artículo 9 del DR LIG contiene disposiciones análogas cuya génesis es el referido decreto 1130/97.

Surge inmediatamente como respuesta que dicho tratamiento podrá diferir dependiendo de la modalidad que esta operatoria adopte. Al igual de lo que ocurre con muchas operaciones generadas en el exterior, la LIG admite su realización en forma directa o mediante diferentes vehículos; no es neutro el tratamiento a dispensar según la vía elegida.

Si se opera en forma directa, parecería claro de la letra del artículo 7.1 de la LIG que estaremos de todos modos en presencia de una renta de "fuente argentina", con lo que si el sujeto sufriera alguna retención en el país donde llevó a cabo la operación, no será computable, con todo el perjuicio que ello conlleva⁹⁵.

Sin embargo, entendemos que la celebración de un contrato con derivados en el extranjero para un residente de nuestro país, desde un punto de vista económico-jurídico, implica la "colocación de un capital en el exterior" (si la fuente de las obligaciones y de los derechos está en un acto jurídico celebrado en el exterior, y se rige por la legislación del país donde se celebre el contrato, luego, lo mismo ocurre con los riesgos asociados a la transacción).

A partir de lo expresado, parecería que desde el punto de vista impositivo, la respuesta sería que estamos en presencia de resultados de "fuente extranjera".

Ahora bien, el artículo 7 bis de la LIG contiene una disposición que arroja incógnitas sobre lo dicho en el párrafo anterior. Concretamente, la norma conforma una "ficción jurídica"⁹⁶, por lo que más allá de la realidad económica de la operación, el legislador presume sin admitir prueba en contrario que, cuando el sujeto interviniente es residente en nuestro país, los resultados son de "fuente argentina", caso contrario, si el sujeto que obtiene el resultado está localizado en el exterior, el resultado es de "fuente extranjera".

Ahora bien, es importante señalar que importante doctrina discrepa con esta interpretación "literal" de la norma.

En efecto, Julián Martín⁹⁷ al analizar el tratamiento fiscal de ciertos instrumentos derivados operados en el exterior, concluye que:

*"Los sujetos domiciliados en el país considerarán gravados tales ingresos, pero **dependiendo del lugar de localización del riesgo asumido podemos estar frente a ganancias de fuente argentina o extranjera...***

No es razonable en estos supuestos [se refiere a riesgos cubiertos sobre un título extranjero o sobre divisa internacional] considerar que el riesgo está donde se domicilia el sujeto que contrata la cobertura, pues siempre se tratará de sujetos domiciliados en el país...".

Es relevante también la opinión de Darío Rajmilovich⁹⁸. En ese sentido, al analizar el artículo 135 de la LIG que refiere a los quebrantos de fuente extranjera, el autor realiza algunas observaciones sobre el carácter "cedular" de algunos de ellos. Al igual que el artículo 19 de la LIG, la norma citada hace una clasificación entre "quebrantos de fuente extranjera generales" y "quebrantos de fuente extranjera específicos" aunque el alcance de esos últimos parece más limitado que el de los enumerados en el artículo 19.

Rajmilovich critica la redacción del artículo 135, dado que ella permitiría que los sujetos del país generen determinados quebrantos (ficticios) de fuente extranjera y los compensen con ganancias genuinas del mismo origen. Así, para este autor, las operaciones con derivados, al no estar expresamente citadas, serían susceptibles de ser consideradas "quebrantos generales"; es decir, compensables sin restricciones con rentas de fuente extranjera originadas en actividades comerciales, industriales o de servicios (establecimientos estables).

A modo de conclusión sostiene:

"En el supuesto de los derivados especulativos sorprende la impresión legal, teniendo en consideración que la Ley de Impuesto a las Ganancias trata el caso como otro supuesto de quebranto cedular respecto de las pérdidas de fuente argentina (cfr. artículo 19, octavo párrafo, LIG)".

En síntesis, existe doctrina que sostiene la posibilidad de asociar la fuente de la renta al lugar de ubicación del riesgo y/o del capital, lo que indicaría que se trata de resultados de fuente extranjera; sin embargo, es un aspecto opinable, que la letra de la ley no ayuda a resolver en el sentido referido.

95 Para Malumián (ob. cit., págs. 241/242), luego de identificar el problema señalado, aporta argumentos que permitirían considerar estos resultados de fuente extranjera y por lo tanto computar los *tax credits* asociados.

96 Reig, ob. cit., pág. 92.

97 *Tratamiento Impositivo de Operaciones Financieras*, Ed. KPMG, pág. 155.

98 *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, págs. 199/200.

Esta dicotomía de tratamiento entre “fuente legal” y “fuente económica” no se observa si se opera a través de un vehículo⁹⁹. En este caso, el resultado por IFD será en principio atribuible al “vehículo” y, por lo tanto, de fuente extranjera. En tal sentido y ante la falta de previsiones particulares, una pérdida en “derivados”, imputada a una “sociedad de personas” o a un “establecimiento permanente”, por ejemplo, podría ser compensada con ganancias de fuente extranjera de índole general, sin mayor inconveniente, dado que formal y legalmente, el quebranto de fuente extranjera sería del “vehículo” y no por “derivados”.

Sólo el DR LIG trae algunas referencias al tratamiento de los IFD operados en el exterior. En efecto, el artículo 165 (VI).2 del DR LIG afirma en lo que aquí interesa que:

“Artículo... - A efectos de las disposiciones contenidas en el Título IX de la ley y sus correlativas y complementarias de este reglamento, se considerarán actividades que originan rentas pasivas aquellas cuyos ingresos provengan del alquiler de inmuebles, de préstamos, de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, de colocaciones en entidades financieras o bancarias, en títulos públicos, en instrumentos y/o contratos derivados que no constituyan una cobertura de riesgo, o estén constituidos por dividendos o regalías...”

Es decir que la única referencia que existe en el DR es en materia del “Régimen de Transparencia Fiscal”, el cual, a partir del dictado del decreto 589/13, ha quedado muy restringido. En la actualidad, muchos “paraísos fiscales” se encuentran en la lista de países cooperadores en materia de intercambio de información. El cambio de “paradigma” implicó en los hechos que una inversión en una “sociedad por acciones” en Europa tenga igual tratamiento fiscal que la realizada en un “paraíso fiscal”.

Solamente en el caso de un país “no cooperador”, se deberían analizar las operaciones que la sociedad por acciones¹⁰⁰ efectúa.

Otro aspecto no menor en la delimitación de la fuente se desprende del segundo párrafo del artículo 7 bis reproducido más arriba, el cual, recordamos, aludiendo a la “intención económica”, prescinde del tratamiento tributario previsto en su comienzo, para someterlo al que corresponda a la real voluntad de las partes.

Cabe en este punto recordar que, desde que la utilización de “derivados financieros”, comenzó a ser analizada tributariamente, se advirtió que por su flexibilidad, permitían replicar, mediante la adecuada combinación de contratos y modalidades, los resultados que se obtendrían con otra operación, por ejemplo, un “bono” o una “acción”¹⁰¹.

En alguna oportunidad en la década de 1990, producto del peculiar contexto económico de ese momento, se ofrecían a las empresas argentinas mutuos en dólares de los Estados Unidos que incluían un *swap* en yenes, de modo tal que el efecto combinado de la tasa de interés nominal pactada más el resultado esperado del *swap* aseguraban para el prestamista del exterior una mayor tasa efectiva de interés, quedando sometida a “retención” solamente la porción de interés nominal. Con independencia de la conducta que siguiera el prestatario respecto del resultado del *swap*, lo cierto es que se evitaba la mayor retención de impuesto a las ganancias –generalmente a su cargo– logrando una tasa efectiva de financiación más conveniente¹⁰².

El Fisco, entonces, contaría con una herramienta antielusión en la propia LIG, a fin de evitar este tipo de conductas o, en caso de efectivizarse, recategorizar la operación y consiguientemente otorgarle el tratamiento que corresponda según la realidad económica de la operación.

99 Esta disparidad de tratamientos según el vehículo empleado –no extraña, por otro lado, al derecho tributario comparado, basta pensar en las “sociedades transparentes” en EE.UU.– genera que un mismo resultado económico tribute al producirse, o lo haga en forma diferida o no tribute jamás (p.ej., diferencias de cambio por depósitos en el exterior, resultados impositivos de las “sociedades de personas”, mutación de la figura de “paraíso fiscal” a “país no cooperador”, etc.).

100 Sólo por acciones. Si fuera otro tipo de sociedad o un mero vehículo no societario de propósito especial de inversión, las reglas de “transparencia fiscal” no aplicarían, debiendo emplearse las específicas del medio utilizado.

101 Gotlib, en *Nuevos Instrumentos Financieros*, ob. cit., pág. 41, demuestra mediante fórmulas matemáticas esta posibilidad. Más adelante, se detiene en el análisis de los “títulos sintéticos”, págs. 61/69.

102 Julián Martín, en su trabajo publicado en la Revista Práctica Profesional (2006-20 y 2006-22) se detiene en el caso de los “instrumentos sintéticos” y alude también a ciertas operaciones basadas en derivados asociados con la moneda del Japón.

Esta herramienta, sin embargo, creemos que debería estar dotada de legislación específica que determine el “enfoque” con el cual el Fisco aplicaría la disposición que comentamos, a fin de evitar que su uso padezca de excesiva discrecionalidad, generando en consecuencia inseguridad jurídica y numerosos conflictos con los contribuyentes. Al respecto, en materia de “derivados”, existen diferentes enfoques o visiones teóricas que se pueden tomar como punto de partida para arribar luego a la verdad jurídica y económica. Simplemente las mencionamos sin que por el momento tengamos postura tomada acerca de cuál sería conveniente seguir¹⁰³:

- a) Bifurcación.
- b) Integración.
- c) Tratamiento igual al activo subyacente.

Estos enfoques podrían ser útiles a la hora de analizar las operaciones con IFD, a fin de determinar si realmente responden al instituto o si se han utilizado dichos instrumentos para conseguir una posición fiscal más ventajosa.

Otro aspecto lo constituyen los “instrumentos híbridos”¹⁰⁴. En tal sentido, María de los Ángeles Jáuregui se refiere a los “instrumentos híbridos”, a los que define como “*aquellos que contienen un derivado incrustado*”¹⁰⁵. Sería, por ejemplo, el caso de un bono que además de pagar la renta pactada, hace depender su valor con relación a otra variable, por ejemplo, a una moneda diferente a la que está emitido, asegurando en parte al inversor que el riesgo de variación del tipo de cambio o de arbitraje de monedas, queda minimizado.

Cabe preguntarse si esta particular estructuración de bonos, o valores en general, obliga a: i) seguir considerándolos un “bono” con una renta que combina diversos factores, o ii) si se deben escindir los dos componentes del título.

La solución en materia de fuente no será indiferente, ya que si se sigue la opción i), un bono emitido por una empresa argentina obligará a practicar retenciones sobre la totalidad de la renta, sin importar cómo esta se determine. Ello, siempre que el bono no se hubiera emitido bajo una modalidad exenta como sería una “obligación negociable” con oferta pública.

En cambio, la opción ii) generará que el “resultado por derivados” quede fuera de la órbita de imposición de nuestro país, pero tampoco será inmediatamente deducible para el prestatario, excepto que acredite que se trata de un IFD de “cobertura”.

Finalmente, merece también una reflexión el segundo párrafo del inciso j) del artículo 45 el cual, recordamos, afirma que “*cuando un conjunto de transacciones con instrumentos y/o contratos derivados sea equivalente a otra transacción u operación financiera con un tratamiento establecido en esta ley, a tal conjunto se le aplicarán las normas de las transacciones u operaciones de las que resulte equivalente*”.

Entendemos que la disposición pretende –tanto a favor como en contra del contribuyente– alcanzar a operaciones con IFD que, en realidad, terminan replicando o estructurando alguna otra con un tratamiento fiscal específicamente previsto en la LIG o en su reglamento¹⁰⁶. Sin embargo, su aplicación al caso condicionará la “fuente” de la operación, atento a que al no ser un “derivado” a los fines fiscales se regirá por las reglas generales de los artículos 5 y 127.

V. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REFORMULACIÓN DEL CRITERIO DE “FUENTE”. CONCLUSIÓN FINAL

El punto 4) de las Directivas propone a los panelistas y autores de trabajos, que expongan su visión sobre la situación actual del criterio de “fuente”, y eventualmente, plantea en una redefinición o nuevos enfoques.

En este sentido, creemos que los países importadores de capital, como la Argentina, no pueden dejar de gravar al menos una parte de las rentas obtenidas en nuestro país por parte de los sujetos del exterior,

103 Luis O. Fernández, *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 198.

104 Que constituyera, además, uno de los temas tratados en la reunión de IFA del año 2000 y que en la actualidad, reviste carácter central en el marco BEPS.

105 María de los Ángeles Jáuregui, *Tratado sobre Instrumentos Financieros Derivados*, ob. cit., págs. 240 y ss.

106 Por ejemplo, las *stock options* que, según el artículo 110 del DR LIG, constituyen mayor remuneración para el empleado, por lo que no deberían ser tratadas como un IFD.

pero sin abandonar o poner en riesgo ciertos objetivos económicos¹⁰⁷ y dejando incólume lo pactado a través de tratados internacionales, especialmente los “convenios para evitar la doble imposición”.

Bajo este principio de tributación atenuada se impone, sobre todo, una mayor claridad en la definición del concepto de “fuente” de la que nos rige en la actualidad, con el propósito de delimitar con precisión, o directamente eliminar la “supremacía” que dimana del artículo 5 de la LIG sobre el 127 del mismo cuerpo legal. En tal sentido, a nuestro modo de ver, resulta preocupante la creación pretoriana de “hipótesis de fuente” en los casos en que se brindan servicios en el exterior sin transferencia de conocimientos, o cuando se consideran de “fuente argentina” ciertos ingresos, dando supremacía a la realización de actividad en el país por sobre la “colocación de un capital o activo” en el exterior, cuando este último aspecto es el sustancial en el negocio para las partes.

Sin duda, el “comercio electrónico” ha afectado seriamente las bases ya endebles de la normativa en concepto de “fuente”. Hoy existen múltiples prestaciones desde y hacia el exterior, cuyo tratamiento no resulta claro¹⁰⁸.

En particular en materia de negocios financieros, creemos que ciertas tendencias jurisprudenciales actuales –sobre todo a partir del precedente “Hidroeléctrica El Chocón”– generan suma incertidumbre a los inversores y a los tomadores de crédito. En vez de retirar una “piedra” en el ya difícil camino hacia el crédito internacional, se le ha sumado otra de gran dimensión.

Con relación a los IFD, si bien la “ficción” de fuente dependiendo del lugar de residencia del beneficiario parecería idóneo en la economía actual, habría que morigerarlo para el supuesto de sujetos argentinos operando en el exterior mediante este tipo de instrumentos financieros. Ello no obsta para que, eventualmente, los “quebrantos” así generados sean considerados “específicos”, pero al menos evitará el riesgo de extender innecesariamente la “ficción legal” mencionada a supuestos que no los ameritan y que, además, ponen en riesgo el cómputo de eventuales créditos por impuestos retenidos en el exterior.

La problemática de los IFD de “cobertura” exige una solución mucho más clara y ajustada a derecho que la que se encuentra en las lacónicas palabras de la LIG y en las resoluciones de AFIP. Como mínimo, las exigencias de la resolución general 3421 deberían ser receptadas por el DR LIG.

La utilización de IFD como mecanismo para evitar o disminuir la carga fiscal sería una conducta reprochable que, amén de la persecución punitiva que corresponda, exige la existencia de mecanismos antielusión, claramente reglados mediante el instrumento legal pertinente.

107 Tender a la “neutralidad”. Este principio tiene ribetes o visiones diversas, aspecto sobre el cual nos remitimos a la vasta literatura económica y fiscal existente en la materia, pudiendo servir de base el informe de los relatores generales en el Congreso IFA de 2005.

108 Poco se ha dicho de los juegos de azar *on line*. Nos preguntamos ¿deberían tributar los argentinos algún impuesto?, ¿existe “fuente argentina” para el sujeto del exterior que pone a disposición esta modalidad de “entretenimiento”?

LA FUENTE CON RELACIÓN A LA GENERACIÓN DE QUEBRANTOS Y AL CÁMPUTO DE CRÉDITOS FISCALES

MARTÍN R. CARANTA

1. INTROITO

La Relatoría General de la comisión que abordará el Tema 1 nos invita a reflexionar sobre la “fuente” como criterio de vinculación en las transacciones internacionales. En particular, nuestra labor estará dirigida puntualmente a contemplar el impacto que dicho criterio produce en relación con los quebrantos y el cómputo de créditos fiscales.

En derecho tributario, los criterios existentes para vincular la sustancia gravable con el Estado que ejercerá dicha potestad son conocidos con el nombre de **momentos de vinculación**, y dicho vínculo, como **vínculo jurisdiccional**¹.

El criterio conocido como “fuente” es, en realidad, “**localización de la fuente**”². Consiste en vincular el poder de imperio o potestad tributaria de un Estado con la ubicación del elemento del cual fluye el rédito o ganancia gravada, es decir, con la fuente.

La ley 20.628, de Impuesto a las Ganancias (LIG)³, originalmente tenía como objeto “**Todas las ganancias derivadas de fuente argentina, obtenidas por personas de existencia visible o ideal, cualquiera sea su nacionalidad, domicilio o residencia...**”, quedando sujetas al gravamen de dicha ley (cfr. artículo 1, el destacado es propio).

A su vez, inicialmente la definición de ganancias gravadas era más restrictiva que en la actualidad, existiendo tan sólo la denominada “**teoría de la fuente**”, que estaba definida en los siguientes términos: “**A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas... los rendimientos, rentas o enriquecimientos derivados de la realización a título oneroso de cualquier acto o actividad habitual o no**” (cfr. artículo 2).

Vemos así que la LIG únicamente alcanzaba como ganancias gravadas a aquellas provenientes de una fuente localizada en territorio argentino (fuente argentina), siempre que el resultado obtenido hubiera sido consecuencia de la **explotación de una fuente**.

A tales efectos, prestigiosa doctrina –más precisamente el Dr. García Belsunce– estudió el tema para el impuesto a los réditos, en el que regía la *teoría del rédito-producto*, y entendió que **un bien o el intelecto** de una persona eran las fuentes que podían presentarse en el mundo fenoménico real⁴.

La lectura del artículo 5 del texto legal que regía inicialmente, precisaba en términos generales qué ganancias eran de fuente argentina, conforme se transcribe a continuación:

*“En general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuente argentina aquellas que provienen de **bienes** situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier **acto o actividad** susceptible de producir beneficios o de **hechos** ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos.*

También están sujetas al gravamen las ganancias provenientes de actividades realizadas ocasionalmente en el extranjero por personas residentes en el país, las que podrán computar como pago a cuenta del impuesto de esta ley las sumas efectivamente pagadas por gravámenes análogos en el lugar de realización de tales actividades, a condición de reciprocidad”.

1 Enrique J. Reig, *Impuesto a las Ganancias*, 10ª ed., Ed. Macchi, Buenos Aires, pág. 81.

2 Enrique J. Reig, ídem.

3 BO: 31/12/73.

4 Horacio A. García Belsunce, *El concepto de rédito en la doctrina y en el derecho tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Capítulos V y VI.

Con la reforma del año 1976, introducida por la ley 21.286, la LIG adoptó un sistema híbrido para definir las ganancias gravadas, tal como lo comentaba Reig⁵:

- por una parte mantuvo la **teoría de la fuente** (artículo 2, apartado 1), para su aplicación fundamentalmente a personas físicas y a sucesiones indivisas, pero además
- adoptó la **teoría del balance**, para sociedades o empresas (artículo 2, apartado 2), basada en la idea de que estos sujetos son potencialmente capaces de obtener y reproducir cualquier tipo de renta, asignando a todos sus resultados el carácter de ganancia gravada.

Respecto de la teoría del balance, y coincidiendo con la opinión de Jarach, con su introducción **se amplía para las empresas el concepto de la teoría de la fuente, constituyéndose a la empresa en fuente permanente de ganancias gravadas**, dando lugar a la consideración de una **empresa-fuente**. Es decir, los sujetos sometidos al apartado 2 del artículo 2 de la ley del gravamen son empresas (unipersonales o colectivas) y **la propia empresa es una fuente**.

Complementando la doctrina de García Belsunce, bajo la teoría del balance, entendemos que la actividad ejercida en forma de empresa es también una fuente (concepto de **actividad-fuente o empresa-fuente**).

Vale recordar que una empresa no es otra cosa que una organización de factores destinados a la producción, comercialización o prestación de servicios, según el objeto de la misma. Por consiguiente, la conceptualización de la empresa como fuente productora de ganancias gravadas nos presenta las siguientes inquietudes:

- ¿debe analizarse si cada bien afectado a la generación de rentas que forma parte del capital de la empresa constituye o no una fuente?, o en cambio
- ¿cabe analizar a la empresa en sí misma como una fuente productora de ganancias gravadas?

Lo primero es el típico análisis para evaluar la sujeción al gravamen según la teoría de la fuente; lo segundo es un nuevo enfoque que proponemos a partir de la teoría del balance, tomando como premisa que **la actividad ejercida en forma de empresa es una fuente en sí misma**.

La vinculación territorial, a partir de los elementos propios de la definición del concepto de ganancia como teoría de la fuente, se aplicaba hasta el año 1992, por cuanto hasta esa fecha el Estado Nacional Argentino recurría a la ubicación territorial o geográfica de la fuente productora de tales ganancias (fuente) como momento de vinculación para la imposición a las ganancias, prescindiendo del lugar de celebración de los contratos, de la nacionalidad o domicilio de las partes, etc. Este criterio también había regido en el anterior impuesto a los réditos y, como ya se expuso, se lo mantuvo hasta el año 1992, cuando la ley 24.073⁶ adoptó el llamado **criterio de renta mundial**.

Menciona Reig que los países desarrollados, tradicionalmente **exportadores de capital**, son los que recaudan sobre la base de la "renta mundial". Así, muchas ganancias resultan gravadas tanto por el país del domicilio del beneficiario como por el de la ubicación territorial de la fuente, dando lugar a preocupaciones para eliminar o mitigar el fenómeno de doble imposición internacional.

Con la ley 24.073, se dispuso que los sujetos residentes del país quedarían sometidos al gravamen "...sobre la totalidad de sus **ganancias obtenidas en el país o en el exterior**...". Por otro lado, los no residentes tributarían "...**exclusivamente sobre sus ganancias de fuente argentina**...", conforme a la modalidad de Beneficiarios del Exterior, establecida en el Título V de la LIG.

A partir de aquel hito legislativo, la ley del gravamen argentino adopta un diferente momento de vinculación según la situación del beneficiario de la ganancia gravada, de la siguiente forma:

- el criterio de la fuente para los sujetos no residentes en el país, y
- el criterio de renta mundial para los sujetos residentes.

No obstante, y conforme se expone seguidamente, el concepto general de fuente argentina permaneció prácticamente inalterado frente a la redacción anterior, a pesar de la introducción del nuevo criterio:

5 Enrique J. Reig, ob. cit., nota 1, pág. 43.

6 BO: 13/4/92.

Texto anterior a la ley 24.073	Texto actual
<p>En general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuente argentina aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos.</p> <p>También están sujetas al gravamen las ganancias provenientes de actividades realizadas ocasionalmente en el extranjero por personas residentes en el país, las que podrán computar como pago a cuenta del impuesto de esta ley las sumas efectivamente pagadas por gravámenes análogos en el lugar de realización de tales actividades, a condición de reciprocidad.</p>	<p>En general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuente argentina aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos.</p>

Tiempo más tarde, las precisiones de la ley 25.063⁷ vinieron a completar el panorama, definiendo qué debe entenderse por **ganancias de fuente extranjera**, a partir del artículo 127 incorporado al texto legal:

*“Son ganancias de fuente extranjera las comprendidas en el artículo 2, que provengan de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el exterior, **de la realización en el extranjero de cualquier acto o actividad susceptible de producir un beneficio** o de hechos ocurridos fuera del territorio nacional, **excepto los tipificados expresamente como de fuente argentina y las originadas por la venta en el exterior de bienes exportados en forma definitiva del país para ser enajenados en el extranjero, que constituyen ganancias de la última fuente mencionada**”* (el destacado es propio).

A su vez, el artículo 128 de la LIG dispone que las ganancias atribuibles a **establecimientos estables instalados en el exterior** de titulares residentes en el país, constituyen para estos últimos ganancias de fuente extranjera, excepto cuando las mismas, según las disposiciones de esta ley, deban considerarse de fuente argentina, en cuyo caso los establecimientos estables que las obtengan continuarán revistiendo el carácter de beneficiarios del exterior y sujetos al tratamiento que este texto legal establece para los mismos.

Recordamos que la ley del gravamen expresa que los establecimientos comprendidos en el párrafo anterior son los organizados en forma de empresa estable para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de cualquier tipo, que originen para sus titulares residentes en la República Argentina ganancias de la tercera categoría. La definición precedente incluye las construcciones, reconstrucciones, reparaciones y montajes cuya ejecución en el exterior demande un lapso superior a seis meses, así como los loteos con fines de urbanización y la edificación y enajenación de inmuebles bajo regímenes similares al establecido por la ley 13.512, realizados en países extranjeros (cfr. artículo 128, segundo párrafo).

2. LA FUENTE EN RELACIÓN A LA GENERACIÓN DE QUEBRANTOS

2.1. Compensación de quebrantos con ganancias en general

Como ya se ha anticipado, los sujetos residentes en el país⁸ tributan sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior.

7 BO: 30/12/98.

8 Se recuerda que, a los fines del objeto del tributo, un sujeto será residente de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 119 de la LIG, cuyo texto dispone lo siguiente:

“A efectos de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1, se consideran residentes en el país:

El impuesto a las ganancias es un impuesto de ejercicio. Los contribuyentes deben imputar sus rentas al año fiscal que, para las personas físicas, comienza el 1 de enero y termina el 31 de diciembre; en el caso de los sujetos empresa, las ganancias se consideran del año fiscal en que termine el ejercicio anual en el cual se han devengado.

Tal como ha señalado la doctrina⁹, la atribución temporal de la renta puede dar lugar a inequidades cuando, por la fluctuación de los ingresos, el ciclo económico no se ajusta a dicho período. Surge así el fundamento teórico a partir del cual se habilita la posibilidad de trasladar las pérdidas de un ejercicio a los siguientes con el objetivo de evitar ese perjuicio y medir en forma adecuada la capacidad contributiva.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) manifestó que “...el legislador, al establecer la posibilidad de compensar resultados positivos y negativos de distintos períodos fiscales, atiende a la continuidad del giro económico, cuyos resultados trascienden al lapso fijado por conveniencias contables para insertarse en un proceso de mayor amplitud que comprende períodos de expansión y de contracción, positivos y negativos, de éxito y de fracaso (confr. Fallos: 324:1481, cons. 13 y sus citas), con la **finalidad de evitar injusticias derivadas de las variaciones cíclicas que se operan en los negocios y ‘estar más cerca de la realidad económica’** (exposición de motivos del decreto 18.229/43, modificatorio de la ley 11.682 del impuesto a los réditos, directo antecedente de la ley 20.628 que instituyó el impuesto a las ganancias)”¹⁰ (el destacado es propio).

De acuerdo con la metodología del gravamen, el cómputo de quebrantos corresponde a los sujetos residentes en el país¹¹. Los sujetos no residentes determinan el impuesto mediante una retención con carácter de pago único y definitivo contra la cual no son aplicables los quebrantos¹².

- a) *Las personas de existencia visible de nacionalidad argentina, nativas o naturalizadas, excepto las que hayan perdido la condición de residentes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 120.*
- b) *Las personas de existencia visible de nacionalidad extranjera que hayan obtenido su residencia permanente en el país o que, sin haberla obtenido, hayan permanecido en el mismo con autorizaciones temporarias otorgadas de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de migraciones, durante un período de doce (12) meses, supuesto en el que las ausencias temporarias que se ajusten a los plazos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación, no interrumpirán la continuidad de la permanencia.*
No obstante lo dispuesto en el párrafo precedente, las personas que no hubieran obtenido la residencia permanente en el país y cuya estadía en el mismo obedezca a causas que no impliquen una intención de permanencia habitual, podrán acreditar las razones que la motivaron en el plazo forma y condiciones que establezca la reglamentación.
- c) *Las sucesiones indivisas en las que el causante, a la fecha de fallecimiento, revistiera la condición de residente en el país de acuerdo con lo dispuesto en los incisos anteriores.*
- d) *Los sujetos comprendidos en el inciso a) del artículo 69.*
- e) *Las sociedades y empresas o explotaciones unipersonales, constituidas o ubicadas en el país, incluidas en el inciso b) y en el último párrafo del artículo 49, al solo efecto de la atribución de sus resultados impositivos a los dueños o socios que revistan la condición de residentes en el país, de acuerdo con lo dispuesto en los incisos precedentes.*
- f) *Los fideicomisos regidos por la ley 24.441 y los fondos comunes de inversión comprendidos en el segundo párrafo del artículo 1 de la ley 24.083 y su modificatoria, a efectos del cumplimiento de las obligaciones impuestas al fiduciario y a las sociedades gerentes, respectivamente, en su carácter de administradores de patrimonio ajeno y, en el caso de fideicomisos no financieros regidos por la primera de las leyes mencionadas, a los fines de la atribución al fiduciante beneficiario, de resultados e impuesto ingresado, cuando así procediera.*

En los casos comprendidos en el inciso b) del párrafo anterior, la adquisición de la condición de residente causará efecto a partir de la iniciación del mes inmediato subsiguiente a aquel en el que se hubiera obtenido la residencia permanente en el país o en el que se hubiera cumplido el plazo establecido para que se configure la adquisición de la condición de residente.

Los establecimientos estables comprendidos en el inciso b) del primer párrafo del artículo 69 tienen la condición de residentes a los fines de esta ley y, en tal virtud, quedan sujetos a las normas de este Título por sus ganancias de fuente extranjera”.

- 9 Cecilia Osler, “Los quebrantos en el impuesto a las ganancias”, Revista *Consultor Tributario*, Ed. Errepar, Buenos Aires, noviembre 2011.
- 10 “Maleic SA”, CSJN, del 14/8/07.
- 11 Se recuerda que los establecimientos estables comprendidos en el inciso b) del primer párrafo del artículo 69 tienen la condición de residentes a los fines de esta ley y, en tal virtud, quedan sujetos a las normas de este Título por sus ganancias de fuente extranjera (cfr. LIG, artículo 119, último párr.).
- 12 Tampoco son computables para los sujetos del país que deban tributar el impuesto con carácter definitivo, como las retenciones del artículo 69.1, LIG, referido a distribución de dividendos que superen la ganancia impositiva.

La legislación de nuestro país adoptó el sistema denominado *carry forward*, el cual permite la traslación de la pérdida hacia adelante. Vale destacar que otras legislaciones permiten también el traslado hacia atrás –*carry back*–, según el cual el contribuyente puede computar el quebranto contra la utilidad de años anteriores y así solicitar la devolución del impuesto ingresado¹³.

A modo de aclaración inicial, consideramos importante señalar que el artículo 5 de la LIG se refiere a *ganancias* de fuente argentina sólo en sentido genérico, y no usa la palabra con el mismo alcance que en el lenguaje corriente, donde ganancia representa el incremento de patrimonio de quien la obtiene. En el artículo mencionado de la LIG, ganancia es sinónimo de resultado, y este puede ser tanto positivo como negativo. Entonces, una ganancia puede ser de fuente argentina, pero también puede serlo un quebranto¹⁴.

En lo que respecta a los quebrantos de fuente argentina, el artículo 19 de la ley del gravamen dispone que, para establecer el conjunto de las ganancias netas, se compensarán los resultados netos obtenidos en el año fiscal, dentro de cada una y entre las distintas categorías. A su vez, el artículo 31 del decreto reglamentario establece un orden de prelación entre las distintas categorías para tal compensación.

Adicionalmente, cuando en un año se sufriera una pérdida, esta podrá deducirse de las ganancias gravadas que se obtengan en los años inmediatos siguientes. Transcurridos cinco (5) años después de aquel en que se produjo la pérdida, no podrá hacerse deducción alguna del quebranto que aún reste, en ejercicios sucesivos.

Dicho artículo también dispone –en su cuarto párrafo– que los quebrantos se actualizarán teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, publicado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), operada entre el mes de cierre del ejercicio fiscal en que se originaron y el mes de cierre del ejercicio fiscal que se liquida. Sobre el particular, resulta importante tener presente que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 39 de la ley 24.073, desde el 1/4/92 el coeficiente de ajuste por inflación aplicable es uno¹⁵.

Por su parte, el sexto párrafo del artículo 19 del texto legal dispone que **los quebrantos provenientes de actividades cuyos resultados no deban considerarse de fuente argentina, sólo podrán compensarse con ganancias de esa misma condición**. La ley limita así en términos generales el cómputo de quebrantos de fuente extranjera contra ganancias de fuente argentina. Sobre el particular, nos llama la atención que el legislador únicamente haya reparado en las *actividades* y no en las *colocaciones, bienes situados o hechos ocurridos* en el territorio nacional.

No obstante la disposición del párrafo anterior, el decreto 1344/98, que reglamenta a la LIG, introduce una excepción, entendiéndolo en su artículo 116 como “...*gastos necesarios para obtener, mantener y conservar ganancias de fuente argentina, los originados en el país. Sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso e) del artículo 87 de la ley [inciso actualmente derogado], los gastos realizados en el extranjero se presumen ocasionados por ganancias de fuente extranjera, pero la Administración Federal de Ingresos Públicos [AFIP], entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, podrá admitir su deducción si se comprueba debidamente que están destinados a obtener, mantener y conservar ganancias de fuente argentina*” (el destacado es propio).

Por otro lado, cuando la imputación prevista anteriormente¹⁶ no pueda efectuarse en el ejercicio en que se experimentó el quebranto, o este no pudiera compensarse totalmente, el importe no compen-

13 Cecilia Osler, ob. cit.

14 Fernando García, “Restricciones para ciertas deducciones en la determinación de rentas de fuente extranjera...”, *Doctrina Tributaria Errepar (DTE)*, Buenos Aires, agosto 2008. En el mismo sentido, Raimondi y Atchabahian.

15 Ley 24.073, artículo 39: “A los fines de las actualizaciones de valores previstas en la ley 11.683, texto ordenado en 1978 y sus modificaciones, y en las normas de los tributos regidos por la misma, no alcanzados por las disposiciones de la ley 23.928, las tablas e índices que a esos fines elabora la Dirección General Impositiva para ser aplicadas a partir del 1º de abril de 1992 deberán, en todos los casos, tomar como límite máximo las variaciones operadas hasta el mes de marzo de 1992, inclusive. En idéntico sentido se procederá respecto de las actualizaciones previstas en el Código Aduanero (ley 22.415 y sus modificaciones).”

El Poder Ejecutivo Nacional en oportunidad de proceder al ordenamiento de las citadas disposiciones deberá efectuar las adecuaciones de texto pertinentes en virtud de lo establecido en el párrafo anterior”.

16 La LIG refiere a “párrafos anteriores”, entendiéndolo nosotros que se refiere los párrafos en los que se legisla sobre quebrantos por venta de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión– y a aquellos que no sean de fuente argentina.

sado, actualizado en la forma prevista precedentemente, podrá deducirse de las ganancias netas que a raíz del mismo tipo de operaciones y actividades se obtengan en los cinco años inmediatos siguientes.

Luego de la entrada en vigencia de la ley 25.063, las pérdidas generadas por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, a excepción de las operaciones de cobertura, sólo podrán compensarse con ganancias netas originadas por este tipo de derechos, en el año fiscal en el que se experimentaron las pérdidas o en los cinco años fiscales inmediatos siguientes.

A los fines de lo dispuesto en el párrafo anterior, una transacción o contrato de productos derivados se considerará como “operación de cobertura” si tiene por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales¹⁷.

Sin embargo, debe tenerse presente la concepción que contiene la LIG en su artículo 7 bis sobre tales resultados en lo que respecta a la atribución de la fuente:

“Se considerarán ganancias de fuente argentina los resultados originados por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, cuando el riesgo asumido se encuentre localizado en el territorio de la República Argentina, localización que debe considerarse configurada si la parte que obtiene dichos resultados es un residente en el país o un establecimiento estable comprendido en el inciso b) del artículo 69.

Sin embargo, cuando los diferentes componentes de uno de los mencionados instrumentos o un conjunto de ellos que se encuentren vinculados, indiquen que el instrumento o el conjunto de instrumentos no expresan la real intención económica de las partes, la determinación de la ubicación de la fuente se efectuará de acuerdo con los principios aplicables a la naturaleza de la fuente productora que corresponda considerar de acuerdo con el principio de la realidad económica, en cuyo caso se aplicarán los tratamientos previstos por esta ley para los resultados originados por la misma”.

2.2. Compensación de quebrantos de fuente extranjera con ganancias

Según lo establecido en el artículo 131 del texto legal, la determinación de la ganancia neta de fuente extranjera se efectuará de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de ley y las restantes disposiciones contenidas en los Títulos II y III, en tanto su alcance permita relacionarlas con las ganancias de esa fuente, con las modificaciones y adecuaciones previstas sobre el particular.

A su vez, para determinar la ganancia neta sujeta a impuesto de fuente extranjera, las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en el país, restarán de la ganancia neta definida en el párrafo anterior, las deducciones comprendidas en los incisos a) y b) del artículo 23, en la medida que excedan a la ganancia neta de fuente argentina correspondiente al mismo año fiscal¹⁸.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134 de la LIG, para establecer la ganancia neta de fuente extranjera se compensarán los resultados obtenidos dentro de cada una y entre las distintas categorías, considerando a tal efecto los resultados provenientes de todas las fuentes ubicadas en el extranjero y los provenientes de los establecimientos estables indicados en el artículo 128.

Cuando la compensación dispuesta precedentemente diera como resultado una pérdida, esta será actualizada en la forma establecida en el cuarto párrafo del artículo 19 y luego podrá deducirse de las ganancias netas de fuente extranjera que se obtengan en los cinco años inmediatos siguientes. Transcurrido el último de esos años, el quebranto que aún reste no podrá ser objeto de compensación alguna.

Si de la referida compensación, o después de la deducción, previstas en los párrafos anteriores, surgiera una ganancia neta, se imputarán contra la misma las pérdidas de fuente argentina –en su caso, debidamente actualizadas– que resulten deducibles de acuerdo con el segundo párrafo del citado artículo

17 Una transacción o contrato de productos derivados se considerará como “operación de cobertura” si tiene por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales. En el dictamen 83/06 de la DAT ese servicio asesor expresó que el tratamiento a dispensar a los quebrantos aludidos depende de que las operaciones que los generen se consideren o no de cobertura de acuerdo con la definición dada por la propia ley, y que para considerarlas así su objeto debe ser la reducción de las posibles fluctuaciones de los precios o tasas comprometidos, como es lógico inferir, de las bajas en caso de precios o tasas a recibir o de las subas en caso de precios o tasas a pagar. Y que las actividades principales a las que se refiere el aludido dispositivo son las ejercidas comúnmente por la empresa y en las cuales se apoya fundamentalmente para alcanzar su objetivo de lucro, es decir no son aquellas que se desarrollan en forma eventual.

18 Cabe señalar que las deducciones personales no generarán quebrantos.

19, cuya imputación a la ganancia neta de fuente argentina del mismo año fiscal no hubiese resultado posible.

Por su parte, el artículo 135 de la LIG¹⁹ dispone que, no obstante lo anterior sobre los quebrantos originados en el exterior, los residentes en el país comprendidos en los incisos d), e) y f) del artículo 119²⁰, los establecimientos estables a que se refiere el artículo 128 y las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación cuyas ganancias tengan origen, principalmente, en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares, sólo podrán imputar los quebrantos de fuente extranjera provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, contra las utilidades netas de la misma fuente que provengan de igual tipo de operaciones. En el caso de las sociedades por acciones antes citadas, los accionistas residentes no podrán computar otros quebrantos de fuente extranjera a los fines de esa ley.

Cuando la imputación prevista precedentemente no pudiera efectuarse en el mismo ejercicio en el que se experimentó el quebranto, o este no pudiera compensarse totalmente, el importe no compensado podrá deducirse de las ganancias que se obtengan a raíz del mismo tipo de operaciones en los cinco años inmediatos siguientes.

También para dichos casos, con la salvedad de los aludidos establecimientos estables, a los fines de la deducción los quebrantos se actualizarán de acuerdo con lo dispuesto en el cuarto párrafo del artículo 19.

Los quebrantos de fuente argentina provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión–, no podrán imputarse contra ganancias netas de fuente extranjera provenientes de la enajenación del mismo tipo de bienes.

2.3. Sobre el tratamiento cedular de los quebrantos de fuente extranjera

De lo reseñado anteriormente, resulta como una suerte de principio básico implícito que las ganancias de fuente argentina no pueden ser disminuidas por la deducción de pérdidas de fuente extranjera. Al respecto, ha señalado la doctrina que esa prohibición “*se funda más en razones de prevención de ahucamiento de la base imponible que en motivos teóricos*”²¹. Por nuestra parte, compartimos tal observación y agregamos que parecería tratarse de una norma antielusión, que restringe aquello que al Fisco Nacional le resultaría más difícil someter a sus facultades de verificación y fiscalización.

Si bien la LIG aplica para los sujetos residentes el criterio de renta mundial, la clasificación que realiza según el origen de la ganancia (fuente) implica la gravabilidad de las ganancias de fuente extranjera pero no la deducibilidad irrestricta de las pérdidas del mismo origen. Por ello, ha sido señalado que el método seguido por la Ley de Impuesto a las Ganancias no es el de gravar la “renta mundial”, sino gravar cedularmente las ganancias o rentas de fuente extranjera²².

A su vez, existe una presunción *iuris tantum* que vincula los gastos incurridos en el exterior con la obtención de rentas de fuente extranjera. No obstante, pueden ser deducidos de las rentas del país (cfr. artículo 116 del DR).

Una de las cuestiones que la Relatoría General llama a analizar, frente a la separación de los quebrantos y su tratamiento discriminatorio para los de fuente extranjera, es el correlato de tal política fiscal frente a la situación actual del mundo, en el cual las fronteras se desdibujan.

Se nos presenta así como inquietud a abordar si debiera mantenerse la segregación de los quebrantos de fuente extranjera, a los fines de la determinación de la obligación tributaria según la LIG para sujetos residentes en el país.

19 Artículo sustituido por la ley 25.239, Título I, artículo 1, inciso u), con vigencia a partir del 31/12/99 y surtirá efecto para los ejercicios que se inicien a partir de dicha fecha.

20 Ver nota 6.

21 Fernando García, “Restricciones para ciertas deducciones en la determinación de rentas de fuente extranjera...”, Doctrina Tributaria Errepar (DTE), Buenos Aires, agosto 2008.

22 Fernando García, *idem*.

Por nuestra parte, consideramos que dicha inquietud puede ser analizada según dos diferentes enfoques:

- Según la definición de ganancia gravada que deba aplicarse, es decir, frente a sujetos que apliquen la teoría de la fuente y sujetos que apliquen la teoría del balance, y
- Según la situación actual de los negocios en un mundo globalizado.

Primer enfoque

Comenzamos por señalar que la aplicación del criterio de fuente o de renta mundial no debe hacerse en forma aislada, sino armónicamente con la definición de ganancias gravadas que corresponde para cada sujeto. Ello no es una novedad, sino algo ya arraigado en nuestra legislación.

Como ejemplo de lo señalado en el párrafo precedente, tenemos que cuando un sujeto persona física no residente en el país enajena un inmueble no afectado a actividades comerciales, ni empresarias, la ganancia que obtiene no resulta gravada, atento lo que expresa la *teoría de la fuente*. Es decir, para los no residentes, la aplicación de la fuente como momento de vinculación se hace en armonía con la conceptualización de la ganancia gravada (en términos generales: teoría de la fuente o teoría del balance).

Seguidamente, consideramos que la posición de la ley sobre la alocación o clasificación de los quebrantos sobre la base de los artículos 5 y 127 no debe hacerse desconociendo la realidad de los sujetos empresa, según la cual la empresa es la propia fuente generadora de ganancias. Retomamos aquí lo señalado inicialmente con relación a que la actividad ejercida en forma de empresa es una fuente en sí misma (*empresa-fuente o fuente-actividad*).

Sostenemos así que la interpretación y aplicación de los artículos mencionados no debe hacerse de forma tal que se produzca la creación de una ficción, es decir de una realidad incoherente con la definición de ganancias gravadas, de acuerdo con la teoría del balance o de la empresa-fuente. Como ejemplo de lo anterior, obsérvese que por más que un capital esté colocado, o que ciertos bienes estén situados, en el extranjero, la decisión empresaria se toma en el país si es que allí está su dirección, por lo que es falso que dicho quebranto no corresponda a una actividad realizada en la República Argentina. Es más, todos o la mayoría de los trámites para concretar la inversión en el exterior, se hacen desde el territorio nacional.

Señalan Raimondi y Atchabahian²³ que el concepto general acerca de las ganancias de fuente argentina lo provee principalmente el artículo 5 de la LIG, en tanto que los artículos 6 a 16 y 91 a 93 contemplan supuestos particulares de ganancias consideradas de fuente argentina, unas veces con olvido de aquel principio general, estableciendo excepciones, y otras superando la dificultad de la medición de la ganancia de fuente argentina por medio de presunciones. El decreto reglamentario prevé en los artículos 9 a 18 varios aspectos atinentes al concepto de ganancia de fuente argentina y en los artículos 97 a 101 lo hacen en relación con las operaciones de fuente extranjera.

Dichos prestigiosos autores mencionan, a su vez, que el estudio de las normas legales tendientes a distinguir las ganancias según sean de fuente argentina o de fuente extranjera comprende dos facetas: una teórica y otra práctica. La primera consiste en establecer cuál es y dónde se encuentra la causa generadora de la ganancia o enriquecimiento comprendido en los alcances de la ley. La segunda involucra una cuestión de medición o de cuantía de la base de imposición, pues se refiere a la determinación del monto de la ganancia neta atribuible al país en el cual se considere está asentada la fuente de la ganancia.

El aludido concepto general es explicitado en el artículo 5 de la LIG, sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, en el sentido de que son ganancias (o pérdidas) de fuente argentina las provenientes de:

- a) **bienes** situados, colocados o utilizados económicamente en la R.A.;
- b) la realización en el territorio de la nación de cualquier **acto o actividad** susceptible de producir beneficios;
- c) **hechos** producidos dentro del límite de la nación.

Señalan estos autores que, cualquiera de las circunstancias precedentes genera para la ley, salvo disposiciones especiales, la calificación de las ganancias como de fuente argentina.

Seguidamente, indican que, para los sujetos residentes en el extranjero, puede resultar difícil discernir si la fuente de la ganancia es un bien o una actividad. La norma legal coloca en un pie de igualdad a

23 Carlos A. Raimondi y Adolfo Atchabahian, *El impuesto a las ganancias*, 4ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pág. 102.

cada uno de los tres casos enumerados: basta que cualquiera de ellos se verifique en la realidad, dentro del país, para configurar la ganancia de fuente argentina. A lo anterior, agregamos que el artículo 93 de la LIG, a través del método de presunciones del tipo *iure et de iure* (que no admite prueba en contrario)²⁴ soluciona la problemática de definir la cuantía de ganancias que corresponden al país para su imposición.

Tal como fue mencionado en pasajes precedentes, y antes de continuar en el análisis, es preciso formular el concepto que permita conocer en qué consiste y cuál es esa fuente. A tales efectos, reduciremos la cuestión a dos categorías, como lo hicieron Raimondi y Atchabahian, a saber:

- a) algún **bien**, sin que, aparte de la contratación, medie ninguna otra actividad de su beneficiario en la producción. Sería el caso de un *bien-fuente*;
- b) una **actividad**, en la cual pueden o no ser empleados bienes; en caso afirmativo, estos solamente constituyen un medio o instrumento utilizado para el ejercicio de la actividad; sería el caso de la *actividad-fuente*.

Para Raimondi y Atchabahian, cuando la fuente es un bien con sustancia material, no parece dudoso que la ubicación de la fuente coincida con la localización geográfica del bien. Por el contrario, cuando el bien no tiene sustancia material, la ubicación de la fuente puede ser vista de dos modos distintos: el lugar donde fue creado el bien o aquel donde su utilización permitió obtener la ganancia.

Resulta importante a efectos de este enfoque realizado, lo destacado por estos doctrinarios en cuanto a que **la fuente de una ganancia puede atribuirse a un bien determinado solamente cuando la explotación de ese bien, o la ganancia consiguiente, son ajenas a la existencia de una actividad empresarial. El bien que deriva de una actividad, o que es empleado en el desarrollo de esta, no es fuente de ganancia, sino que tal fuente radica en la propia actividad**²⁵.

En línea con lo anterior, cabe distinguir lo siguiente:

- La actividad de las personas físicas o de existencia visible se produce en el lugar donde la ejecutan, hallándose físicamente en él, y no puede ser sino un solo sitio cada vez.
- El lugar de ejercicio de su actividad por las empresas puede ser múltiple: es todo sitio donde actúe un empleado en relación de dependencia o un mandatario que se desempeñe en su nombre y con poderes suficientes para obligarla.

Sobre la base de los análisis precedentes, sostenemos que la amplitud del concepto de ganancias definido por el artículo 2 de la de LIG implica que su atribución territorial con fines de clasificar los quebrantos debe ser coherente con la misma. La excepción está dada por las actividades ejercidas por establecimientos permanentes situados en el exterior (artículo 128).

Algo similar sucede con los sujetos no residentes que el país que obtienen ganancias por actividades realizadas en la República Argentina (total o parcialmente). Sin embargo, la LIG se ocupa de solucionar tal situación a través del método presuncional, conforme ya fue señalado.

A partir de este enfoque, según el cual para un sujeto empresa prácticamente ninguna ganancia sería en un ciento por ciento de fuente extranjera, por cuanto ninguna actividad se realizaría totalmente en el extranjero, se encontraría una respuesta a la cedularización de los quebrantos de fuente extranjera.

Segundo enfoque

El primer enfoque presenta una respuesta que surgiría de la redacción actual del texto legal. A diferencia de ello, este segundo enfoque consiste en arribar a una solución a partir de una perspectiva más general sobre la problemática, orientada a observar la imposibilidad de la deducción de los quebrantos de fuente extranjera desde la óptica de un mundo global y de la internacionalización de las transacciones.

Por lo expuesto, siendo que basta que un individuo (que califique como una empresa o no), o un funcionario de un ente colectivo esté sentado frente a una computadora en un domicilio del país para realizar colocaciones en el exterior, o para vender activos financieros que allí posea, no se observan justificativos razonables –vinculados con la lógica del tributo– que avalen la cedularización de los quebrantos de fuente extranjera, dentro del mundo actual altamente globalizado e informatizado.

24 Con excepciones para las sumas pagadas en concepto de alquileres o arrendamientos de inmuebles ubicados en el país, las sumas pagadas por la transferencia a título oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, pertenecientes a empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior, y para las sumas pagadas en concepto de precio por la venta de acciones, cuotas, participaciones sociales y demás valores.

25 Op. cit. nota 23, pág. 105.

El único argumento a favor de ello sería una suerte de cláusula antielusión, pero de ser ese efectivamente el propósito perseguido por el legislador, consideramos que: i) el mismo debería ser reevaluado atento a las características globales del mundo actual, y/o ii) no debería existir como un criterio general sino, en todo caso, como criterios particulares ante situaciones puntuales que pudieran requerir una salvaguarda particular.

A su vez, si se tratara de una cláusula antielusión, cabe cuestionarse la vigencia de la misma, y su amplia aplicación, atento a la celebración de la **Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal** y de la amplia red de tratados para el intercambio de información. Es decir, de ninguna manera admitimos que corresponda la subsistencia de una herramienta obsoleta para combatir la evasión fiscal, o la planificación fiscal nociva, cuando el mundo actual presenta soluciones más eficientes y eficaces, que no desconocen ni lesionan la efectiva capacidad contributiva de un sujeto y, por consiguiente, no son perjudiciales a los contribuyentes.

Este segundo enfoque resultaría como una solución al impedimento actual para la deducción de quebrantos de fuente extranjera contra ganancias de fuente argentina, impedimento que no tiene lógica frente a un criterio de renta mundial. De estarse verdaderamente ante **“renta mundial”**, donde las actividades no son exclusivas de un país, sino del mundo, los quebrantos no serían argentinos ni extranjeros, sino que correspondería conceptualizarlos como **“quebrantos de fuente mundial”** o similar.

La puesta en práctica de una solución como la expuesta bajo este enfoque requerirá sin dudas la intervención del legislador, tal como se anticipó.

2.4. Quebrantos de contratos derivados

Con atinado criterio, y a modo de continuidad de la problemática de la cederización de los quebrantos de fuente extranjera, la Relatoría General invita a reflexionar sobre la segregación de los quebrantos provenientes de contratos derivados. Tal como hemos mencionado precedentemente, existe una incorporación amplia de los resultados de dichos contratos como de fuente argentina cuando el sujeto que los obtiene es residente del país, ante lo cual nos preguntamos si se justifica tal segregación.

Vale recordar que las pérdidas por operaciones de cobertura son quebrantos generales, que no presentan restricción alguna en cuanto a su aplicación. No sucede lo mismo con las pérdidas originadas en operaciones de especulación, que únicamente podrán compensarse con ganancias netas originadas por este tipo de instrumentos en el año fiscal en que se experimentaron o en los cinco siguientes.

Coincidiendo con Julián Martín, el tratamiento particular o ceder de los quebrantos que arrojan las pérdidas mencionadas en último término en el párrafo anterior evidencia el *“...interés del Fisco Nacional en evitar que, mediante **operaciones especulativas**, se enjuaguen resultados de la actividad de la empresa”*²⁶.

Por nuestra parte, nos permitimos señalar que **la especulación no debería ser tratada arbitrariamente ni por la legislación ni por el Fisco** en el ejercicio de sus facultades. Al estar gravados los resultados positivos que arroje la especulación, los resultados negativos deberían también ser admitidos como deducción contra la base del impuesto. En definitiva, quien arriesgó capital vinculado con su actividad gravada y obtuvo un resultado desfavorable, perdió parte de ese capital, al igual de lo que sucede cuando un comerciante no puede recuperar con el precio de venta el costo de una mercadería deteriorada, obsoleta o pasada de moda. A fin de cuentas, la especulación es un factor propio de las actividades comerciales y financieras.

No obstante lo anterior, sostenemos que **la legislación debería proteger la hacienda pública de las simulaciones**, entendiendo por tales, operaciones que no existieron en el mundo fenoménico real, sino que simplemente son transacciones meramente formales, sin ocurrencia en el plano real.

Actualmente, este tipo de simulaciones puede monitorearse a través de las nuevas herramientas de verificación y fiscalización y de la aplicación de la tecnología a los deberes de colaboración que se pretenden de los administrados, pero siempre guardando un adecuado equilibrio entre colaboración exigida y utilidad obtenida por parte de la administración tributaria, como también atendiendo al costo de la colaboración que se exige de los particulares.

Así, sólo aquellos casos que presenten dudas con respecto a la verdadera ocurrencia de la operación que resultó en una pérdida debería aislarse el quebranto, para su utilización contra operaciones del mismo tipo.

26 Julián Martín y Armando Casal, *Instrumentos Financieros Derivados*, Ed. Errepar, Buenos Aires, págs. 83/84.

2.5. Actualización de los quebrantos de fuente extranjera

Otro tema que la Relatoría llama a evaluar es la actualización de los quebrantos de fuente extranjera. Se plantea que, partiendo de la innegable necesidad de actualizar los quebrantos en general, tal vez debiera preverse una metodología específica para la actualización de aquellos de fuente extranjera.

A modo introductorio, recordamos que el artículo 19 de la LIG dispone que los quebrantos provenientes de actividades cuyos resultados no deban considerarse de fuente argentina, sólo podrán compensarse con ganancias de esa misma condición.

El artículo 134, por su parte, manda a establecer la ganancia neta de fuente extranjera compensando los resultados obtenidos dentro de cada una y entre las distintas categorías, considerando a tal efecto los resultados provenientes de todas las fuentes ubicadas en el extranjero y los provenientes de los establecimientos estables indicados en el artículo 128.

Si la compensación dispuesta precedentemente diera como resultado una pérdida, esta será actualizada en la forma establecida en el cuarto párrafo del artículo 19, y podrá deducirse de las ganancias netas de fuente extranjera que se obtengan en los cinco años inmediatos siguientes²⁷.

A su vez, la modalidad de actualización de los quebrantos según dicho artículo 19 es la siguiente: se realizará teniendo en cuenta la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, publicado por el INDEC, operada entre el mes de cierre del ejercicio fiscal en que se originaron y el mes de cierre del ejercicio fiscal que se liquida.

Como es sabido, desde abril del año 1992 la actualización se permite, pero aplicando el valor uno como coeficiente, lo que arroja un ajuste nulo.

Partiendo de la base de que el quebranto de fuente extranjera será producto de una actividad realizada en el exterior, por nuestra parte consideramos que sería una mejor solución que la Ley de Impuesto a las Ganancias contemplara un ajuste por la pérdida del poder adquisitivo (o inflación) de la moneda del país en el cual se realizó la actividad que originó tal quebranto.

Una solución alineada con la propuesta realizada existe en el artículo 154, para actualizar el costo computable de bienes situados en el extranjero:

“Cuando los países en los que están situados los bienes a los que se refieren los artículos 152 y 153, cuya naturaleza responda a la de los comprendidos en los artículos 58, 59, 60, 61 y 63, o aquellos en los que estén instalados los establecimientos estables definidos en el artículo 128 de cuyo activo formen parte dichos bienes, admitan en sus legislaciones relativas a los impuestos análogos al de esta ley, la actualización de sus costos a fin de determinar la ganancia bruta proveniente de su enajenación o adopten ajustes de carácter global o integral que causen el mismo efecto, los costos contemplados en los dos (2) artículos citados en primer término, podrán actualizarse desde la fecha en que, de acuerdo con los mismos, deben determinarse hasta la de enajenación, en función de la variación experimentada en dicho período por los índices de precios o coeficientes elaborados en función de esa variación que aquellas medidas consideren, aun cuando en los ajustes antes aludidos se adopten otros procedimientos para determinar el valor atribuible a todos o algunos de los bienes incluidos en este párrafo.

Igual tratamiento corresponderá cuando los referidos países apliquen alguna de las medidas indicadas respecto de las sumas invertidas en la elaboración, construcción o fabricación de bienes muebles amortizables o en construcciones o mejoras efectuadas sobre inmuebles, en cuyo caso la actualización se efectuará desde la fecha en que se realizaron las inversiones hasta la fecha de determinación del costo de los primeros bienes citados y de las construcciones o mejoras efectuadas sobre inmuebles o, en este último supuesto, hasta la de enajenación si se tratara de obras o mejoras en curso a esa fecha.

Si los países aludidos en el primer párrafo no establecen en sus legislaciones impuestos análogos al de esta ley, pero admiten la actualización de valores a los efectos de la aplicación de los tributos globales sobre el patrimonio neto o sobre la tenencia o posesión de bienes, los índices que se utilicen en forma general a esos fines podrán ser considerados para actualizar los costos de los bienes indicados en el primer párrafo de este artículo.

A efectos de las actualizaciones previstas en los párrafos precedentes, si los costos o inversiones actualizables deben computarse en moneda argentina, se convertirán a la moneda del país en el que se hubiesen encontrado situados, colocados o utilizados económicamente los bienes, al tipo de cambio vendedor que con-

27 Transcurrido el último de esos años, el quebranto que aún reste no podrá ser objeto de compensación alguna.

sidera el artículo 158, correspondiente a la fecha a que se refiere la determinación de dichos costos o a la de realización de las inversiones.

La diferencia de valor establecida a raíz de la actualización se sumará a los costos atribuibles a los bienes, cuando proceda la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior, la diferencia de valor expresada en moneda extranjera se convertirá a moneda argentina, aplicando el tipo de cambio contemplado en el mismo correspondiente a la fecha de finalización del período abarcado por la actualización.

Tratándose de bienes respecto de los cuales la determinación del costo computable admite la deducción de amortizaciones, estas se calcularán sobre el importe que resulte de adicionar a sus costos las diferencias de valor provenientes de las actualizaciones autorizadas.

El tratamiento establecido en este artículo, deberá respaldarse con la acreditación fehaciente de los aplicados en los países extranjeros que los posibilitan, así como con la relativa a la procedencia de los índices de precios o coeficientes utilizados".

Finalmente, y ante la inexistencia de una solución como la propuesta, una inquietud que podría presentarse tiene que ver con la posibilidad de actualizar los quebrantos (de fuente extranjera y también los nacionales), atento la pérdida del poder adquisitivo de nuestra moneda nacional en los últimos tiempos.

Sobre ello cabe citar la opinión de la Corte Suprema (CSJN) en autos "Alubia SA"²⁸. En dicho precedente, nuestro Máximo Tribunal sentenció:

"6. Que, sin embargo, en lo referente al quebranto que surgiría de aplicar el referido mecanismo al período fiscal 2002, y que la actora utilizó en el período fiscal 2003, corresponde recordar que esta Corte sostuvo en la causa 'Estancias Argentinas El Hornero SA' (Fallos: 335:1923), a cuyos fundamentos corresponde remitirse en lo pertinente por motivos de brevedad, que los quebrantos no podían ser encuadrados en los lineamientos del precedente 'Candy' por la sencilla razón de que, en tal supuesto, 'no hay tributo a pagar que pueda ser cotejado con el capital o la renta gravados'.

En tal inteligencia, la aplicación del mecanismo de ajuste por inflación en los términos del precedente 'Candy' lo es al solo efecto de evitar '...una absorción por parte del Estado de una porción sustancial de la renta o el capital' (confr. considerando 7, cuarto párrafo, del fallo 'Candy'), lo que en las circunstancias del caso de autos, y en lo referente al ejercicio 2002, se traduce en admitir que el pago del impuesto fue hecho sin causa –y que procede su repetición–, pero no puede derivarse de ello el reconocimiento de un quebranto que pueda ser utilizado por el contribuyente en otro ejercicio fiscal. En consecuencia, resulta improcedente la demanda de repetición en lo relativo al ejercicio fiscal 2003, pues la pretensión tiene como sustento el menor tributo que se hubiese abonado a causa del cómputo del quebranto del ejercicio del año anterior".

Tal como lo señala calificada doctrina, la Corte no admitió que el mayor quebranto impositivo generado por la aplicación de las normas de ajuste por inflación, originado en un período fiscal, fuera trasladado para reducir el monto de impuesto a ingresar por el período fiscal siguiente, en el cual se detrajo el quebranto en cuestión²⁹.

Por nuestra parte, si bien no compartimos la tesis del Máximo Tribunal, consideramos que es un antecedente a tener en cuenta.

3. LA FUENTE EN RELACIÓN A LOS CRÉDITOS FISCALES COMPUTABLES

Como ya ha sido mencionado anteriormente en este trabajo, el artículo 1 de la LIG establece que los sujetos residentes en el país tributan sobre la totalidad de sus ganancias obtenidas en el país o en el exterior, "pudiendo computar como pago a cuenta del impuesto de esta ley las sumas efectivamente abonadas por gravámenes análogos, **sobre sus actividades en el extranjero**, hasta el límite del incremento de la obligación fiscal originado por la incorporación de la ganancia obtenida en el exterior" (el destacado es propio).

Se trata de una solución de tipo *tax credit*, una de las medidas clásicas para evitar la doble imposición.

Nuestro país adopta el *ordinary tax credit* (impuesto pagado efectivamente en el extranjero con la limitación de aplicar la alícuota vigente a la ganancia foránea), con la variante de *overall limitation*. No se establecen limitaciones según la naturaleza de las ganancias (*baskets approach method*) ni del país en que se obtuvieron (*per country limitation*).

28 "Alubia SA c/AFIP Dirección General Impositiva s/Repetición", CSJN, del 4/11/14.

29 Armando Lorenzo y César M. Cavalli, "Los quebrantos en el marco de la confiscatoriedad derivada de la falta de ajuste por inflación", revista Consultor Tributario, Ed. Errepar, Buenos Aires, marzo 2015.

Observamos así que el “crédito de impuestos análogos” resulta una **medida de tipo unilateral** adoptada por nuestra legislación interna como solución al problema de doble imposición económica que se presenta.

A los efectos de proceder a la determinación del gravamen para el cálculo del límite de cómputo, el artículo 167 del texto legal establece que “*El impuesto atribuible a la ganancia neta de fuente extranjera se establecerá en la forma dispuesta en este artículo*”. Adicionalmente, con fines a la cuantificación del *límite del incremento de la obligación fiscal* que observa el artículo 1, precisa aspectos metodológicos en sus dos incisos, a saber:

- a) Las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en el país, deben terminar el gravamen correspondiente a su ganancia neta sujeta a impuesto de **fuente argentina** y el que corresponda al importe que resulte de sumar a la misma la ganancia neta de **fuente extranjera**, aplicando la escala contenida en el artículo 90. La diferencia que surja de restar el primero del segundo, será el impuesto atribuible a las ganancias de fuente extranjera, y
- b) Los sujetos residentes comprendidos en el inciso a) del artículo 69 y los fideicomisos y los Fondos Comunes de Inversión³⁰ calcularán el impuesto correspondiente a su ganancia neta de fuente extranjera aplicando la tasa establecida en el inciso a) del artículo 69 (que actualmente es del 35%).

Adicionalmente, dicho artículo 167 también dispone que “*Del impuesto atribuible a las ganancias de fuente extranjera que resulte por aplicación de las normas contenidas en los incisos a) y b) precedentes, se deducirá, en primer término, el crédito por impuestos análogos regulado en el Capítulo IX*”.

Seguidamente, la LIG presenta en el “*Capítulo IX. Crédito por impuestos análogos efectivamente pagados en el exterior*” una serie de artículos orientados a implementar el cómputo del pago a cuenta en cuestión.

El artículo 168 dispone que “*Del impuesto de esta ley correspondiente a las ganancias de fuente extranjera, los residentes en el país (...) deducirán, hasta el límite determinado por el monto de ese impuesto, un crédito por los gravámenes nacionales análogos efectivamente pagados en los países en los que se obtuvieron tales ganancias...*” (el destacado es propio)³¹.

Observamos una diferencia entre lo preceptuado en el artículo 1 y en el 168 para el cómputo de los impuestos análogos. El primero lo permite para *las sumas efectivamente abonadas por gravámenes análogos sobre sus actividades en el extranjero*, sin hacer referencia expresa a que se trate de ganancias de fuente extranjera. Sin embargo, el otro artículo mencionado sí precisa que el cómputo será con respecto al “*... impuesto de esta ley correspondiente a las ganancias de fuente extranjera...*”.

Por su parte, el artículo 178 se refiere al caso en que los impuestos análogos computables no pudieran compensarse en el año fiscal en el que se originaron, por exceder el impuesto de la LIG correspondiente a la ganancia neta de fuente extranjera imputable a ese mismo año. Ante tal circunstancia, se dispone que el importe no compensado podrá deducirse del impuesto atribuible a las ganancias netas de aquella fuente obtenidas en los cinco años fiscales inmediatos siguientes al anteriormente aludido. Transcurrido el último de esos años, el saldo no deducido no podrá ser objeto de compensación alguna.

Consideramos importante atender al concepto “impuestos análogos” expresado en el artículo 169 del texto legal. Se considera como tales a “*... los que impongan las ganancias comprendidas en el artículo 2, en tanto graven la renta neta o acuerden deducciones que permitan la recuperación de los costos y gastos significativos computables para determinarla. Quedan comprendidas en la expresión impuestos análogos, las retenciones que, con carácter de pago único y definitivo, practiquen los países de origen de la ganancia en cabeza de los beneficiarios residentes en el país, siempre que se trate de impuestos que encuadren en la referida expresión, de acuerdo con lo que al respecto se considera en este artículo*” (el destacado es propio).

Otra situación a atender es la de países que adoptan la imposición a la renta en la órbita federal y en la interestatal, como ocurre en los Estados Unidos. La LIG parece estar intencionada a admitir el cómputo únicamente de los impuestos de los “países de origen” que resulten análogos. Entonces, ¿sólo podrían computarse como *tax credit* los impuestos nacionales abonados en el exterior?, o ¿podrían computarse la totalidad (nacional e interestatales)?

30 Comprendidos en los incisos d) y f) del artículo 119 de la LIG.

31 Artículo sustituido por ley 25.239, Título I, artículo 1, inciso x), con vigencia a partir del 31/12/99 y surte efecto para los ejercicios iniciados a partir de dicha fecha.

Por nuestra parte, consideramos que si se presentan todos elementos para calificar al impuesto interestatal como una **sobretasa**, pueden computarse la totalidad de los gravámenes.

Seguidamente, el artículo 170 dispone que los impuestos análogos se reputan efectivamente pagados cuando hayan sido ingresados a los fiscos de los países extranjeros que los aplican y se encuentren respaldados por los respectivos comprobantes, comprendido, en su caso, el ingreso de los anticipos y retenciones que, en relación con esos gravámenes, se apliquen con carácter de pago a cuenta de los mismos, hasta el importe del impuesto determinado.

Precisa también que, salvo cuando se disponga expresamente un tratamiento distinto, los impuestos análogos se convertirán a moneda argentina al tipo de cambio comprador, conforme a la cotización del Banco de la Nación Argentina, al cierre del día en que se produzca su efectivo pago, de acuerdo con las normas y disposiciones que en materia de cambios rijan en su oportunidad, computándose para determinar el crédito del año fiscal en el que tenga lugar ese pago.

Una consecuencia que resulta de dicha metodología es que el poder cancelatorio del importe en pesos resultante al momento de presentar la declaración jurada podría no ser el mismo que el del monto ingresado en la moneda de origen, convertido a la fecha de presentación de la declaración impositiva. Lo indicado sucedería en el hipotético caso en el cual la moneda nacional pudiera perder poder adquisitivo con respecto a la moneda de origen de ese impuesto análogo cancelado.

La Relatoría General ha observado en sus Directivas que, al permitir el artículo 168 únicamente deducir los impuestos análogos como pago a cuenta del impuesto de la LIG por las ganancias de fuente extranjera, no se encuentra admitido el cómputo de crédito alguno por impuestos efectivamente abonados en el exterior por ganancias que según la ley 20.628 sean de fuente argentina.

Esta situación genera **doble imposición económica** por casos de **doble fuente**³², al verificarse un conflicto en las definiciones de fuente de la renta, sea por un divergente encuadre de las rentas a los efectos de la atribución de la potestad tributaria en el marco de un Convenio para Evitar la Doble Imposición, u otros motivos.

Por consiguiente, los impuestos que un residente del país tenga que afrontar en el exterior sobre ganancias que son calificadas de fuente argentina no son susceptibles de generar *tax credit*, lo que afecta la competitividad nacional (v.gr., el caso de *head office* en la República Argentina).

El mecanismo unilateral que presenta la legislación argentina no resuelve el problema de la doble imposición. Tampoco la mayoría de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) que se inclinan por el método del crédito.

Al respecto, podemos citar algunos ejemplos:

- En lo que respecta a compañías de transporte constituidas o radicadas en el país, las ganancias se consideran íntegramente de fuente argentina, con prescindencia de los lugares entre los cuales desarrollan su actividad (cfr. LIG, artículo 9).
- Se consideran ganancias de fuente argentina las remuneraciones o sueldos de miembros de directorios, consejos u otros organismos –de empresas o entidades constituidas o domiciliadas en el país– que actúen en el extranjero (cfr. LIG, artículo 12, primer párrafo).
- Asimismo, se consideran de fuente argentina los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior (cfr. LIG, artículo 12, segundo párrafo).

A su vez, corresponde recordar que, en el marco del Tema 1 de las I Jornadas de Tributación Internacional, el Dr. Ignacio Carnicero analizó la doble imposición que se genera a raíz del Convenio de Doble Imposición con Brasil, en relación con la exportación de servicios técnicos de nuestro país al otro Estado, proponiendo la revisión integral del Convenio en cuestión³³. En mérito a la brevedad, nos remitimos a dicho trabajo para ilustrar la situación.

Tal como menciona la Relatoría General, no se trata de un tema acotado a dicho CDI, sino que también alcanza a operatorias con otros países, como resulta el caso de Uruguay, país que utiliza a la fuente como criterio de vinculación.

32 Renta considerada de fuente argentina para nuestro país, y a su vez de fuente propia para un país extranjero.

33 Ignacio Carnicero, "Exportación de servicios técnicos de Argentina a Brasil. Un caso de doble imposición", I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6 al 8 de noviembre de 2012.

La República Oriental del Uruguay (ROU) establece la tributación de los sujetos no residentes a través del Impuesto a la Renta de los No Residentes (IRNR). Se trata de un gravamen que alcanza a las rentas de fuente uruguaya de cualquier naturaleza, tanto si provienen de: a) actividades empresariales; b) rendimientos de trabajo; c) rendimientos de capital, como de incrementos patrimoniales obtenidos por personas físicas u otras entidades no residentes que no actúen mediante establecimiento permanente en Uruguay.

Existe sin embargo una excepción al principio de la fuente territorial en el IRNR, considerando de fuente uruguaya, en tanto se vinculen a la obtención de rentas comprendidas en el Impuesto a las Rentas de Actividades Económicas (IRAE), a las ganancias obtenidas por servicios técnicos prestados desde el exterior –fuera de la relación de dependencia a contribuyentes del IRAE–. Por consiguiente, si un sujeto no residente presta servicios técnicos desde el exterior a un contribuyente del IRAE, se considerará que ha obtenido una renta de fuente uruguaya y, por lo tanto, deberá pagar IRNR al 12% sobre el monto cobrado. El pago se hace vía retención, debiendo retener el contribuyente de IRAE al momento de pago o crédito e ingresarlo al Fisco uruguayo al mes siguiente.

El CDI suscripto con ROU contiene en su Título III el Método para evitar la doble imposición. Dicho convenio resulta de aplicación a las personas residentes de uno o de ambos Estados Parte³⁴. Dentro de los impuestos comprendidos se encuentran el Impuesto a las Ganancias de la República Argentina y el Impuesto a la Renta de los No Residentes (IRNR) de la República Oriental del Uruguay.

Dentro del método para evitar la doble imposición, el apartado 2 del artículo 11 del Convenio dispone que *“Cuando un residente de Argentina obtenga **rentas sometidas a imposición en Uruguay**, Argentina deducirá del impuesto que perciba sobre las rentas de este residente un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en Uruguay...”* (el destacado es propio).

A su vez, el apartado 3 indica en su acápite b) que, no obstante lo anterior, *“Cuando un residente de Argentina obtenga rentas por la prestación de servicios técnicos y de asistencia técnica, científica, administrativa o similares, pagadas por un residente de Uruguay, Argentina deducirá del impuesto que perciba sobre tales rentas un importe igual al impuesto sobre la renta pagado en Uruguay”*.

Finalmente, el Protocolo en su apartado 3, dispone con respecto al artículo 11, apartado 2, que *“Se entiende que la expresión ‘rentas sometidas a imposición en Uruguay’ se refiere a **rentas de fuentes situadas en Uruguay...**”* (el destacado es propio).

Resulta entonces que, al realizarse la actividad en la República Argentina, para el Fisco Nacional argentino dichas ganancias serían de fuente argentina, o no habría fuentes situadas en Uruguay, por lo que el cómputo del *tax credit* devendría estéril.

3.1. Algunas reflexiones

Una lectura de la situación general sobre el cómputo del *tax credit* parecería indicar que el legislador nacional tuvo como propósito establecer una forma unilateral para que el criterio de renta mundial no resulte más gravoso para los sujetos a los que deba aplicarse.

Al menos ese es nuestro entendimiento de la redacción que contiene el artículo 1 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, luego de la modificación introducida por la ley 24.073, que vino a ser una suerte de norma programática en la materia.

Sin embargo, la puesta en práctica del criterio de renta mundial que trajo la ley 25.063, a modo de norma operativa, no resultó coherente con el propósito que para nosotros fue perseguido con su introducción en la LIG y en el sistema tributario argentino. Así, la reglamentación no se ajustaría a la intención inicial; por consiguiente, **lo dispuesto por la ley 25.063 no resultaría razonable con los fines perseguidos al introducir el criterio de renta mundial.**

34 La expresión “residente de un Estado Parte” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en este, por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo (cfr. artículo 9, apartado 2).

Adicionalmente, el criterio de *export tax neutrality*, que a nuestro juicio es el que persigue y el que resulta del método del *tax credit* adoptado por la LIG, se ve anulado por el impedimento del cómputo de los impuestos análogos del exterior ante ganancias de fuente argentina.

Observamos también un absurdo en algunas situaciones, en las cuales se termina haciendo un acuerdo internacional bilateral para que nada cambie, al mejor estilo de la novela *Il Gatopardo*, del autor Giuseppe di Lampedusa³⁵.

Cuando Giuliani Fonrouge y Navarrine analizaron el artículo 9 de la LIG, consideraron que la imposición para empresas argentinas de la totalidad del rendimiento logrado constituía la abdicación por un interés recaudatorio al principio tradicional de impositividad en la fuente productora de renta³⁶.

Dichos tratadistas manifestaban que la situación había sido señalada por Jarach³⁷, quien al comentar las reformas del año 1946 expresó que *“Es evidente que esta excepción constituye un trato desfavorable para las compañías argentinas de transportes internacionales y se plantea el problema de la legalidad de la norma o bien de su inconstitucionalidad por violación del principio de igualdad”*.

Al respecto, los autores comentaban que para Jarach la reforma había sido inoportuna e inconstitucional, pero a su juicio era difícil prever si la CSJN hubiera llegado a una declaración de inconstitucionalidad, porque no entendían violación a la igualdad. Sin embargo, concluían que el régimen adoptado era inconveniente.

Si bien esas conclusiones obedecieron a una época en la que no existía el criterio de renta mundial, la situación que hoy se presenta también arroja tales conclusiones, por cuanto se impide el cómputo del crédito fiscal, lo cual es inconveniente, además de resultar antieconómico y atentar contra la competitividad nacional.

La sujeción de la renta mundial obtenida por un sujeto frente al impuesto a las ganancias, se la considere de fuente argentina o extranjera, no debe hacer más gravosa la imposición. Por lo tanto, independientemente de la calificación que se le otorgue a esa ganancia, debe admitirse el cómputo de los impuestos análogos abonados en el exterior, respetando el límite impuesto por el legislador en el artículo 1 de la LIG.

4. ACTUALIZACIÓN, REDEFINICIÓN Y REVALORIZACIÓN DEL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN

A lo largo de este trabajo hemos resumido nuestra posición con respecto a la aplicación de los criterios de vinculación que contiene la Ley de Impuesto a las Ganancias, su impacto en materia de quebrantos del exterior y cómputo de impuestos análogos.

Al finalizar cada tema abordado, hemos expuesto nuestras reflexiones y conclusiones más salientes, por lo que, para no sobrecargar, nos remitimos al cuerpo de este texto.

Sin embargo, consideramos importante concluir nuestra exposición, precisando nuestra opinión con respecto a lo siguiente:

- El criterio de vinculación que se elija debe ser coherente con la realidad del Estado que lo pretenda aplicar.
- La aplicación de un criterio –fuente o renta mundial– debe ser realizada en forma total y coherente con todos los elementos de la legislación interna.
- Las soluciones que adoptaba la legislación frente a problemas del pasado, no deben mantenerse en el presente, sino que debe aggiornarse la legislación a los problemas y soluciones del presente, previendo incluso los de un futuro cercano.
- La puesta en práctica de la legislación en materia de derecho tributario internacional debe ser coherente con la intención perseguida por el Congreso, de forma tal que las cuestiones operativas no colisionen con las de fondo.

35 “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”.

36 C. M. Giuliani Fonrouge y S. C. Navarrine, *Impuesto a las Ganancias*, 4ª ed., Lexis Nexis, pág. 131.

37 Jarach, “Las empresas con intereses internacionales frente al impuesto a los réditos”, JA, 1946-III-21, Secc. Doctrina, esp. pág. 24, citado por Giuliani Fonrouge y Navarrine, ob. cit. en nota anterior, pág. 131.

FUENTE EN SERVICIOS: ASISTENCIA TÉCNICA Y UTILIZACIÓN ECONÓMICA

AXEL A. VERSTRAETEN¹

1. COMENTARIOS PRELIMINARES

Las directivas para los relatores del tema 1, Fuente en transacciones internacionales, plantean el desafío de referirnos al criterio de fuente en relación a ciertos casos controvertidos (el concepto de utilización económica y asistencia técnica, garantías y otras retribuciones vinculadas con el financiamiento del exterior, y derivados), a la generación de quebrantos y el cómputo de créditos fiscales, como así también a la actualización, redefinición y revalorización del criterio. En nuestro caso, limitaremos nuestro análisis a los conceptos de utilización económica y asistencia técnica y haremos una breve reflexión respecto de la posibilidad de redefinir y revalorizar el concepto.

2. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA AL CONCEPTO DE FUENTE

La República Argentina adoptó el criterio de fuente desde la sanción del impuesto sobre los réditos², antecesor del impuesto a las ganancias³. En su primera versión, la ley no incluía una definición del concepto fuente, como la que contiene hoy la ley de impuesto de las ganancias (en adelante, LIG), sino que simplemente hacía referencia a los *réditos derivados de fuente argentina*.

En una de las modificaciones posteriores sí se incorporó una definición sustancialmente similar a la actual, al establecerse que *“se consideran beneficios derivados de fuente argentina aquellos que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República; de la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro de los límites de la misma sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos”*⁴.

Con la adopción del criterio de renta mundial y la incorporación del concepto de residencia⁵, no se modificó el criterio de fuente. El actual artículo 5 de la LIG es explícito en cuanto a qué incluye dicho criterio.

Como bien explican Raimondi y Atchabahian, son de fuente argentina, las ganancias que provienen de:

- a) bienes situados, colocados o utilizados económicamente en Argentina;
- b) *la realización en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios;*
- c) *hechos ocurridos dentro del límite de la nación*⁶.

Agregan los autores que, *“por exclusión no son de fuente argentina ... los resultados provenientes de actividades desarrolladas en el exterior, y de bienes situados, colocados y explotados económicamente en el exterior no afectados a una actividad desarrollada en el país”*⁷.

La LIG incorporó esta lógica en el artículo 127, al definir la renta de fuente extranjera a *contrario sensu* del artículo 5, pero dejando lugar a ampliaciones del criterio de fuente existentes en la misma ley. En este sentido, Rajmilovich aclara que *“esta configuración de las ganancias de fuente extranjera abona la tesis consistente en que uno de los criterios rectores del diseño legal de la instrumentación de la renta mundial por la*

1 Abogado, UBA. LL.M. in International Taxation, University of Florida. Docente UBA y UTDT. Socio de Estudio Levene.

2 Ley 11.682, publicada en el Boletín Oficial el 12/1/33.

3 Ley 20.628 (según texto ordenado 1997 por decreto 649/97 y sus modificaciones), publicada en el Boletín Oficial el 6/8/97.

4 Decreto ley 14.342/46 publicado en el Boletín Oficial el 27/5/46, artículo 3.

5 La ley 24.073, publicada en el Boletín Oficial el 13/4/92, modificó el artículo 1 de la LIG incorporando el criterio de renta mundial para los residentes. Recién con la sanción de la ley 25.063, publicada en el Boletín Oficial el 30/12/98, el criterio de renta mundial se consideró plenamente aplicable. Este razonamiento fue confirmado por la Corte en “Devotto Solari, Oscar N.”, 8/6/10.

6 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 2000, pág. 103.

7 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 104.

ley 25.063 es el carácter suplementario de las rentas foráneas, con relación a las tipificadas como ganancias de fuente argentina. El legislador exhibe preferencia por la fuente local, cuando se trata de ganancias derivadas de fuente en parte ubicadas en el país y en parte en el exterior⁸.

3. ¿EXCEPCIÓN O AMPLIACIÓN AL CRITERIO DE FUENTE?

Los artículos del 6 al 16 de la LIG establecen, mediante el uso de presunciones, situaciones que también son consideradas de fuente argentina y reglas para determinar la ganancia. Podría discutirse si estas situaciones serían igualmente consideradas de fuente argentina bajo el escrutinio del criterio general de fuente sentado por el artículo 5, aunque la respuesta seguramente sea no.

Es discutida cuál es la naturaleza de las situaciones conceptuadas por los artículos mencionados, incluyendo respecto del artículo 12 cuando establece que *“serán considerados ganancias de fuente argentina las remuneraciones o sueldos de miembros de directorios, consejos u otros organismos –de empresas o entidades constituidas o domiciliadas en el país– que actúen en el extranjero”*. Asimismo, cuando dispone que *“...serán considerados de fuente argentina los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior”*.

En este sentido, Raimondi y Atchabahian estiman que el artículo 12 *“consagra una excepción al principio general del artículo 5”*⁹. Villegas también cree que se trata de excepciones al principio de fuente¹⁰. Lorenzo, Bechara, Calcagno, Cavalli y Edelstein coinciden en que *“el artículo 12 de la ley establece un criterio de excepción de la fuente, al considerar ganancias de fuente argentina...”*¹¹. Molas, del mismo modo, afirma que *“se trata de una verdadera excepción al principio de la fuente territorial pues el referido asesoramiento resulta de una labor o prestación concretada en forma total o, al menos, prioritaria, fuera del país”*¹².

Por su parte, Forcada explica que *“estas reglas [los artículos 6, 7, 9, 10, 12, 13 y 16 de la LIG] no prescinden del elemento territorial como momento de vinculación de las rentas y, como tal, no se trata de excepciones al principio de la fuente consagrado en el artículo 5 de la LIG, sino de una concepción más amplia del criterio de fuente”*¹³. Y agrega, citando a Raimondi, que *“la circunstancia de que en algunas de estas reglas no sean exactas las bases de medición, o de separación, entre lo que debe entenderse como renta nacional y extranjera, no constituye una alteración al principio de fuente, sino meramente un defecto técnico, susceptible o no de corregirse, según los casos”*¹⁴.

En la misma línea se encuentra Fernández, quien si bien no opina respecto de la naturaleza del artículo 12, pareciera que considera que se trata del principio de fuente, cuando explica que *“estas presunciones –de algún modo significan un reconocimiento de la dificultad de aplicación del criterio– sirven para solucionar situaciones confusas, pero desnaturalizan en mayor o menor medida la idea, aparentemente tan simple, de la territorialidad [fuente]”*. Y agrega que *“existen múltiples casos en los que estas y otras muchas cuestiones no pueden ser abordadas con exactitud por la ley tributaria”*. Por ello, sostiene, *“...es frecuente que el legislador recurra a presunciones para establecer la base imponible”*¹⁵.

Pero la explicación central para concluir que se trata de una concepción amplia o de una extensión del criterio de fuente, la da Reig, cuando dice que *“se alcanza a estas actividades [las que generan la renta del artículo 12] que ellos realizan [los sujetos extranjeros], en función de hechos o episodios económicos a*

8 Rajmilovich, Darío M., *La renta mundial en el impuesto a las ganancias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 105.

9 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 161.

10 Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 546.

11 Lorenzo, Armando; Bechara, Fabián; Calcagno, Gabriel A.; Cavalli, César M. y Edelstein, Andrés M, *Tratado del Impuesto a las Ganancias*, Ed. Errepar, Buenos Aires, 2005, pág. 63.

12 Molas, Lilita, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, *La Información*, T. 72, agosto 1995, pág. 207.

13 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, *Doctrina Tributaria Errepar*, N° 396, marzo 2013, pág. 218.

14 Ver Raimondi, Carlos A., “Réditos de fuente argentina”, *Derecho Fiscal*, T. VII, pág. 316 y Reig, Enrique J., “El criterio de territorialidad de la fuente vs. el domicilio, residencia o nacionalidad en la opción de los países en proceso de desarrollo”, *La Información*, T. LX, septiembre 1989, pág. 395.

15 Fernández, Luis O., “Criterios de la territorialidad y de la residencia, un análisis crítico”, trabajo presentado en el X Congreso Tributario de CPCECABA, disponible en www.estudio-contable-fd.com.ar (revisado por última vez en octubre 2015).

que se dirigen, que tienen lugar en el país y esta circunstancia es la escogida por el legislador para definir la existencia de fuente argentina”¹⁶.

Forcada adhiere y explica en este sentido que “...aun uno de los supuestos que más ha ampliado la noción de fuente como es el asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior, no se pierde la vinculación territorial debido a la exigencia que el conocimiento transmitido mediante el asesoramiento tenga una relación causal inmediata con hechos o actividades en Argentina”¹⁷.

Los argumentos brindados por Reig y Forcada podrían servir para concluir que la Argentina ha respetado el criterio de fuente ya que aún el artículo 12 tiene una conexión de territorialidad. Como argumento extra, Forcada destaca que “la LIG no ha receptado para este caso el estándar de utilización económica”¹⁸ ni tampoco la regla del pagador de rentas¹⁹, existentes en la legislación comparada, sino un umbral –si bien difuso y ambiguo– más restringido que aquellas nociones, en cuanto exige que el conocimiento involucrado en el acto de asesoramiento redunde casualmente en un hecho o actividad en Argentina”²⁰.

Sin perjuicio de lo expuesto, también podrían encontrarse argumentos para arribar a una conclusión diferente. Las rentas cubiertas por el artículo 12 son retribuciones derivadas de una actividad. Resulta claro que no refieren a un bien –material o inmaterial–, ya que si fuera este el caso, dichas rentas ya serían consideradas de fuente argentina o extranjera por aplicación del artículo 5.

La regla establecida por el criterio general de fuente del artículo 5 respecto de las actividades está dada por el lugar de ocurrencia. En el caso de los servicios por el lugar de prestación. Esta regla general sigue, por ejemplo, el criterio establecido por la legislación norteamericana²¹.

Si se adoptara una posición restrictiva podría afirmarse que el artículo 12 excede el concepto de fuente clásico.

Esto no quiere decir que si un país pretende cobrar impuestos respecto de servicios prestados en el exterior por un extranjero en beneficio de un residente, esté excediendo el ámbito de aplicación espacial de su soberanía tributaria, ya que se han encontrado criterios para justificar su tributación (por ejemplo, utilización económica o regla del pagador). Justamente, el ejercicio de la soberanía fiscal permite a un país definir el alcance del concepto de fuente. La duda radica en cuál es el límite y si siempre deberá existir algún tipo de punto de conexión, aunque sea indirecto, que justifique la sujeción de dicha renta²².

4. UTILIZACIÓN ECONÓMICA

Como ya lo hemos mencionado, el criterio de utilización económica se encuentra presente en la definición de fuente incluida en la LIG, exclusivamente respecto de bienes, pero no de servicios²³.

La LIG no incluye una definición de bienes, pero como afirman Raimondi y Atchabahian²⁴, parece lógico remitirnos a la legislación de fondo. El Código Civil establecía que los bienes incluyen los bienes

16 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, Ediciones Macchi, 2001, pág. 117.

17 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

18 Ver artículo 9, inciso J), ley de impuesto sobre las rentas del Perú, texto único ordenado mediante el D. Supremo 179-2004-EF, citado en Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218, nota al pie 16.

19 Ver artículo 685 del impuesto sobre las rentas de Brasil, texto según decreto 3000/99. En virtud de un criterio que se aplica hace más de treinta años, salvo escasas excepciones todos los pagos efectuados por un residente brasileño a no residente está sujeto a una alícuota general de retención del 15%, citado en Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218, nota al pie 17.

20 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

21 Ver *Internal Revenue Code*, Sections 861 y 862.

22 Una situación interesante está dada por las normas que gravan la venta indirecta de acciones (como por ejemplo en Chile, India o Perú). Este tema será tratado en profundidad por los relatores del tema 2 de estas Jornadas.

23 Parece no estar de acuerdo con esta postura Mirna Screpante cuando afirma que no comparte el punto de vista de Keiniger, cuando este último afirma que el criterio de utilización económica es un parámetro solo referido al caso de bienes. Screpante, Mirna S., “La transferencia de tecnología en el impuesto a las ganancias”, *Práctica Profesional*, 12/10/11, pág. 7.

24 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 111.

inmateriales y las cosas (bienes materiales), susceptibles de tener valor²⁵. El Código Civil y Comercial de la Nación mantiene, de alguna forma, la definición de bienes²⁶, agregando que deben tener valor económico.

Las cosas, objetos materiales susceptibles de tener valor “no pueden ser objeto de utilización sino donde están situadas”²⁷. Pero los bienes inmateriales, que no ocupan un espacio físico, sí pueden estar colocados o utilizados económicamente²⁸.

Agregan Raimondi y Atchabahian que “el Código Civil no provee el concepto de objeto inmaterial. No obstante la nota al artículo 2312 permite colegir que esa expresión es prácticamente sinónimo de un derecho”²⁹.

Resulta claro que el concepto de derecho, en su sentido amplio, incluye situaciones que claramente no son aplicables al ámbito de discusión. Quizás, los primeros conocimientos adquiridos por cualquier estudiante de derecho están vinculados con la clasificación de derechos³⁰. En este sentido, resulta lógico entender que en el ámbito de la LIG, el concepto de derechos se refiere a los “derechos patrimoniales, los que revisten el carácter de bienes, es decir, los que son susceptibles de tener un valor económico”³¹.

Esta conclusión otorgaría sentido al decreto reglamentario de la LIG cuando enumera distintas situaciones generadoras de ganancias de fuente argentina relacionadas con la utilización económica de bienes, incluyendo los derechos en dicho concepto:

“El alquiler de cosas muebles situadas o utilizadas económicamente en el país (...) Las regalías producidas por cosas situadas o derechos utilizados económicamente en la República Argentina (...) las demás ganancias que, revistiendo características similares, provengan de capitales, cosas o derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país (...) Toda otra ganancia no contemplada en los incisos precedentes que haya sido generada por bienes materiales o inmateriales y por derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país”³².

Resulta necesario realizar una distinción entre situaciones respecto de las cuales existen divergencias entre la posición del Fisco y la doctrina.

Históricamente, la posición del Fisco era que en el caso de la cesión de un derecho (bien inmaterial) la fuente estaba dada por el lugar de su utilización económica, sin importar la forma de la cesión (definitiva o temporaria) ni la retribución (pago único o regalía)³³. Incluso, en algún antecedente había aplicado la misma conclusión a un bien material³⁴, arribando a una conclusión contradictoria con el artículo 8 de la LIG³⁵.

En este sentido, la doctrina entiende que es erróneo creer que la venta de un bien intangible implica obtener ganancias en función de su futura utilización³⁶. La posición de un sector importante de la doctrina entiende que en estos casos la fuente productora se encuentra allí donde el bien fue creado o donde se realizó el esfuerzo que le dio nacimiento, o bien acaecieron los hechos o circunstancias en cuya virtud nació el derecho, advirtiendo que, solo en el supuesto de una retribución mediante regalías –donde existe una suerte de asociación en la cual el cedente participa del producido de la explotación del bien cedido–, estará la fuente productora localizada en Argentina. No así cuando el intangible es retribuido mediante un pago único, ya que, en este caso, el no residente obtuvo la renta como consecuencia del ejercicio de una actividad en el extranjero, antes que por la utilización de un derecho en Argentina³⁷.

25 Código Civil, artículos 2311 y 2312.

26 Código Civil y Comercial, artículos 15 y 16.

27 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 113.

28 No nos referiremos a la colocación de bienes inmateriales (capitales) ya que será tratado por Daniel Borrego.

29 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 112.

30 Nos referimos a la clasificación entre derechos objetivos o positivos, que incluye lo que conocemos como ramas del derecho, y los derechos subjetivos, que incluye, entre otros, a los derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

31 Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, T. II, Abeledo Perrot, 2001, pág. 174.

32 Decreto 1344/98 (publicado en el Boletín Oficial el 25/11/98, reglamentario de la LIG), artículo 9.

33 Dictamen del 1 de julio de 1962 (Boletín de la DGI, 112, 461), citado en Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 148.

34 Dictamen del 16 de noviembre de 1959 (Boletín de la DGI, 107, 62), citado en Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 147.

35 LIG, artículo 8, “las ganancias que obtienen los exportadores del extranjero por la simple introducción de sus productos en la República Argentina son de fuente extranjera”.

36 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 148.

37 En este sentido, Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 148; Reig, Enrique J., “El criterio de territorialidad de la fuente vs. el domicilio, residencia o nacionalidad en la opción de los países en prof

Tampoco existe claridad para diferenciar entre el “uso del derecho” y el “uso del bien protegido por la propiedad intelectual”, a pesar de que el Fisco aceptó informalmente que la importación de un software enlatado de uso masivo no está sujeta a retenciones en Argentina por asimilarse a una mercadería³⁸. Claramente no es lo mismo que simplemente se utilice el bien protegido por la propiedad intelectual que permitir la explotación del derecho (licenciar, sublicenciar, etc.).

La posición del Fisco parece haberse modificado en tiempos recientes. En un caso referido a una empresa argentina que proveía a una empresa extranjera la licencia de uso de un software alojado en servidores ubicados en el exterior, y que incluía el servicio de desarrollo de nuevas funcionalidades, de actualización de versiones y de mesa de ayuda prestado desde Argentina por medios electrónicos, el Fisco entendió que la renta obtenida por la empresa argentina era de fuente argentina y que, por lo tanto, las retenciones sufridas en el exterior no eran computables como crédito de impuesto. El Fisco argumentó que las rentas eran de fuente argentina al derivar de la actividad empresaria derivada íntegramente en el país por la empresa argentina³⁹.

En otro caso, el Fisco concluyó que los ingresos obtenidos de la comercialización mediante licencias de uso de un software desarrollado en el país deben considerarse como ganancia de fuente argentina ello con independencia de que su instalación se realice en el exterior vía internet o a través de un soporte físico o mediante la utilización de un servidor arrendado por la empresa, en razón de que la actividad que genera la renta se encuentra realizada íntegramente en la República Argentina⁴⁰.

Este cambio de postura presenta una situación particular, ya que *“si el Fisco fuera coherente con los lineamientos allí vertidos debiera considerar que no existe fuente argentina en el supuesto inverso, esto es, en el caso en que un no residente provea una licencia de uso de un software y servicios informáticos desde el exterior aun residente argentino, por cuanto son el resultado de una actividad desarrollada íntegramente en el exterior. De este modo, el Fisco dejaría de lado el criterio consistente en asociar la fuente productora con el lugar de la futura utilización del intangible”*⁴¹.

De esta forma, la utilización económica en el país de los derechos, como situación determinante de la configuración de fuente argentina no representaría un exceso reglamentario. Y quedaría claro que cuando el decreto hace referencia a derechos situados, colocados o utilizados económicamente, se refiere a los derechos patrimoniales contenidos dentro de la definición de bienes. También resulta claro que el criterio de utilización económica no resulta aplicable a servicios.

En este sentido, cobra especial relevancia que la utilización sea económica. Raimondi y Atchabahian habían manifestado que *“no se entiende la razón de ser del adverbio económicamente”*⁴², pero de acuerdo con Forcada, la utilización económica solo podría ocurrir cuando exista explotación del derecho en Argentina, no así cuando se pacte el simple y mero uso futuro del bien –tangible o intangible– protegido por aquel derecho mediante una retribución que consiste en un pago único. La renta generada por un pago único sería la exportación de un bien por parte de un extranjero, no sujeta al impuesto a las ganancias argentino, ya que la renta estará localizada donde se gestó el esfuerzo que le dio origen y creación⁴³.

ceso de desarrollo”, LI, T. LX, septiembre 1989, pág. 395; Teijeiro, Guillermo O., *Estudios sobre la aplicación espacial de la ley tributaria. La jurisdicción tributaria en el contexto internacional y las potestades tributarias en el orden provincial y municipal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 51-54, citado en Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

38 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

39 Dictamen 62/11 citado en Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

40 Dictamen DAT 13/12, 22/6/12.

41 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

42 Raimondi, Carlos A. y Atchabahian, Adolfo, *El Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 113.

43 Forcada, Carlos A., “Algunas reflexiones en torno a la propiedad intelectual y la ubicación de la fuente productora de las rentas”, ob. cit., pág. 218.

5. ASISTENCIA TÉCNICA

El artículo 12 de la LIG se ocupa de dos situaciones. Por un lado, se refiere a *“las remuneraciones o sueldos de miembros de directorios, consejos u otros organismos –de empresas o entidades constituidas o domiciliadas en el país– que actúen en el extranjero”* y, por el otro, a *“los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior”*.

El primer supuesto no requiere un análisis demasiado profundo, pues *“es de claro contenido”*⁴⁴. Respecto de este supuesto, podríamos utilizar cualquiera de los argumentos brindados más arriba para justificar su inclusión como fuente argentina. Ya sea la posición de la utilización económica como la regla del pagador o, incluso, la teoría de Reig o Forcada respecto de la relación de los servicios ocurridos en el exterior con hechos ocurridos en Argentina.

Cabría preguntarse si la opinión sería la misma en un supuesto en donde el director que reside en el extranjero no actúe, ni vote, ni analice, ni decida absolutamente nada respecto de la sociedad, sino que simplemente cobre un honorario por estar nombrado como director.

Distinto sería el resultado si el director actuase en el país, en cuyo caso, la aplicación del artículo 12 sería innecesaria, ya que la renta obtenida como consecuencia de dicha actividad se encontraría alcanzada por la regla de fuente general del artículo 5⁴⁵.

El concepto de asesoramiento técnico, financiero o de otra índole, sí requiere un mayor análisis. Como ya sabemos, la LIG no contiene una definición de asesoramiento técnico. Tampoco la reglamentación. El concepto se desarrolló a través de la jurisprudencia administrativa (básicamente, dictámenes de la AFIP) y judicial, incluyendo fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La doctrina también ha contribuido al debate.

En este sentido, Gotlib y Vaquero entienden que *“el elemento que caracteriza a un servicio como asesoramiento técnico es la transmisión –a través de un dictamen, consejo, etc.– de conocimientos científicos y/o empíricos elaborados especialmente o adquiridos con anterioridad por el prestador del servicio”*⁴⁶.

Reig entiende que *“el concepto que nos ocupa comprende toda prestación que signifique la transmisión por cualquier medio (dictamen escrito, consejo oral, planos, especificaciones, etc.) de conocimientos científicos y/o empíricos, elaborados especialmente o adquiridos con anterioridad por el dador, siempre que –como bien lo señala Vicchi–⁴⁷, sean antecedente temporal mediato o inmediato de la realización de actividades o actos económicos en nuestro país, en función de los cuales se elaboren o transmitan”*. Y agrega que *“de tal modo, se diferencia con transmisión de conocimientos producidos en el exterior ajenos a la fuente argentina como lo serían los que se dan a través de un libro o manuales técnicos, un diseño tipo de una planta industrial, etc., que puedan aplicarse tanto al nuestro, como a otros países”*⁴⁸.

Vicchi *“extiende el significado de asesoramiento técnico a cualquier tarea que implique una labor intelectual de quien la presta, esto es un consejo, una instrucción, una advertencia, una indicación o una enseñanza”*⁴⁹. Todo ello, *“...en la medida en que permita la aplicación de sus mayores conocimientos o experiencia sobre determinado tema, en beneficio del fin para el que fue requerido”*⁵⁰.

Como podrá notarse, no existen diferencias sustanciales respecto de lo que entiende la doctrina por *asesoramiento*, a tal punto que la doctrina coincide en que algunas pautas generales⁵¹ que permiten caracterizar al asesoramiento técnico son las siguientes:

“a) La información transmitida mediante la prestación del asesoramiento contiene elementos propios de una creación intelectual o que reflejan experiencias empíricas subjetivas.

44 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 118.

45 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 118.

46 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 152.

47 Vicchi, Juan Carlos, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, LI, LVIII, 1067, citado en Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 120.

48 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 120.

49 Cfr. Vicchi, Juan Carlos, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, LI, LVIII, 1067, citado en Seoane, Ofelia, “Criterio de fuente y su aplicación a las rentas pasivas”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXIII, agosto 2012.

50 Ídem.

51 Vicchi, Juan Carlos, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, LI, LVIII, 1067, citado en Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, ob. cit., pág. 148.

- b) *El asesoramiento prestado desde el exterior es requerido para el desarrollo de actividades económicas en nuestro país, que tienen relación directa con las características salientes del asesoramiento.*
- c) *Las tareas desarrolladas en el país mediante el asesoramiento tienen continuidad temporal mediata o inmediata con él.*
- d) *El precio pagado por el asesoramiento entre, en general, en la corriente formativa de los costos de los bienes que se producirán o de los servicios que se prestarán mediante su concurso*⁵².

5.1. Asesoramiento técnico y asistencia técnica

Los antecedentes mencionados hicieron –en opinión de Reig⁵³– una innecesaria referencia al concepto de regalías. A efectos de la LIG⁵⁴, las regalías son una forma de contraprestación calculada en función de producción, de venta o de explotación⁵⁵. La forma de retribución no es uno de los elementos determinantes del asesoramiento técnico.

Este error conceptual fue recogido por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI) cuando definió qué es lo que debía entenderse por asistencia técnica, ingeniería o consultoría, a los efectos de gozar de la alícuota de retención reducida prevista en el inciso a) del artículo 93 de la LIG, a saber:

*“Servicios de asistencia técnica, ingeniería o consultoría, son aquellos brindados conforme las “reglas del arte”, que se cumplan bajo la forma de locación de obra intelectual o locación de servicios, se paguen en forma proporcional a la duración o monto del trabajo realizado y en los que el proveedor asuma una obligación de brindar prestaciones específicas predeterminadas. Merecen citarse a título de ejemplo los siguientes servicios: ingeniería conceptual, estudios de prefactibilidad o factibilidad, ingeniería básica, ingeniería de detalle, supervisión del montaje de máquinas o instalaciones o de la construcción de plantas, asistencias técnicas para la correcta operación de las mismas, capacitación. La transferencia de conocimientos técnicos que se verifica mediante prestaciones de tracto sucesivo o que se retribuyan mediante una regalía sobre el precio neto de venta o volumen de producción de los productos o servicios licenciados, o la verificada a partir de necesidades generales o indeterminadas o eventuales, en el momento de suscribirse el acuerdo, no podrá incluirse en este apartado”*⁵⁶.

La definición de asistencia técnica fue modificada en 2005. Por un lado, se amplió el concepto pero se mantuvo el error de diferenciar sobre la base de la forma de pago. Se definió a la “asistencia técnica, ingeniería, y/o consultoría” como *“aquellas prestaciones que se cumplan bajo la forma de locación de obra o servicios, en la medida en que impliquen un conocimiento técnico aplicado a la actividad productiva de la contratante local y la transmisión a esta o a su personal de dicho conocimiento, ya sea en todo o en parte del mismo, mediante capacitación, recomendaciones, guías, indicaciones de mecanismos o procedimientos técnicos, suministro de planos, estudios, informes o semejantes”*. A su vez, se dispuso que debe entenderse *“...como asistencia siempre que su contraprestación se abone en forma proporcional a los trabajos, que deberán ser previamente determinados en forma concreta y precisa en el instrumento contractual, admitiéndose la inclusión, dentro del monto a abonar, de los gastos de pasajes, viáticos, estadías, en la medida en que su asunción por el adquirente en el contrato permita considerar dicho gaste como parte del costo total de la prestación”*⁵⁷.

A veces se confunde al asesoramiento técnico con la asistencia técnica. El concepto de asesoramiento técnico es una regla de fuente, en cambio, el de asistencia técnica constituye un término relevante a efectos de determinar la base neta presunta, a efectos del cálculo de la retención⁵⁸. Sin embargo, no existe una relación de género-especie entre ambos.

Como bien explica Reig, *“algunos de los trabajos comprendidos en la conceptualización dada por nuestros tribunales, en coincidencia con los que define el INTI, podrían ser comprensivos de situaciones en que se*

52 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, ob. cit., pág. 148.

53 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 119.

54 LIG, artículo 47.

55 Es verdad que el término regalías, o *royalties*, sí tiene un significado distinto en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición.

56 Resolución INTI 13, publicada en el Boletín Oficial el 18/5/87.

57 Resolución INPI P-328, publicada en el Boletín de Marcas el 19/10/05.

58 El concepto de asistencia técnica también puede ser relevante para determinar el poder de imposición del Estado de fuente o Estado de residencia, en el contexto de un convenio para evitar la doble imposición.

genera renta de fuente argentina por el criterio de fuente del artículo 5 de la ley (p.ej., actividades de supervisión del montaje de plantas, realizadas en el país)⁵⁹.

En un supuesto como el explicado por Reig, podría ocurrir que la renta sea de fuente argentina por aplicación del artículo 5, y no del artículo 12, pero resulte aplicable la alícuota de retención reducida prevista por el inciso a) del artículo 93 de la LIG.

5.2. Antecedentes jurisprudenciales. Primera etapa

La opinión del Fisco fue evolucionando, con una tendencia marcada hacia la ampliación del concepto, a tal punto que, en tiempos recientes, se han incluido situaciones naturalmente ajenas a sus definiciones primigenias.

Existen unos primeros dictámenes en los que el Fisco aplicaba el concepto de asesoramiento técnico de manera restrictiva. Por ejemplo, concluyó que *“el diseño de dibujos y ciclos de elaboración con señalamiento de tiempo y costos”*⁶⁰, *“un premio pagado a un profesional del exterior por un proyecto de edificio a ser construido en Argentina”*⁶¹ y *“la enajenación definitiva de un trabajo científico que ha dado lugar a un proceso o método determinado con individualidad propia e indivisible”*⁶² no resultaban asesoramiento técnico.

Incluso, el propio director general manifestaba por escrito que *“en el supuesto de que un tercero encomendara a una persona o instituciones altamente técnicas, la realización de un trabajo específico con el fin esencial de satisfacer aspectos tecnológicos de utilización económica exclusiva, que responda en los hechos a la creación de una verdadera obra científica aplicable en el sector de la economía que lo motiva, es decir, que para satisfacer el trabajo se tienen que estudiar aspectos propios y exclusivos al caso que lo requiere, traducido en una tarea u obra con individualidad propia, tal situación permite ubicar el problema fuera de la calificación de asesoramiento”*⁶³.

Sin embargo, existían situaciones conflictivas que motivaron los primeros antecedentes jurisprudenciales a finales de la década del 60.

En el caso “Philips” se entendió como asesoramiento prestado desde el exterior a aquel que se exteriorizó mediante consejos, instrucciones e informaciones que facilitaron la utilización o aplicación de la experiencia recogida por la empresa del exterior sobre determinadas materias complementada con manuales, planos y demás elementos accesorios en los que se halla plasmada esa experiencia⁶⁴. En la misma línea se resolvieron los casos “Fader” y “Esso”⁶⁵.

En el caso “Nestlé”⁶⁶, la CSJN tuvo la oportunidad de expedirse y, confirmando la sentencia de Cámara que había revocado la decisión del TFN, resolvió que constituían asesoramiento técnico los proyectos de edificios y nuevas instalaciones, así como los análisis de muestras de productos. La Cámara continuó con la postura de la CSJN de ampliar el concepto en el caso “PASA”⁶⁷, al revocar una sentencia del TFN, pues entendió que la confección realizada por una empresa del exterior, de documentación técnica y manual de funcionamiento preparados para exigir y operar una planta, era asesoramiento técnico.

5.3. Antecedentes jurisprudenciales. Segunda etapa

Durante los últimos 20 años, la AFIP ha emitido varias opiniones en las que se refirió a distintas situaciones que fueron consideradas, o no, asesoramiento técnico, financiero o de otra índole.

59 Reig, Enrique J., *Impuesto a las Ganancias*, ob. cit., pág. 120.

60 Dictamen de Asesoría Técnica del año 1959, citado en Molas, Liliana, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, ob. cit., pág. 209.

61 Dictamen 17/62, citado en Molas, Liliana, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, ob. cit., pág. 210.

62 Dictamen 35/63, citado en Molas, Liliana, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, ob. cit., pág. 210.

63 Boletín de la DGI, septiembre/68, pág. 175/193, citado en Molas, Liliana, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, ob. cit., pág. 210.

64 TFN, Sala D, “Philips Argentina SA”, 6/6/69, citado en Molas, Liliana, “El asesoramiento técnico prestado desde el exterior”, ob. cit., pág. 210.

65 TFN, Sala D, “Esso SA Petrolera Argentina”, 4/8/69 y TFN, Sala C, “Fader SAIC”, 28/8/69, citados en Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, ob. cit., pág. 147.

66 CSJN, “SA Nestlé de Productos Alimenticios”, 15/2/79.

67 CNFCA, Sala I, “PASA Petroquímica Argentina SA”, 28/4/81.

En una consulta efectuada por el Instituto de Comercio Exterior de Venezuela, se entendió que los servicios de ingeniería prestados por profesionales que no son residentes en el país constituían asesoramiento técnico, haciendo expresa referencia a la resolución del INTI y a la definición brindada por Reig⁶⁸.

A la misma conclusión se arribó en los siguientes casos:

- a) Asesoramiento jurídico prestado por un estudio jurídico de y desde los Estados Unidos, a efectos de determinar la procedencia o no de demandar en aquel país a una compañía domiciliada en las Islas Bermudas⁶⁹.
- b) Reembolso de gastos solicitado por un Banco del exterior a un sujeto residente argentino por servicios prestados por consultores independientes, contratados por el Banco, en el marco de tareas que el Banco efectuaba a los fines de garantizar, estructurar y organizar la financiación bancaria de un proyecto a realizarse en el país⁷⁰.
- c) Elaboración de una propuesta para establecer criterios o estándares de reconocimiento de oferta pública y habilitación de los intermediarios para ofrecer profesionalmente dichos valores en sus respectivos mercados, tarea que será llevada a cabo íntegramente en el exterior⁷¹.
- d) Toma de muestras de los efluentes que surgen como residuos de una actividad [en Argentina], envío a Nueva Zelanda de las muestras, a fin de conocer la degradabilidad del efluente derivado de las industrias que los generan y, establecer inicialmente, las posibilidades de obtención de energía alternativa (biogás), análisis del sector de desarrollo tecnológico [en Nueva Zelanda] a fin de que analicen el proyecto más apropiado a las características del caso, enviando como producto final, los planos, manuales y esquemas, a fin de que en la planta del cliente (productor) [en Argentina] se construya un biogestor anaeróbico y, eventualmente, al mismo se le conecte el generador de electricidad más apropiado, y finalmente, se opere el desarrollo para el fin buscado⁷².

También existen antecedentes en los cuales la AFIP entendió que no correspondía la categorización de los servicios analizados dentro del concepto de asesoramiento técnico, a saber:

- a) Los servicios que brindan abogados del exterior destinados a proveer auxilio letrado en un proceso judicial cuyo desenvolvimiento se produce en un fuero externo⁷³ y los servicios legales que brindan varias firmas del exterior, que representan a un contribuyente argentino en actuaciones judiciales ante los Tribunales de Distrito de Nueva York de los Estados Unidos de América⁷⁴.
- b) El análisis en el exterior de muestras tomadas en nuestro país. Un centro especializado en el diagnóstico de cáncer enviaría a un laboratorio del exterior muestras de pacientes para que el laboratorio del exterior realice un estudio y envíe los resultados en un informe. Posteriormente se cobraría a los pacientes un cargo administrativo más el recupero del costo de envío y del servicio cobrado por el laboratorio extranjero⁷⁵.
- c) Bajo un contrato de agencia entre un residente y una sociedad de Estados Unidos, los servicios de promoción y venta de productos y servicios desarrollados por el ente administrador de un astillero argentino y la gestión de operaciones de crédito de acuerdo a las necesidades del ente administrador⁷⁶.
- d) Servicios de calificación de riesgo, requeridos como consecuencia de un bono emitido por un residente argentino, en el marco del Programa de Eurobonos⁷⁷.
- e) Servicio de adaptación de un programa informático ya existente, teniendo en cuenta pautas que daría la empresa argentina⁷⁸.

68 Dictamen DAT 40/96, 2/5/96.

69 Dictamen DAT 60/96, 21/6/96.

70 Dictamen DAT 2/00, 26/1/00.

71 Dictamen DAT 10/07, 9/3/07.

72 Dictamen DAT 22/10, 13/5/10.

73 Dictamen DAT 69/96, 4/7/96.

74 Dictamen DAT 39/99, 30/6/99.

75 Dictamen DAT 103/96, 24/10/96.

76 Dictamen DAT 46/99, 17/7/99.

77 Dictamen DAT 29/02, 29/4/02.

78 Dictamen DAT 35/02, 27/3/02.

5.4. Antecedentes jurisprudenciales. Tercera etapa

En años recientes el TFN y la justicia han dictado una serie de fallos a través de los cuales se ha desvirtuado el alcance del concepto de asesoramiento técnico. Estos antecedentes han adoptado líneas de razonamiento que no conciden con la interpretación histórica que la autoridad fiscal, la jurisprudencia (administrativa y judicial) y la doctrina le brindaron al concepto de asesoramiento técnico.

El riesgo recae en la posibilidad de que, en el futuro, la renta derivada de cualquier servicio prestado en el exterior, cuyo prestatario sea un residente argentino, sea considerada de fuente argentina.

En el caso “Ciccone”⁷⁹, por ejemplo, se discutió si los servicios de coordinación, administración y control financiero y cualitativo del negocio de impresión y venta de billetes, prestados por empresas extranjeras en el exterior, constituían un asesoramiento técnico, financiero o de otra índole. Este caso tuvo la particularidad de que la sociedad local no pagó por los servicios, sino que una de las sociedades del exterior, que había actuado como agente de cobro y pago, retuvo unas comisiones en concepto de pago.

El Fisco argumentó que los servicios prestados desde el exterior por los sujetos del exterior se encontraban afectados a la obtención de ganancia gravada por la LIG. Sin embargo, el TFN fue más allá, al explicar que a los servicios *“se extiende un vínculo jurisdiccional teleológico de localización territorial, una especial hipótesis de extensión del principio de fuente por la utilización económica del servicio, que indica concretamente el artículo 12, párrafo 2, de la ley, por el que algunas actividades o servicios brindados desde el exterior se alcanzan en función de ‘hechos o episodios económicos a que se dirigen...’ y en donde ‘...esta circunstancia es... escogida por el legislador para definir la existencia de fuente argentina”*⁸⁰.

Esta línea de argumentación fue reiterada en el caso “Supercanal”⁸¹ para concluir que los servicios de asesoramiento que distintos estudios de abogados domiciliados en Estados Unidos prestaron a los bancos titulares de los préstamos sindicados contra el deudor eran asesoramiento técnico, considerando que el pago de los honorarios de los abogados se encontraba, contractualmente, a cargo del deudor argentino.

En este caso, el TFN consideró *“...indudable que los servicios pagados por el recurrente, debiendo actuar como agente de retención, eran para ser utilizados económicamente en las operaciones que el Holding llevaba a cabo en la Argentina”*. Agregó que *“la incidencia económica de la operatoria”* tenía *“indudable direccionamiento a las operaciones comerciales locales de la actora”*. Es decir, *“...que la incidencia económica en el pago de los servicios, más precisamente, quien está a cargo de los mismos, es un elemento determinante a favor de la tesis fiscal de particular relevancia en el ámbito tributario que precisando, de sólida e irrefutable prueba en contrario, la misma no ha sido producida en estas actuaciones”*⁸².

También se utilizó este criterio en el caso “Unión Pak”⁸³, donde se trató el caso de una empresa argentina que se dedicaba a la actividad de correo internacional, es decir, el transporte de correo fuera de la Argentina. Como no contaba con instalaciones, personal o recursos en el exterior, Unión Pak celebró un contrato de complementación con UPS Worldwide Forwarding Inc. En esencia, el contrato entre Unión Pak y UPS funcionaba de la siguiente manera. Un cliente en la Argentina quería, por ejemplo, enviar un sobre a una determinada dirección en una ciudad en Estados Unidos. Por este servicio, el cliente abonaba \$ 100 a Unión Pak. Esta empresa se encargaba de llevar el sobre hasta el aeropuerto, realizaba los trámites aduaneros necesarios, y le pagaba a Aerolíneas Argentinas para que llevara ese sobre hasta el aeropuerto de Miami. Una vez allí, le entregaba el sobre a UPS, quien se hacía cargo de transportarlo hasta la ciudad y la dirección del destinatario. Unión Pak abonaba a UPS \$ 67 por el servicio brindado, gasto que deducía impositivamente. Cuando se daba la situación inversa, es decir, cuando un cliente ubicado en Estados Unidos quería enviar un sobre a una dirección en la Argentina, era UPS quien recibía el sobre, lo transportaba hasta el aeropuerto de Miami, y una vez allí, Unión Pak tomaba el sobre, lo traía a la Argentina y lo llevaba hasta la dirección del destinatario. En este caso, UPS le pagaba a Unión Pak una suma fija por su tarea, \$9.

El tema en discusión eran los pagos que Unión Pak le hacía a UPS. En nuestro ejemplo, los \$ 67 que Unión Pak le pagaba a UPS por sus “servicios de transporte”. La AFIP sostenía que dichos pagos eran de fuente argentina y, por lo tanto, Unión Pak debería haber efectuado una retención de impuesto a las ga-

79 TFN, Sala B, “Ciccone Calcográfica SA”, 5/7/05, CNFCA, Sala I, “Ciccone Calcográfica SA (TF 19.236-1) c/DGI”, 3/8/10.

80 Sala B del TFN, “Ciccone”, considerando 5.6.

81 TFN, Sala B, “Supercanal Holding SA”, 28/6/06.

82 Sala B del TFN, “Supercanal”, considerando VI, sexto párrafo.

83 TFN, Sala C, “Unión Pak SA”, 6/7/10.

nancias. Por su parte, Unión Pak era de la idea de que dicha ganancia era de fuente extranjera y que, como la obtenía un sujeto no residente (UPS), los pagos no se encontraban sujetos a retención, porque estaban fuera del poder de imposición de la Argentina⁸⁴.

Al seguir la línea argumental sentada en el caso “Ciccone”⁸⁵, el TFN concluyó que los servicios son utilizados económicamente en la Argentina y que se encuentran afectados a la obtención de ganancias gravadas por la LIG. El fallo ni siquiera citó cuál era la norma de fuente que resultaba aplicable, y no encuadró los servicios como asesoramiento técnico, pero entendemos que esa fue la intención.

En el caso “Priu”⁸⁶, la situación era parecida. El TFN consideró que constituían asesoramiento técnico las tareas prestadas por un asesor financiero del exterior, que consistían en: a) asistir a los accionistas vendedores de una sociedad a preparar una circular que describa a la sociedad, sus operaciones, su comportamiento histórico y las perspectivas futuras; b) identificar y contactar adquirentes calificados que sean aceptables por los accionistas vendedores, y c) asistir a los accionistas vendedores para negociar los aspectos financieros, legales y tributarios de cualquier operación propuesta⁸⁷.

El TFN concluyó que *“siendo que el aprovechamiento de tales lo obtienen los contratantes residentes en el país y es en el país donde se los utiliza y donde se toman las decisiones, es evidente que el asesoramiento o asistencia es prestado desde el exterior y no en el exterior, como pretende el apelante, desde el momento que no existe en autos constancia alguna de que los usuarios del servicio no lo hayan empleado dentro del país y menos aún, que las tareas complementarias derivadas de dicha asistencia se hayan ejecutado fuera del país”*. Agrega que *“aun admitiendo que parte significativa de los servicios contratados se realizan en el exterior, no hay dudas de que la prestación recibida por el recurrente encuadra con justeza en lo previsto por el segundo párrafo del citado artículo 12 de la ley del tributo”*⁸⁸.

El caso “Priu” es llamativo porque no hace referencia explícita al argumento brindado en “Ciccone”. Tiene sentido, ya que dicho razonamiento requiere que los servicios prestados desde el exterior por los sujetos del exterior se encuentren afectados a la obtención de ganancia gravada por la LIG, y la ganancia que obtuvo el contribuyente –ganancia de capital por venta de acciones– no estaba gravada.

Estos antecedentes parecen confundir el elemento territorial como momento de vinculación de la renta que menciona Forcada, basándose en Reig, con la inclusión lisa y llana del criterio de utilización económica de los actos o actividades como un supuesto adicional de fuente. Este supuesto no está contemplado en el artículo 5 de la LIG y no resultaría razonable concluir que el artículo 12 sí lo contempla.

Asimismo, en el caso “Supercanal”, se menciona la regla del pagador, aludida por Forcada como argumento adicional para reforzar la gravabilidad de los pagos en discusión.

Un párrafo aparte merece el caso “El Chocón”⁸⁹, en el cual se discutía si los servicios prestados por sociedades del exterior que consistían en realizar gestiones para obtener financiación bancaria, eran considerados asesoramiento técnico. Las empresas del exterior consiguieron que el residente argentino obtuviera un préstamo y, por ello, cobraron una comisión.

La CSJN resolvió que los pagos realizados como contraprestación de dichos servicios eran de fuente argentina *“toda vez que derivan de uno de los supuestos previstos en la norma reseñada [artículo 5 de la LIG], consistente en la colocación de bienes en el país, y en el caso de autos resulta claro que la ganancia de esas sociedad extranjeras proviene de la colocación de créditos de un tercero en el mercado argentino”*⁹⁰.

84 Verstraeten, Axel A., “Los conceptos de fuente y establecimiento permanente, en la ley de impuesto a las ganancias, a propósito del caso ‘Unión Pak SA’”, Periódico Económico Tributario, N° 455, Ed. La Ley, 25/11/10.

85 En realidad, el fallo cita el caso “Supercanal” que es posterior a “Ciccone”.

86 TFN, Sala D, “Priu, Norberto”, 25/3/08.

87 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, ob. cit., pág. 149.

88 Sala D del TFN, “Priu”, considerando VIII.

89 CSJN, “Hidroeléctrica El Chocón SA (TF 19.399-I) c/DGI”, 17/9/13.

90 CSJN, “El Chocón”, considerando 6.

5.5. Aplicación discrecional del concepto de asesoramiento técnico

No resulta claro si fue la AFIP o el TFN quien se refirió por primera vez a la utilización económica de los servicios en el contexto del asesoramiento técnico⁹¹. Pero la mutación del concepto de asesoramiento técnico, con las limitaciones explicadas, al de asesoramiento técnico entendido como utilización económica de los servicios, fue rápidamente adoptado por la AFIP.

Los casos "Aerolíneas"⁹², "Austral"⁹³ y "LAPA"⁹⁴ representan un adelanto de lo que podría suceder si seguimos con la tendencia de ampliar el concepto de asesoramiento técnico a cualquier servicio prestado en el exterior.

Según relatan los fallos mencionados, las aerolíneas argentinas referidas firmaron con Amadeus Marketing SA, una sociedad española, un "Contrato de Transportador Participante" y un "Contrato de Usuario al Sistema Amadeus" con fechas 4 de julio de 1989 y 1 de enero de 1993, respectivamente. Estos contratos regulan la relación entre Amadeus y las distintas líneas aéreas y establecen las reglas del "Sistema Amadeus". Este sistema involucra un *software* que funciona como una base de datos interactiva que recopila datos de distintos clientes, entre otros, líneas aéreas, hoteles, compañías de alquiler de autos, y los pone a disposición de los usuarios, es decir, los mismos clientes y las agencias de viajes. Los clientes son los que proveen la información necesaria (tarifa, disponibilidad, horarios, etcétera) para la consulta de los usuarios. Los clientes no pueden modificar la base de datos; Amadeus es quien procesa los datos recibidos y los incorpora a la base. Amadeus no cobra a los clientes por publicar su información, sino que sólo percibe una comisión cada vez que se realiza una reserva a través del Sistema Amadeus.

Amadeus tiene oficinas en varios lugares alrededor del mundo pero las más importantes son las de Madrid, España, donde reside Amadeus y se comercializan los productos y servicios; Sophia Antípolis, Francia, centro de desarrollo tecnológico, y Erding, Alemania, lugar de ubicación de las computadoras centrales y donde se procesan los datos recibidos por los clientes de Amadeus.

Los argumentos de la autoridad fiscal en aquellos casos han variado considerablemente. De la lectura de los fallos relacionados surge que la autoridad fiscal ha dicho: a) que existe un derecho de autor por la utilización económica del *software* en la Argentina⁹⁵; b) que si bien el procesamiento ocurre en el extranjero, específicamente en Erding, Alemania, la reserva que le da origen ocurre en Argentina, concluyendo que la renta que deriva de dicha relación es de fuente argentina⁹⁶; c) que "lo que se grava es la utilización económica de un sistema informático y no un contrato en el que un *software* es el objeto material de la prestación"⁹⁷, y d) "que la utilización de un sistema (concesión de uso de programas de ordenador) de reservas de pasajes, es necesariamente el primer paso para poder realizar la venta del pasaje y consecuentemente obtener una ganancia operativa, existiendo por ello una utilización económica del sistema en el país, por lo que la recurrente paga un precio excesivo y cuyo monto se gira al exterior"⁹⁸.

Los tribunales que intervinieron agregaron una cuota de creatividad interesante a la discusión, al decir: a) que se trataba de la utilización económica de una cosa en la Argentina⁹⁹; b) que el servicio opera como una suerte de asistencia técnica¹⁰⁰, y el más novedoso y criticado¹⁰¹ de los enfoques, y c) que se trata de un servicio prestado en el exterior, utilizado económicamente en la Argentina¹⁰².

91 La primera vez que se encuentra mencionado es en el fallo "Cicccone" del TFN en 2005 y, por parte de la AFIP, en el dictamen 10/07. De todas formas, de los considerandos del fallo "Cicccone", no queda claro si se trata de un planteo formulado por la AFIP o una construcción del vocal.

92 TFN, Sala D, "Aerolíneas Argentinas", 12/5/04 y CNFCA, Sala I, "Aerolíneas Argentinas c/DGI", 5/2/08.

93 TFN, Sala A, "Austral Líneas Aéreas (Cielos del Sur SA)", 6/2/07 y CNFCA, Sala V, "Austral Líneas Aéreas (Cielos del Sur SA) c/DGI", 2/6/09.

94 TFN, Sala C, "Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA", 14/4/10, y CNFCA, Sala III, "Líneas Aéreas Privadas Argentinas SA (TF 21175-I) c/DGI", 8/9/11.

95 Sala A del TFN, "Austral", considerando X, segundo párrafo.

96 Sala A del TFN, "Austral", considerando IV, cuarto párrafo.

97 Sala D del TFN, "Aerolíneas Argentinas", voto del Dr. Brodsky, considerando II, segundo párrafo.

98 Ídem.

99 Sala D del TFN, "Aerolíneas Argentinas", considerando VIII, último párrafo.

100 Sala D del TFN, "Aerolíneas Argentinas", voto del Dr. Brodsky, considerando VIII, primer párrafo.

101 Verstraeten, Axel A., "El caso Austral y el concepto de fuente argentina", Periódico Económico Tributario, N° 429, 23/10/09, pág. 6.

102 Sala I de la CNFCA, "Aerolíneas Argentinas", voto del Dr. Licht, considerando 12, y Sala V de la CNFCA, "Austral", considerando X, tercer párrafo.

5.6. El asesoramiento técnico como medida antiabuso

Los países desarrollados tienen, en general, reglas de fuente muy simples respecto de los servicios. Siguiendo el modelo de Estados Unidos mencionado anteriormente, la fuente está determinada por el lugar de prestación. Son los países en general menos desarrollados, como la Argentina, los que adoptaron reglas de fuente más amplias respecto de los servicios, como es el caso del artículo 12 y el asesoramiento técnico.

No resulta claro si esta diferencia responde a una decisión de política fiscal tendiente a ampliar el concepto de fuente para aumentar la recaudación, o como medida antielusiva que apunte a evitar situaciones de abuso por parte de los contribuyentes.

Teijeiro entiende que se trata de una distorsión provocada por la definición del hecho imponible y como una causal de doble imposición internacional¹⁰³.

Gotlib y Vaquero opinan que la Corte Suprema sostuvo la finalidad antielusiva de la norma¹⁰⁴.

En el caso "Nestlé", la CSJN sostuvo, en referencia al asesoramiento técnico, que *"el precepto en cuestión, del ya citado artículo 62, inciso 1, se refiere a honorarios u otras remuneraciones pagadas por asesoramiento técnico-financiero o de otra índole, prestados desde el exterior, servicios que en virtud del principio de fuente (artículo 6 de la ley de la materia, t.o. 1960) serían gravables en el lugar en que se cumpliera, es decir, en el extranjero"*. Agregó el Tribunal que *"pese a que la circunstancia de haberse previsto sobre el particular la retención en debate, importó una limitación al antedicho principio, ella puede adscribirse al propósito de la ley, frente a la posible evasión fiscal, de optar por esa forma de prevenirla, manteniendo la deducibilidad de los pagos de que se trata en la determinación del rédito de fuente argentina"*.

La limitación a la deducibilidad de los honorarios u otras remuneraciones pagadas por asesoramiento técnico-financiero o de otra índole, prestado desde el exterior¹⁰⁵, y el requisito de registración, a fines de gozar de alícuota de retención reducida¹⁰⁶, ratifican de alguna forma dicho razonamiento y generan un doble control respecto del asesoramiento técnico.

La posición de los países menos desarrollados se ve plasmada también en el ámbito tributario internacional. El modelo de convenio para evitar la doble imposición preparado por la OCDE, que para simplificar podríamos decir que refleja la posición de los países desarrollados, otorga la potestad exclusiva de imposición al país de residencia respecto de las regalías, término en el cual se incluyen los pagos por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas. Si bien este concepto no es idéntico al de asesoramiento técnico, tiene algunos puntos comunes.

El modelo de convenio preparado por la ONU, que para simplificar podríamos decir que representa la posición del otro conjunto de países, otorga la potestad de imposición al país de fuente (de forma limitada) y al país de residencia, favoreciendo a los países menos desarrollados, normalmente destinatarios del asesoramiento técnico.

La Argentina ha logrado incluir en sus convenios, excepto para el caso de Alemania, la asistencia técnica dentro de la definición de regalía, protegiendo aún más su poder de imposición en la fuente¹⁰⁷.

6. ACTUALIZACIÓN, REDEFINICIÓN Y REVALORIZACIÓN DEL CRITERIO DE ATRIBUCIÓN AL ESTADO FUENTE

Entiendo que las normas actuales protegen adecuadamente la fuente argentina, excepto en lo referido a ítems de la economía digital. En este sentido, la norma de fuente, incorporada a nuestra legislación hace muchos años, incluso considerando las ampliaciones de dicho criterio, no contempla expresamente negocios y transacciones existentes en la economía actual.

103 Teijeiro, Guillermo O., *Estudios sobre la aplicación espacial de la ley tributaria. La jurisdicción tributaria en el contexto internacional y las potestades tributarias en el orden provincial y municipal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, pág. 70.

104 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos internacionales de la tributación argentina*, ob. cit., pág. 148.

105 Decreto reglamentario de la LIG (DRLIG), artículo 146.

106 LIG, artículo 93, inciso a).

107 Verstraeten, Axel A., "The Impact of the OECD and the UN Model Conventions on Argentina's Bilateral Tax Treaties", capítulo del libro *The Impact of the OECD and the UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*, Cambridge University Press.

En línea con lo recomendado en la acción 1 de BEPS, Argentina debe contemplar estas situaciones, no mediante interpretaciones extensivas de la ley, como intenta hacer el Fisco, sino mediante una modificación de la legislación.

Más importante aún: Argentina no es más un país importador de capital. Esta concepción para los países ha quedado atrás. Las economías actuales son importadoras y exportadoras de capital a la par, simplemente varía el rubro de la economía.

Argentina, históricamente importador de capital enfocado en industria extractiva (petróleo, gas, minería, forestal, agro), se ha convertido en un exportador de capitales enfocado en los servicios.

Además de ser sede de centros de servicios compartidos de varias multinacionales (por ejemplo, IBM, Exxon, JPMorgan, Accenture, entre otros), Argentina es un exportador de servicios de software (Globant), *e-commerce* (Mercado Libre, Despegar), entre otros.

En este sentido, Argentina no debe preocuparse solamente por capturar la renta de fuente argentina obtenida por no residentes, sino también por capturar, pero también proteger y promover, la renta de fuente extranjera obtenida por residentes.

Está claro que los pagos realizados por un residente argentino por el uso de un bien protegido por la propiedad intelectual no debería ser considerado de fuente argentina. El año pasado fue noticia el intento del GCBA por gravar los pagos realizados a Netflix, Spotify por usuarios finales. Este no debe ser el foco del Fisco, en primer lugar, porque no corresponde gravar dicha renta (por lo menos de acuerdo a la legislación actual) y, en segundo lugar, porque se trata de una porción marginal y que, en general, ni siquiera genera deducciones para quienes pagan.

El Fisco debería concentrarse en pagos realizados por servicios prestados desde el exterior (que no califiquen como asesoramiento técnico) que generan una deducción para el pagador local y no están sujetos a retención. En caso de querer avanzar en este sentido, el Fisco podría, entre otras opciones: a) incorporar el concepto de utilización económica de los servicios como criterio de vinculación, entendiéndose que el servicio es utilizado, entre otros, cuando el pagador se domicilia en el país y considera como gastos o costo la contraprestación, siguiendo el modelo de Perú; b) adoptar el criterio de fuente financiera, vinculada al origen de los pagos, siguiendo el modelo de Brasil¹⁰⁸. Otra opción sería condicionar la aplicación de retenciones a la deducibilidad del gasto.

Asimismo, y como ya fue mencionado, el Fisco debería preocuparse también por capturar –y promover– las ganancias de fuente extranjera obtenidas por residentes. Los recientes dictámenes referidos a exportaciones de software demuestran no solo el interés del Fisco sino la inadecuada legislación. Es necesario incorporar normas que permitan otorgar tratamiento diferenciado a cada transacción individual que componen las, cada vez mas sofisticadas, prestaciones complejas (cesión de explotación, cesión de uso, servicios, etc.). También resulta importante promover el establecimiento de estas industrias, principalmente mediante la posibilidad de computar los créditos fiscales. Argentina no es el único país interesado en proteger su fuente, con lo cual es necesario aceptar que la posibilidad de doble imposición está siempre presente. Los modelos de convenio disponibles no representan una solución conveniente. Las normas contenidas en la LIG, con algunas modificaciones que permiten computar créditos fiscales en ciertos casos de rentas de fuente argentina, deberían ser suficientes para eliminar o reducir sustancialmente los supuestos de doble imposición.

108 En la ponencia de Carlos Forcada presentada en las I Jornadas de Tributación Internacional se plantean más alternativas.

HACIA LA RECONFIGURACIÓN DEL CRITERIO DE FUENTE EN UN ENTORNO DE ECONOMÍA DIGITAL

ALBERTO M. BELLO

1. RESUMEN

En un entorno de economía digital como el que nos asiste actualmente, que se caracteriza por su gran complejidad debido principalmente a la imposibilidad de identificar la naturaleza de las transacciones y a los sujetos intervinientes en las prestaciones de servicios digitales o transacciones electrónicas, se generan serios problemas para determinar la jurisdicción que se atribuya la potestad tributaria. Ello nos lleva a replantearnos si los principios de tributación internacional que rigen desde antaño, producto del consenso internacional, resultan plenamente aplicables o requieren su reformulación.

En este contexto, se analizará exhaustivamente la evolución de los criterios de sujeción de fuente y residencia, identificándose las diferencias entre ambos criterios en función de las posiciones doctrinarias a favor de los mismos.

Desde un prisma doctrinal, quienes sostienen la posición a favor del principio de la fuente o territorialidad plantean la necesidad de revalorizar dicho principio mediante el cual el Estado de la fuente conserva la potestad jurisdiccional absoluta a los efectos de no reasignar recursos fiscales, al conservar su soberanía fiscal, e indirectamente se combate la evasión fiscal poniendo en cuestión los convenios de doble imposición internacional. Asimismo, sostienen que dichos convenios, en la actualidad, no cumplen con el objeto de su creación, al ser utilizados como herramientas de planificación fiscal internacional mediante el aprovechamiento indebido de los mismos. En este sentido, señalan que si dicho principio fuese ampliamente utilizado, dichas prácticas serían erradicadas de plano.

Por su parte, quienes sostienen el criterio de residencia como criterio jurisdiccional de imposición prevalente respecto del criterio de fuente o territorialidad, señalan que aquel favorece los principios de equidad, capacidad económica y eficiencia, al otorgar igual tratamiento impositivo a los residentes de un Estado respecto de sus rentas obtenidas en el país y en el exterior (*principio de equidad*); el poder de imposición es ejercido por el Estado al que pertenece el titular de los bienes o el perceptor de las rentas (*principio de capacidad económica*), y se privilegia la neutralidad en el país de exportación (*principio de eficiencia*).

Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar las rentas originadas en prestaciones de servicios digitales y transacciones electrónicas dentro de los criterios de sujeción de fuente y residencia, surge la necesidad de redefinir los conceptos de establecimiento permanente, jurisdicción tributaria, imposición en la fuente productora de ingresos y conceptualización de los beneficios.

Por su parte, la definición de fuente establecida en el plexo legal no se adapta a las nuevas modalidades de comercio en el nuevo entorno de economía digital que se caracteriza por no tener presencia física en una jurisdicción determinada, o tener presencia en diversas jurisdicciones, requiriendo su reformulación, incluyendo en dicha normativa presunciones legales absolutas que contemplen dicha problemática, ampliando dicho concepto a los servicios utilizados económicamente en nuestro país, en aquellos supuestos en que el pago de los servicios se encuentre a cargo de un residente argentino, o este sea quien deduce los mismos de la base imponible del impuesto, entendiéndose que dicho pago erosiona la base del impuesto en el Estado de la fuente.

La confrontación entre los criterios de sujeción tributaria "*fuentes vs. residencia*" que se basan en la localización geográfica de la fuente, ha cedido ante la nueva concepción de "*fuentes compartidas*" que sostiene que ante supuestos de fuente no exclusiva resulta conveniente atribuir los ingresos en forma compartida entre aquellas jurisdicciones que contribuyan en la generación de dichos ingresos.

Ante la necesidad de revitalizar el concepto de fuente, emergen como criterios de sujeción alternativos los criterios de fuente financiera de pagos, de utilización económica, del beneficio de la actividad económica en el territorio y de la erosión de la base imponible. Dichos criterios han sido receptados por la legislación comparada, más precisamente por determinados países latinoamericanos.

2. EVOLUCIÓN DE LOS CRITERIOS DE LA FUENTE Y RESIDENCIA

A pesar de los innumerables antecedentes en materia de doctrina y legislación comparada referidos a la utilización del principio de imposición a la renta más adecuado, a la fecha existen diversas posiciones encontradas al respecto. Dichos antecedentes doctrinarios se remontan al año 1923, cuando el Comité Económico y Financiero de la Liga de las Naciones se pronunció respecto de la obsolescencia de la nacionalidad como criterio de sujeción a la jurisdicción fiscal. En cuanto a ello, sostiene Guillermo Teijeiro¹ que el criterio de la fuente (principio de territorialidad) tiene sus orígenes en el *Report on Double Taxation*² que data del año 1927, cuyos autores alertaban que “*las alternativas básicas son el domicilio y el origen (o si se quiere, en terminología más familiar en nuestros tiempos, la residencia y la fuente). Estos principios, desarrollados a principios del siglo pasado, fundamentan aún hoy el consenso internacional en torno a la atribución de la ganancia y la jurisdicción fiscal de los Estados, tal como lo reflejan los ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho Internacional convencional (tratados de doble imposición)*”.

En el año 1943 se celebró en Ciudad de México la Segunda Conferencia Regional del Comité Fiscal de la Sociedad de Naciones que sentó las bases del principio de territorialidad como atributo de la potestad tributaria, siendo reafirmado en las *Primeras Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) de Montevideo del año 1956, Cuartas Jornadas de Buenos Aires de 1964, Sextas Jornadas de Punta del Este de 1970 y Séptimas Jornadas de Caracas de 1975*.

Ha de contemplarse que en las últimas jornadas citadas en el párrafo precedente se establece como base prioritaria de imposición el principio de territorialidad, reconociendo al mismo como base exclusiva de atribución fiscal en el orden internacional. Al respecto, Ramón Valdés Costa³ entiende por fuente como criterio prioritario de imposición, el reconocimiento del derecho del país fuente de gravar en primer término y con discrecionalidad, las riquezas existentes o producidas en su territorio, sin perjuicio de las limitaciones que puedan convenirse en los tratados y a gravar subsidiariamente las rentas de fuente extranjera, reconociendo los créditos por impuesto pagado o ahorrado en dicho país en virtud del principio de la fuente.

En el ámbito más vinculado con organismos internacionales, con clara participación gubernamental, el antecedente más importante lo constituye el Modelo de Convenio sobre Doble Imposición (MCOUDE), cuya aprobación se recomendó a la Conferencia de Cancilleres del Plata en el año 1978. En dicho proyecto, el problema principal al cual se vieron enfrentados los técnicos fue también lo relativo a la fuente y los distintos criterios que debían aplicarse.

Por su parte, las *Decimooctavas Jornadas Tributarias del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) celebradas en Montevideo en 1996*, reafirmaron el principio de la fuente o territorialidad como criterio sustancial de imposición⁴. Asimismo, de las conclusiones del encuentro de la *International Fiscal Association (IFA)*, en ocasión del Congreso celebrado en Buenos Aires en el año 1984, se desprende una posición similar a la citada precedentemente respecto del criterio de imposición a adoptar.

En este sentido, en dicho Congreso se señaló: “*Que la imposición de la renta mundial de una empresa aun en el caso en que se le conceda crédito por los impuestos abonados en otros países, en general representa una carga adicional sobre las inversiones en el exterior cuando las mismas se hallan allí sujetas a una menor carga efectiva de imposición, al mismo tiempo que puede quitar eficacia a los incentivos fiscales concedidos por el país donde ellas se realizan, y en consecuencia puede disuadir a la empresa de efectuar tales inversiones. Que, si se tiene en cuenta lo precedentemente expresado, un sistema de imposición de acuerdo con el principio de la territorialidad (...) es preferible porque respeta en mayor medida la soberanía tributaria de las naciones,*

1 Teijeiro, Guillermo O., *Estudios sobre la Aplicación de la Ley Tributaria en el Contexto Internacional y las Potestades Tributarias de orden Provincial y Municipal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, págs. 47/8.

2 *Report On Double Taxation* (Profs. Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp), Ginebra, 5/4/23, citado por Teijeiro, Guillermo O., en obra citada precedentemente.

3 Valdés Costa, Ramón, *Estudios de Derecho Tributario Internacional*, Montevideo, Uruguay, 1978.

4 AA.VV., XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Montevideo, Uruguay, 1 al 6 de diciembre de 1996, Tema I, “La imposición de las rentas de las empresas en los procesos de integración”, Relator Nacional, Juan C. Vicchi, Doctrina AAEF, 1994-1998, T. II, Relatos Nacionales en Congresos Internacionales, Buenos Aires, págs. 674/88.

elimina las distorsiones de competencia en el país donde se efectúa la inversión, y, en consecuencia, no interfiere con el libre flujo de las inversiones"⁵.

Más recientemente, en el Congreso de la IFA celebrado en Buenos Aires en el año 2005, Antonio Figueroa sostuvo que *"en materia de fuente es necesario volver a las fuentes, afirmando su concepción económico-territorial a fin de evitar excesos tributarios internacionales producidos por su diversidad conceptual. Con definiciones conceptuales de algún modo armonizadas y criterios comunes para aplicar el tributo en el país fuente sobre rentas de no residentes, es posible brindar mejores condiciones internacionales que las actuales"*⁶.

Empero, los países desarrollados se han caracterizado por adoptar el criterio de nacionalidad o residencia como criterio de sujeción a la imposición a la renta, el cual se ha extendido hacia los modelos de convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), extendiéndose a casi la totalidad de los Convenio de Doble Imposición adoptados por los diversos países. Dicho criterio también ha sido adoptado por numerosos países en desarrollo, principalmente de origen latinoamericano, que lo han adoptado en sus legislaciones locales, incorporando el criterio de renta mundial como criterio de imposición a la renta.

Con respecto a nuestra legislación local, ha de contemplarse que nuestro país ha adoptado desde antaño el principio de la fuente o territorialidad en forma exclusiva como criterio de vinculación de la renta con la soberanía fiscal del país. Dicho criterio se aplicaba para gravar a todas las rentas obtenidas en el país, independientemente del sujeto que las obtenga, con el objeto de gravar a los inversores extranjeros, puesto que la República Argentina es un país netamente importador de capitales. Sin embargo, el citado criterio incentivaba la fuga de capitales hacia otros países de baja o nula tributación, denominados paraísos fiscales, y es por ello que surge el criterio de renta mundial, con la sanción de la ley 24.073⁷, que se caracteriza por gravar todas las rentas obtenidas en el país y en el exterior, por parte de los residentes en el país.

A su vez, el primer antecedente de la aplicación del criterio de renta mundial en nuestra legislación surgió de la Ley de Impuesto sobre los Bienes Personales, a través de la ley 23.966⁸, que establecía un impuesto de aplicación en todo el territorio de la nación, y se caracterizaba por recaer sobre los bienes personales situados en el país y en el exterior. Luego, con la sanción de la ley 24.073, citada en el párrafo precedente, se incorpora el concepto de renta mundial en el artículo 1 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Empero, dicha norma se limitó a la mera mención del concepto de renta mundial, sin reglamentar su implementación, afectando seriamente el principio de legalidad que establece que no hay impuesto sin ley⁹.

Por lo tanto, de acuerdo con lo citado, el criterio de renta mundial careció de aplicación, durante un extenso período que abarcó desde la sanción de la ley 24.073 hasta la vigencia de la ley 25.063¹⁰, que incorporó en el cuerpo normativo de la Ley de Impuesto a las Ganancias, la reglamentación de la renta de fuente extranjera, de manera tal de salvaguardar el principio de legalidad que se encontraba vulnerado.

En cuanto a la legislación comparada, más precisamente en lo que respecta a la legislación latinoamericana, Uruguay, Paraguay, Ecuador y Venezuela, adoptan el principio de la fuente, mientras tanto, Argentina, Brasil, Chile, México y Perú, adoptan el principio de residencia.

En este sentido, Peter Byrne sostiene que el sistema de tributación aplicado en América Latina se ha basado históricamente en la fuente, empero los principales países de economías avanzadas de dicho continente han cambiado sus sistemas de tributación al sistema de renta mundial, alcanzando a las rentas locales y extranjeras obtenidas por sus residentes. Sin embargo, muchas características del sistema territorial aún subsisten, a pesar de la aplicación generalizada del principio de renta mundial. Dicho autor sostiene que *"esta instancia de gravar en el país de residencia no debilita el hecho que los países desarrolla-*

5 Recomendaciones y conclusiones del Congreso de la IFA de Buenos Aires, 1984, citado por Fernando Serrano Artón, "Hacia una reforma de los principios de sujeción fiscal", Doc. N° 18/06, Instituto de Estudios Fiscales, España, pág. 18.

6 Figueroa, Antonio, Ponencia Congreso de la IFA de Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 90, "Source and residence: new configuration of their principles", IFA, pág. 129.

7 Ley 24.073, Ley de Reforma Tributaria, BO: 13/4/92.

8 Ley 23.966, BO: 20/8/91.

9 Reig, Enrique, "El criterio de renta mundial en la reforma del impuesto a las ganancias y sobre los activos", Doctrina Tributaria Errepar, T. XII, Buenos Aires, págs. 188/91.

10 Ley 25.063, Ley de Reforma Tributaria, BO: 30/12/98.

dos nunca cuestionaron el derecho primario del país fuente de gravar los ingresos. Esto nos lleva al problema práctico: los países en vías de desarrollo quieren gravar sin límite en el país de fuente, mientras que los países desarrollados (exportadores de capital) consideran que una reducción de la tributación en fuente es justificada. Sin embargo se debe notar que los países desarrollados generalmente buscan la eliminación de tributos en la fuente sólo por razones técnicas o prácticas, y no porque dudan del derecho primario de tributación en la fuente”¹¹.

Como bien se puede observar de lo citado en los párrafos precedentes, existe una clara tendencia de la legislación comparada en adoptar el criterio de residencia como principio de sujeción del tributo a la renta, aunque ello no implica la utilización plena de dicho criterio, puesto que se utilizan ambos criterios de vinculación de la renta con su ámbito de gravabilidad, ya que se utiliza el criterio de la renta mundial para gravar las rentas obtenidas por personas residentes, sin embargo, el criterio de sujeción de las rentas obtenidas por no residentes en territorio local, es el principio de la fuente.

Al analizar nuestra legislación local, así como también la legislación comparada puede observarse una convergencia entre el criterio de residencia y territorialidad o de la fuente. A su vez, el criterio de residencia puede hacerse compatible con el criterio de la fuente siempre que el país de residencia reconozca la exención de las rentas obtenidas en el exterior, renunciando a la gravabilidad por el criterio de residencia.

Ahora bien, si el criterio de residencia cumplimentado adecuadamente con un sistema de exención de las rentas obtenidas en el exterior, a los efectos de evitar la doble imposición internacional, conlleva a resultados similares respecto de la aplicación del criterio o principio de la fuente, nos planteamos si realmente existen diferencias en términos de ventajas de utilizar uno u otro criterio.

Ello evidenciaría que el criterio de residencia sería más adecuado que la utilización del criterio de la fuente, pues ofrece un adecuado tratamiento de equidad fiscal respecto de rentas provenientes de países de baja o nula tributación o rentas provenientes de países que no posean convenio de doble imposición, contemplando en este último supuesto que los convenios suelen establecer el sistema de imputación de rentas respecto de rentas pasivas o provenientes de países de baja o nula tributación.

Para reafirmar lo expresado precedentemente, debe contemplarse que tanto el criterio de residencia como el criterio de la fuente pueden llevar a similares resultados, siempre y cuando el criterio de residencia se utilice juntamente con un sistema de exención del ciento por ciento del impuesto abonado por las rentas obtenidas en otro país, y ambos países hayan celebrado convenio de doble imposición internacional o integren una misma zona de integración¹².

Para una mayor comprensión de las ventajas y desventajas de utilizar uno u otro criterio de imposición, será necesario contemplar aspectos fundamentales en materia de tributación internacional, como lo son los conceptos de residencia y establecimiento permanente, y los límites jurisdiccionales en los Convenios de Doble Imposición Internacional.

3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS CRITERIOS DE FUENTE Y RESIDENCIA

La actividad financiera del Estado responde a la necesidad de este de satisfacer las necesidades públicas mediante la recaudación de tributos. Para ello se encuentra facultado por la Constitución para ejercer su potestad tributaria en forma coactiva dentro de su espacio territorial, ejerciendo plenamente su soberanía tributaria estatal.

Cada Estado se encuentra legitimado para determinar su sistema tributario y los criterios de sujeción tributaria, a través de los cuales establecerán los puntos de conexión. En este contexto, el deber de contribuir estará dado por el lugar donde se reside y el lugar de realización de una actividad económica generadora de renta.

11 Byrne, Peter D., “Regímenes especiales tributarios en la región del Mercosur: implicancias de políticas tributarias y de comercio y de integración regional”, en *Mercosur: impacto fiscal de la integración económica*, Vilella, Luiz; Barreix, Alberto y Taccone, Juan José (editores), BID-INTAL/ITD, Buenos Aires, 2003, pág. 138.

12 Falcón y Tella, Ramón, “Tendencias Actuales en los Criterios de Sujeción al Tributo: Hacia la Territorialidad”, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario, Universidad Complutense de Madrid, *Crónica Tributaria*, Nº 100 (2001), págs. 53-60, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España.

La sujeción de una persona física o jurídica a un sistema tributario viene determinada por la pertenencia política, social o económica a un determinado ordenamiento jurídico. En este sentido, Ester Borderas y Pere Moles diferencian entre: *a) pertenencia personal*: donde la ley obliga a todos los que se encuentren en territorio del Estado por su pertenencia política y social al mismo, siendo los puntos de conexión la residencia habitual o la nacionalidad; *b) pertenencia económica*: donde el contribuyente participa en la producción, tráfico o consumo de la riqueza de un Estado, aunque dicho contribuyente no sea nacional ni residente de dicho Estado, sin considerar elementos subjetivos del sujeto pasivo, siendo el punto de conexión los intereses económicos que se tienen en el Estado; *c) pertenencia cuasi personal*: representada por los establecimientos permanentes, que carecen de personería jurídica, siendo considerados sujetos de derecho a los efectos fiscales. Ahora bien, en general, la tributación de una persona variará dependiendo de si la misma es residente o no; pues si dicha persona física o jurídica es residente tributará por renta mundial, tributando por la totalidad de sus rentas independientemente del lugar donde las haya obtenido, considerándose las circunstancias personales y subjetivas del contribuyente; mientras tanto, las personas físicas o jurídicas no residentes tributarán por el criterio de la fuente, siendo alcanzadas sus rentas por el Estado donde se hayan generado, primando el carácter objetivo de la manifestación de capacidad económica¹³.

A modo de introducción a los criterios de renta mundial y de fuente, Tulio Rosembuj sostiene que el criterio de renta mundial supone *“que el contribuyente residente sea gravado por la totalidad de sus rentas con independencia del lugar de producción o fuente. La referencia a la capacidad económica global del sujeto pasivo actúa, sobre todo, en el impuesto personal, en el cual la vinculación con el poder tributario se establece con rasgos o elementos propios de la persona. A ello se puede nombrar pertenencia personal”*. Asimismo, dicho autor señala que el criterio de la fuente *“implica el gravamen en el origen de la riqueza y, ordinariamente, aparece connotado en el impuesto real, en el que la vinculación con el poder tributario atiende el carácter objetivo de la manifestación de capacidad económica, evitando la referencia al contribuyente y las circunstancias personales o familiares que le atañen. A ello se denomina pertenencia económica”*¹⁴.

3.1. Posición a favor del criterio de fuente

A pesar de que en la actualidad son muy pocos los países que utilizan el principio de la fuente territorial para alcanzar las rentas, es evidente que utilizando dicho principio, los residentes no sufren los efectos de la doble imposición internacional. Empero, debe contemplarse que, tanto el principio de la fuente territorial así como también el criterio de residencia, alcanzan a las rentas por los ingresos obtenidos en el ámbito territorial.

Más aún, el principio de la fuente o territorialidad le permite a los Estados conservar su soberanía fiscal sin resignar recursos fiscales, poniendo en cuestión los convenios de doble imposición internacional, los cuales en la actualidad no cumplen con el objeto de su creación, puesto que los mismos no han atraído mayores inversiones, debido a que el componente impositivo forma parte de un complejo conjunto de factores que inciden en las decisiones de inversión de inversores extranjeros.

A su vez, la utilización del principio de la fuente territorial como criterio de asignación única de potestad tributaria, cierra el cerco de la elusión fiscal a través del aprovechamiento indebido de los convenios de doble imposición como herramientas de planificación fiscal internacional, que les permite a los asesores fiscales de las empresas del sector privado reducir o eliminar el impuesto que corresponde asignar al país de la fuente.

Otra ventaja que presenta el principio de la fuente corresponde a la simplificación en la fiscalización de las administraciones tributarias, principalmente de países en desarrollo, que cuentan con escasos recursos para poder detectar los usos abusivos de los convenios de doble imposición, principalmente respecto de los paraísos fiscales o a la creación de sociedades interpuestas, que mediante triangulación permitan el desapoderamiento de bases imponibles, trasladándolas hacia países de baja o nula imposición (*treaty shopping*).

13 Borderas, Ester y Moles, Pere, *Derecho Tributario Internacional*, Vol. I, 1ª ed., 2008, Ed. El Fisco, Barcelona, España, págs. 17/22.

14 Rosembuj, Tulio, *Derecho Fiscal Internacional*, Ed. El Fisco, 2001, 1ª ed., Barcelona, España, págs. 25/6.

Para reafirmar lo citado precedentemente, Vito Tanzi¹⁵ sostiene que no es la existencia de los paraísos fiscales aquello que tiende a disminuir la alícuota mundial sobre la renta del capital, sino el tratamiento tributario de las rentas ganadas en otra parte y canalizadas a los paraísos fiscales. Si la imposición basada sobre el principio de la fuente fuese ampliamente utilizada, los paraísos fiscales no tendrían mucho efecto sobre las alícuotas impositivas, a no ser que estos, por sí mismos, dispusieran de grandes bases productivas. Es la combinación de los paraísos fiscales con la aplicación del principio de residencia a ciertas rentas, lo que tiene efecto depresivo en la alícuota mundial de la imposición sobre la renta del capital.

En este sentido, la doctrina se plantea la posibilidad del retorno al principio de la fuente o de territorialidad, estableciendo que el Estado de la fuente debe conservar la potestad jurisdiccional absoluta, de manera tal de no resignar recaudación, a los efectos de reasignarla a gastos estatales que permitan crear las condiciones necesarias para captar inversiones extranjeras. Los resultados de dicha política fiscal se obtendrían en un mediano o largo plazo, siempre y cuando sea acompañada por administraciones tributarias eficientes¹⁶.

Al respecto, Antonio Figueroa sostiene que *“si se considera la contribución que cada fuente, interna y externa, aporta a la recaudación total del tributo en cada jurisdicción nacional se observa, aun en países que adoptan el criterio de renta mundial, que el mayor aporte deriva de las rentas de fuente doméstica o nacional. En diversos países desarrollados, en términos muy concretos, la fuente nacional o doméstica es la que aporta, prácticamente, la recaudación del impuesto. En efecto, y más allá de volúmenes más o menos relevantes de ingresos de fuentes externas, los países que aplican renta mundial, sin entrar en detalles técnicos, en virtud de las lógicas y necesarias medidas unilaterales contenidas en su legislación interna (crédito por impuesto o exención), no generan recaudación determinante en el conjunto de la misma por esta vía”*¹⁷.

En oportunidad de su ponencia en el Congreso organizado por la IFA en Buenos Aires en el año 2005, dicho experto en negociación de tratados internacionales sostuvo que *“Argentina, desde 1932 y hasta 1998, aplicó su impuesto con base exclusiva en el principio de fuente territorial. Desde 1999 aplica el criterio de renta mundial. La mayoría de países que adoptaron este criterio no percibe rentas de fuente extranjera por el circuito formal. Además, la renta externa percibida no genera importante recaudación, en virtud del método de crédito por impuesto. Argentina, entre 1999 y el 2003, no ha incrementado su recaudación por esta vía. Argentina preserva, como la mayor parte de los países, la imposición de las rentas originadas dentro de su territorio”*¹⁸.

Por su parte, no debe pasarse por alto la nueva tendencia hacia la armonización tributaria, que a pesar de ser el impuesto a la renta un factor imprescindible de política fiscal –que los Estados intentan conservar bajo su soberanía fiscal– el mismo se encuentra regulado a través de los métodos de constatación de precios de transferencia, que permiten controlar que las operaciones realizadas entre empresas vinculadas se realicen a precios de mercado entre partes independientes, de manera tal que se evite la sub o sobreimposición tributaria¹⁹.

Respecto de la problemática jurisdiccional de aplicación del criterio de la fuente o renta mundial, Raúl D'Alessandro Pereyra sostiene que *“es aceptado que el principio de la fuente (en tanto territorio) es de aplicación en casi todos los países, en lo relativo a rentas o ingresos que son apropiados por residentes. Esos países se apartan del principio cuando se trata de asignar o atribuir rentas e ingresos de no residentes y adoptan el principio de nacionalidad o establecimiento permanente que, por razones exclusivamente prácticas,*

15 Tanzi, Vito, *Taxation in an integrating world*, The Brookings Institution, Washington, DC, 1994.

16 Figueroa, Antonio H., “La Negociación de Tratados Amplios para Evitar la Doble Tributación Internacional”, Boletín de Económicas, Año XXX, julio 2002, N° 231, CGCE, págs. 9/13. Documento presentado al UN Second International Workshop on International Taxation, realizado en Beijing, 23 al 25 de abril de 2001.

17 Figueroa, Antonio H., “Los principios jurisdiccionales en el impuesto a la renta. La doble tributación internacional. El pasado y la necesidad de cambios”, Impuestos, T. 2005-A, pág. 1247, Lexco Fiscal, Buenos Aires.

18 Figueroa, Antonio, Ponencia Congreso IFA, Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 90, “Source and residence: new configuration of their principles”, IFA, pág. 129.

19 Reig, Enrique J., “El Criterio de localización territorial de la fuente vs el de domicilio, residencia o nacionalidad en la opción de los países en proceso de desarrollo”, La Información, T. LX, págs. 395-411, septiembre 1989, trabajo presentado sobre la base de la presentación hecha como panelista en las XVIII Jornadas Tributarias del CGCECF, Mar del Plata, noviembre 1988.

*resultan más adaptables a poder gravar la renta mundial*²⁰. En su opinión, el principio de la fuente, tanto desde el punto de vista territorial como de los factores productivos, es un principio técnicamente idóneo y equitativo para resolver los problemas de la asignación de rentas y la determinación de la jurisdicción tributaria.

En este sentido, dicho autor sostiene que si los sistemas tributarios, a escala mundial, se basaran en el principio de la fuente: a) muchas de las complejas normativas de los acuerdos para evitar la doble tributación internacional serían innecesarias; b) la atribución sería realizada sobre bases técnicas; c) la atribución sería más equitativa, no implicando concesiones recíprocas de los Fiscos; d) sería fácilmente adaptable a las Zonas de Libre Comercio o Mercado Común²¹.

Antonio Figueroa nos alerta respecto de la nueva realidad que vislumbra múltiples desafíos, entre los cuales destaca la necesidad de abordar un análisis exhaustivo del principio jurisdiccional objetivo o principio de fuente, procurando encontrar una solución global, mediante la armonización del concepto de fuente, a los efectos de eliminar los conflictos que se presentan en la actualidad. Empero, destaca que dicha propuesta encontrará como valladar los prejuicios que aún persisten en ciertos países desarrollados respecto de la revalorización del principio de fuente, argumentando erróneamente una supuesta pérdida de soberanía o autonomía, y falta de armonización con las normas internacionales ante la utilización exclusiva del principio de fuente. Asimismo, dichos países desarrollados ensayan serias críticas a los sistemas tributarios de países en desarrollo que aún mantienen el principio exclusivo de fuente, sosteniendo que dicha práctica genera situaciones de doble exención²².

Desde la perspectiva boliviana, Carola Jáuregui Cisneros²³ fundamenta los argumentos a favor del principio de fuente: i) respeta la equidad; ii) respeta el principio de igualdad; iii) permite recaudar tributos sobre actividades que realizan inversores extranjeros que se perderían en caso de aplicar el principio de residencia; iv) si todos los países adoptaran el principio de fuente no habría problemas de doble imposición y no nos preocuparíamos por la aplicación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición; v) eficiencia en el control y verificación de los ingresos tributarios que solo se limitarían a las rentas generadas en territorio boliviano; vi) simplificación del sistema tributario al no requerirse reglas de créditos fiscales respecto de impuestos análogos pagados en el exterior. Al respecto, dicha autora sostiene que dichos argumentos a favor del principio de la fuente han llevado a la doctrina a analizar y replantearse la utilización y conveniencia de la revitalización del principio de fuente, a los efectos de procurar la igualdad y justa distribución de la potestad tributaria de los Estados. Finalmente, concluye que *“Si bien muchos países latinoamericanos han adoptado un sistema de Renta Mundial para los residentes del país y el de Fuente para los extranjeros, con el objeto justamente de no perder las recaudaciones por inversiones extranjeras de los no residentes, hoy en día las mayores recaudaciones son por el Principio de la Fuente y se replantean y cuestionan si la modificación del sistema tributario fue una buena medida y que no existen justificaciones sustanciales que demuestren beneficios económicos, sociales y políticos”*.

La doctrina que se enrola en la posición de prevalencia del principio de la fuente como criterio de sujeción tributaria respecto del principio de renta mundial sostiene con fundamentos que los Estados que aplican el principio de renta mundial no han logrado generar mayores ingresos de fuente extranjera, en términos de recaudación, siendo el principio de la fuente el criterio más adecuado para no resignar recursos tributarios y reasignarlos debidamente en gastos estatales, a los efectos de crear las condiciones necesarias para atraer mayores inversiones extranjeras.

Asimismo, el principio de la fuente o territorialidad permite respetar los principios de equidad, igualdad, eficiencia y simplicidad, ya que los sistemas tributarios acotan su campo de actuación, en términos de control y verificación, limitándose exclusivamente a verificar las rentas de fuente local, sin preocuparse

20 D'Alessandro Pereyra, Raúl, “El principio de la fuente. Ayer vs. hoy”, Décimo Congreso Tributario, T. I, CPCECABA, Fondo Editorial CPCECABA, 2003, Buenos Aires, pág. 43.

21 D'Alessandro Pereyra, Raúl, “El principio de la fuente. Ayer vs. hoy”, Décimo Congreso Tributario, T. I, CPCECABA, Fondo Editorial CPCECABA, 2003, Buenos Aires, pág. 43.

22 Figueroa, Antonio H., “Los principios jurisdiccionales en el impuesto a la renta. La doble tributación internacional. El pasado y la necesidad de cambios”, Impuestos, T. 2005-A, pág. 1247, Lexco Fiscal, Buenos Aires.

23 Jáuregui Cisneros, Carola, “El principio de renta mundial en comparación con el principio de la fuente, ventajas y desventajas desde la perspectiva boliviana”, III Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, La Paz, Bolivia, págs. 351/60.

por la fiscalización de la correcta aplicación de los métodos de imputación de créditos generados por impuestos análogos pagados en el exterior.

Finalmente, debe contemplarse que mediante la aplicación de dicho principio se combate la evasión fiscal poniendo en cuestión la aplicación de los convenios de doble imposición internacional que en la actualidad no cumplen con el objeto de su creación, al ser utilizados como herramientas de planificación fiscal internacional mediante su aprovechamiento indebido.

3.2. Posición a favor del criterio de residencia

El criterio de renta mundial favorece el principio de equidad, puesto que otorga igual tratamiento a los residentes de un Estado respecto de sus rentas obtenidas en el país y en el exterior. Asimismo, satisface el principio de capacidad económica, que es el principio más moderno, justo y progresivo, puesto que el criterio de renta mundial establece que el poder de imposición corresponde al Estado al que pertenece el titular de los bienes o el perceptor de las rentas, debido a que en dicho Estado se han generado los capitales, que invertidos en el Estado de la fuente, han permitido la creación de rentas en el mismo.

Ahora bien, la doctrina ha analizado exhaustivamente las ventajas e inconvenientes que presentan los métodos para evitar o eliminar la doble imposición internacional generada por aplicación del criterio de renta mundial, concluyendo que: 1) desde la perspectiva de los países importadores de capital, el método de exención favorece la inversión extranjera y tiene en cuenta los incentivos que aquellos hayan creado para favorecer la inversión, que no quedarían anulados como sucede con el método de imputación. Por lo tanto, desde el punto de vista del país receptor del capital, este método es neutral al conservarse el mismo grado de tributación para todas las inversiones realizadas en su territorio, tanto las generadas internamente como las extranjeras. Empero, como contrapartida favorece más la repatriación de los beneficios derivados de la inversión; 2) desde la perspectiva de los países exportadores de capital, el método de imputación asegura la neutralidad de este sistema, puesto que cualquiera sea el origen de las rentas, se consigue la igualdad de tratamiento fiscal entre todos los residentes de un país y anula el interés de invertir en países distintos al de residencia del inversor. Sin embargo, el incentivo a repatriar los beneficios es eliminado, beneficiándose también el país de origen, siempre y cuando no se graven dichos beneficios hasta que hayan sido repatriados²⁴.

Ramón Valdés Costa señala que, desde antaño, los países latinoamericanos han hecho propia la posición de tributar exclusiva, o preferentemente, todos los hechos acaecidos en territorio propio, *a contrario sensu*, del criterio de domicilio y de la nacionalidad, aplicados por los países europeos y Estados Unidos, respectivamente. En este sentido, la doctrina se ha encargado de estudiar exhaustivamente las diferencias generadas por dichos criterios de sujeción, concluyendo, en general, que dichas discrepancias encuentran solución mediante la aplicación de los tratados para evitar la doble imposición internacional. Asimismo, dicho autor sostiene que el principio de la fuente o territorialidad, ha sido sostenido fehacientemente en las primeras etapas, especialmente en el *Acuerdo de Cartagena del Pacto Andino* y en la *I Jornada del ILADT*, empero, con el tiempo ha ido perdiendo consenso por parte de la doctrina, siendo parcialmente abandonado en los tratados de doble imposición. Finalmente, el prestigioso autor destaca *“el reconocimiento de que cuando se trata de gravar la capacidad contributiva total de las personas físicas, ya sea mediante el impuesto progresivo a la renta o al patrimonio, deben computarse las rentas obtenidas o los bienes poseídos fuera del territorio, sin perjuicio de reconocer la preferencia de los países de la fuente otorgando la deducción de los impuestos pagados en este”*²⁵.

Por su parte, Eusebio González y Ernesto Lejeune nos alertan que el principio de territorialidad se caracteriza por expresar la limitación de la validez de las leyes fiscales a los presupuestos de hecho realizados en el territorio de un Estado. En este contexto, sostienen que tan válida es la ley fiscal que vincula un presupuesto de hecho a un sujeto activo determinado dentro de un territorio nacional a través del criterio de sujeción de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia, como mediante el criterio que considera el lugar donde se realizan los actos jurídicos o consumen los bienes. Al respecto, sostienen que la diferencia entre unos y otros criterios no radica en el principio de la territorialidad, que es base común a

24 Vallejo Camorro, José María y Gutiérrez Lousa, Manuel, “Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes”, Doc. Nº 6/02, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España.

25 Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2001, págs. 267/8.

todos ellos, sino más bien en el carácter subjetivo u objetivo de los criterios de vinculación utilizados. Para ello, el legislador aplicará los criterios de vinculación subjetivos en los impuestos personales, donde la figura del sujeto pasivo cobra relevancia en el momento de configuración del hecho imponible, mientras que los criterios de vinculación objetivos serán aplicados en los impuestos reales o indirectos²⁶.

Asimismo, Alberto Xavier sostiene que la mera invocación al principio de territorialidad no constituye criterio suficiente para la imputación de un determinado hecho tributario a un territorio determinado, sino que se requieren criterios suplementarios que determinen, de modo positivo, para cada situación la conexión pertinente. Aún más, nos alerta acerca de que *“continuar hablando de un principio de la territorialidad cuando los criterios de vinculación al territorio no son reales, sino personales, significa por lo menos una radical alteración del sentido tradicionalmente conferido al concepto e, indudablemente, una quiebra de su valor dogmático. Si el principio de territorialidad material se limita a la exigencia de una conexión cualquiera de la situación de la vida internacional con el territorio, tenga ella naturaleza real o personal, para que las leyes de este tengan aplicación, entonces dejará de funcionar como criterio positivo en cuanto al ámbito de aplicación de las leyes internas, para desempeñar tan sólo una doble función negativa: impedir el arbitrio resultante de la tributación por un Estado respecto de situaciones que no tienen con él ninguna conexión y apartar la nacionalidad como exclusivo elemento de conexión; de ahí que la doctrina contemporánea reconozca, como Vogel y Knechtle, que el principio de la territorialidad, por la antigüedad de su sentido, tiene hoy poco valor en la construcción dogmática del derecho tributario internacional, que se fundamenta en los principios –de contenido preceptivo más denso– de la residencia y de la fuente”*²⁷.

Gabriel Gotlib y Fernando Vaquero manifiestan los argumentos a favor y en contra de los principios de la fuente y de la renta mundial, alertando que los argumentos que sustentan el principio de la fuente son: equidad en términos de jurisdicción impositiva, eliminación de la necesidad de convenios de doble imposición, desincentivación de la utilización de paraísos fiscales, e incentivo para mejorar la productividad del gasto público. Por su parte, dichos autores hacen referencia a razones técnicas y psicológicas a favor del principio de renta mundial, sin dejar de destacar dificultades de orden práctico. Al respecto, sostienen que las razones de orden técnico son: a) Equidad: quedan alcanzados por el impuesto a la renta todos los residentes del mismo Estado, con independencia de la fuente; b) Eficiencia: se privilegia la neutralidad en el país de exportación y no en el de importación. Asimismo, ensayan una serie de argumentos de justificación práctica y psicológica, a saber: *“a) Facilitación del control sobre las rentas de fuente argentina: muchos individuos pueden no declarar rentas de fuente argentina y, para justificar el consumo faltante, argüir la existencia de rentas de fuente extranjera si estas se encontraran fuera del ámbito de imposición; b) Efecto psicológico: la percepción de que las rentas de fuente extranjera se encuentran gravadas podría provocar un efecto psicológico e inducir a los residentes a repatriar sus capitales; c) Negociación de convenios para evitar la doble imposición: se podría argumentar que la adopción del principio de renta mundial provee de una herramienta de negociación de convenios internacionales para evitar o atenuar la doble tributación”*. Empero, sostienen con fundamento dificultades de orden práctico de aplicación del criterio de renta mundial por parte de los países en desarrollo, a saber: *“a) en general, tienen acotadas facultades de auditoría, con lo que se vislumbra muy difícil el ejercicio de las potestades tributarias sobre manifestaciones de riqueza del exterior; b) en general, poseen una limitada red de convenios que le permitan intercambiar información con otras jurisdicciones y casi ninguna experiencia práctica en la realización de dichos intercambios”*²⁸.

Las XXVIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados de Ciencias Económicas, en el seno de la Comisión N° 2, recomendaron la aplicación del criterio de renta mundial, a saber: *“1º) Aceptar que el criterio de imposición denominado comúnmente como renta mundial es el más adecuado para obtener un mejor respeto de los principios de equidad y neutralidad que deben estar presentes en todo sistema tributario, resulta apropiado adoptar las herramientas que provee el conocimiento tributario a fin de lograr su aplicación óptima...”*²⁹.

26 González, Eusebio y Lejeune, Ernesto, *Derecho Tributario I*, Ed. Plaza Universitaria Ediciones, 1997, Salamanca, España, pág. 107.

27 Xavier, Alberto, *Derecho tributario internacional. Conceptos fundamentales*, Ed. Ábaco, 2005, Buenos Aires, págs. 51/3.

28 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina. Estudio Teórico-Práctico*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, págs. 13/7.

29 XXVIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados de Ciencias Económicas, Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión N° 2, citado por Darío M. Rajmilovich, en *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 16.

Darío Rajmilovich se enrola en la posición doctrinaria que sostiene que la adhesión del sistema tributario argentino al criterio de renta mundial se ajusta correctamente a los tiempos actuales, respetando el principio de equidad y de productividad del sistema fiscal, en el contexto económico y fiscal en el cual se encuentra inmerso nuestro país, a los efectos de satisfacer sus necesidades financieras y promover la repatriación de capitales localizados en el exterior. Asimismo, nos alerta acerca de que las propuestas de reivindicación del criterio de la fuente han sido descartadas de plano por parte de los gobiernos de los Estados hacedores de las políticas tributarias en el contexto internacional, en razón de generar cambios sustanciales en las reglas de juego que rigen actualmente en materia de tributación internacional, argumentando que dichos cambios podrían afectar la soberanía fiscal de los Estados³⁰.

Ahora bien, Roberto Ugarte Quispaya considera que la tendencia mundial es distribuir el poder tributario entre el principio del beneficio y de capacidad contributiva, utilizando el fundamento del principio del beneficio para justificar la imposición en la fuente de los no residentes y el principio de capacidad contributiva para la tributación en la residencia. Asimismo, considera que se debe garantizar la neutralidad en la exportación de capitales a los efectos de evitar la emigración de los mismos, y para ello se requiere la aplicación del criterio de renta mundial. Mientras tanto, el criterio de territorialidad grava más el capital invertido localmente, generando un sesgo con los capitales de residentes. Consecuentemente, dicho autor sostiene que *“es en este sentido contradictorio establecer una política de incentivación fiscal para atraer inversión extranjera que contribuya al desarrollo del país y simultáneamente desfiscalizar la tributación de los capitales propios que salen al extranjero. Esta línea de argumentación ha motivado a muchos países latinoamericanos a evolucionar de renta territorial a renta mundial... Entonces, para garantizar neutralidad en la decisión entre colocar el ahorro dentro o afuera, es preciso tratar igual a los rendimientos del ahorro interno y los del ahorro externo. Territorialidad trata más favorablemente el ahorro externo que interno. Es decir, viola el principio de neutralidad en la exportación de capitales”*. Finalmente, dicho autor ensaya un criterio de sujeción de renta mundial mixta, basado en la neutralidad en la importación y exportación de capitales, promoviéndose la neutralidad en la exportación de capitales mediante la aplicación de un sistema de renta mundial con el método de imputación para evitar la doble imposición internacional a los efectos de evitar la emigración del ahorro interno en inversiones pasivas. Mientras tanto, se promueve la neutralidad en la importación de capitales mediante la aplicación de un sistema de renta mundial con el método de exención para evitar la doble imposición internacional³¹.

Consecuentemente, el criterio de renta mundial favorece los principios de equidad, capacidad económica y eficiencia, al otorgar igual tratamiento impositivo a los residentes de un Estado respecto de sus rentas obtenidas en el país y en el exterior (*principio de equidad*); el poder de imposición es ejercido por el Estado al que pertenece el titular de los bienes o el receptor de las rentas (*principio de capacidad económica*) y se privilegia la neutralidad en el país de exportación (*principio de eficiencia*).

4. NUEVA CONFIGURACIÓN DEL CRITERIO DE FUENTE

Ante el nuevo fenómeno del comercio electrónico, Juan McEwan sostiene que determinados conceptos tributarios, que se encuentran vigentes desde antaño por parte del consenso internacional, deben ser revaluados. Entre ellos, deberían redefinirse los conceptos de: establecimiento permanente, jurisdicción tributaria, imposición en la fuente productora de ingresos y conceptualización de los beneficios (venta de bienes, provisión de servicios, licencia de uso o transferencia de intangibles)³².

Ante la dificultad de encuadrar las rentas originadas del comercio electrónico dentro de los principios tradicionales de fuente y residencia, surge la necesidad de establecer reglas de asignación de dichas rentas en las jurisdicciones pertinentes a los efectos de evitar la doble imposición internacional o la doble no imposición.

30 Rajmilovich, Darío Marcelo, *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, págs. 41/2.

31 Ugarte Quispaya, Roberto, “El principio de renta mundial en comparación con el principio de fuente”, Memoria de la III Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, La Paz, Bolivia, págs. 341/3.

32 McEwan, Juan P., “La tributación de los servicios en el marco del comercio electrónico”, en *La Tributación de los Servicios en Latinoamérica. Especial referencia al comercio electrónico*, coordinadores: Benjamín Cubides y Mauricio Marín, 1ª ed., 2011, IFA, Ed. Legis, Colombia.

Nuestro país adopta un criterio de sujeción objetivo basado en la ubicación territorial de la fuente productora (criterio de fuente económica), que vincula en forma directa la renta con la actividad económica. Mientras tanto, Brasil adopta un criterio de fuente financiera para alcanzar a las rentas obtenidas por sus residentes mediante la aplicación de una retención aplicable sobre los pagos realizados a sujetos no residentes. Por su parte, Perú utiliza el criterio de sujeción basado en la utilización económica para gravar a los servicios de asistencia técnica sin considerar la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en la operación, ni el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, en la medida que sean utilizados económicamente en el país. Al respecto, se entiende que dichos servicios han sido utilizados en el país, entre otros aspectos, cuando el pagador se domicilie en el país y considera como gasto o costo la contraprestación realizada³³.

Al respecto, debe contemplarse que dicho criterio de utilización económica, ya sea cuando un servicio se utilice económicamente en una jurisdicción, o beneficie a sujetos residentes de la misma, es aplicado por Colombia, Francia, Alemania, India, Luxemburgo, Perú, España, Ucrania, Uruguay y Venezuela. Además, Austria y Luxemburgo aplican dicho criterio para gravar los servicios profesionales³⁴.

Por su parte, Carlos Forcada citando a Tulio Rosembuj³⁵, quien analiza la intención del legislador español para sujetar las rentas de no residentes a los rendimientos de actividades o explotaciones económicas obtenidos sin mediación de EP, cuando son realizados en el territorio de España, nos alerta que *“la noción es de suma importancia. El ejercicio de la potestad administrativa y jurisdiccional tributaria sobre el no residente sin EP se funda en la ventaja que le procura el uso del mercado... Bajo esa perspectiva, la noción de pertenencia económica y la determinación de un elemento de conexión –subjetivo u objetivo– como parámetro de medición de esa pertenencia, son reemplazados por la idea de la ventaja o beneficio que supone la finalidad de “hacer empresa” en el territorio de un estado; No es necesaria la presencia de un EP, el beneficio de la empresa se puede obtener inclusive sin él y aunque el contacto o conexión no sea continuo, sustancial o sistemático, sino mínimo y ocasional. Esta es una noción muy familiar en los países de tradición sajona en que la jurisdicción se apoya en el privilegio de hacer empresa en el mercado local sin EP para someter a impuesto a la renta de la actividad económica”*³⁶.

En este sentido, Eric Kemmeren se enrola en esta posición al sostener que la esencia de la jurisdicción tributaria no radica en el lugar donde se generó el beneficio económico, sino donde la riqueza es creada³⁷.

El profesor Dale propone la aplicación de una retención en el país de la fuente en la medida en que el pago realizado al sujeto no residente genere la erosión de la base impositiva en el país de la fuente, entendiéndose que dicho pago erosiona la base de recaudación cuando es deducible en el país de la fuente³⁸. Dicha propuesta ha sido expuesta por la relatoría del Tema I del Congreso IFA organizado en Buenos Aires en el año 2005, y por Kemmeren y Avi-Yonah³⁹.

Guillermo Teijeiro propone las siguientes alternativas: i) la adopción de los conceptos tradicionales de conexión territorial o personal a la nueva realidad del comercio electrónico, ya sea mediante el fortalecimiento de la gravabilidad en el país de la fuente, o en el Estado de residencia, o ii) la aplicación de nuevos impuestos transaccionales. En este sentido, sostiene que *“En cualquier caso, es una realidad incon-*

33 Forcada, Carlos, “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 116.

34 Forcada, Carlos, “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, págs. 116-117, citando a Pickering, Ariane, General Report, en IFA, “Enterprice Services”, Cahiers de Droit International, Vol. 97a, 201 (Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2012).

35 Rosembuj, Tulio, *Derecho Fiscal Internacional*, Ed. El Fisco, 2001, Barcelona, España, pág. 23.

36 Forcada, Carlos, “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 117.

37 Kemmeren, Eric, Principle of origin in tax conventions. A rethinking of Models, Dongen, 2001, citado por Carlos Forcada en “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 117.

38 Dale, *E-Commerce and Source-Based Income Taxation*, Volume 6 in the Doctoral Series, IBFD, (2003), Netherlands, citado por Carlos Forcada en “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 117.

39 Atchabahian, Adolfo y Schindel, Ángel, Informe de Relatoría, Tema I: “Source and residence: new configuration of their principles”, del Congreso IFA, Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 90a, págs. 84 y ss. (Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2005).

*trastable que el desarrollo del comercio electrónico puede significar una reasignación de ingresos entre los Estados de residencia y los Estados de la fuente frente a lo que ha sido la atribución de ingresos generalmente aceptada entre dos grupos de países con relación al comercio y la inversión tradicional. En tal contexto, no es difícil imaginar que cualquier cambio que se propone en tal sentido, alterando el balance existente en relación con el comercio y las formas de inversión tradicional generará un conflicto de difícil y larga resolución, sobre todo si, por razones de simplicidad u otras, por atendibles que fueran (por ejemplo, **tax neutrality**), los nuevos principios aplicables implican erosionar la base de imposición del país fuente*⁴⁰.

En el 59° Congreso de la International Fiscal Association (IFA), organizado en Buenos Aires en el año 2005, en el marco del Tema I (Fuente y Domicilio: Nueva Configuración de sus Principios) se concluyó que la disyuntiva entre los criterios de sujeción tributaria “fuente vs. residencia” que se basan en la localización geográfica de la fuente, ha cedido ante la nueva concepción de “fuente compartida”, que sostiene que ante supuestos de fuente no exclusiva resulta conveniente atribuir los ingresos en forma compartida entre aquellas jurisdicciones que contribuyan en la generación de dichos ingresos⁴¹.

En la misma línea, Darío Rajmilovich sostiene que “el hecho que la jurisdicción de demanda o destino participe activa y efectivamente en la generación de la chance de obtener el ingreso, el principio de equidad entre naciones y la conveniencia fiscal de países como Argentina, da justificativo suficiente para extender el criterio de fuente en el caso de los servicios para alcanzar a aquellos servicios aplicados o utilizados económicamente en el país”⁴².

En este sentido, Raquel Álamo-Cerrillo y Gabriela Lagos-Rodríguez nos alertan que el comercio electrónico ha provocado que la normativa fiscal vigente para el comercio tradicional deba adaptarse a las nuevas formas de comercialización en el marco de la nueva economía digital. Por ello, destacan la necesidad de determinar correctamente el lugar de tributación de las operaciones comerciales en este nuevo contexto, proponiendo reformular determinados conceptos y criterios tributarios, entre los cuales se encuentran los conceptos de residencia fiscal y establecimiento permanente, dado que si dichos conceptos no son aplicados de forma adecuada a las nuevas modalidades de comercio electrónico, generarán discriminaciones y pérdidas de recaudación, afectando los principios de neutralidad y suficiencia⁴³.

5. EL CONCEPTO DE FUENTE Y LA NECESIDAD DE SU RECONFIGURACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS INTERNACIONALES

En la legislación argentina se adopta el principio de fuente aplicable a las rentas obtenidas por sujetos no residentes, que se complementa con el principio de renta mundial aplicable a los residentes en el país. Ahora bien, las rentas de fuente argentina obtenidas por dichos sujetos no residentes se encuentran alcanzadas por retención en la fuente, mediante la aplicación de las alícuotas efectivas que surgirán de aplicar el 35% sobre la tasa nominal que surgirá de las presunciones establecidas en el artículo 93 de la LIG. Dichas presunciones serán aplicables siempre y cuando dichos sujetos no residentes no posean establecimiento permanente en el territorio argentino, ya que de lo contrario se encontrarán alcanzados a la alícuota proporcional del 35% aplicable sobre las rentas generadas por dicho establecimiento, en los términos del artículo 69 de la LIG.

El principio de fuente se encuentra contemplado en el artículo 5 de la LIG, al establecer que “*en general, y sin perjuicio de las disposiciones especiales de los artículos siguientes, son ganancias de fuente argentina*

40 Teijeiro, Guillermo O., “Desafíos de las nuevas formas del Comercio y la imposición: El ejercicio de la jurisdicción fiscal de los Estados en el contexto internacional y los desafíos de las nuevas formas del comercio y la imposición”, en *Estudios sobre la aplicación espacial de la ley tributaria. La jurisdicción tributaria en el contexto internacional y las potestades tributarias en el orden provincial y municipal*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002.

41 Rajmilovich, Darío M., Informe de relatoría del Panel II: “Prestación de servicios desde el exterior: problemática de su tratamiento fiscal”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 53, citando el Informe Nacional presentado por Moris Lehner y Ekkehart Reimer (Alemania), 59° Congreso de la IFA, Buenos Aires, 11 al 16 de septiembre de 2005, Tema I: “Fuente y Domicilio: Nueva Configuración de sus Principios”, pág. 19.

42 Rajmilovich, Darío M., Informe de relatoría del Panel II: “Prestación de servicios desde el exterior: problemática de su tratamiento fiscal”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 54.

43 Álamo-Cerrillo, Raquel y Lagos-Rodríguez, Gabriela, “Fiscalidad del comercio electrónico: el lugar de tributación”, Documento de trabajo SPCS (Seminario Permanente de Ciencias Sociales), N° 2011/4, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Cuenca, España, 2011.

aquellas que provienen de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República, de la relación en el territorio de la Nación de cualquier acto o actividad susceptible de producir beneficios, o de hechos ocurridos dentro del límite de la misma, sin tener en cuenta nacionalidad, domicilio o residencia del titular o de las partes que intervengan en las operaciones, ni el lugar de celebración de los contratos”.

Por su parte, el artículo 9 del decreto reglamentario de la LIG establece los principios generales de fuente, disponiendo en el inciso d), cuando se refiere a toda otra ganancia no contemplada en los incisos precedentes, que considera de fuente argentina las ganancias que hayan sido generadas por bienes materiales o inmateriales y por derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país, o que tengan su origen en hechos o actividades de cualquier índole, producidos o desarrollados en la República Argentina, conformando entre ley y decreto el principio de fuente territorial, o sea que tratándose de marcas, patentes y otros derechos de la propiedad industrial o intelectual, no interesará ni el domicilio de los titulares ni el lugar de celebración de los contratos para definir la fuente, la que quedará conformada como tal –fuente argentina– si se demuestra la utilización económica o explotación de los bienes inmateriales en negocios que se deriven de las mismas en el ámbito territorial de nuestro país⁴⁴.

Las ganancias de fuente extranjera se encuentran contempladas en el artículo 127 de la LIG, comprendiendo las ganancias que provengan de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el exterior, de la realización en el extranjero de cualquier acto o actividad susceptible de producir un beneficio o de hechos ocurridos fuera del territorio nacional, excepto los tipificados expresamente como de fuente argentina y las originadas por la venta en el exterior de bienes exportados en forma definitiva del país para ser enajenados en el extranjero.

El inconveniente se suscita cuando se prestan servicios a clientes residentes en el país, por parte de no residentes. En tal caso, se considera que dichos servicios son de fuente argentina, y por consiguiente, sujetos al gravamen de esta ley, si corresponden a honorarios o remuneraciones por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole, prestados desde el exterior. Consecuentemente, toda prestación de servicios suministrada por un no residente en el país, a un residente del mismo, se encuentra alcanzada por el impuesto a las ganancias, siempre y cuando corresponda a asesoramiento técnico, financiero o de otra índole, de lo contrario, no se encuentra alcanzada por el tributo, en los términos del artículo 12 de la ley de impuesto a las ganancias. De esta manera, la norma establece una excepción al principio de fuente.

Darío Rajmilovich sostiene que hay servicios que no poseen una presencia física relacionada con un territorio determinado, como es el caso de los servicios digitales o las transacciones electrónicas, cuyo lugar de realización debería definirse por medio de una presunción legal absoluta⁴⁵.

La definición de fuente establecida por los artículos 5 de la LIG y 9 del DRLIG no se adapta a las nuevas modalidades de comercio que se caracterizan por no tener presencia física en una jurisdicción determinada, o tener presencia en diversas jurisdicciones. Por ello, se requiere su reformulación, incluyendo en dicha normativa presunciones legales absolutas que contemplen esta problemática, ampliando dicho concepto a los servicios utilizados económicamente en nuestro país en aquellos supuestos en que el pago de los servicios se encuentre a cargo de un residente argentino, o este sea quien deduce los mismos de la base imponible del impuesto, en el entendimiento de que dicho pago erosiona la base del impuesto en el Estado de la fuente.

Por su parte, la ley de impuesto a las ganancias no define el concepto de establecimiento estable en el país de sujetos no residentes; solo lo hace para los sujetos residentes en el país, que obtengan rentas de fuente extranjera.

El artículo 69, inciso b), de la LIG establece la alícuota del 35% (treinta y cinco por ciento) aplicable a las ganancias netas imponibles de *“Los establecimientos comerciales, industriales, agropecuarios, mineros o de cualquier tipo, organizados en forma de empresa estable, pertenecientes a asociaciones, sociedades o empresas, cualquiera sea su naturaleza, constituidas en el extranjero o a personas jurídicas residentes en el exterior. No están comprendidas en este inciso las sociedades constituidas en el país, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del artículo 14, sus correlativos y concordantes”.*

44 Yemma, Juan Carlos, “Precios de Transferencia para intangibles en la Legislación Argentina”, en *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, AA.VV., directora: Cecilia Goldemberg, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, págs. 510/3.

45 Rajmilovich, Darío, Informe de relatoría del Panel II “Prestaciones de servicios desde el exterior: problemática de su tratamiento fiscal”, I Jornadas de Tributación Internacional, Asociación Argentina de Estudios Fiscales (AAEF), Ed. Errepar, Buenos Aires, pág. 51.

A su vez, el artículo 128 de la LIG dispone que *“Las ganancias atribuibles a establecimientos estables instalados en el exterior de titulares residentes en el país, constituyen para estos últimos ganancias de fuente extranjera, excepto cuando las mismas, según las disposiciones de esta ley, deban considerarse de fuente argentina en cuyo caso los establecimientos estables que las obtengan continuarán revistiendo el carácter de beneficiarios del exterior y sujetos al tratamiento que este texto legal establece para los mismos. Los establecimientos comprendidos en el párrafo anterior son los organizados en forma de empresa estable para el desarrollo de actividades comerciales, industriales, agropecuarias, extractivas o de cualquier tipo, que originen para sus titulares residentes en la República Argentina ganancias de la tercera categoría. La definición precedente incluye a las construcciones, reconstrucciones, reparaciones y montajes cuya ejecución en el exterior demande un lapso superior a 6 (seis) meses, así como los loteos con fines de urbanización y la edificación y enajenación de inmuebles bajo regímenes similares al establecido por la ley 13.512, realizados en países extranjeros”*.

Al respecto, Juan McEwan sostiene que *“sin perjuicio de que la conceptualización legal fuera prevista para los sujetos residentes en el país que desarrollen actividades en el exterior a través de la titularidad de estos establecimientos, entendemos que, a falta de definición para el supuesto contrario, el cual nos ocupa, sería eventualmente aplicable dado que la ley del gravamen no realiza una marcada diferenciación en los términos utilizados en ambos supuestos”*⁴⁶.

En la misma línea, Darío Rajmilovich concluye que *“de no considerarse como sujeto del impuesto a las sucursales y demás establecimientos estables radicados en el país pertenecientes a personas o entidades del exterior, el Fisco no podría ejercer eficazmente su potestad fiscal (por falta de jurisdicción) contra tales titulares, por lo que de existir la voluntad política de no optar por resignar la recaudación derivada de tales emprendimientos, es imperioso instituir al establecimiento estable como contribuyente (sociedad de capital) del impuesto a la renta”*⁴⁷.

Por su parte, los Convenios de Doble Imposición (CDI) celebrados por nuestro país con numerosos Estados contratantes, en materia de impuesto a la renta, definen dicho concepto, denominado establecimiento permanente, a los efectos de la aplicación de los CDI, definiéndolo como lugar fijo de negocios a través del cual los negocios de una empresa se realizan total o parcialmente, incluyendo especialmente: a) un lugar de administración o dirección; una sucursal; una oficina; una fábrica; un taller; una mina o un pozo de gas o petróleo, una cantera u otro lugar de extracción de recursos naturales.

Asimismo, debe contemplarse que corresponde considerar la existencia de un establecimiento estable de nuestro país en cada tributo, conforme allí se define al respecto. A menos que dicho tributo resultara comprendido en los términos de algún convenio celebrado por nuestro país para evitar la doble imposición internacional que incluyera otra definición para el caso, en cuyo supuesto esta última definición registrará para las inversiones amparadas por ese convenio. En el supuesto de que el tributo del caso no incluyera definición alguna al respecto, y siempre respetando la primacía de la definición de todo convenio celebrado por nuestro país para evitar la doble imposición internacional que correspondiera a ese tributo, cabe entender como establecimiento estable de nuestro país, razonablemente, el desarrollo habitual en el país de una o más actividades, que carece de una forma jurídica determinada en nuestro país, contando al efecto en el mismo con personal propio, bajo relación de dependencia o sin ella.

La condición de habitualidad para la existencia de establecimiento estable permite descalificar al efecto presencias ocasionales en el país, cuyo tratamiento tributario no debería asociarse con cualquier actividad recurrente, y la presencia de personal propio, aun sin relación de dependencia, responde a la necesidad de una adecuada representación física en el país a fines tributarios.

El concepto de establecimiento permanente se encuentra contemplado en los convenios de doble imposición internacional y en las legislaciones locales de varios países, bajo la denominación de *“establecimiento estable”*. Por su parte, el artículo 5 del MCOUDE (Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico) define establecimiento permanente como un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. Sin embargo, con la aparición del comercio electrónico el concepto de establecimiento permanente ha comenzado a desdibujarse.

46 McEwan, Juan P., *“La tributación de los servicios en el marco del comercio electrónico”*, en *La Tributación de los Servicios en Latinoamérica. Especial referencia al comercio electrónico*, Coordinadores: Benjamín Cubides y Mauricio Marín, 1ª ed., 2011, IFA, Ed. Legis, Colombia.

47 Rajmilovich, Darío M., *Manual del Impuesto a las Ganancias*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013, pág. 542.

En este sentido, en el año 2000, la OCDE ha realizado modificaciones al comentario del artículo 5 del Modelo de Convenio MCOCDE, contemplando la posibilidad de existencia de establecimiento permanente en las operaciones de comercio electrónico. Dichas modificaciones han incluido determinadas condiciones que deben cumplimentarse para poder encuadrar al server como establecimiento permanente.

Antonio Lovisolo sostiene que *“el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, ha publicado la versión definitiva de dicho Comentario. En esta, se agregaba a los ya existentes, 10 nuevos párrafos (del 42.1 al 42.10), dedicados al análisis del caso específico del establecimiento permanente en el comercio electrónico. Partiendo de la premisa de que el ejercicio del comercio electrónico presupone la existencia de dos elementos esenciales para su desarrollo: el elemento material (el hardware) y el elemento inmaterial (software y data base electrónico), se ha preguntado si la posesión de uno, de otro, o bien de ambos elementos pueda configurar la existencia de un establecimiento permanente de la sociedad que opera en el mercado de un país diverso del suyo a través de dichos elementos organizativos”*⁴⁸.

Al respecto, existe consenso en que el sitio web no puede constituir establecimiento permanente por sí solo, ello se debe a la falta de tangibilidad del software y database electrónica, en caso de no estar acompañado por el server (*hardware*). Ahora bien, el server puede dar lugar a la existencia de establecimiento permanente, en la medida en que el mismo sea de disponibilidad exclusiva o prevaleciente, de la compañía que tenga a cargo el mantenimiento y funcionamiento, y siempre y cuando se satisfagan los requisitos establecidos para la configuración de un establecimiento permanente, y no sea utilizado para el cumplimiento de actividades meramente preparatorias o auxiliares.

Asimismo, el Comentario 42.6 del MCOCDE referido al comercio electrónico dispone que *“La presencia de personal no es necesaria para considerar que una empresa lleva su negocio total o parcialmente en esa ubicación cuando de hecho, no se requiere personal para efectuar la actividad comercial en esa ubicación. Esta conclusión aplica al comercio electrónico en la misma medida que aplica a otras actividades en donde el equipo opera automáticamente como el equipo de bombeo automático que se utiliza para la explotación de recursos naturales”*⁴⁹.

La OCDE, en el año 2004, en su informe *“The Tax Treaty Treatment of Services”* recomendó la incorporación de un nuevo comentario que incluye la figura del EP de servicios, el cual se encuentra plasmado en el nuevo párrafo 42.23 de la versión actualizada en 2008 a los comentarios del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición elaborado por la OCDE (MCOCDE)⁵⁰.

Empero, Antonio Lovisolo concluye que *“para permanecer en el ámbito de los actuales esquemas impositivos (respecto del comercio electrónico), se puede analizar la posibilidad de introducir una noción de establecimiento permanente ajena a la tradicional dicotomía entre instalación material y personal y que sea la expresión de un vínculo con el territorio del Estado más conforme a las características del e-commerce. Por ejemplo, se podría asumir cualquier criterio de vinculación sobre el cual basar la imposición en el Estado Q, tal como la actividad de marketing que la sociedad R realiza en relación con sus productos y/o servicios de entrega o de prestación de los mismos mediante el uso de internet. En conclusión, un establecimiento permanente ciberespacial (o ‘virtual’) para la sociedad de la información”*⁵¹.

Las operaciones de comercio electrónico realizadas por sujetos no residentes en el Estado de la fuente, que generen ganancia de fuente argentina, se encontrarán sujetas a retención en la fuente, en carácter de pago único y definitivo, en la medida que no posean establecimiento estable en dicho Estado.

Ahora bien, si tales operaciones se encuentran amparadas por un CDI, este establece una limitación a la potestad tributaria del Estado de la fuente, dado que el artículo 7 (beneficio de las empresas) establece que solo podrán gravarse en dicho Estado los beneficios empresariales obtenidos por no residentes, en la medida que posean un establecimiento permanente en la jurisdicción de la fuente. De lo contrario, dichos beneficios tributarán exclusivamente en el país de residencia.

48 Lovisolo, Antonio, “El Establecimiento Permanente”, en *Curso de Derecho Tributario Internacional*, T. I, coordinador: Víctor Uckmar, Ed. Temis, 2003, Bogotá, Colombia, pág. 304.

49 Comentario 42.6 del MCOCDE.

50 Forcada, Carlos, “La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?”, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, pág. 106.

51 Lovisolo, Antonio, “El Establecimiento Permanente”, en *Curso de Derecho Tributario Internacional*, T. I, coordinador: Víctor Uckmar, Ed. Temis, 2003, Bogotá, Colombia, págs. 310/11.

El inconveniente se genera cuando se efectúan operaciones de comercio electrónico, por parte de sujetos no residentes, que no encuadren en el concepto de establecimiento permanente establecido en el CDI pertinente, dado que en dichos supuestos el Estado de la fuente encontrará limitada su potestad tributaria para gravar los beneficios generados por dichas operaciones.

En el informe elaborado por Norberto Campagnale y Juan McEwan, "Estudio sobre la situación tributaria del comercio electrónico", encargado por la Secretaría General de la ALADI, se concluye que *"de no operarse la redefinición del concepto de establecimiento permanente, en la región podría existir importante transferencia de recaudación impositiva desde las jurisdicciones fuentes de ingresos hacia aquellas de residencia de los inversores"*. Asimismo, en dicho informe se sostiene que *"frente a la dicotomía existente entre la posición de la Unión Europea, quien considera que se puede gravar aquellos sitios web ubicados en servers localizados en su territorio aunque la empresa propietaria se encuentre radicada fuera de dicho territorio, y la posición contraria de Estados Unidos, quien sostiene que no es posible gravar por falta de territorialidad"*, concluyéndose que *"el criterio de Estados Unidos afectará la merma de los ingresos de los países en vías de desarrollo, visualizando que la solución que adopte la Unión Europea puede ser la más conveniente para adoptar en los países en desarrollo"*⁵².

Por ello, resulta imprescindible redefinir el concepto de establecimiento permanente, tanto en las legislaciones domésticas, como así también en los CDI. Al respecto, Juan McEwan sostiene que *"se ha de prestar especial consideración a la conformación técnica de la página web, entendiendo que, en el supuesto de que se reúnan conjuntamente las siguientes funciones: 1) concertar ventas; 2) recibir pago, y 3) programar el envío de mercaderías a través de la página, entonces estaríamos en presencia de un establecimiento estable, ya que la propia página web, sin perjuicio de la falta de intervención humana directa, realizaría todas las funciones propias de una organización empresarial"*⁵³.

Por su parte, dicho autor concluye que las operaciones de comercio electrónico realizadas por páginas web ubicadas en servidores constituidos en el país (Argentina) de propiedad de no residentes que no cumplan con las funciones citadas en el párrafo precedente, no constituirán establecimiento estable, al no cumplir con las condiciones establecidas en la legislación doméstica a los efectos de constituir establecimiento estable. Asimismo, si dichos servidores no son de propiedad de los sujetos titulares del sitio web, no constituyen establecimiento estable, ante la ausencia de presencia física en el Estado de la fuente.

Ahora bien, en caso de considerarse que los servidores que contienen las páginas web de propiedad de no residentes conforman un establecimiento estable en el Estado de la fuente, dichos propietarios deberán tributar por las rentas generadas por dicho establecimiento estable obtenidas en el país y en el exterior.

En la misma línea, y en abierta contraposición a las propuesta de la OCDE, el Informe de la Comisión para el Estudio de la Fiscalidad del Comercio Electrónico de España considera que no solo el servidor puede ser un Establecimiento Permanente, sino que también admite la posibilidad de que una página web pueda serlo, en la medida de que a través de la misma se desarrolle una actividad económica continuada, considerándosela como lugar fijo de negocios. Ello implica una permanencia física continuada en un Estado determinado⁵⁴.

A los efectos de contrarrestar el fenómeno de dilución del concepto de fuente mediante la aplicación de técnicas de erosión de bases por parte de las compañías multinacionales, debería procurarse la modificación de uno de los principios de tributación internacional que establece que los beneficios que se originen en el comercio internacional de bienes y servicios se atribuyen al Estado de residencia, por ser este coincidente con el lugar de producción de los mismos. Dicho principio ha sido adoptado convencio-

52 Campagnale, Norberto P. y McEwan, Juan P., "Estudio sobre la situación tributaria del comercio electrónico encargado por la Secretaría General de la ALADI", citado por Rubén O. Asorey, en *Tributación de los negocios efectuados por medios electrónicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.

53 McEwan, Juan P., "La tributación de los servicios en el marco del comercio electrónico", en *La Tributación de los Servicios en Latinoamérica. Especial referencia al comercio electrónico*, Coordinadores: Benjamín Cubides y Mauricio Marín, 1ª ed., 2011, IFA, Ed. Legis, Colombia.

54 Álamo-Cerrillo, Raquel y Lagos-Rodríguez, Gabriela, "Fiscalidad del comercio electrónico: el lugar de tributación", Documento de trabajo SPCS (Seminario Permanente de Ciencias Sociales) N° 2011/4, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Cuenca, España, 2011.

nalmente mediante el artículo 7 (Beneficio de las empresas) de los CDI suscriptos por la OCDE y Naciones Unidas. Este nuevo paradigma consiste en distribuir dichos ingresos entre las jurisdicciones que hayan contribuido a la generación de los mismos, promoviendo la extensión del principio de fuente en función de un criterio de utilización económica o de erosión de base en el impuesto a la renta del pagador⁵⁵. Para ello, se requiere modificar el modelo de CDI de la OCDE, encuadrando las prestaciones de servicios digitales en el artículo 12 de los CDI (Regalías) o bien modificando el artículo 5 del CDI incluyendo la definición de un Establecimiento Permanente de Servicios sin requisito de presencia física (server), incluyendo en dicha definición los servicios prestados por páginas web que desarrollen una actividad continuada, aunque no posean presencia física. De esta manera, se evita la erosión de bases promovida actualmente por el artículo 7 de los CDI.

Existen opiniones encontradas respecto de la posibilidad de que un server sea considerado un Establecimiento Permanente, ya que parte de la doctrina mantiene cierto desacuerdo respecto de dicha consideración. Para justificar su posición sostienen que si se atribuyen los beneficios a la jurisdicción donde se encuentra localizado el server, se estaría prescindiendo de atribuir dichos beneficios a las jurisdicciones económicamente relevantes, la de residencia del vendedor y aquella de la fuente de la renta. Consecuentemente, se estaría atribuyendo la totalidad de los beneficios a una jurisdicción donde no se desarrolla actividad sustancial, sino únicamente por localizarse un server el cual puede operarse remotamente desde otra jurisdicción. Asimismo, debe contemplarse que dicho server puede localizarse fácilmente en aquellas jurisdicciones de baja tributación, con el objeto de erosionar las bases imponibles de las jurisdicciones de residencia del vendedor y de la fuente de renta.

6. CONCLUSIONES

La doctrina que se enrola en la posición de prevalencia del principio de la fuente como criterio de sujeción tributaria respecto del principio de residencia sostiene con fundamentos que los Estados que aplican este último principio no han logrado generar mayores ingresos de fuente extranjera, en términos de recaudación, siendo el principio de la fuente el criterio más adecuado para no resignar recursos tributarios y reasignarlos debidamente en gastos estatales, a los efectos de crear las condiciones necesarias para atraer mayores inversiones extranjeras.

Por su parte, el criterio de residencia favorece el principio de equidad, puesto que otorga igual tratamiento a los residentes de un Estado respecto de sus rentas obtenidas en el país y en el exterior. Asimismo, satisface el principio de capacidad económica, que es el principio más moderno, justo y progresivo, puesto que el criterio de residencia establece que el poder de imposición corresponde al Estado al que pertenece el titular de los bienes o el perceptor de las rentas, debido a que en dicho Estado se han generado los capitales, que invertidos en el Estado de la fuente, han permitido la creación de rentas en el mismo.

Ahora bien, ante la dificultad de encuadrar las rentas originadas en prestaciones digitales y en transacciones electrónicas dentro de los principios tradicionales de fuente y residencia, surge la necesidad de establecer reglas de asignación de dichas rentas en las jurisdicciones pertinentes a los efectos de evitar la doble imposición internacional o la doble no imposición.

En este sentido, determinados conceptos y criterios tributarios que se encuentran vigentes desde antaño, producto del consenso internacional, deben ser revaluados. Entre ellos, deberían redefinirse los conceptos de establecimiento permanente, jurisdicción tributaria, imposición en la fuente productora de ingresos y conceptualización de los beneficios.

La confrontación entre los criterios de sujeción tributaria "*fuentes vs. residencia*" que se basan en la localización geográfica de la fuente ha cedido ante la nueva concepción de "*fuentes compartida*", que sostiene que ante supuestos de fuente no exclusiva resulta conveniente atribuir los ingresos en forma compartida entre aquellas jurisdicciones que contribuyan a la generación de dichos ingresos.

Ante la necesidad de revitalizar el concepto de fuente, emergen como criterios de sujeción alternativos los criterios de fuente financiera de pagos, de utilización económica, del beneficio de la actividad

55 Rajmilovich, Darío M., "Plan de Acción del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting): Situación y posición estratégica para la República Argentina" (primera parte), Revista Impuestos, N° 2, Ed. Thompson Reuters, febrero 2014, Buenos Aires.

económica en el territorio y de la erosión de la base imponible. Dichos criterios han sido receptados por la legislación comparada, más precisamente por países latinoamericanos como es el caso de Brasil (adoptando el criterio de fuente financiera de pagos) y Perú, Colombia, Uruguay, México y Venezuela (adoptando el criterio de utilización económica). En el caso particular de Perú, se crea una presunción que dispone que se considera que el servicio digital es utilizado económicamente en el país cuando la empresa pagadora residente en dicho país deduce el gasto en su balance fiscal.

La definición de fuente establecida por los artículos 5 de la LIG y 9 del DRLIG no se adapta a las nuevas modalidades de comercio que se caracterizan por no tener presencia física en una jurisdicción determinada, o tener presencia en diversas jurisdicciones. Por ello, se requiere su reformulación, incluyendo en dicha normativa presunciones legales absolutas que contemplen esta problemática, ampliando dicho concepto a los servicios utilizados económicamente en nuestro país, en aquellos supuestos en que el pago de los servicios se encuentre a cargo de un residente argentino, o este sea quien los deduce de la base imponible del impuesto, en el entendimiento de que dicho pago erosiona la base del impuesto en el Estado de la fuente.

A los efectos de contrarrestar el fenómeno de dilución del concepto de fuente mediante la aplicación de técnicas de erosión de bases por parte de las compañías multinacionales, debería procurarse la modificación de uno de los principios de tributación internacional que establece que los beneficios que se originen en el comercio internacional de bienes y servicios se atribuyen al Estado de residencia, por ser este coincidente con el lugar de producción de los mismos.

Dicho principio ha sido adoptado convencionalmente a través del artículo 7 (Beneficio de las empresas) de los CDI suscriptos por la OCDE y Naciones Unidas. Este nuevo paradigma consiste en distribuir dichos ingresos entre las jurisdicciones que hayan contribuido a su generación, promoviéndose la extensión del principio de fuente en función de un criterio de utilización económica o de erosión de base en el impuesto a la renta del pagador.

Para ello, se requiere modificar el modelo de CDI de la OCDE, encuadrando las prestaciones de servicios digitales en el artículo 12 de los CDI (Regalías) o bien modificando el artículo 5 del CDI incluyendo la definición de un Establecimiento Permanente Servicios sin requisito de presencia física (server), incorporando en dicha definición los servicios prestados por páginas web que desarrollen una actividad continuada, aunque no posean presencia física. De esta manera, se evita la erosión de bases promovida actualmente por el artículo 7 de los CDI.

Existen opiniones encontradas respecto de la posibilidad de que un server sea considerado un Establecimiento Permanente, ya que parte de la doctrina mantiene cierto desacuerdo respecto de dicha consideración.

Para justificar su posición sostienen que si se atribuyen los beneficios a la jurisdicción donde se encuentra localizado el server, se estaría prescindiendo de atribuir dichos beneficios a las jurisdicciones económicamente relevantes, la de residencia del vendedor y aquella de la fuente de la renta.

Consecuentemente, se estaría atribuyendo la totalidad de los beneficios a una jurisdicción donde no se desarrolla actividad sustancial, sino únicamente por localizarse un server, el cual puede operarse remotamente desde otra jurisdicción. Asimismo, debe tenerse en cuenta que dicho server puede localizarse fácilmente en aquellas jurisdicciones de baja tributación, con el objeto de erosionar las bases imponibles de las jurisdicciones de residencia del vendedor y de la fuente de renta.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Montevideo, Uruguay, 1 al 6 de diciembre de 1996, Tema I: "La imposición de las rentas de las empresas en los procesos de integración", Relator nacional: Dr. Juan C. Vicchi, Doctrina AAEF, 1994-1998, Tomo II: Relatos Nacionales en Congresos Internacionales, Buenos Aires.
- Álamo-Cerrillo, Raquel y Lagos-Rodríguez, Gabriela, "Fiscalidad del comercio electrónico: el lugar de tributación", Documento de trabajo, SPCS (Seminario Permanente de Ciencias Sociales), N° 2011/4, Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), Cuenca, España, 2011.
- Atchabahian, Adolfo y Schindel, Ángel, Informe de Relatoría, Tema I: "Source and residence: new configuration of their principles", del Congreso IFA, Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Volume 90a, (Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2005).

- Borderas, Ester y Moles, Pere, *Derecho Tributario Internacional*, Vol. I, 1ª ed., 2008, Ed. El Fisco, Barcelona, España.
- BYRNE, Peter D., "Regímenes especiales tributarios en la región del Mercosur: implicancias de políticas tributarias y de comercio y de integración regional", en *Mercosur: impacto fiscal de la integración económica*, Vilella, Luiz; Barreix, Alberto y Taccone, Juan José (editores), BID-INTAL/ITD, Buenos Aires, 2003.
- Campagnale, Norberto P. y McEwan, Juan P., Estudio sobre la situación tributaria del comercio electrónico encargado por la Secretaría General de la ALADI, citado por Rubén O. Asorey, en *Tributación de los negocios efectuados por medios electrónicos*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.
- D'Alessandro Pereyra, Raúl, "El principio de la fuente. Ayer vs. hoy", Décimo Congreso Tributario, Tomo I, CPCECABA, Fondo Editorial CPCECABA, 2003, Buenos Aires.
- Dale, "E-Commerce and Source-Based Income Taxation", Vol. 6, in The Doctoral Series, IBFD, 2003, Netherlands, citado por Carlos FORCADA en "La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?", I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012.
- Falcón y Tella, Ramón, "Tendencias Actuales en los Criterios de Sujeción al Tributo: Hacia la Territorialidad", Universidad Complutense de Madrid, Crónica Tributaria, N° 100 (2001), Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España.
- Figueroa, Antonio H., "La Negociación de Tratados Amplios para Evitar la Doble Tributación Internacional", Boletín de Económicas, Año XXX, julio 2002, N° 231, CGCE, documento presentado al UN Second International Workshop on International Taxation, realizado en Beijing, 23 al 25 de abril de 2001.
- Figueroa, Antonio H., "Los principios jurisdiccionales en el impuesto a la renta. La doble tributación internacional. El pasado y la necesidad de cambios", Impuestos, 2005-A, 1247, Lexco Fiscal, Buenos Aires.
- Figueroa, Antonio H., Ponencia Congreso de la IFA de Buenos Aires, 2005, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 90, "Source and residence: new configuration of their principles", IFA.
- Forcada, Carlos, "La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?", I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, citando a Pickering, Ariane, "General Report", en IFA, "Enterprise Services", Cahiers de Droit International, Vol. 97a, 201 (Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers, 2012).
- González, Eusebio y Lejeune, Ernesto, *Derecho Tributario I*, Plaza Universitaria Ediciones, 1997, Salamanca, España.
- Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina. Estudio Teórico-práctico*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ed. La Ley, 2009, Buenos Aires.
- Jáuregui Cisneros, Carola, "El principio de renta mundial en comparación con el principio de la fuente, ventajas y desventajas desde la perspectiva boliviana", III Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, La Paz, Bolivia.
- Kemmeren, Eric, "Principle of origin in tax conventions. A rethinking of Models", Dongen, 2001, citado por Carlos Forcada en "La configuración de la fuente argentina y los servicios electrónicos: ¿quo vadis?", I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012.
- Lovisolo, Antonio, "El Establecimiento Permanente", en *Curso de Derecho Tributario Internacional*, T. I, coordinador: Víctor Uckmar, Ed. Temis, 2003, Bogotá, Colombia.
- McEwan, Juan P., "La tributación de los servicios en el marco del comercio electrónico", en *La Tributación de los Servicios en Latinoamérica. Especial referencia al comercio electrónico*, coordinadores: Benjamín Cubides y Mauricio Marín, 1ª ed., 2011, IFA, Colombia, Ed. Legis, Colombia.
- Rajmilovich, Darío M., *Manual del Impuesto a las Ganancias*, 3ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.
- Rajmilovich, Darío M., "Plan de Acción del Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting): Situación y posición estratégica para la República Argentina (primera parte)", Revista Impuestos, N° 2, Ed. Thompson Reuters, febrero 2014, Buenos Aires.
- Rajmilovich, Darío M., Informe de relatoría del Panel II: Prestación de servicios desde el exterior: problemática de su tratamiento fiscal, I Jornadas de Tributación Internacional, AAEF, 6, 7 y 8 de noviembre de 2012, Ed. Errepar, Buenos Aires.
- Rajmilovich, Darío Marcelo, *La Renta Mundial en el Impuesto a las Ganancias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.
- Serrano Artón, Fernando, "Hacia una reforma de los principios de sujeción fiscal", Doc., N° 18/06, Instituto de Estudios Fiscales, España.

- Reig, Enrique J., "El Criterio de localización territorial de la fuente vs el de domicilio, residencia o nacionalidad en la opción de los países en proceso de desarrollo", *La Información*, T. LX, pág. 395-411, septiembre 1989, trabajo realizado sobre la base de la presentación hecha como panelista en las XVIII Jornadas Tributarias del CGCECF, Mar del Plata, noviembre 1988.
- Reig, Enrique, "El criterio de renta mundial en la reforma del impuesto a las ganancias y sobre los activos", *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XII, Buenos Aires.
- Report on Double Taxation (Profs. Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp), Ginebra, 5/4/23, citado por Teijeiro, Guillermo O., en obra citada precedentemente.
- Rosembuj, Tulio, *Derecho Fiscal Internacional*, 1ª ed., Ed. El Fisco, 2001, Barcelona, España.
- Tanzi, Vito, *Taxation in an integrative word*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1994.
- Teijeiro, Guillermo O., *Estudios sobre la Aplicación de la Ley Tributaria en el Contexto Internacional y las Potestades Tributarias de orden Provincial y Municipal*, Ed. La Ley, 2002, Buenos Aires.
- Ugarte Quispaya, Roberto, "El principio de renta mundial en comparación con el principio de fuente", Memoria de la III Jornadas Bolivianas de Derecho Tributario, La Paz, Bolivia.
- Valdés Costa, Ramón, *Curso de Derecho Tributario*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2001.
- Valdés Costa, Ramón, *Estudios de Derecho Tributario Internacional*, Montevideo, Uruguay, 1978.
- Vallejo Camorro, José María y Gutiérrez Lousa, Manuel, "Los convenios para evitar la doble imposición: análisis de sus ventajas e inconvenientes", Doc., Nº 6/02, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, España.
- Xavier, Alberto, *Derecho tributario internacional. Conceptos fundamentales*, Ed. Ábaco, 2005, Buenos Aires.
- Yemma, Juan Carlos, "Precios de Transferencia para intangibles en la Legislación Argentina", en *Manual de Precios de Transferencia en Argentina*, AA.VV., directora: Cecilia Goldemberg, Ed. La Ley, 2007, Buenos Aires.

PANEL II

Inversiones internacionales y su financiamiento

PRESIDENTE

Julián A. Martín

SECRETARIO

Jorge Prats Vuotto

RELATOR

Ariadna Artopoulos

TRABAJOS PRESENTADOS POR PANELISTAS

Alejandro ALMARZA: *Capitalización vs. endeudamiento*

Mariano BALLONE: *Situaciones especiales*

Valeria D´ALESSANDRO: *Inversiones internacionales y su financiamiento*

INFORME DE RELATORÍA

ARIADNA ARTOPOULOS

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la vasta temática relacionada con el financiamiento de las inversiones internacionales, nos dedicaremos a revisar dos cuestiones de actualidad.

En primer lugar, analizaremos diversos asuntos vinculados con el pago de impuesto a las ganancias por la venta de acciones y otros valores negociables, derivados de la última reforma de la ley de impuesto a las ganancias, y que pueden generar –o ya lo han hecho– diferentes criterios en su aplicación, tales como el alcance de hecho imponible, la exención para personas físicas y la determinación y pago del impuesto.

En su trabajo para este panel, Valeria D'Alessandro analizó exhaustivamente todas las cuestiones que suscita el ingreso del impuesto derivado de operaciones entre sujetos no residentes a los fines fiscales en Argentina y los posibles escenarios en caso de que se reglamente la forma de pago.

Por su parte, Mariano Ballone focalizó su tarea en la situación frente a la reforma de algunos instrumentos internacionales de inversión, como los American Depositary Receipts (ADR o Recibo de Depósito Americano) y también, los Certificados de Depósito Argentino (CEDEAR) y también, en otros temas en los que consideramos que ante el cambio de escenario vale la pena una revisión, como la redomiciliación de sociedades, la reorganización de accionistas extranjeros y las transferencias indirectas.

Finalmente, analizaremos la incidencia actual en esta cuestión de los convenios para evitar la doble imposición internacional en materia de renta y patrimonio (CDI).

En segundo término, abordaremos la temática relativa a la utilización de capital propio o del endeudamiento para financiar inversiones, lo que ha generado debates tanto a nivel nacional como internacional, siendo también hoy eje, en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), de las acciones 2, 4 y 9 de su *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios* (plan BEPS). Para este tema contamos con el trabajo preparado por Alejandro Almarza.

Finalmente, repasaremos algunos temas que han generado conflictos con la autoridad fiscal, todavía se debaten en instancia judicial y pueden ser eje de futuros conflictos. Estos asuntos son: i) la recharacterización de préstamos financieros otorgados por sociedades vinculadas y/o relacionadas como aportes de capital; ii) la aplicación de la presunción de incrementos patrimoniales no justificados, y iii) el rechazo a la deducción de gastos financieros vinculados con la compra de acciones.

II. OPERACIONES SOBRE ACCIONES Y TÍTULOS

II.1. Ámbito de aplicación. Concepto “demás valores”

La ley 26.893 sustituyó el punto 3 del artículo 2 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones (LIG) y reemplazó la expresión “demás títulos valores” por “demás valores”.

El decreto 2334/13 agregó como artículo sin número a continuación del artículo 8 del decreto reglamentario de la LIG el siguiente texto: “A los efectos previstos en la ley y en el presente decreto, deberán entenderse por ‘demás valores’, exclusivamente, aquellos valores negociables emitidos o agrupados en serie susceptibles de ser comercializados en bolsas o mercados”.

El nuevo universo gravado está constituido por los valores negociables emitidos o agrupados en serie. Ni la LIG ni su decreto reglamentario contienen una definición de qué se entiende por “valores negociables”. Tampoco ha dado ninguna pauta el legislador al sancionar la norma.

Por lo tanto, para conocer el alcance del término, debemos analizar el marco normativo de los valores negociables, el cual está previsto en la ley 26.831 conocida como Ley de Mercado de Capitales.

La ley prevé en su artículo 2 que los valores negociables son los “títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta”.

1 Incorporada por el artículo 7 de la ley 25.414.

De conformidad con la norma, este universo incluye, en particular: i) los valores de crédito o representativos de derechos creditorios; ii) las acciones; iii) las cuotapartes de fondos comunes de inversión; iv) los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva, y v) en general, *“cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros”*.

La segunda parte de la norma indica que quedan comprendidos también dentro del concepto de valores negociables: i) los contratos de futuros; ii) los contratos de opciones; iii) los contratos de derivados en general que se registren en mercados autorizados; iv) los cheques de pago diferido; v) certificados de depósitos de plazo fijo admisibles; vi) facturas de crédito; vii) certificados de depósito y warrants; viii) pagarés; ix) letras de cambio, y x) *“todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados”*.

Los valores negociables mencionados en el párrafo anterior no entran dentro del alcance de la norma de la LIG toda vez que no cumplen con el recaudo de la emisión o agrupación en series.

También existen valores negociables incluidos en la primera parte de la norma, que no están alcanzados dado que no pueden ser comercializados en bolsas o mercados, como sucede con los valores representativos de derechos creditorios.

En función de lo expuesto, la nueva norma tiene un alcance restringido en comparación con aquella que reemplaza.

II.2. Personas físicas. Exención sobre acciones y títulos del exterior, alícuota aplicable y forma de ingreso del impuesto

Alcance de la exención

La ley 26.893 adecuó el inciso w) del artículo 20 de la LIG y mantiene la exención cuando se enajenen acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, que no coticen en bolsas o mercados de valores y/o que no tengan autorización de oferta pública.

La ley no dice si la cotización debe ser en el país o en el exterior.

Su decreto reglamentario sustituyó el artículo 42 e indicó que *“Se encuentran comprendidos en la exención que establece el artículo 20, inciso w), de la ley, los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales –incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión–, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores...”*.

Existen dos interpretaciones en relación con esta última norma²:

- i) el decreto incurre en exceso, ya que condiciona la exención a que la enajenación se realice a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores (CNV), mientras que la ley únicamente exige que no coticen en bolsas o mercados de valores y/o que no tengan autorización de oferta pública, o
- ii) el decreto pretende aclarar que también las operaciones realizadas a través de bolsas o mercados autorizados por la CNV están exentas, pero ello no quiere decir que también lo estén las enajenaciones de acciones que cotizan en bolsas o mercados de valores y/o tengan autorización de oferta pública.

Cualquiera que sea la interpretación del reglamento, nuestra conclusión es que están eximidas las ganancias obtenidas por la enajenación de valores negociables³ que coticen tanto en bolsas o mercados

2 Este tema ha sido analizado, entre otros, en los siguientes artículos: Martín, Julián, “Venta de títulos valores. Evolución normativa. Impacto frente al nuevo Código Civil y Comercial”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXVI, octubre 2015; Caranta, Martín R., “Impuesto a las ganancias, decreto 2334/13: la reglamentación de la reforma de la ley 26.893”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXV, abril 2014; Gebhard, Jorge y Malvitano, Rubén H., “Tratamiento de la venta de acciones extranjeras”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXV, noviembre 2014; Perelli, Eduardo, “Impuesto a las Ganancias. Compraventa de acciones en el exterior. Personas físicas”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXVI, julio 2015 y García, Fernando, “Implicancias territoriales de la ley 26.893 en la venta de acciones y cuotas sociales”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXIV, diciembre 2013.

3 Nos referiremos en este trabajo a valores negociables para indicar al colectivo de “demás valores” abarcados en el artículo 2, es decir, valores negociables emitidos o agrupados en serie, susceptibles de ser comercializados en bolsas o mercados.

de valores del país como del exterior y/o tengan autorización de oferta pública en cualquiera de los mercados indicados⁴.

Si se interpretara que el decreto restringe el alcance de la ley, vulneraría las limitaciones a las atribuciones otorgadas al Poder Ejecutivo Nacional previstas en el artículo 99, inciso 2, de la Constitución Nacional, por lo que debería ser declarado inconstitucional. En consecuencia, la eventual pretensión fiscal que desconociera el carácter de exenta a la ganancia derivada de la venta de valores negociables que coticen en bolsas o mercados del exterior y/o tengan autorización de oferta pública, vulneraría la garantía de reserva de ley en materia tributaria, prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Consideramos clara la redacción de la LIG al indicar que quedan alcanzados por el impuesto los valores negociables: i) sin cotización, o ii) que no tengan autorización de cotización en bolsas o mercados en general.

Por ello, al no ser necesario un mayor esfuerzo interpretativo, corresponde su directa aplicación, tal como lo ha señalado en diversas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵.

Aun cuando se pretendiera en este caso conocer la voluntad del legislador, poco puede rescatarse de las opiniones emitidas al momento de la sanción de la ley, que tuvo un trámite muy corto desde su ingreso como proyecto de ley hasta su sanción, aunque por el contrario muy largo hasta su reglamentación⁶. El debate parlamentario da cuenta de la confusión existente respecto del significado de "*oferta pública*" y "*cotización*", yerro en el que también había incurrido la autoridad fiscal hace muchos años pero que finalmente fue solucionado⁷.

Destacamos que el proyecto original enviado por el Poder Ejecutivo preveía solo el caso de que los títulos "*coticen en bolsas o mercados de valores*"⁸. Fue la Comisión de Presupuesto y Hacienda la que agregó el término "*y/o autorización de oferta pública*".

El significado de "*oferta pública*" surge de las normas que han regulado y regulan actualmente el mercado de capitales (leyes 17.811 y 23.576). Con el fin de que exista oferta pública se requiere una invitación a personas en general o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con títulos valores. Dicha invitación debe ser realizada por el emisor o por una organización dedicada en forma parcial o total a su comercialización. La invitación debe cursarse por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones de radio o televisión, colocación de afiches, programas, circulares y comunicaciones impresas, medios electrónicos o cualquier otro procedimiento de difusión.

No es requisito para que exista oferta pública que se realice en el mercado bursátil. Esto puede acontecer o no. Sí resulta un requisito esencial que se autorice su realización.

En el caso de que la oferta sea realizada localmente, será autorizada por la CNV y, de efectuarse en el exterior, por un organismo equivalente ubicado en la jurisdicción respectiva. La ley 26.893 no circunscribe la exención a que la oferta sea autorizada por la CNV, de haber querido hacerlo, lo hubiera indicado expresamente, tal como lo hizo al establecer los requisitos aplicables a la exención de las obligaciones negociables en la ley 23.576⁹.

4 Dado que la exención prevista en el artículo 36 bis de la ley 23.576 no ha sido modificada, continúa exento el resultado de las obligaciones negociables que cumplan con los pertinentes requisitos, obtenido por personas físicas y sucesiones indivisas residentes en Argentina y sujetos del exterior, así como los títulos públicos negociados por dichos sujetos. Por su parte, en tanto sean colocados por oferta pública también están exentos los resultados obtenidos por los sujetos indicados por la venta de títulos de deuda y certificados de participación emitidos por fideicomisos financieros regidos por la ley 24.441 y de cuotas partes de fondos comunes de inversión previstos en la ley 24.083.

5 Fallos: 218:56; 299:167; 302:429; 311:1042; 320: 2145 y 324:3143, entre muchos otros.

6 El trámite parlamentario puede consultarse en www.diputados.gov.ar y www.senado.gov.ar, expedientes HCD-5-PE-13 y 39-13, respectivamente.

7 Un minucioso análisis de la evolución histórica de estos términos puede consultarse en Olivero Vila, Matías, "La exención para acciones y demás valores con oferta pública y/o cotización: ¿otra vez, 10 años después?", Doctrina Tributaria Errepar, T. XXXVI, octubre/noviembre 2015. En este artículo, el autor también repasa el erróneo alcance que la autoridad fiscal pretendió darle a la "colocación por oferta pública" al dictar el dictamen DAT 16/02 y que finalmente fue zanjado con el dictado de la resolución conjunta CNV-AFIP 470/04-1738, cuyo texto quedó incorporado en la resolución CNV 622.

8 Este texto era similar al sancionado en el año 2001 por la ley 25.414 y el decreto 493/01.

9 Su artículo 36, punto 1, requiere que "...se trate de emisiones de obligaciones negociables colocadas por oferta pública, contando para ello con la respectiva autorización de la Comisión Nacional de Valores".

Tampoco resulta relevante para la ley 26.893 que, obtenida la autorización de oferta pública, nunca lleguen a realizarse esfuerzos de colocación o a cotizar en el mercado. Obtenida la autorización para realizar la oferta pública tanto en el país como en el exterior, la exención resulta aplicable, sin perjuicio de que pueda acarrear sanciones de la autoridad regulatoria. Un interrogante que puede plantearse es si para que aplique la exención, además de obtener la autorización, debe mantenerse en el régimen o puede retirarse y no se pierde el beneficio.

El otro caso que prevé la norma es la existencia de un título con cotización que, para la ley 26.831, debe interpretarse como "listados", es decir, aceptados para su negociación en bolsas o mercados. Este también es el criterio de la autoridad fiscal¹⁰.

Por lo tanto, pueden presentarse los siguientes casos a los que, conforme el texto legal, se aplicará la exención con prescindencia de cuál sea el país en el que se obtenga la autorización de oferta pública o se realice la cotización:

- 1) valores negociables con autorización de oferta pública y cotización;
- 2) valores negociables con autorización de oferta pública y sin cotización;
- 3) valores negociables sin autorización de oferta pública pero con cotización.

Por último, entendemos que no resulta razonable concluir que la intención fue que no se aplique la exención si las acciones de sociedades argentinas cotizan en bolsas o mercados de valores del exterior o tengan autorización para ser ofertadas en dichos mercados. Otra situación derivada de una interpretación restrictiva de la norma se daría en el caso de una persona física residente que adquirió un valor negociable con oferta pública y luego decide venderlo a otro sujeto residente pero sin la participación de un agente de bolsa, lo que implicaría que resulte gravado. No parecería ser el objetivo buscado con la reforma. Como indica el presidente de nuestro panel, el lugar donde se realice el hecho económico no puede condicionar una exención cuyo único requisito legal es la colocación por oferta pública o su cotización en mercados de valores. De otra manera, la exención nace condicionada a la forma con que se transmita el valor en el futuro¹¹.

Alícuota aplicable

La ley 26.893, sustituyó los párrafos segundo y tercero del artículo 90 de la LIG, e incorporó la alícuota del 15% a efectos de determinar la ganancia neta de los sujetos comprendidos en dicha norma, sin distinguir según provengan de fuente argentina o extranjera.

Sin embargo, la autoridad fiscal tendría una opinión diferente respecto de la alícuota aplicable a las personas físicas y sucesiones indivisas del país por la ganancia obtenida por la enajenación de valores negociables en el exterior que no coticen en mercados del exterior y/o tengan autorización para cotizar en ellos. Según la AFIP¹², para el caso de operaciones cuyos resultados deban considerarse de fuente extranjera, la alícuota aplicable es la que le corresponda al contribuyente según la escala del artículo 90 de la LIG, o sea, hasta el 35 por ciento, con fundamento en que se aplicaría el artículo 167, inciso a), de la LIG¹³.

10 Dictamen DAT 52/11. En este caso, se analizó el alcance del término cotización en relación al cumplimiento del requisito de mantenimiento del importe de participación en las reorganizaciones libres de impuestos (artículo 77 de la LIG).

11 Martín, Julián, "Venta de títulos valores. Evolución normativa. Impacto frente al nuevo Código Civil y Comercial", ya citado.

12 Consulta ID 18489379 del 5/6/14, publicada en www.afip.gov.ar.

13 El artículo 167 prevé que: "El impuesto atribuible a la ganancia neta de fuente extranjera se establecerá en la forma dispuesta en este artículo.

a) Las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en el país, determinarán el gravamen correspondiente a su ganancia neta sujeta a impuesto de fuente argentina y el que corresponda al importe que resulte de sumar a la misma la ganancia neta de fuente extranjera, aplicando la escala contenida en el artículo 90. La diferencia que surja de restar el primero del segundo, será el impuesto atribuible a las ganancias de fuente extranjera.

b) Los residentes comprendidos en los incisos d) y f) del artículo 119 calcularán el impuesto correspondiente a su ganancia neta de fuente extranjera aplicando la tasa establecida en el inciso a) del artículo 69.

Del impuesto atribuible a las ganancias de fuente extranjera que resulte por aplicación de las normas contenidas en los incisos a) y b) precedentes, se deducirá, en primer término, el crédito por impuestos análogos regulado en el Capítulo IX".

No consideramos razonable el criterio de AFIP. Ello, por tanto se ha incorporado la tasa aplicable a estas operaciones en la misma norma –artículo 90 de la LIG– que se aplica a todas las ganancias obtenidas por personas físicas y sucesiones indivisas residentes en Argentina, justamente a renglón seguido de la escala progresiva, sin efectuar ninguna discriminación en función de que la renta sea de fuente local o extranjera¹⁴.

El artículo 167 de la LIG se ubica dentro de las normas relativas a la determinación de las ganancias de fuente extranjera y prevé la metodología para determinar la porción del impuesto que resulta atribuible a dichas ganancias. Ello con el objeto de determinar el límite a computar si se pretende utilizar como pago a cuenta el impuesto análogo pagado en el exterior. Por último, la norma hace referencia a las ganancias de fuente argentina sobre las cuales se aplicaría la escala prevista en el artículo 90 de la LIG por lo que, siguiendo el erróneo criterio fiscal, también debería liquidarse por escala la ganancia que obtenga la persona física por la venta de acciones de sociedades locales. Esto no resulta consistente con lo dispuesto por la ley 26.893¹⁵.

Sin perjuicio de que, como indicamos, el escaso debate del proyecto de ley impide conocer la “*voluntad del legislador*”, no existe ninguna mención acerca de que se aplicaría respecto de las ganancias obtenidas por personas físicas otra tasa que no fuera la del 15%.

Forma de ingreso del gravamen

Analizaremos los diferentes escenarios:

- 1 *Enajenante persona física o sucesión indivisa residente en Argentina en operaciones de compraventa de acciones.* Si bien no ha sido derogada ni reemplazada por la autoridad fiscal la resolución general AFIP 1107, su objetivo fue reglamentar la imposición a la renta derivado de la ley 25.414 y el decreto 493/01. No debería considerarse aplicable en la actualidad pero, como analizaremos seguidamente, este no sería el criterio de AFIP.

Respecto de las cuotas partes de las sociedades de responsabilidad limitada, las disposiciones de la resolución general DGI 2139, que se aplicaba si el cedente era una entidad jurídica, se aplican luego de la reforma también a las personas físicas y sucesiones indivisas residentes en Argentina, como consecuencia de tornarse gravada la operación.

- 2 *Enajenante entidad jurídica del exterior en operaciones de compraventa de acciones.* Tampoco ha sido derogada ni reemplazada la resolución general AFIP 1108. Dicha norma también fue dictada en el año 2001 con motivo de la modificación incorporada por la ley 25.414 y el decreto 493/01. Su objetivo fue prever el pago del impuesto en los casos en los que se consideran obtenidos por personas físicas residentes en el país, los resultados derivados de las citadas operaciones cuando la titularidad de las acciones corresponda a sociedades, empresas, establecimientos estables, patrimonios o explotaciones, domiciliados o, en su caso, radicados en el exterior, que por su naturaleza jurídica o sus estatutos tengan por actividad principal realizar inversiones fuera de la jurisdicción del país de constitución y/o no puedan ejercer en la misma ciertas operaciones y/o inversiones expresamente determinadas en el régimen legal o estatutario que las regula. La citada resolución determina la aplicación, en esos casos, de la resolución general AFIP 739. El obligado a ingresar la retención, en estos casos, el “*agente pagador*”.

Si bien podríamos pensar en la existencia de una derogación tácita, la resolución general AFIP 1108 fue incluida en el Sistema Integrado de Retenciones Electrónicas (SIRE) implementado desde enero de 2015. Este sistema reemplazará al Sistema de Control de Retenciones (SICORE); en su primera etapa se aplica para los regímenes de retención correspondientes al impuesto a las ganancias por rentas a beneficiarios del exterior. En la tabla publicada que describe las rentas sujetas a retención y la normativa aplicable, se indica que las “*retenciones de ganancias para operaciones de compraventas de acciones por sujetos del exterior*” tienen vigencia desde el 1 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2099 y que el régimen aplicable es la resolución general AFIP 1108.

14 Claro que luego de la reforma, a partir de la inconsistencia de incorporar al artículo 90 de la LIG el tratamiento del impuesto para sujetos del exterior, deberíamos decir que se aplica a todas las ganancias allí indicadas y no solo a la de las personas físicas.

15 En relación con este análisis también puede consultarse el artículo de Julián Martín, “Venta de títulos valores. Evolución normativa. Impacto frente al nuevo Código Civil y Comercial”, ya citado.

Destacamos que el mismo sistema incorporó la retención aplicable a los dividendos desde el 23 de septiembre de 2013, dispuesta también por la ley 26.893, por lo que la falta de indicación expresa en el caso de acciones determina, a nuestro entender, que considera aplicable el régimen previsto en la resolución general AFIP 1108.

Otro tema a considerar es que la tabla de alícuotas solo prevé la tasa del 13,5% (15,61% con acrecentamiento) pero no la posibilidad de optar por la tasa del 15%¹⁶. Esto debería ser corregido para posibilitar la elección pertinente.

3. *Enajenante persona física del exterior*. No hay ningún régimen específico que resulte aplicable a estos pagos pero están comprendidos dentro de los previstos por la resolución general AFIP 739 para pagos a beneficiarios del exterior. A los efectos prácticos, la alternativa es utilizar el código previsto en el SIRE, vinculado con la resolución general AFIP 1108, teniendo en cuenta que no hay diferencia en las alícuotas.

Si quien adquiere el valor negociable no es el sujeto pagador, no corresponderá que ingrese la retención, por la imposibilidad de hacerlo ante la falta de disposición de fondos. Deberá efectuarla, en su caso, la entidad pagadora (p.ej., una entidad financiera).

Si existe pago en especie o permuta, deberá considerarse que el artículo 91 de la LIG establece que ante la imposibilidad de retener el impuesto, su pago está a cargo de la entidad pagadora, sin perjuicio de sus derechos de exigir el reintegro.

Nos referiremos más adelante a la situación que se genera cuando comprador y vendedor son sujetos del exterior.

II.3. Determinación del resultado

Los resultados obtenidos por sujetos del exterior, dada la derogación del artículo 78 del decreto 2284/91, se encuentran actualmente gravados, pudiendo optarse por la aplicación de una alícuota efectiva del 13,5% o del 15% sobre la renta real, es decir, el precio de venta menos costo más gastos. Esta opción, hasta el momento estaba disponible para las ganancias provenientes de alquileres o arrendamientos de inmuebles ubicados en el país y las sumas pagadas por la transferencia a títulos oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, pertenecientes a empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior.

Corresponde definir quién está a cargo de determinar el resultado, si se opta por la *"base real"*.

Entendemos que la norma obliga al comprador a realizar el ingreso del impuesto pero no le otorga facultades para determinar el monto. Sin embargo, resulta razonable que pueda revisar y eventualmente objetar la determinación efectuada por el vendedor, teniendo en cuenta que será eventualmente, quien tenga que responder frente al Fisco por un pago en defecto. Esto puede implicar también que ante la responsabilidad que implica el pago del impuesto, exija la aplicación de la tasa del 13,5%.

También es factible, aunque lo vemos poco práctico, que la autoridad fiscal disponga que en caso de optar por la *"base real"* se deba tramitar un certificado que indicará al comprador el importe a pagar. Este es el mecanismo que se prevé hoy, si un sujeto del exterior dueño de un inmueble en el país decide venderlo¹⁷. El certificado debe ser requerido por un representante del sujeto del exterior y tiene que acompañarse la documentación que acredite los gastos que se pretendan sean considerados para determinar la ganancia. Es decir que es la autoridad fiscal la que controla la liquidación del gravamen. Además, aprovecha la oportunidad para analizar si el sujeto del exterior debe alguna obligación tributaria y, en su caso, condiciona la emisión del certificado a su pago (p.ej., impuesto a las ganancias por la presunción de alquiler del inmueble), siendo la única manera de realizar el pago, en la práctica, que el representante se constituya en responsable sustituto del impuesto, quedando a su cargo la eventual responsabilidad por el incumplimiento de la obligación fiscal del sujeto del exterior.

Para la determinación de la *"ganancia real"*, el costo de adquisición debe calcularse sobre la base del importe histórico. A este importe deberán detraerse *"los gastos realizados en el país, necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación"* de la ganancia sujeta a impuesto, *"como así también las deduc-*

16 En el caso de que resulte aplicable un convenio para evitar la doble imposición se prevé específicamente un código particular con su correspondiente alícuota.

17 Resolución general AFIP 2139.

ciones que esta ley admite”. Coincidimos con D’Alessandro en cuanto a que el costo de adquisición de los valores negociables adquiridos está sujeto a deducción en función de lo previsto por el artículo 61 de la LIG y, eventualmente, por el artículo 116 del decreto reglamentario, si el precio fue pagado en el exterior.

Un tema que desde que se reguló el tratamiento de las operaciones de fuente extranjera ha ocupado a la doctrina¹⁸, es cómo se determina el costo computable cuando se enajenan bienes ubicados en el exterior.

Corresponde definir si se aplica el costo de inversión de los valores negociables sin actualización alguna, lo que motivaría tributar sobre ganancias ficticias, o en su caso, actualizar el costo.

La AFIP ya se expidió sobre el tema, y consideró que, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 154 de la LIG, el costo computable de la enajenación del paquete accionario de una sociedad del exterior se conformaba por el costo original de las acciones –en la moneda del país de la inversión– más la actualización que resulte aplicable conforme a la normativa de dicho país, transformándose el costo así obtenido a moneda argentina al momento de la enajenación¹⁹.

Es decir que la actualización resultará procedente en tanto el país en el que realiza la inversión prevea el ajuste de los costos a los fines de determinar el resultado gravado. Esto puede determinar que, si la jurisdicción contempla el ajuste por inflación, se obtenga un resultado menor que si la inversión se hubiera realizado en un país que no prevea la actualización.

Consideramos que la circunstancia de que exista o no ajuste impositivo por inflación en el país de la inversión, no debería determinar una consecuencia diferente. La ganancia gravada debería determinarse en la moneda del país de la inversión y convertirse a moneda local de acuerdo con el tipo de cambio vigente a la fecha de la operación de venta.

II.4. Operaciones entre sujetos no residentes

Como indica Valeria D’Alessandro, en su trabajo, las previsiones de la ley 26.893 y su decreto reglamentario respecto de gravabilidad de estas operaciones resultan de por sí novedosas y dan lugar a ciertas controversias por varias razones; entre ellas, que fueron incluidas en el artículo 90 de la LIG y no en el Título V de la LIG, que ponen en cabeza del comprador –también residente en el exterior– la obligación de ingreso del gravamen, si el vendedor también es no residente; y que ofrecen como alternativa para el cálculo del gravamen, la *base real* prevista en el segundo párrafo del artículo 93 de la LIG.

Resulta importante definir si la responsabilidad del comprador es solidaria o sustituta, ya que en caso de inclinarnos por la primera, no podríamos considerar desvinculado, al vendedor, de una eventual obligación de pago. También como ya hemos vivenciado en otros casos, la definición servirá para determinar quién es el legitimado en caso de querer iniciar una acción de repetición por pago indebido del gravamen.

No encontraremos solución en la norma, advirtiendo D’Alessandro que el legislador indicó en el artículo 90 de la LIG que el vendedor del exterior “*queda alcanzado*” por el inciso h) del primer párrafo del artículo 93 y por el segundo párrafo del mismo artículo de la LIG, lo que podría ser interpretado como una remisión al solo efecto del cálculo de la base imponible, en cuyo caso podría afirmarse que el comprador califica como responsable sustituto o bien, que el legislador quiso que se aplicara el régimen del título V de la LIG, por lo que estaríamos ante una responsabilidad solidaria del adquirente.

Coincidimos en que una interpretación razonable es que no podría aplicarse el régimen de beneficiarios del exterior sin la existencia de un agente de recaudación con nexo territorial con Argentina.

La redacción de la norma en cuanto indica que el ingreso del impuesto estará a cargo del comprador, nos lleva a concluir que no existe obligación legal de ingreso del impuesto por parte del vendedor, por voluntad del legislador. Pero si esta no fuera la interpretación correcta, ¿existe sustento legal para reclamarle el ingreso al enajenante?

Nuestra panelista trae a colación en su trabajo algunos antecedentes que determinan que no puede exigirse a una entidad del exterior que practique una retención en la fuente, entre ellos, un precedente

18 Lorenzo, Armando; Edelstein, Andrés y Calcagno, Gabriel, “Impuesto a las ganancias ajuste por inflación y ganancias de fuente extranjera”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXIII, agosto 2002, e “Impuesto a las ganancias: Nuevas regulaciones para rentas de fuente extranjera”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXII, mayo 2001.

19 Dictamen DAT 2/09 y consulta vinculante R SDG TLI 8/09.

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se ha resuelto que en tanto el sujeto local es el responsable directo del ingreso, carece la autoridad local de acción directa contra el sujeto del impuesto. Este además ha sido el criterio del Fisco, con fundamento en que no está previsto en la LIG²⁰. Coincidimos en que este criterio podría servir de fundamento para sustentar tanto la imposibilidad de exigir al vendedor que ingrese el impuesto como la de obligar al comprador a retener el impuesto al momento del pago del precio de las acciones.

A la misma conclusión se puede arribar –como afirma D’Alessandro– si se concluye que la obligación de actuar como agente de retención constituye una carga pública. Ello, en tanto de conformidad con el artículo 108 de la ley 11.683 (LPT) la atribución de esta carga solo puede ser realizada a sujetos residentes en Argentina.

Otros casos en los que se ha impuesto una carga pública pero no puede exigirse su cumplimiento a los sujetos del exterior son los regímenes informativos dispuestos por la resolución general AFIP 1375 y la resolución general AFIP 3293. En el primer caso, si han representado a otro sujeto del exterior, no estarán obligados a informar la concertación de operaciones económicas con sujetos locales. En el segundo caso, si han sido adquirentes o enajenantes de acciones de sociedades locales, no estarán obligados a cumplir con el régimen de información.

Como indica nuestra panelista, si bien resulta dudoso que pueda imponerse la obligación de ingreso (o de actuar como agente de retención) a un sujeto del exterior, tampoco puede descartarse enteramente la posibilidad de que el Estado reglamente este aspecto en un futuro.

Mientras tanto, si al momento de perfeccionarse el hecho imponible con la transferencia de las acciones, no está previsto el mecanismo de ingreso del gravamen, coincidimos en que difícilmente podría pretenderse dicho ingreso. Ello, aun cuando la norma reglamentaria se dicte dentro del ejercicio fiscal.

Existen también fundamentos y buenos antecedentes para concluir que una eventual reglamentación con posterioridad al acaecimiento del hecho imponible podría: i) indicar que no alcanza a hechos imponibles ya perfeccionados, o ii) exigir únicamente el pago del impuesto pero no intereses resarcitorios ni sanciones, tal como lo desarrolla D’Alessandro en su trabajo.

Otro tema que ha sido analizado es la viabilidad de que se intente por medio de un decreto o resolución general responsabilizar al vendedor por el ingreso del impuesto, coincidiendo con nuestra panelista en que con ese proceder se vulneraría la garantía de reserva de ley en materia tributaria, prevista en el artículo 17 de la Constitución Nacional.

Finalmente, resulta interesante revisar cómo han resuelto el tema otros países de la región que gravan la ganancia de capital obtenida por no residentes. De acuerdo con el relevamiento efectuado por D’Alessandro, en Chile el impuesto está a cargo del vendedor no residente. Ante la falta de ingreso, nace la responsabilidad solidaria del comprador y la sociedad emisora de las acciones. En el caso de Brasil, el gravamen debe ser determinado e ingresado por un apoderado del comprador no residente, quien resulta el único responsable en caso de incumplimiento. México exige el pago del impuesto al vendedor, en forma directa, a menos que tenga un representante legal en el país, en cuyo caso será el obligado al pago. En Paraguay, el vendedor está obligado al pago. Finalmente, Bolivia establece que la responsabilidad por el ingreso es también del comprador no residente, pero no se han solucionado los problemas derivados de este cumplimiento.

Interesantes también son los casos de China e Israel mencionados por nuestra panelista, que prevén mecanismos de cobro. En el primer caso, se estipula una declaración voluntaria que puede realizar tanto el comprador como el vendedor o, en su defecto, un requerimiento compulsivo que estará dirigido a compradores y vendedores como también a sus asesores contables y jurídicos. En el caso de Israel, el vendedor es el obligado al pago pero debe realizarlo mediante un representante local designado a dicho efecto.

20 En el dictamen DAT 16/13 se indica que *“sólo será posible retener el gravamen en la medida en que existan pagos realizados por sujetos locales; por ende, cualquier retribución percibida por beneficiarios del exterior por su actividad en el país, que no sea pagada por sujetos locales, no generaría ninguna obligación tributaria quedando al margen del régimen retentivo”*. Concluye el Fisco que *“...en aquellos casos en que las rentas obtenidas por beneficiarios del exterior y sujetos al impuesto, sean pagadas por sujetos que también revistan la calidad de no residentes, corresponde señalar que tal tratamiento no se encuentra regulado en el marco de la Ley de Impuesto a las Ganancias”*.

II.5. Situación de los ADR, ADS y CEDEAR

Algunos instrumentos financieros exigen para poder determinar su tratamiento fiscal el análisis de su naturaleza jurídica. Esto sucede con el CEDEAR (Certificado de Depósito Argentino), el ADR (American Depositary Receipts o Recibo de Depósito Americano) y sus acciones subyacentes, las ADS (American Depositary Share), ya sea que los enajenantes sean sujetos del exterior o personas físicas del país.

Ballone detalla en su trabajo las características de estos certificados negociables nominativos emitidos por bancos residentes en un determinado país, que representan la propiedad indirecta en acciones de sociedades radicadas en países distintos al del lugar de emisión de aquellos. Esta circunstancia determina la necesidad de definir si la renta de capital derivada de la enajenación de aquellos instrumentos implica la realización de dicho activo propiamente dicho o, en su defecto, la enajenación de las acciones subyacentes que ellos representan.

Respecto de los ADR, la cuestión central radica en determinar si la renta derivada de su venta es de fuente extranjera para la legislación argentina, situación que se daría si no se considera relevante el activo subyacente (p.ej., las acciones argentinas); o bien de fuente argentina, si lo que determina el vínculo territorial es, precisamente, dicho activo subyacente. La diferencia no es menor, porque tratándose de fuente extranjera los inversores del exterior quedarán al margen del alcance de la legislación argentina mientras que, tratándose de inversores personas físicas argentinas, distinto será el tratamiento aplicable según se trate de fuente extranjera o argentina.

Para los CEDEAR, la situación se invierte aunque bajo idénticos principios interpretativos. Si lo que determina la fuente es el subyacente (en el caso, las acciones de sociedades del exterior), el sujeto extranjero no estará alcanzado y la persona física local sí lo estará, por su renta de fuente extranjera, mientras que si lo que determina la fuente es el certificado en sí mismo, el inversor del exterior estará alcanzado y la persona física local exenta, porque se negocia a través del mercado bursátil local.

Argentina no cuenta con normas fiscales que den respuesta a estos interrogantes respecto de ninguno de estos certificados negociables.

En relación con el CEDEAR, la CNV los consideró títulos valores emitidos en el país²¹, lo que sin duda tiene incidencia a la hora de definir su fuente, más allá de que el objetivo de la norma fue exclusivamente aclarar un requisito previsto en la ley 24.083 relativa a los fondos comunes de inversión y tiene ciertas contradicciones que podrían requerir el dictado de una resolución conjunta de CNV y AFIP como ya ocurrió en el pasado respecto del concepto de oferta pública, el cual también podrá servir para asumir de manera inversa el criterio aplicable a los ADR²².

Con respecto a los ADR / ADS, nuestro panelista concluye que la renta por la enajenación de los ADR, toda vez que se trata de un activo de inversión autónomo y distinto de las acciones subyacentes que representa, y que es emitido por un sujeto radicado fuera de la Argentina (p.ej., en los Estados Unidos), es de fuente extranjera en los términos de la LIG y advierte que resulta un criterio no compartido por parte de la doctrina pero que existe un antecedente favorable del Tribunal Fiscal de la Nación.

Por lo tanto, los resultados obtenidos por sujetos del exterior por la enajenación de estos bienes no estarían alcanzados por el impuesto. Coincidimos con este criterio. Si fuera de fuente local, se presentaría aquí también la problemática de quién y cómo debería efectuar el ingreso del impuesto y, para el Fisco, el desafío de tomar conocimiento de la existencia de las operaciones²³.

La disposición de estos activos por parte de personas físicas resultará exenta en los términos del artículo 20, inciso w), de la LIG. Descartamos el criterio ya explicado de que resulte aplicable la limitación prevista en el artículo 42 del decreto reglamentario de la LIG, y por ende, que pueda afirmarse que estos instrumentos no están exentos por no realizarse la venta a través de bolsas o mercados autorizados por la CNV.

Advierte Ballone el desincentivo que se produciría al optar por estos instrumentos, si se interpreta que la renta por ADR califica como de fuente argentina. Esto, en tanto, podría dar lugar a que el inversor

21 Resolución CNV 291/97.

22 Martín, Julián, "Los Cedear y la modificación a la Comisión Nacional de Valores. Situación de los ADR", Doctrina Tributaria Errepar, T. XXXVI, febrero 2015.

23 Martín, Julián, "Venta de títulos valores. Situaciones de los ADR y Cedear en el impuesto a las ganancias", Doctrina Tributaria Errepar, T. XXXV, diciembre 2014.

opte por ADR con activos subyacentes en otros países que los consideren de fuente extranjera (p.ej., Chile²⁴), si no puede computar el impuesto pagado en Argentina como crédito en su país de residencia por ser considerado un ingreso de fuente local.

Analizadas las normas de la LIG y antecedentes de doctrina y jurisprudenciales, Ballone concluye respecto de los ADR que la renta por la enajenación de acciones, bonos o demás valores será considerada de la fuente que corresponda (local o extranjera) en virtud del lugar donde el emisor del bien se encuentre radicado o domiciliado, descartando la aplicación de los criterios del lugar en el que se efectúe la cesión o donde se encuentre el título.

II.6. Casos especiales. Redomicilio o reorganización de accionistas extranjeros.

Transferencias indirectas

Redomiciliación

Como indica Ballone en su trabajo, sucede –aunque con poca frecuencia– que una sociedad decida trasladar su domicilio social de una jurisdicción hacia otra²⁵. Las normas domésticas contemplan esta alternativa tanto si se decide migrar el domicilio al exterior como si se presenta el caso inverso en el que una sociedad del exterior decida trasladar su domicilio al país²⁶.

Mudar el domicilio de una sociedad del exterior a la Argentina determinará la obligación de cumplir con ciertas formalidades exigidas por la legislación societaria (p.ej., acreditar la toma de la decisión del cambio, no haber desarrollado con anterioridad la actividad principal en el país ni tener la sede efectiva de su administración)²⁷. El cambio exige adoptar uno de los tipos societarios previstos en la Ley General de Sociedades pero la personalidad jurídica del ente se mantiene, lo que como indica Ballone –y compartimos– resulta relevante desde el punto de vista fiscal porque mantener la personalidad jurídica sin liquidación o disolución alguna implica que no sucedan transferencias de activos de una sociedad a otra, de modo que no habrá incidencia de los impuestos que gravan este tipo de actos.

Una vez inscripta localmente, la sociedad será tratada como cualquiera de su tipo y, por caso, la enajenación de sus acciones ya no será de fuente extranjera sino argentina, con las consecuencias que esta situación acarrea y que analizamos en este trabajo.

La otra alternativa es que una sociedad local decida trasladar su domicilio al exterior. Como indica Ballone –y compartimos– en la medida que se mantenga la personalidad jurídica en el exterior, no deberían considerarse realizados y, por lo tanto, gravados sus activos. Con motivo del traslado, la entidad perderá la residencia a los fines fiscales en Argentina y tributará exclusivamente por la renta de fuente argentina que obtenga.

Esta, sin embargo, no sería la opinión del Fisco, el cual considera que desde el punto de vista tributario, el traslado del domicilio al exterior de una sociedad anónima argentina equivale a la cancelación de la inscripción en el país, lo que determinaría la obligación de proceder a la baja de la inscripción con sus respectivas consecuencias tributarias²⁸. Dado que el cambio de domicilio al exterior no es causal de disolución del ente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 94 de la Ley General de Sociedades, no podría generar las consecuencias que la LIG prevé para estos casos de liquidación.

Reorganización transfronteriza con efecto sobre activos locales

Argentina no prevé normas que permitan la reorganización de entidades de más de un país.

Como señala Ballone, la doctrina en general expresa que aun cuando no exista una prohibición para llevar a cabo estos procesos, la necesidad de cumplir con los recaudos previstos en la LIG para que no resulten gravadas exige la presencia en el país a través de sucursales o subsidiarias de los entes del exterior.

24 Este criterio fue expuesto en el oficio 1307/13.

25 Algunas razones que pueden motivar la migración son la simplificación de la estructura societaria, el ahorro de costos, la cercanía al lugar en el que la actividad se desarrolla, la planificación fiscal, etc...

26 Resolución IGJ 7/05.

27 Resolución IGJ 7/05, artículo 89.

28 Consulta vinculante resolución SDG-TLI 44/12.

Este, además, es el criterio de la autoridad fiscal para quien las normas de reorganización previstas en la LIG se aplican exclusivamente a los entes locales, conforme surge de los antecedentes que detalla²⁹, de los que surge que se aceptó la neutralidad fiscal en el caso de transferencias de activos entre sujetos locales (p.ej., una sociedad local que adquiere activos de una sucursal de un sujeto del exterior), siempre que se dé el requisito de conjunto económico.

Nos plantea Ballone algunos casos en que la reorganización de activos no podrá considerarse libre de impuestos y, por lo tanto, la transferencia de los activos estará gravada. Por ejemplo, podría ser una fusión llevada a cabo fuera del país, y donde la absorbente no cuente con una sucursal local. De este modo, los activos de la absorbida (que forman el patrimonio de su sucursal local) pasarían al patrimonio de la absorbente y el impuesto incidiría sobre dicha transferencia. Esto también sucedería si con motivo de una reorganización llevada a cabo en el exterior, las acciones argentinas que corresponden a la empresa absorbida quedan transferidas a la entidad absorbente. El cambio de titularidad resultará en una enajenación gravada con el impuesto a las ganancias, a partir de la última reforma. Respecto del ingreso del impuesto, no podríamos hablar estrictamente de la existencia de un "comprador" que deba ingresar el impuesto, podría concluirse que estaría a cargo de la entidad absorbente. Como indica nuestro panelista, la circunstancia de que no exista un precio de adquisición en virtud de las particularidades de la operativa, no es óbice para que se ingrese el impuesto, debiendo aplicarse el valor de mercado para el activo transferido, de conformidad con el artículo 28 del decreto reglamentario de la LIG.

Coincidimos, por lo tanto, con Ballone, acerca de que en estos casos, una reforma de la LIG podría contemplar este problema receptando la no gravabilidad de activos que son transferidos como consecuencia de una reorganización en el exterior. Esto no implicaría aceptar la aplicación de las normas sobre reorganizaciones libres de impuestos previstas en la LIG a reorganizaciones internacionales.

Argentina prevé normas con similar alcance en los protocolos de los convenios para evitar la doble imposición internacional en materia de renta (CDI) suscriptos con Países Bajos³⁰, España³¹ y Chile³² (aún no vigente) en referencia a la aplicación de las normas sobre las ganancias de capital.

Como indica Ballone, podría un tercer CDI –el suscripto con Gran Bretaña– beneficiarse con esta dispensa, en función de la cláusula de nación más favorecida prevista excepcionalmente para las ganancias de capital en tal convenio.

Por último, destacamos que en el apartado 28.7 de los Comentarios al artículo 13 del Modelo OCDE se contempla que no debe ser considerada renta incluida en la norma la obtenida en la enajenación de acciones habidas en una reorganización de sociedades, invitando a los Estados a incluir esta previsión en los convenios que acuerden.

Transferencias indirectas de activos

La sanción de la ley 26.893 nos plantea también el impacto fiscal que puede tener en el escenario actual la transferencia indirecta de activos.

Ballone propone en su trabajo analizar en primero y principal lugar si existen fundamentos legales para que Argentina grave estas transacciones. La existencia de un vínculo territorial con el Estado –aunque no resulte mediato– podría determinar la potestad para gravar estas operaciones, contando también con la posibilidad de limitarla mediante la suscripción de convenios para evitar la doble imposición. Sin embargo, compartimos con el panelista que *"para que se dé un hito de conexión territorial se requiere, mínimamente, que el activo esté allí ubicado (situs) o que al menos la transacción se desarrolle dentro de los límites del territorio, todo lo cual no sucede en el caso de una transferencia indirecta"*.

29 Dictámenes DAT 37/97, 6/98, 94/02, 23/98, 84/03 y 28/88.

30 Apartado IX del Protocolo: *"La mera transferencia de bienes llevada a cabo por un residente de un Estado Contratante, por causa de una organización de una sociedad, reorganización, amalgamación, división o transacción similar, podrá estar exenta del impuesto de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Contratante"*.

31 Apartado 5 del Protocolo: *"Las meras transferencias de activos efectuadas por un residente de un Estado Contratante con motivo de un proceso de reorganización empresarial no producirán efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cada uno de los Estados Contratantes"*.

32 Apartado 14 del Protocolo: *"Las meras transferencias de activos efectuadas por un residente de un Estado Contratante con motivo de un proceso de reorganización empresarial no producirá efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cada uno de los Estados Contratantes"*.

Consideramos que la ley 26.893 no ofrece dudas en cuanto a que solo están gravadas las transferencias directas, tal como lo afirma también Ballone en su trabajo, lo cual resulta acorde con el concepto de fuente argentina previsto en el artículo 5 de la LIG al gravar los resultados producidos por bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país.

No puede dejar de considerarse que otros países de la región cuentan con normas domésticas que gravan la transferencia indirecta de activos, tal como sucede con Chile, México y Panamá. Todo análisis que se realice sobre este tema no puede soslayar, como indica el panelista, que este tipo de normas pueden generar múltiple imposición, ya que provocan conflictos de fuente.

Por último, Ballone analiza de forma exhaustiva la posible pretensión de aplicar el principio de la realidad económica a la transferencia de indirecta de activos, ante la existencia de una estructura indudablemente artificial, que pretenda eludir el impuesto a las ganancias por la enajenación directa de activos ubicados en el país. Concluye que sólo podría descalificarse una venta indirecta de activos y sostenerse que, en los hechos, se presenta una enajenación directa, si se acredita la existencia de una simulación manifiesta, ausencia notoria de propósito de negocios y ausencia de sustancia.

II.7. Aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional (CDI)

Argentina tiene potestad ilimitada para gravar la venta de acciones y otros valores que realicen residentes de Alemania, Australia, Bélgica, Bolivia, Brasil, Canadá, Finlandia, Francia, Noruega y Rusia.

Por su parte, cuenta Argentina con potestad limitada para gravar la venta de acciones y otros títulos valores que realicen residentes de Dinamarca, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Países Bajos y España. En estos casos, la tasa de imposición no puede exceder del 10% en los casos en que el sujeto del exterior tenga una participación directa en el capital, no menor al 25%, y del 15% en los restantes casos. Este es el tratamiento que prevé el CDI con Suiza³³.

Por lo tanto, en estos casos, y de acuerdo con la legislación doméstica, si el enajenante tiene una participación directa equivalente al 25% o más, la tasa prevista en el CDI del 10% se aplicará sobre la prevista en la LIG.

Respecto del CDI firmado con Chile y que todavía no rige, Argentina tiene potestad tributaria ilimitada para gravar la ganancia de capital por la venta de acciones si el enajenante ha poseído en cualquier momento durante los 365 días precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, al menos un 20% de las acciones. Si dicha participación es inferior al 20%, la potestad tributaria es limitada y la tasa no podrá exceder del 16%.

Argentina no tiene potestad tributaria para gravar la renta que obtenga un residente de Italia por la enajenación de acciones, ya que resulta exclusiva del Estado de Residencia. Lo mismo ocurre si el residente es una entidad de Noruega.

III. FINANCIAMIENTO

Sabido es que no tienen las mismas consecuencias jurídicas y fiscales para un sujeto local que recibe financiamiento del exterior, ni para quien lo provee, que dicha asistencia sea brindada mediante préstamos o a través de aporte de capital. En materia impositiva, en caso de haber optado por concertar un mutuo con una compañía vinculada, los intereses deben reunir condiciones *arm's length* y al momento de su pago deberán sufrir las retenciones de impuesto a las ganancias correspondientes en virtud de los artículos 91 y 93 de la LIG³⁴. Los intereses que se hayan abonado antes del vencimiento de la declaración jurada podrán ser deducidos por aplicación del artículo 18 de la LIG de su balance impositivo con el límite, en su caso, previsto en el artículo 81, inciso a), de la ley³⁵. Finalmente, los fondos receptados deberán ser destinados a la obtención de ganancias gravadas por el impuesto en cumplimiento del principio de causalidad y correlación.

33 El CDI con Suiza entrará en vigor el 27 de noviembre de 2015 y será aplicable a partir del año próximo.

34 De resultar aplicable, algún CDI, con los límites de tasa que allí se prevean.

35 Esto sucede a partir de 1998, cuando se introdujeron en el país normas de subcapitalización, capitalización exigua (ley 25.063). En este caso, también podrá no resultar aplicable la limitación por aplicación de un CDI, conforme se analizará también en este trabajo.

También se configurará respecto del Impuesto al Valor Agregado (IVA), el hecho imponible relativo a la importación de servicios financieros [artículos 1, inciso d), y 5, inciso b), punto 7, de la ley de IVA].

En suma, la existencia tanto en la LIG como en la ley de IVA de un tratamiento impositivo diferente según se trate de financiamiento mediante préstamo o a través de aporte de capital, indica que la propia ley reconoce el derecho del contribuyente a elegir libremente cualquiera de las dos y que ambas son perfectamente válidas. Todo ello, en sintonía con el principio de autonomía de la voluntad, consagrado hoy en el artículo 2651 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en virtud del cual las partes de una relación jurídica son libres para concertar o no un determinado contrato (libertad de contratar) y también para establecer su contenido (libertad contractual)³⁶.

III.1. Recaracterización de pasivo en aporte de capital

Origen del tema

La incidencia del efecto devaluatorio sobre el período fiscal 2002 originó la reexpresión contable de pasivos contraídos en moneda extranjera³⁷, lo que generó un quebranto que en muchos casos determinó que no resultara impuesto a ingresar en el período indicado y, a su vez, que se traslade a períodos siguientes.

La variación cambiaria repercutió en la configuración de patrimonio neto negativo de muchas sociedades locales que, por aplicación de las normas societarias, podía determinar la disolución de la sociedad³⁸. Atendiendo a esta situación, el Poder Ejecutivo suspendió temporalmente la aplicación de dichas normas³⁹.

La autoridad fiscal estableció mediante la instrucción general DI PYNF 747/05, un programa de fiscalización para los contribuyentes que habían declarado diferencias significativas entre los pasivos consignados en los balances 2001 y 2002, especialmente en relación con préstamos financieros otorgados por sociedades vinculadas y/o relacionadas⁴⁰ *“apuntándose a la probanza de la existencia del pasivo o si se trataba de préstamos que podían asimilarse a aportes de capital, ya que en este caso, la diferencia de cambio por reevaluación anual de saldos impagos, no resultan deducibles debido a que los aportes de capital no sufren ningún tipo de actualización”*⁴¹.

Asimismo, para diferenciar un aumento de capital de un préstamo, la instrucción enunciaba los siguientes atributos:

- a) la intención que debe primar entre las partes⁴²;
- b) vocación de permanencia⁴³, y
- c) sujeción al riesgo empresarial⁴⁴.

36 Este principio, que reconoce como límite a la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, tiene su fundamento mediato en el artículo 14 de la Constitución Nacional, que reconoce a todos los habitantes de la Nación, entre otros, los derechos de *“trabajar y ejercer toda industria lícita”*, de *“comerciar”* y de *“usar y disponer de su propiedad”*.

37 Por imperio de los artículos 68 y 97 de la LIG.

38 Artículo 95, inciso 5, de la ley 19.550.

39 El decreto 1269/02 (BO: 17/7/02), posteriormente prorrogado por decreto 1293/03 (BO: 23/12/03), determinó que con carácter excepcional, y en tanto subsistiera el estado de emergencia pública, se suspendiera la aplicación del inciso 5) del artículo 94 y del artículo 206 de la ley 19.550.

40 Se ha hecho alusión al tema en los reportes nacionales presentados en los Congresos IFA 2006 y 2009, disponibles en *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 91a y vol. 94b, respectivamente.

41 Los criterios a tener en cuenta para la evaluación eran los siguientes:

- a) *“Se carece de un instrumento público o privado de fecha cierta en los términos del artículo 2246 del Código Civil a fin de probar la existencia del mutuo.”*
- b) *“No sólo no existe un plazo expreso de devolución, sino que en los hechos tampoco ha habido restitución alguna.”*
- c) *“Resulta evidente que el dador no espera la devolución de las remesas efectuadas.”*
- d) *“La cuantía de los fondos obtenidos no guarda una proporción razonable con los activos amortizables (apartado 25, artículo 10 de los comentarios al Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE).”*
- e) *“Falta de documentación respaldatoria del ingreso de los fondos al país.”*

42 *“Si por lo ingresado en la sociedad no se espera una participación accionaria sino la devolución del mismo aporte u otra contraprestación diferente, no hay aporte, habrá préstamo u otra prestación similar.”*

43 *“Debe existir una vocación de permanencia tanto por la conducta del aportante como la del receptor. El primero ejerce un derecho subjetivo y no espera la devolución. La sociedad recibe el aporte porque desea recomponer el patrimonio o regularizar la insuficiencia del capital actual.”*

44 *“Una vez realizado el aporte, el inversionista asume los riesgos por el capital, por el beneficio y por la liquidez, cuando el prestamista comparte efectivamente los riesgos de la empresa prestataria, es otro aspecto a tener en cuenta para dilucidar”*

La hipótesis de fiscalización fue que los créditos recibidos del exterior de sus accionistas o compañías vinculadas, no revestían carácter de préstamos, sino que, de acuerdo con el criterio de la *"realidad económica"* previsto en el artículo 2 de la LPT, correspondería su recalificación como aporte de capital y, en virtud de ello, procedería la impugnación de la deducibilidad de los intereses que fueron pagados por dicho préstamo y de las diferencias de cambio por los revalúos de los pasivos al cierre de los ejercicios. El tema no era nuevo y ya había sido objeto de conflictos⁴⁵. Los indicios a tener en cuenta para la revisión habían sido expuestos de manera no sistemática en opiniones internas⁴⁶, pero como en todo tema de prueba, la cuestión es cómo valorar el número, precisión y gravedad de los hechos acreditados.

La actualidad del tema radica en que, por un lado, han transcurrido varios años de los ajustes, lo que permitió el dictado de algunas sentencias que resultan de interés y, por otra parte, el contexto económico de este año podría dar lugar a la existencia de situaciones fácticas similares a las acaecidas respecto del año 2001, aunque entendemos que de menor magnitud.

La aplicación del criterio de la realidad económica

Para poder recalificar, debe existir un abandono de los caminos usuales previstos por el derecho para la obtención de un determinado resultado económico, mediante el empleo de una forma artificial. La facultad calificadora que permite prescindir de las formas jurídicas empleadas por el contribuyente y reconducir el hecho imponible, conforme lo dispone el artículo 2 de la LPT, está supeditada a la utilización de figuras jurídicas manifiestamente inadecuadas para reflejar la cabal intención de las partes.

El análisis de la exégesis del principio ilustra acerca de su incorporación al derecho positivo como principio de aplicación supletoria: *"En la gran mayoría de los casos, las figuras o estructuras jurídicas que aquellos –los particulares– empleen en sus actividades serán signos más seguros para conocer la verdadera significación y la naturaleza de las operaciones y situaciones que les conciernen..."*⁴⁷.

Sin embargo, la autoridad fiscal recurre al principio de la realidad económica *"con más frecuencia que con propiedad"*⁴⁸, y este exceso en la potestad calificadora lleva como necesaria implicancia el debilitamiento del principio de legalidad y reserva de ley en materia impositiva asegurado por el artículo 17 de la Constitución Nacional.

En pos de precisar el alcance del principio, es importante considerar que: i) no excluye los otros métodos de interpretación general de las normas; ii) exhorta a prestar atención a las relaciones económicas que sirvan de sustento a la relación tributaria; iii) si los actos jurídicos son legítimos para el derecho privado porque han respetado su causa típica y no se han desviado de la finalidad atribuida, no hay posibilidad de reconducir efectos fiscales, y iv) si hay discordancia entre el uso de la figura y su causa típica, es decir, un divorcio entre los medios y los fines de la institución jurídica, se podrá considerar que hubo uso inadecuado y recalificar el acto⁴⁹.

Ya hace casi veinte años, la Corte Suprema dictó un precedente singular en la materia que continúa siendo trascendente para entender el alcance de la norma. Indicó el Tribunal que *"La aplicación del principio interpretativo de la realidad económica no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regulan concretamente la relación tributaria, pues de lo contrario se afectaría el principio de reserva o legalidad, con el consiguiente menoscabo de la seguridad jurídica y desconocimiento de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas en materia tributaria"*⁵⁰.

si un préstamo puede tratarse como aporte de capital y sus intereses como dividendos".

45 Tribunal Fiscal de la Nación, "Indico Argentina SACIFI", Sala B, 21/5/76.

46 Dictamen DAT 72/97; dictamen DAT 45/06.

47 Comentario elaborado por el Ministerio de Hacienda con motivo del dictado del decreto ley 14.341/46, citado por Cid, Aurelio, "El principio de la realidad económica y la teoría de la penetración en la jurisprudencia de la CSJN", artículo publicado en *La jurisprudencia tributaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A 150 años de su primera sentencia*, Lalanne, Guillermo A. (coordinador), Casás, José Osvaldo y Freytes, Roberto O. (directores), Ed. Errepar, Buenos Aires, 2013.

48 Tarsitano, Alberto, *Tratado de Tributación*, T. I, Vol. I, Ed. Astrea, 2003, pág. 471.

49 Tarsitano, Alberto, "El principio de la realidad económica en la jurisprudencia del Tribunal Fiscal de La Nación", en el libro *Tribunal Fiscal de la Nación 40 años*, Asociación Argentina de Estudios Fiscales.

50 CSJN, "Autolatina Argentina SA c/Dirección General Impositiva", 27/12/96 (Fallos: 319:3208).

La jurisprudencia ha expresado reiteradamente que si bien el principio tiene consagración legal, debe ser utilizado con suma prudencia, dado su carácter excepcional, enderezado a evitar abusos de derecho⁵¹, debiéndose limitar su utilización a los supuestos de simulación o de evidente ausencia de identidad entre el hecho jurídico generador de la obligación y su sustento fáctico real⁵². Tampoco corresponde su utilización cuando las propias disposiciones prevean tratamientos correctivos específicos⁵³. Estas conclusiones surgen también de las sentencias dictadas recientemente a raíz de los ajustes de los períodos fiscales 2002 en adelante⁵⁴.

En definitiva, si los actos jurídicos son legítimos para el derecho privado porque han respetado su causa típica y no se han desviado de la finalidad atribuida, generando el conjunto de consecuencias atribuidas por el ordenamiento jurídico, no hay posibilidad de reconducir los efectos fiscales.

La importancia del contexto

Si la operatoria financiera se concertó mucho antes de que se vislumbrara una situación de crisis financiera, no es razonable suponer que las partes hayan orquestado una operación simulada con miras a beneficiarse fiscalmente como consecuencia de la –imprevisible– crisis económica. En efecto, nunca se podían imaginar que algunos años más tarde se iba a modificar el tipo de cambio, cuya estabilidad estaba garantizada por la Ley de Convertibilidad. Es evidente que las partes no celebraron el contrato con el objeto de generar una pérdida en cabeza de la sociedad argentina, sino que realizaron una operación legal y acorde con su verdadera intención.

No puede soslayarse que la existencia de una crisis financiera en el país repercute en la situación patrimonial de las sociedades argentinas, tal como sucedió con la vivida en Argentina en diciembre de 2001, lo que ocasionó que las empresas locales tuvieran dificultades respecto del cumplimiento regular de las amortizaciones de capital y del pago de los intereses del préstamo.

Ello puede llevar a la decisión empresarial de condonar intereses, reducir temporalmente al 0% la tasa de interés y hasta convertir el pasivo remanente en aporte irrevocable, y disponer su posterior capitalización, so pena de caer en un estado de disolución societaria⁵⁵. Estas decisiones no pueden tildarse de caprichosas ni programadas desde un principio, sino todo lo contrario, progresivas y en función de las circunstancias del caso.

Previo a la devaluación, a los fines del impuesto a las ganancias, resultaba neutro que la operatoria fuera registrada contablemente como pasivo o aporte de capital.

El análisis sesgado de determinados períodos fiscales puede apresurar una conclusión no ajustada a la realidad de los hechos. Para determinar la intención del contribuyente, en muchos casos hay que atender la conducta desplegada a lo largo de diferentes períodos fiscales. Este es un principio que debería adoptarse en el análisis por parte del Fisco de estas operaciones, revisando todo el íter de la relación entre las partes.

Crterios que deben guiar el análisis para determinar la existencia o no de una operación de préstamo

La correcta valoración de las circunstancias fácticas es lo que determina la existencia o no de una operación de préstamo. Se reduce a una cuestión de hecho y prueba. Ahora, ¿qué es lo que debe probarse y quién debe hacerlo?

51 CNCAF, Sala IV, *in re* "Hornarina SA", 12/10/76.

52 Tribunal Fiscal de la Nación de 11ª Nominación, en la causa "Philips Argentina SA", 28/7/77; Sala C, "Ferioli, Jorge", 19/8/05.

53 Sala C, causa "Cooperativa de Provisión de Electricidad Obras y Servicios Públicos, Crédito y Vivienda Ltda. de San Antonio de Areco", 22/6/99.

54 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Delta Dock SA", 31/5/12 y "Sofrecom Argentina SA", 9/6/15; CNCAF, Sala IV, "Lexmark International de Argentina Inc. Sucursal Argentina", 11/8/15.

55 Si bien –como se indicó– se había suspendido temporalmente la aplicación del artículo 94, inciso 5, de la ley 19.550, en algunos casos, los accionistas decidieron capitalizar los créditos para evitar caer en estado de disolución antes de que se diera a conocer la decisión del Poder Ejecutivo o en el desconocimiento de que se prorrogaría el alcance temporal.

Como hemos dicho, invocado el principio de la realidad económica para recalificar las operaciones, es el Fisco el que debería acreditar la existencia del acto simulado. Este criterio viene tomando fuerza en la jurisprudencia y ha sido advertido en la jurisprudencia dictada en los últimos años⁵⁶.

Sin embargo, frente al ajuste fiscal, en general, los tribunales descalifican la utilización de la figura pero sólo revocan el ajuste si el contribuyente acredita la correcta utilización de la figura legal. En la medida en que no aporte prueba concluyente, difícilmente un tribunal le dé la razón al contribuyente⁵⁷.

Esto no debería ser así. Debería recaer exclusivamente sobre el Fisco acreditar la existencia de fraude ya que de lo contrario cuenta con el privilegio de alegar una simple sospecha para que el peso de la prueba en contrario recaiga sobre los interesados⁵⁸.

La recepción normativa de los principios del "operador independiente" debería, a esta altura, determinar la opacidad de la invocación del principio de la realidad económica en el supuesto de empresas vinculadas por operaciones entre casas matrices del exterior y filiales y sucursales ubicadas en el país. La adopción por Argentina de los precios de transferencia y las reglas de capitalización exigua para limitar el uso indebido de ciertas figuras son cuestiones que no pueden ser soslayadas en el análisis de este tema.

En definitiva, se trata de analizar un negocio de préstamo teniendo en cuenta la particular relación que vincula las partes, pero que se ha realizado conforme a pautas de mercado. Respecto de la tasa de interés pactada en cada operación particular deberá acreditarse si fue semejante a la de mercado. En este sentido, los estudios sobre precios de transferencia aportarán sustento. Este criterio fue receptado por el Tribunal Fiscal⁵⁹.

A su vez, la vigencia de normas sobre control cambiario también debe considerarse a la hora del análisis, ya que el sujeto local está obligado a declarar bajo qué concepto recibe los fondos del exterior (p.ej., préstamo, anticipo o prefinanciación, etc.).

La contabilización de las operaciones de préstamo como tales, tanto por la sociedad argentina como por las otorgantes del préstamo, y su evidencia en los estados contables, también es prueba contundente del modo de financiamiento acordado⁶⁰.

Las vicisitudes sufridas en torno a la operatoria (tales como v.gr., amortización de capital, pago de intereses, capitalización de intereses, prórroga o renovación de plazo para el pago, condonación de intereses, etc.) revelan si la intención de las partes desde el inicio de la relación y durante su desarrollo, fue celebrar un contrato de préstamo. Evidentemente, la existencia de giros de dinero sin haberse estipulado plazos ni modos de devolución, la falta de cancelación parcial o total de intereses y la inexistencia de

56 CNAF, Sala III, "Eli Lilly Interamérica - Suc. Argentina", 12/10/95; Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Delta Dock SA", 31/5/12; "Lexmark International de Argentina Inc. Sucursal Argentina", 3/6/14 y "Sofrecom Argentina SA", 9/6/15. Con idéntico criterio ya se habían pronunciado diversas salas del Tribunal Fiscal de la Nación, *in re* "Bearzi, Sergio Alcides", Sala D, del 24/11/03; "Estancias Santa Rosa de Pinnel y Cía. SCA", Sala C, del 22/3/00; Sala B, "Noxi SA", del 6/9/02; Sala A, *in re* "Establecimientos Textiles San Andrés SA", del 25/11/99, entre otros tantos.

57 La jurisprudencia ha convalidado que la autoridad fiscal justifique el soporte de su pretensión por vía de presunciones, en cuyo caso es el contribuyente quien, en ejercicio de su derecho de contradicción, debe objetar la impugnación planteada por dicho organismo. Ello, como consecuencia de la aplicación de la regla *onus probandi incumbit ei qui dicit*, ergo, la carga de la probanza es correlativa a la carga de la proposición de los hechos, pues cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de las normas que invoque como soporte de su pretensión, defensa o excepción (cfr. artículo 377, CPCCN).

58 Para ampliar este concepto sugerimos revisar Ferrara, Francisco, *La simulación de los Negocios Jurídicos* (traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, Cap. VII, doctrina citada por el Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, en algunos de sus precedentes.

59 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, "Compañía Ericsson", 15/8/07. El Fisco Nacional había cuestionado la falta de instrumentación del préstamo efectuado por una compañía vinculada, la ausencia de garantías y avales y de actas sociales que dieran cuenta de la transacción. El Tribunal concluyó que los acuerdos llevados a cabo por entidades vinculadas, por su propia naturaleza, pueden no estar revestidos de los requisitos formales que sí observarían empresas independientes.

60 Al respecto, cabe tener en cuenta que el Tribunal Fiscal de la Nación se ha expresado sobre este punto en reiteradas oportunidades. Así pues, en la causa "Huelva SA" señaló que "...no cabe admitir el razonamiento según el cual el balance impositivo es totalmente autónomo o independiente del comercial" (Sala A, 14/9/72). En el mismo sentido en "Industrias Plásticas D'Accord SRL" sostuvo que "...las divergencias entre los balances comercial e impositivo sólo resultan admisibles cuando, en forma taxativa, la ley y su reglamentación dispongan tratamientos alternativos de excepción" (Sala A, 17/12/97). La Sala interviniente advirtió que no existe una total autonomía en la "contabilidad fiscal", ya que para las liquidaciones impositivas debe partirse del resultado del balance comercial.

gestión para cobrar la supuesta deuda llevarán a la conclusión de que la intención del destino final fue la capitalización y no la configuración de un préstamo. Este análisis, como dijimos, debe realizarse considerando los hechos acaecidos desde el momento del ingreso de los fondos, ya que de lo contrario, podría prescindirse de hechos relevantes para la definición de la naturaleza de la transacción.

Como hemos indicado, la autoridad fiscal ha considerado que la vocación de permanencia de los fondos es un indicio para definir la inexistencia de una operación de préstamo. Esto es considerar que el acreedor no espera su devolución ni efectuó reclamo alguno tendiente a su cobro. La aplicación de tal criterio ha sido subjetivo y, como ya hemos dicho, sin considerar el propósito de la financiación y las vicisitudes ocurridas a lo largo de la vida contractual. Así por ejemplo, la autoridad fiscal ha considerado que cuando se reciben fondos para su aplicación a proyectos de largo plazo, se demuestra la intención de que permanezcan en su patrimonio. Soslaya que si decide endeudarse para el desarrollo de dichos proyectos, luego de realizados le reportarán mayores ganancias de las que obtendría sin tales desarrollos.

Otro elemento considerado por el Fisco es la desproporción entre el patrimonio y los fondos recibidos. El hecho de que las sumas prestadas hayan sido superiores al capital de la compañía en nada altera la naturaleza de préstamo. Es menester destacar que tal situación se encuentra expresamente regulada en la LIG, motivo por el cual el criterio seguido por la AFIP no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas que regulan el impuesto a las ganancias. La propia LIG contiene normas que penalizan en ciertas ocasiones con límites a la deducción de intereses, a las sociedades que son financiadas con préstamos versus a las que son financiadas con capital (reglas de “capitalización exigua”). Tal es el caso del artículo 81, inciso a), de la LIG.

Por otra parte, la inobservancia de determinadas formalidades contractuales, como la constitución de garantías o avales bancarios, la estipulación de plazos especiales de pago, el pacto de intereses moratorios han sido acertadamente considerados intrascendentes para desvirtuar la existencia de operaciones entre partes vinculadas⁶¹.

Entre empresas vinculadas por una relación de control, es de toda lógica que el prestamista controlante no exija garantías a su controlado prestatario. La existencia de garantías no es tipificante del contrato de mutuo para nuestro derecho positivo. La garantía es un elemento accesorio que puede o no existir en una operación de préstamo, sin que ello influya –técnicamente hablando– en la naturaleza del negocio. El aseguramiento del reclamo para el repago del préstamo es autoevidente en el caso de una empresa que tiene control sobre su afiliada. Entre empresas relacionadas no es normal que se busque otra forma de aseguramiento.

Otro indicio para descalificar la existencia de préstamos ha sido la supuesta falta de asunción de riesgo empresarial. La existencia de una deuda en lugar de un aporte ante la falta de asunción de riesgo empresario es un criterio de larga data⁶². Sin embargo, ¿acaso no está presente tanto en el aporte de capital como en las operaciones de préstamo?

El recaudo de la “fecha cierta”

El organismo fiscal ha desconocido operatorias de préstamo por carecer de fecha cierta los instrumentos que le darían origen, erigiendo este recaudo en un “supra requisito”.

Afortunadamente, la jurisprudencia se ha encargado de quitarle ese valor supremo, especialmente en los casos de empresas vinculadas, en las cuales los acuerdos “...por su propia naturaleza, pueden no estar revestidos de los requisitos formales que sí observarían empresas independientes”⁶³.

Por otra parte, la prueba de la existencia del contrato no está invalidada por la falta de fecha cierta. El acuerdo puede estar instrumentado y podrá acreditarse su existencia por otros medios de prueba⁶⁴. El tema de la fecha cierta se reduce a una cuestión de fecha de celebración del contrato con las implicancias que puede tener dicho aspecto temporal en el plano de las relaciones del derecho privado. En su faz

61 CNACF, Sala IV, “Lexmark International Argentina Inc. Sucursal Argentina c/Dirección General Impositiva”, 11/8/15; Sala III, “Formex SA”, 7/3/14.

62 Dictamen DAT 40/79.

63 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, “Compañía Ericsson”, 18/8/07.

64 A estos fines podrá demostrarse por otros medios de prueba la secuencia completa de la operatoria llevada a cabo desde el nacimiento hasta su extinción: titularidad de los fondos, entrega al deudor, decisión de dar y contraer el préstamo por actas de directorio y de asamblea, restitución de fondos, pago de intereses, etc.

tributaria, este aspecto sólo tiene relación con la evaluación que puede efectuarse de dicho instrumento, en tanto si responde o no al armado posterior de una documentación respaldatoria de un pasivo que, si bien declarado, resultaba originalmente inexistente. La ausencia de fecha cierta en modo alguno implica descalificar *per se* la validez probatoria del documento privado

Si el contrato tuviera la aludida fecha cierta, por sí solo tampoco bastaría para respaldar la declaración jurada si se verificaran pruebas concretas que autorizaran a descalificar la sinceridad del documento y, paralelamente, no existieran otros elementos indiciarios que contribuyan a respaldar la existencia y alcances del aludido contrato de préstamo.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina⁶⁵ admiten que frente a la inexistencia de instrumento público o privado con fecha cierta que acredite la operación, debe probarse por otros medios la secuencia de la operatoria, debiendo acreditarse el origen de los fondos, su entrega y recepción por el contribuyente y, si fuera el caso, su restitución.

Esta misma línea es la seguida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Autolatina Argentina SA” del 15 de marzo de 2011. Del citado precedente surge que, si bien el Alto Tribunal concluye en la necesidad de fecha cierta para la prueba del contrato del mutuo comercial, lejos de constituirlo en un *suprarrequisito* –como pretende el organismo fiscal–, termina afirmando que en tanto los restantes medios de prueba aportados por la contribuyente no lograban identificar al aportante de los fondos, teniendo en cuenta las especificidades propias del caso y la prueba aportada cabía confirmar el ajuste formulado por el ente fiscal. En otras palabras, de la lectura del precedente de la Corte Suprema se desprende, sin mengua de duda, que se trató de un caso particular en el cual el contribuyente no había logrado contribuir con pruebas suficientes que llevaran convicción sobre la efectiva existencia del préstamo.

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el 1º de agosto de este año, nos obliga a revisar el *statu quo* actual que resulta aplicable para las transacciones acaecidas con posterioridad a esa fecha.

El nuevo cuerpo normativo mantiene el principio de libertad de formas, salvo disposición legal expresa⁶⁶ y se prevén dos categorías: instrumentos públicos e instrumentos privados. Dentro de estos últimos están los propiamente dichos (firmados) y los particulares (no firmados). Si bien se mantiene la firma como prueba de autoría de la voluntad, se posibilita que sea realizada por medio de nombre o signos y el uso de la firma digital.

La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Resulta importante para nuestro análisis considerar que se ha modificado el modo de adquirir fecha cierta al prever que “*la [adquiere] el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o pudo ser firmado después*”⁶⁷.

La prueba del hecho que determina la configuración de la fecha cierta puede producirse por cualquier medio y debe ser apreciada rigurosamente por el juez. El valor probatorio del instrumento privado depende de la apreciación judicial, ponderando la congruencia entre lo sucedido y lo narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabi-

65 Así se ha indicado que “...en relación al tema de la ‘fecha cierta’, se debe recordar –a título de principio general– que la enumeración contenida en el artículo 1035 del Código Civil no es taxativa ni limitativa, cabiendo admitir la demostración de la fecha del acto por otras vías que las establecidas en dicho precepto, aun cuando, claro está, el análisis y valoración de la prueba que se produzca deba ser realizado en forma estricta (conf. Belluscio, A. C. y otros, ‘Código Civil Comentado’, T. 4, pág. 671)”. En el mismo sentido se ha expresado: “Si las constancias del expediente son suficientes para acreditar en forma cierta, inequívoca, que el documento ha estado firmado antes de una fecha dada, esta debe tenerse como cierta. Tal es la corriente que predomina en la jurisprudencia” (Guillermo A. Borda, *Manual de derecho civil. Parte general*, Ed. Perrot, 16ª ed. actualizada, pág. 47). La jurisprudencia se ha hecho eco de este principio, tal como surge de los precedentes dictados por la CNACF, Sala IV, “Nazer, Silvia Elia”, 4/3/10 y Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, “VNU Business Media Argentina SA s/Apelación de impuesto a las Ganancias”, 21/6/12, entre otros.

66 Artículo 284.

67 Artículo 317. Una forma de acreditarlo podría ser con el timbrado del impuesto de sellos, que fue considerada prueba incuestionable de la fecha de celebración mientras no se demuestre su falsedad (Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, “Schwarzman, Ricardo”, 12/9/01). Claro está que cada vez es menos frecuente el timbrado del documento, dado que en muchos casos el pago se realiza de manera electrónica sin necesidad de que se timbre el instrumento, mientras no se demuestre su falsedad.

lidad de los soportes y procedimientos técnicos que se apliquen⁶⁸. En definitiva, se consagra legalmente un criterio ya existente en la jurisprudencia pero que al plasmarse en el texto legal se transforma en un principio trascendente en materia de prueba.

Capitalización de los fondos recibidos como préstamo

La transformación del carácter de acreedor a accionista a poco tiempo de la celebración del contrato de préstamo o la decisión de capitalizar el crédito a lo largo de la vida del contrato fueron considerados indicios para justificar los ajustes⁶⁹.

El análisis de la intención de las partes al inicio de la relación y a lo largo de su desenvolvimiento determinó que el Fisco concluyera que la posterior transformación en capital de sumas originariamente ingresadas en carácter de préstamo, respecto de las cuales se pactó intereses, no implica modificar su condición de pasivo con anterioridad a la fecha de su conmutación⁷⁰. Se meritó especialmente en el caso de que si se había acordado el pago de intereses, debía concluirse que existió préstamos hasta el momento de la transformación en aportes de capital.

Coincidimos con este criterio, ya que en efecto, la decisión de capitalizar parte de los fondos recibidos como préstamo no convierte el pasivo en un aporte de capital desde el momento del desembolso, sino desde que se adopta tal decisión. Desde ya que deberá poder acreditarse que la intención de las partes, en el origen de la relación, fue acordar un contrato de mutuo.

Otro antecedente interesante en este tema es el memorando DNI 489/05, emitido por la Dirección Nacional de Impuestos, en el que el organismo concluye que *"Sin perjuicio de las condiciones en que se hubiere pactado la realización de los aportes... la existencia de intereses pagados o el devengamiento de tales conceptos u otros accesorios, en el marco del impuesto a las ganancias, impide de manera definitiva darles el carácter de anticipos irrevocables pues se habría tratado, desde su origen, de pasivos"*.

No obstante estos antecedentes, la autoridad fiscal consideró que la capitalización de fondos recibidos en concepto de préstamos demostraba que la intención había sido efectuar un aporte de capital desde el desembolso original de los fondos. La jurisprudencia, en consonancia con lo sostenido por la propia AFIP en el dictamen DAT 21/06 y por la Dirección Nacional de Impuestos en el memorando 489/05, rechazó este año el criterio del Fisco y validó la capitalización de parte de los fondos recibidos como préstamo, en función de haberse acreditado que *"la intención primigenia de las partes fue la de instrumentar un préstamo"*⁷¹.

Vicisitudes en torno a la producción de la prueba

A fin de acreditar la existencia de un préstamo, el contribuyente se enfrenta a algunas vicisitudes dentro del procedimiento.

El contribuyente puede ofrecer en el marco del procedimiento de determinación de oficio las pruebas que hagan a su derecho⁷² y tiene derecho; además, a que se produzca, si fuera pertinente⁷³. Por lo tanto, corresponde a la administración la contrapartida del *deber jurídico* de producirla⁷⁴. No puede la administración negarse a recibir las pruebas que el particular quiere proponer para su defensa. Si la administración decide no abrir a prueba el recurso, debe entonces atenerse a lo manifestado por el interesado.

La autoridad fiscal suele rechazar la prueba ofrecida, con excepción de la documental acompañada. Esto no siempre es así pero sucede con frecuencia, especialmente si está próxima la fecha de prescripción

68 Artículo 319.

69 Dictamen DAT 52/06.

70 Dictamen DAT 21/06. Constituye este caso un ejemplo de buena aplicación del principio de la realidad económica, ya que el Fisco consideró ociosa su invocación para reencuadrar la operatoria por haberse utilizado la forma jurídica adecuada en función de la situación real o intención de las partes.

71 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Sofrecom Argentina SA", 9/6/15.

72 Artículo 17 de la LPT.

73 Artículo 1, inciso f), punto 2), de la ley 19.550 (Ley de Procedimientos Administrativos).

74 En ese sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación ha indicado que *"...la actitud asumida por la administración es inconveniente por cuanto es indudable que, de plantearse una acción judicial con relación al caso que nos ocupa, las pruebas serán en definitiva las que fundamentarán la procedencia de lo peticionado en esa instancia. Por ello, previo a resolver en definitiva el caso planteado debe dársele al recurrente la oportunidad de producir la prueba que considere pertinente"* (Dictámenes, 85: 248).

de la supuesta obligación fiscal, y obliga al contribuyente a recurrir el ajuste ante el Tribunal Fiscal para poder acreditar allí la veracidad de la operación, con los costos que ello implica⁷⁵.

Que la administración rechace u omita ordenar toda prueba que no sea documental, no excluye que sea el contribuyente quien proceda a la producción privada de la prueba por imperio del principio de la flexibilidad probatoria o más aún del antiformalismo. Esto puede realizarse tanto ante la AFIP como ante el Tribunal Fiscal⁷⁶. Se ha ido generalizando últimamente la práctica de producir la prueba privadamente e incorporarla en forma documental al expediente, idealmente antes de que se dicte resolución, y sujeto desde luego a su confrontación o nueva producción ante el Tribunal Fiscal de la Nación o sede judicial en caso necesario.

Ejemplos de esta modalidad son las certificaciones contables, documentos técnicos o pericias producidas especialmente para el caso, declaraciones escritas efectuadas ante escribano público, informes de reparticiones públicas o privadas, estados contables del acreedor, actas de directorio u otras decisiones adoptadas por la sociedad del exterior, etc.

En estos casos, si bien no ha existido *a stricto sensu* la formalidad exacta de la prueba informativa, testimonial, pericial, etc., respectivamente, de todos modos la administración puede apreciar conforme al principio general de valoración de las pruebas su fuerza de convicción y, en caso de estimarlo conveniente, puede solicitar al firmante que ratifique, amplíe o aclare, o recabar nuevos informes de quienes los han brindado directamente a pedido del particular.

La utilización por el contribuyente del método de producción privada de la prueba agiliza notablemente el procedimiento administrativo, ahorrando costo y tiempo. Sirve por tanto, igualmente, al interés público y de la administración como al del particular; el contralor de la administración no queda excluido pues esta tiene siempre, desde luego, la oportunidad de hacer producir nuevamente la prueba cuya fuerza de convicción no le satisfaga suficientemente o respecto de cuya producción abrigue fundadas y razonables dudas. Ahora, si no lo hace, debe aceptar el criterio del contribuyente.

Este método puede ser útil para la producción de prueba en el exterior, ya que presenta dificultades propias que deberían ser atendidas para facilitar el desarrollo de los procesos, máxime cuando será cada vez más frecuente la existencia de conflictos en materia de transacciones internacionales.

Generalmente, este tipo de diligencia es rechazado en sede administrativa invocando la imposibilidad de que sean ordenadas por un juez administrativo. Se advierte que el organismo no hace uso de las herramientas que tiene a su alcance.

Argentina ha celebrado algunos convenios de asistencia judicial internacional, principalmente con países de Latinoamérica, que posibilitan tramitar exhortos en procedimientos administrativos, los cuales fueron aprobados por las leyes 24.108 (Brasil), 24.187 (Paraguay), 25.595 (Federación de Rusia) y 25.935 (Estados Parte del Mercosur y las Repúblicas de Bolivia y Chile).

Además, entendemos que en los casos en que el acreedor sea residente de un país con el cual Argentina firmó un CDI con cláusula de intercambio de información o un acuerdo de intercambio exclusivamente, podría obtener información a través de dicho canal.

Un problema adicional, en estos casos, es el rechazo por parte de algunos países de que la prueba se produzca en el marco de la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero adoptada en La Haya y aprobada por ley 23.480, aun siendo partes del acuerdo. Esto, por considerar que no se aplica a causas fiscales, lo que determina que el exhorto se requiere a título de colaboración y reciprocidad en casos análogos. Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial se incorporó la figura de la asistencia procesal internacional, que determina que, sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones

75 Se entiende que el rechazo de la prueba ofrecida en sede administrativa no importa un cercenamiento del derecho de defensa, garantizado en materia probatoria con el contradictorio amplio que se puede desarrollar ante el Tribunal Fiscal de la Nación. Como lo tiene reiteradamente resuelto nuestro más alto tribunal (Fallos: 205:549; 247:52; 267:393, entre otros), cuando la restricción de la defensa en juicio ocurre en un procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la efectiva violación del artículo 18 de la Constitución Nacional no se produce en tanto exista la posibilidad de subsanarse esa restricción en una etapa jurisdiccional ulterior, porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio (Fallos: 202:249 considerando 5 y sus citas).

76 En este caso, se cuenta además con una norma expresa –el artículo 174 de la LPT– que prevé que las diligencias de prueba sean tramitadas directa y privadamente entre las partes, pero no es suficientemente aprovechado por las partes intervinientes.

internacionales, *“los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”*⁷⁷.

Por último, también es posible que el país requerido tenga una distinta calificación sobre la prueba conforme su legislación, lo que determina muchas veces la imposibilidad de su producción (p.ej., esto sucede en relación con la prueba informativa cuando se solicita información sobre determinado hecho y la autoridad requerida considera que debería producirse una declaración testimonial).

III.2. Incremento patrimonial no justificado

Esta figura resulta aplicable cuando se produce un aumento del patrimonio de una entidad local que pueda tener origen en la obtención de ingresos gravados, no gravados o por la constitución de un pasivo.

La LPT prevé actualmente que el Fisco puede determinar la materia imponible de acuerdo con distintas presunciones. En el inciso f) del artículo 18 se indica el tratamiento para los incrementos patrimoniales no justificados, norma que fue incorporada hace casi 70 años por el decreto 14.341/46. Adicionalmente, en el año 2003, se incorporó una consideración sobre las operaciones provenientes de países de baja o nula tributación.

Antes de que se agregara la citada norma, ya había sido utilizada la presunción del incremento patrimonial no justificado, incorporado como inciso f) del artículo 18 de la LPT por el decreto 14.341/46, para los ingresos provenientes de los entonces llamados “paraísos fiscales”.

Para desvirtuar que se trataba de fondos provenientes de actividades por las cuales no se habían abonado oportunamente los impuestos correspondientes, el Fisco aceptaba la demostración de que resultaba de: i) inversiones efectuadas por el contribuyente a poco tiempo de su ingreso al país, siempre que, con anterioridad, no hubiera desarrollado en él actividades a las que pudiera atribuirse el aumento de capital; ii) liquidación, reducción o enajenación de inversiones o bienes de propiedad del contribuyente en el extranjero que guarden relación aproximada en su monto y en el tiempo con la capitalización comprobada en el país, y iii) movimientos de cuentas en entidades bancarias o particulares del exterior que reflejen las variaciones indicadas⁷⁸.

Para evitar la aplicación de la presunción, el contribuyente debía demostrar el efectivo ingreso de los fondos desde el exterior y su origen, conforme la jurisprudencia administrativa y judicial dictada entre 1949 y 1988⁷⁹.

A partir de 1988, el Tribunal Fiscal de la Nación pretendió agregar un requisito más en relación con los ingresos de fondos provenientes de paraísos fiscales: la justificación de que los fondos invertidos se hubiesen generado en actividades o capitales provenientes de extraña jurisdicción. Sin embargo, el criterio no fue compartido por la Cámara de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como surge del precedente “Tebas”⁸⁰ y que rigió, al menos, entre 1993 y 2003⁸¹, al incorporarse el actual artículo a continuación del artículo 18 de la LPT.

El criterio de la Corte se justificaba en que la exigencia implicaba una extralimitación del poder fiscal local y no resultaba acorde con los criterios de política fiscal en materia de inversiones extranjeras plasmados en las leyes 21.382 y 23.697, que preveían el derecho de los inversores extranjeros registrados, de transferir utilidades y repatriar sus inversiones de forma libre⁸².

77 Artículo 2612.

78 Circular 264/49.

79 Aguirre Caravia, Oscar W., “Presunción de invalidez del ingreso de capitales desde ‘paraísos fiscales’ del exterior”, Impuestos, T. XLVII-A, págs. 206 y ss.

80 La importancia del fallo y un minucioso análisis de su contenido fue realizado por González de Rechter, Beatriz, “El caso Tebas. Esperado fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Doctrina Tributaria Errepar, T. XIV, diciembre 1993.

81 La jurisprudencia, en general, abordó con acierto el tema, centrándose en la prueba a fin de analizar la realidad jurídica, lo que la llevó a soluciones particulares. Así, el Tribunal Fiscal falló a favor del Fisco en las causas “Vicente Manuel Orué”, 30/5/90, y “Alfalfín”, 31/5/95 y a favor del contribuyente en “La Emiliana de Exportación SA”, 11/8/95.

82 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, “Noxi SA”, 6/9/02.

Sin embargo, en instancias del Tribunal Fiscal de la Nación se continuó exigiendo la acreditación del origen de los fondos, pese a no resultar conteste con el criterio de la Corte Suprema⁸³.

La ley 25.795⁸⁴ incorporó el actual artículo a continuación del artículo 18 de la ley 11.683 y dispuso que cuando se trate de ingresos de fondos provenientes de países de baja o nula tributación (actualmente países no cooperadores con el Fisco Argentino según decreto 589/13), *“cualquiera sea su naturaleza, concepto o tipo de operación de que se trate, se considerará que tales fondos constituyen incrementos patrimoniales no justificados para el tomador o receptor local”*.

La presunción indicada quedará desvirtuada si se justifica que los ingresos provienen de la repatriación de inversiones, es decir, de colocaciones de fondos oportunamente declarados, de la realización por parte del contribuyente de actividades en el país en cuestión o que el prestador pueda justificar ingresos por el desarrollo de su actividad en el país donde se domicilia.

A partir de la sanción de la norma, todo ingreso proveniente de una jurisdicción de baja o nula tributación –hoy, no cooperadora a los fines fiscales–, cualquiera que sea su origen (préstamo, aporte de capital, cobro de servicios o bienes, licencias de intangibles o remuneración por prestaciones tecnológicas, etc.) requiere por imperio legal la prueba del origen de los fondos.

Es decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, considerándose como justificados aquellos ingresos de fondos a cuyo respecto el interesado pruebe fehacientemente que: i) se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente en la extraña jurisdicción; ii) se originan en actividades efectivamente desarrolladas por terceros en dichas jurisdicciones⁸⁵, o iii) provienen de colocaciones de fondos oportunamente declarados.

Se han planteado dudas respecto de si con origen de los fondos la ley se refiere al lugar de ubicación de la cuenta desde la que se giran o la de residencia de quien envía los fondos⁸⁶. Compartimos el criterio de que la norma se refiere a esta última⁸⁷.

Con la sustitución del listado de países de baja o nula tributación por el nuevo listado de jurisdicciones consideradas cooperadoras a los fines de la transparencia fiscal⁸⁸, se ha extendido el universo actual de casos en los que, por aplicación de la presunción, el receptor de los fondos debe justificar el origen de los fondos transferidos de dichas jurisdicciones no incluidas en la lista –y, por ende, consideradas no cooperadoras–, mediante la prueba fehaciente, que acredite que se originaron en actividades efectivamente realizadas por el contribuyente o por terceros en dichos países o que provienen de la colocación de fondos oportunamente declarados. Además, la posibilidad de que la autoridad fiscal modifique la lista, con frecuencia puede implicar cambios en la categorización y, por ende, en las obligaciones del sujeto local, que pueden no ser atendidas adecuadamente.

No resulta razonable que la presunción se aplique en estos casos. La circunstancia de que los fondos provengan de un país no cooperador no puede ser indicio de que derivan de actividades por las cuales no se haya pagado el impuesto. Esta presunción estaba vinculada con las particulares características de los paraísos fiscales, en relación con la escasa o nula tributación de las actividades *off shore*.

La jurisprudencia se ha ocupado en muchas ocasiones de la impugnación de pasivos originados en contratos de mutuo otorgados por sujetos del exterior, atribuyendo al sujeto legal el incremento patrimonial presumido en el artículo 18, inciso f), de la LPT.

83 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, “Procesamiento Industrial de Laminados Argentinos Residuales SA (Pilar)”, 11/6/03; Sala D, “Salem, Gabriel”, 29/10/03; Sala D, “Hilu, Salomón”, 29/10/03; CNACF, Sala I, “Ortolani, Mario”, 27/12/01, entre otros.

84 BO: 17/11/03. Artículo sin número incorporado por artículo 1, punto V.

85 Este supuesto no debería darse en los hechos, con frecuencia, teniendo en cuenta que en general las sociedades constituidas en dichas jurisdicciones no pueden desarrollar actividad dentro de su territorio.

86 Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 214.

87 Halladjian, César, “Préstamos tomados en el exterior y utilizados en el país: una mirada integral. Aspectos vinculados con la justificación patrimonial de los fondos obtenidos”, *Práctica y Actualidad Tributaria Errepar*, T. XIII, pág. 9, enero 2007.

88 Dispuesta por decreto 589/13 y publicada en www.afip.gov.ar. Un análisis minucioso de la norma fue realizado por Rajmilovich, Darío: “Los países de baja o nula tributación ahora son no cooperadores a los fines de la transparencia fiscal internacional”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXIV, agosto 2013.

En referencia a la presunción del incremento, se ha indicado recientemente que más allá de las formalidades que puedan exigirse en la celebración de un contrato de mutuo, la prueba debe demostrar la secuencia completa de la operatoria llevada a cabo, aportando prueba que permita comprobar la realidad del pasivo, tanto respecto de su nacimiento, modalidades y, en su caso, extinción de la deuda⁸⁹.

Los esfuerzos probatorios para desvirtuar la impugnación deben estar dirigidos a demostrar el origen de los fondos, su entrega al deudor, la aplicación de los mismos, luego el pago de intereses y su posterior devolución⁹⁰. Esto es, en definitiva, la sustancia del acuerdo de préstamo para lo cual es necesario acreditar el movimiento de los fondos desde el patrimonio del prestamista extranjero hasta su ingreso al del deudor local, con suficiente sustento documental que demostrara ininterrumpidamente la secuencia completa de los movimientos entre bancos⁹¹. Esto resulta de suma importancia especialmente si intervinen terceros en el circuito de envío del dinero como corredores de bolsa que cuentan con diversas cuentas comitentes.

Aun cuando el contrato de préstamo esté adecuadamente instrumentado, la indulgencia por parte del acreedor no es conteste con la regla que rige el comportamiento de las transacciones comerciales. En estos casos, la presunción resultará aplicable si no se logra acreditar la aplicación del préstamo recibido, el pago del interés pactado ni la devolución del capital, la existencia de concretas acciones del mutuante encaminadas a reclamar el pago de las acreencias que se le adeudan ni para hacer efectiva la ejecución de la garantía afectada a la operación financiera⁹².

La circunstancia de que la cancelación de un mutuo tenga principio de ejecución transcurridos tres años de su materialización, sumado a la falta de acreditación de la capacidad financiera del acreedor, llevaron a la conclusión de que no resultaba una práctica comercial razonable y que debía aplicarse la presunción legal⁹³.

Respecto de sociedades vinculadas, se ha exigido acreditar el ingreso de los fondos y su origen pero también prueba de la oportunidad y condiciones de las operaciones bajo las reglas del operador independiente y de que no se trata de una sociedad ficticia⁹⁴.

En el caso de que se trate de una sociedad vinculada domiciliada en el extranjero, particularmente en países con ventajas fiscales para la operatoria *off shore*, se ha concluido que se requiere acreditar tanto la introducción de capitales al país, el origen de los fondos en el patrimonio o actividad de la sociedad prestamista y la oportunidad y condiciones del mutuo como así también acreditar en la sociedad extranjera una cierta "consistencia" (en lo temporal, patrimonial y actividad propia de su objeto), esto es, que no se trata de una sociedad ficticia, un montaje jurídico artificial constituido y desarrollado sólo por motivaciones de fraude⁹⁵.

La acreditación de que los fondos provenían de una sociedad integrante de un conjunto económico internacional con capacidad económica para colocar fondos, fue considerado un argumento concluyente para dejar sin efecto la pretensión fiscal, aun cuando no se había podido justificar que la sociedad panameña que formalmente los prestaba contase con un patrimonio que le permitiera afrontar el movimiento de fondos⁹⁶.

III.3. Aplicación de los CDI

En materia de imposición al interés, Argentina tiene potestad tributaria ilimitada para gravar los intereses de préstamos colocados por residentes de Bolivia y Brasil y limitada para gravar los intereses de préstamos colocados localmente por empresas vinculadas del resto de los países con los cuales se encuentra en vigor un CDI. Esto determina que la tasa del 35% prevista en la legislación doméstica se vea desplazada por la tasa límite prevista en el CDI que en todos los casos es menor (12%, 12,5%, 15% o 20%).

89 CNACF, Sala I, "Badial SA", 3/2/15 y "Provintel SA", 18/6/15.

90 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Torreta, Fernando", 28/12/06; Sala C, "Sacks, Santiago", 27/11/08.

91 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Trinity Show SA", 26/4/12.

92 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, "Gómez Aguilar, Jorge s/Apelación", 19/12/12.

93 CNACF, Sala I, "Ariston SA c/DGI s/Recurso directo de organismo externo", 16/7/15.

94 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, "Procesamiento Industrial de Laminados Argentinos Residuales SA (PILAR)", 11/6/03 y causas "La Emiliana de Exportación" y "Alfalín", ya citadas.

95 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, "Pilar SA", 10/6/03 y "Frigorífico El Araucano SRL", 2/7/07.

96 Tribunal Fiscal de la Nación, "La Emiliana de Exportación SA", ya citada.

Otro tema de incidencia es la inaplicabilidad de los límites de deducción de intereses previstos en la legislación doméstica por aplicación de las normas de no discriminación previstas en los CDI en casos en los que se cumpla con el principio de *arm's length*.

El compromiso de dar a los residentes de otro Estado un trato *no menos favorable que aquel que se dispensa a los propios nacionales* está previsto en materia de deducción de intereses en el artículo 24 o 25 de los CDI firmados y en vigor con Alemania, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Italia, Noruega, Países Bajos y Suecia.

También la cláusula se prevé en los CDI firmados con Chile y Suiza, que todavía no resultan de aplicación⁹⁷. Sin embargo, en estos casos, en el memorándum de entendimiento se contempla que no se interpretará el convenio en el sentido de impedir la aplicación de una norma interna relativa a la subcapitalización.

En cuanto al CDI con Rusia, se prevé en el artículo 11 de su Protocolo, la posibilidad de que los Estados apliquen las normas de "capitalización exigua".

En el caso de los CDI con Brasil y Canadá, la cláusula no prevé expresamente la prohibición de discriminar con respecto a deducciones.

Finalmente, la cláusula directamente no fue incluida en el CDI firmado con Bolivia.

La aplicación de la cláusula de no discriminación ya fue aceptada por la Dirección Nacional de Impuestos concluyendo que Argentina sólo tiene potestad para limitar deducciones si se verificara una vinculación efectiva entre pagador y perceptor que pudiera dar lugar a condiciones de contratación que no fueran las normalmente acordadas entre partes independientes⁹⁸.

Se advierte además que en los últimos años se dictaron sentencias que consideraron deducibles, en los mismos términos que los previstos para pagos locales, los pagos a sujetos del exterior residentes en un país con el cual existe un CDI que contiene una cláusula de no discriminación, con el cual se consagra un tratamiento igualitario para los casos de deducciones⁹⁹.

La denegatoria de deducciones en Argentina conllevaría la generación de doble imposición internacional, lo que habilitaría –según nuestra opinión– la aplicación por las empresas residentes en países que celebraron un CDI con Argentina, a solicitar el Procedimiento de Acuerdo Mutuo, siempre que el correspondiente CDI lo prevea.

III.4. Otras situaciones controvertidas

Un aspecto que ha dado lugar a conflicto es el tratamiento de los pasivos contraídos para la compra de acciones. Esto es, si pueden ser deducidos a los fines impositivos en los términos de los artículos 17 y 80 de la LIG. Se trata de un tema respecto del cual no se ha expedido definitivamente la jurisprudencia.

La AFIP considera no deducibles los intereses y diferencias de cambio vinculados con pasivos contraídos para adquirir acciones por considerar que no reunirían las condiciones necesarias para su cómputo previstas en los artículos 17 y 80 de la LIG, dado que no tendrían por fin inmediato "obtener, mantener y conservar" una ganancia gravada.

En la posición contraria, los contribuyentes consideran que procede la deducibilidad porque debe primar el principio de universalidad del pasivo, que adopta para la deducción de los intereses de deudas por parte de los "sujetos empresa" la regla conforme a la cual no corresponde efectuar ninguna afectación, asignación o identificación específica de pasivos con activos determinados.

El Tribunal Fiscal confirmó el criterio del Fisco¹⁰⁰ en una causa en la que se debatía la deducibilidad de los gastos por parte de una terminal portuaria, incurridos para comprar acciones de una firma concesionaria para la explotación de otra terminal portuaria. Ello, con fundamento en que "la deducción procede cuando el beneficio es gravable, pues como bien se ha dicho, desde el momento que en el balance fiscal no

97 Como ya indicamos, el CDI con Suiza entrará en vigor el 27 de noviembre de 2015 y será aplicable a partir del año próximo.

98 Memorando 168/01, 19 de febrero de 2001.

99 Esto sucedió respecto del CDI con Italia, en la causa "Pirelli Neumáticos SAIC", CNACAF, Sala V, 23/5/13. Recientemente se mencionó la aplicación del principio de no discriminación en materia de deducciones de gastos en la sentencia dictada por el Tribunal Fiscal de la Nación en la causa "Italpel SPA Sucursal Argentina", Sala B, 20/4/15.

100 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala A, "Terminales Río de la Plata SA", 9/9/14.

se incluyen todas las utilidades obtenidas por el contribuyente sino las sujetas al impuesto, es lógico que no puedan deducirse los desembolsos que afecten réditos exentos del gravamen o beneficios que se hallen al margen del mismo. Tal idea, receptada por el entonces régimen del impuesto a los réditos en su artículo 5, es hoy ratificada por la ley del impuesto a las ganancias, que en su actual artículo 17 dispone que *“en ningún caso serán deducibles los gastos vinculados con ganancias exentas o no comprendidas en este impuesto”* y concluyó que las diferencias de cambio e intereses generados *“no responden a la obtención, mantenimiento o conservación de ganancias gravadas, ya que no poseen vinculación necesaria con la fuente productora de beneficios (esto es, las derivadas de la explotación de las Terminales 1 y 2 de Puerto Nuevo), puesto que, en rigor, la actora al adquirir las aludidas acciones generó de tal modo un aumento de su activo igual al valor de adquisición de ellas; esto es, se incorporaron activos pasibles de obtención de renta no computable”*.

En otro caso –hoy en trámite ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación– se debate la deducibilidad de intereses incurridos por préstamos bancarios tomados para adquirir acciones de otra compañía destinada a la misma actividad de la contribuyente. El Tribunal Fiscal de la Nación le dio la razón al contribuyente, decisión que fue confirmada por el Tribunal de Alzada. El dictamen de la Procuración también es favorable al contribuyente¹⁰¹.

En línea con lo dictaminado en el caso *“Pan American Energy LLC Sucursal Argentina c/DGI”* (P.868, L.XLVIII) concluyó que *“el principio general reposa en la facultad del contribuyente de deducir la totalidad de los gastos que ha efectuado para obtener, mantener y conservar sus ganancias gravadas, y que las restricciones a esta regla general deben estar ‘expresamente’ legisladas”*. Asimismo, sostuvo que *“el inciso a) del artículo 81 de la ley del gravamen indica, lógicamente, que los intereses de las deudas y sus respectivas actualizaciones son un gasto deducible, como así también los gastos originados por la constitución, renovación y cancelación de aquellas”*, por lo que estimó que de las constancias de la causa no surge que se trate de una operación ajena al giro comercial de la empresa ni que los gastos que ella realizó no puedan ser deducidos en su balance fiscal.

III.5. Capitalización vs. endeudamiento. Impacto de BEPS

Como plantea Alejandro Almarza en su trabajo, es generalizada la idea de que la deducción de intereses bajo el impuesto a las ganancias de las sociedades crea un claro y fuerte incentivo a financiar las inversiones corporativas con deuda más que con capital.

Esto dio lugar a la aparición desde la década del 80 de diversos instrumentos de deuda que trascendieron las fronteras, como consecuencia de la globalización de los negocios.

En nuestro país, este fenómeno se cristalizó con la aparición, en los años 90, de los instrumentos híbridos, que pueden combinar las ventajas del capital y deuda en un mismo instrumento. La legislación impositiva no acompañó su crecimiento y esto es entendible, como afirma Almarza citando a Ballone¹⁰², considerando la variedad de instrumentos, que sin un patrón consistente pueden ser estructurados y desarrollados.

Una cuestión nueva a atender respecto de estos instrumentos que plantea Almarza es la incidencia de los cambios introducidos en el nuevo Código Civil y Comercial unificado respecto de las obligaciones de moneda extranjera. Esto es, si la interpretación de los artículos 765¹⁰³ y 766¹⁰⁴ del citado cuerpo normativo podría dar lugar a una posible pesificación asimétrica permanente en el tratamiento de las colocaciones de ahorristas y los créditos otorgados por las entidades financieras.

En nuestra opinión, el artículo 765 introduce para las obligaciones en moneda extranjera el derecho de sustitución del deudor. Estamos ante una norma supletoria porque: i) por principio todas las normas del CCCN que regulan obligaciones y los contratos son supletorias y no imperativas; ii) ni del modo de

101 Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, *“INC SA. (Supermercados Norte)”*, 8/11/09; CNACF, Sala V, 20/4/11; dictamen PGN, 22/10/14.

102 Ballone, Mariano, *“Reporte Argentino para el Congreso Internacional IFA”*, Boston, 2012, Cahiers de Droit Fiscal International, pág. 147, citado por Almarza en su trabajo para estas Jornadas.

103 *“...La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente de moneda de curso legal...”*

104 *“...el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada...”*.

expresión, de su contenido o de su contexto resulta el carácter imperativo de la norma; iii) de la expresión de la norma resulta que es una facultad del deudor y como tal puede ser renunciada; iv) no se trata de una norma de orden público cuyo objetivo sería desterrar la utilización de la moneda extranjera en nuestro país, y v) la jurisprudencia ha sostenido en numerosas oportunidades que la estipulación entre las partes de que el pago efectivo habrá de ser hecho en moneda extranjera es ley para las partes según el principio de autonomía de la voluntad¹⁰⁵.

A partir de la caracterización de los instrumentos híbridos de deuda y de sus riesgos asociados, Almarza afirma que *“se trata de generar para los estructuradores un instrumento con ciertas características legales que permitan al analista de crédito considerarlo capital para sus evaluaciones de endeudamiento pero que no perjudique, por ejemplo, los índices de endeudamiento corriente. La consecuencia de ello debería ser que el acreedor pueda llegar a capitalizar y quedarse con la empresa”*. Concluye entonces que *“desde un punto de vista de flujo de fondos solo al final de proyecto se sabrá si fue capital o deuda, en función del éxito del mismo”* y, además, los diferentes tipos de ingresos que estos instrumentos puedan tener posibilitan el aprovechamiento de diferentes tratamientos fiscales.

Como hemos analizado en los acápites anteriores, a través de la normativa y de la jurisprudencia se ha delineado la ratio mínima que debe tener una deuda para ser considerada como tal. Sin embargo, como indica Almarza, *“el análisis debe centrarse entonces en producir una situación neutral en una verdadera elección de capital o endeudamiento como entre partes independientes en el marco de inversiones genuinas. Esto significa entender la toma de decisión genuina de un empresario que iniciará un nuevo emprendimiento y debe elegir entre aplicar parte de su liquidez al mismo o endeudarse. Esta es la visión práctica que, a nuestro entender, aún no ha sido abordada por la doctrina”*.

De manera práctica, Almarza ilustra acerca del incentivo a sustituir deuda por capital, indicando las distorsiones económicas que genera, y que determina que el inversor se incline por elegir endeudarse, cuestión que no ha podido ser solucionada por ninguna norma nacional ni internacional, salvo excepciones.

Resulta insoslayable que el plan de acción de OCDE contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (proyecto BEPS)¹⁰⁶ determina el inicio de una etapa de revisiones de ideas y principios que podrán mantenerse o verse alterados, pero que no pasará sin huella por la tributación internacional. A dos años de que los líderes del G20 avalaran el plan de acción motivados por la existencia de legislaciones internas no coordinadas con otros que traspasan las fronteras, estándares internacionales que no se han adaptado a los cambios producidos en el mundo empresario globalizado y la falta de información, se han dado a conocer recientemente los informes finales, viviéndose como un logro significativo del proyecto la colaboración sin precedentes de los países en vías de desarrollo.

Dentro del plan de acción del proyecto BEPS, se han propuesto acciones concretas que tienen relación con el tema en análisis, tales como el control de los instrumentos híbridos (Acción 2), limitar la erosión de la base imponible por vía de deducciones de intereses y otros pagos financieros (Acción 4) y asegurar que los resultados de precios de transferencia están en línea con la creación de valor para el caso de riesgos y capital (Acción 9). Argentina cuenta con normas internas que buscan frenar la erosión de base imponible y el traslado de beneficios.

En el marco de la Acción 2, que busca neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos¹⁰⁷, se recepta una realidad que, como dijimos, existe en Argentina desde hace muchos años. No cabe duda de que los

105 Para ampliar estos conceptos puede consultarse Bomchil, Máximo, “Las normas sobre obligaciones en moneda extranjera son supletorias y no imperativas”, La Ley, 6/7/15.

106 El plan y todos los documentos relacionados están disponibles en www.oecd.org/ctp/beps.htm.

107 *“... Desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones para el diseño de normas internas que neutralicen el efecto (por ejemplo, la doble exención, la doble deducción o el diferimiento a largo plazo) de los mecanismos y de las entidades híbridas. Entre ellas pueden figurar: i) cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para asegurar que no se utilicen mecanismos y entidades híbridas (así como entidades con doble residencia) para obtener indebidamente ventajas de los tratados; ii) disposiciones en la legislación nacional que eviten la exención o la falta de reconocimiento de ingresos por pagos deducibles para el pagador; iii) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por pagos que no se hayan de incluir en los ingresos del receptor (y que no esté sujeta a imposición por el efecto de disposiciones tipo compañías foráneas controladas [CFC] u otras normas similares); iv) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por un pago que también resulte deducible en otra jurisdicción, y v) cuando sea necesario, orientaciones para la coordinación o normas para resolver los conflictos si hay más de un país que desea aplicar ese tipo de normas a una tran-*

mecanismos híbridos pueden terminar creando una doble imposición no deseada o un aplazamiento a largo plazo de la imposición. La propuesta BEPS pretende no interferir en el uso de esta herramienta para no provocar un impacto adverso en el comercio transfronterizo y la inversión, y desarrolla una metodología común para la convergencia de prácticas nacionales a través de normas internas y convencionales que buscan contribuir a prevenir la doble imposición mediante la eliminación de los beneficios fiscales derivados de dichos desajustes y, por otro lado, poner fin a costosas deducciones múltiples por un único pago, a las deducciones en un país sin el correspondiente gravamen en el otro y a la generación de múltiples créditos fiscales por un único impuesto pagado en el extranjero.

Desde el punto de vista local, la LIG neutraliza los efectos de la exención si puede resultar en la transferencia de ingresos a fiscos extranjeros (artículo 21).

Respecto de la Acción 4 relativa a limitar la erosión de la base imponible vía deducciones de intereses y otros cargos financieros¹⁰⁸, también se propone una metodología común para facilitar la convergencia de normas internas que desalienten las deducciones excesivas de intereses, incluidos aquellos que financian la producción de rentas exentas o diferidas, pero buscando garantizar que las limitaciones no generen doble imposición. Se pretende en este orden también asegurar que las deducciones de intereses netos de una entidad estén directamente vinculadas con una renta gravable generada por sus actividades económicas. Entendemos que el camino de modificar la legislación doméstica resulta una herramienta poco eficaz, dada la dificultad de su implementación.

Argentina grava con impuesto a las ganancias los intereses pagados a una entidad vinculada, con una tasa significativa (35%) que puede resultar inferior si el acreedor es una entidad financiera calificada o un residente de un país con CDI. Además, se han incorporado a la LIG, ya hace muchos años, normas de capitalización exigua y se aplica –como vimos en este trabajo– la figura del incremento patrimonial no justificado, justamente cuando los fondos provienen de países no cooperadores.

Aun cuando no resultan medidas impositivas, existen complejas normas cambiarias de control de giro de divisas vinculadas al pago de intereses.

En el marco de las Acciones 8 a 10, que buscan asegurar que los resultados de los precios de transferencia estén en línea con la creación de valor, la Acción 9 se ocupa de la atribución contractual de riesgos, concluyéndose que sólo se respetarán cuando dichas atribuciones se correspondieran efectivamente con la toma de decisiones y, por ende, con el ejercicio de un control efectivo sobre tales riesgos. Una cuestión importante la constituye el prever que el contribuyente puede proporcionar evidencia confiable de la fecha de fijación de precios acordado con una empresa relacionada y que no puede ser materia de controversia si resulta consistente con el comportamiento real de las partes o con otros hechos del caso.

Algunos temas requerirán un trabajo adicional que se dará en los próximos años y que tendría por finalidad terminar con las guías de precios de transferencia en lo concerniente a las transacciones financieras y concretar los detalles de exclusión por ratio del grupo en materia de deducibilidad de intereses.

Dentro de los temas que han generado mayor interés en América Latina están sin dudas la erosión de base a través de la deducción de intereses y otros pagos financieros (Acción 4) y los problemas de híbridos con derivados financieros, especialmente en caso de swaps de materias primas (Acción 2).

sacción o estructura. Se debe prestar una atención especial a la interacción entre los posibles cambios en una ley nacional y las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Este trabajo se coordinará con el trabajo sobre las limitaciones a la deducción de los gastos financieros, el trabajo sobre las normas de CFC y el trabajo sobre abuso de tratados mediante la búsqueda del convenio más favorable...".

108 "...Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses. El trabajo evaluará la eficacia de los diferentes tipos de limitaciones. En conexión con la labor anterior, y en su apoyo, se establecerán también orientaciones sobre precios de transferencia con respecto a la fijación de precios de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo las garantías financieras y el rendimiento, los derivados (incluidos los derivados internos utilizados en las relaciones intrabancarias), y seguros cautivos y otras clases de seguro. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos y reglas CFC...".

En el marco del rol activo que ha tomado Argentina en los últimos años como país “asociado BEPS”, es esperable que de continuarse en el mismo rumbo, se realicen cambios en la legislación doméstica en la medida en que las conclusiones de las acciones se adapten a sus propósitos nacionales¹⁰⁹.

Por su parte, como hemos visto en este trabajo, la autoridad fiscal ya hace muchos años que viene analizando los elementos que debería reunir una transacción financiera en pos de la deducción de los intereses.

Como indica Almarza, las deducciones de gastos financieros pueden dar lugar a una doble exención tanto en situaciones de inversión entrante como saliente. Desde la perspectiva de la inversión entrante, la preocupación relativa a la deducción de los gastos financieros tiene que ver, sobre todo, con los préstamos por una entidad vinculada y no residente que se beneficia de un régimen fiscal favorable (de baja imposición) para crear excesivas deducciones en forma de interés para el prestatario, sin la correlativa inclusión de los correspondientes ingresos por el prestamista. El resultado es que los pagos por intereses se deducen de la base imponible de las empresas implicadas, mientras que el ingreso goza de un trato favorable, o no se grava en absoluto, para el cedente del capital, siendo incluso posible que este efecto se produzca aunque el grupo como tal no tenga (o tenga muy poca) deuda con terceros. Desde la perspectiva de las inversiones salientes, puede que una compañía se endeude para financiar la generación de un ingreso que está exento o que se puede diferir, gozando por lo tanto de una deducción corriente por gastos financieros en tanto que el ingreso correspondiente se aplaza o exonera. Habría que tener en cuenta, por consiguiente, en las normas que regulan la deducción de gastos financieros, que los intereses entre partes vinculadas puede que no estén sometidos a una imposición completa o que la deuda subyacente pueda ser utilizada para reducir inadecuadamente la base imponible del prestatario o para generar un diferimiento o incluso una exención de los ingresos. Surgen problemas parecidos cuando consideramos los pagos deducibles por otras transacciones financieras, como las garantías financieras y de rendimientos, instrumentos derivados, seguros cautivos u otro tipo de contratos entre aseguradoras, especialmente en el contexto de los precios de transferencia.

Finalmente, la Acción 9 está destinada a revisar el tema de riesgo y capital¹¹⁰, labor que se propicia que se realice teniendo en cuenta las deducciones de gastos de interés y otros pagos financieros. A nivel local, pueden mencionarse las normas de precios de transferencia que determinan que el interés pagado al acreedor debe cumplir con las reglas del mercado aplicable a partes independientes. Por su parte, Argentina cuenta con una definición amplia de “partes relacionadas” bajo las normas de la LIG.

El alcance real de las acciones, lo veremos dentro de unos años. Por ahora, se trata de recomendaciones amplias y generales pero que podrían dar lugar a estrategias coordinadas integrales por países afectados que propicien un clima beneficioso para el desarrollo de negocios. Sin duda, las financiaciones intragrupo y las normas de precios de transferencia, por resultar aspectos sujetos a fiscalización a nivel global, deben estructurarse considerando la experiencia internacional en la materia.

Interesante e innovador es el enfoque que plantea Almarza en la parte final de su trabajo, en pos de lograr neutralizar los beneficios del endeudamiento contra la capitalización.

A nivel local, hay que sumar como nuevo desincentivo al aporte de capital, la tributación posterior al dividendo incorporada por la ley 26.893.

Las alternativas para eliminar la distorsión existente entre los dos mecanismos, son dos: reducir la deducibilidad de intereses o permitir algún tipo de deducción del capital. El autor comenta la introducción en Bélgica de la deducción sobre capital de riesgo y los resultados positivos obtenidos a lo largo de los diez años que lleva su aplicación. A partir del estudio del tema, Almarza propicia la incorporación dentro de la LIG de normas que prevean un interés presunto al capital propio, medida que considera puede contribuir a incentivar la inversión.

109 De hecho, a poco de comenzar a rodar BEPS la AFIP emitió las resoluciones generales 3572, 3573, 3576 y 3577, que buscan aumentar el control sobre determinadas operaciones.

110 “Desarrollar reglas que impidan la erosión de base imponible y el traslado de beneficios por medio de transferencia de riesgos entre, o la asignación excesiva de capital a, miembros del grupo. Ello implicará la adopción de normas sobre precios de transferencia o de medidas especiales que aseguren que una entidad no acumulará resultados inadecuados únicamente por haber asumido contractualmente riesgos o haber aportado capital. Las normas a desarrollar requerirán también la alineación de resultados con la creación de valor...”.

CAPITALIZACIÓN VS. ENDEUDAMIENTO

ALEJANDRO ALMARZA

MARCO GENERAL

El tema que nos ocupa en este Congreso –los beneficios y perjuicios que origina a nivel impositivo la utilización del capital propio o el endeudamiento para su aplicación en nuevos emprendimientos– ha producido un amplio debate tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, es generalizada la idea de que la deducción de intereses bajo el impuesto a las ganancias de las sociedades crea un claro y fuerte incentivo a financiar las inversiones corporativas con deuda más que con capital¹.

Las empresas requieren capital para fundear sus actividades, crear o vender activos y asumir riesgos asociados con sus negocios. A menudo, las empresas para fundear su operatoria deben hacer una elección fundamental, endeudarse o tomar nuevo capital. Endeudarse o capitalizarse tiene muy diferentes características y cada una de ellas tiene un impacto diferente en las ganancias, el flujo de fondos, los impuestos y otros datos financieros que son medidos en los negocios².

El análisis inicial del beneficio que provoca la deducción de intereses en el endeudamiento por sobre la capitalización, precedentemente enunciado, se ha visto superado por el incremento de los negocios financieros y la complejidad de las herramientas jurídicas utilizadas.

Esta complejidad e innovación en las herramientas jurídicas se ha visto potenciado a partir de principios de los años 80 –en especial con posterioridad a la gran reforma financiera e impositiva de la administración Reagan– con la aparición de numerosas herramientas que lindan entre lo que llamamos tradicionalmente capital y/o endeudamiento y con las nuevas ventajas impositivas que fueron creadas para los actores económicos en los EE.UU. Así, el apalancamiento de los negocios se vio inundado de nuevos instrumentos de deuda, como obligaciones negociables, títulos valores con preferencia, certificados de deuda con características parciales de capital, participaciones en fondos y fideicomisos, la mecánica del *leverage by out*³, etc.

Esta verdadera invasión de instrumentos sumado a la globalización de los negocios llevaron a una combinación de figuras, estructuras jurídicas, financieras y participación geográfica de disímiles jurisdicciones que neutralizaron la posible mayor recaudación que debería existir por el incremento de los negocios, siempre partiendo de la base del mayor uso de la figura del endeudamiento. La crisis *subprime* del año 2008 generó que esta problemática haya sido abordada en los últimos años desde la OCDE en el marco de su plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Para ello, la OCDE ha propuesto acciones concretas a través del dictado de las BEPS (*base erosion and profit shifting*), en especial en sus Acciones 2 y 4. Estas acciones no representan otra cosa que el reconocimiento de las grandes diferencias existentes en materia impositiva en el marco global para poder encuadrar estas figuras.

Al análisis de toda esta temática se suma ahora el análisis, en orden con los últimos estándares en materia fiscal sobre el tema, de incorporar dentro de las legislaciones la posibilidad de la deducción del interés por capital propio, lo que podría ayudar a simplificar la toma de decisiones de los inversores al momento de elegir un instrumento desde el punto de las ventajas impositivas.

Al decir de Vording, el capital puro puede fácilmente ser distinguido del endeudamiento puro. El tenedor de capital es copropietario, participa en los riesgos de la corporación y en sus decisiones. El tenedor de deuda tiene una recompensa por su disposición a posponer su consumo por un período limitado, no participa en el riesgo del negocio y en las decisiones⁴. Así, desde el punto de vista jurídico, puede enumerarse una importante cantidad de características distintivas entre uno y otro. No obstante, en materia económica y financiera tal vez no se requiere diferente tratamiento impositivo, ya que finalmente ambos, accionista y acreedor, dependen de la capacidad de la sociedad para generar su flujo de caja.

1 Vording, Henk, en "Tax Treatment of Interest for Corporations", IBFD, pág. 5.

2 Nouel, Luis, en "Taxation of Business profits", IBFD, pág. 194.

3 Si bien la mecánica del *leverage by out* existe desde antes de los años 80 en los EE.UU., es en estos años cuando se vuelve masivo su uso.

4 Ídem.

PARTICULARIDADES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

El desarrollo económico de las inversiones, haciendo más hincapié en lo financiero, con todos los instrumentos volcados a los mercados en los 80 en EE.UU., que comentamos en párrafos precedentes, llegó a nuestro país a partir de los años 90, junto con toda la reforma administrativa, económica y legal que se produjo en dichos años. Sin embargo, dicha adecuación a los nuevos tiempos económico-financieros no tuvo correlato en la legislación impositiva de nuestro país.

La legislación impositiva argentina no ha adoptado un sistemático *approach* con respecto a los instrumentos híbridos (solo ofrece un específico tratamiento en muy pocos casos) y esto es entendible considerando la variedad de instrumentos que, sin un patrón consistente, pueden ser estructurados y desarrollados⁵.

Son, entonces, la jurisprudencia, la doctrina y la legislación administrativa las que han provisto de los elementos para determinar, según entienden nuestros administradores, juristas y especialistas, cuándo un instrumento es capital y cuándo es deuda. Siendo así, en nuestro país se hace dificultoso poder elaborar una visión unificada, atendiendo a la inestabilidad jurídica de nuestros fallos y a la desenfrenada avidez recaudatoria del Fisco Nacional.

Hemos asistido al incremento permanente de requerimientos por parte de la Administración Federal, de elementos de prueba necesarios para poder definir si una operación se podía considerar como préstamo. Dichos requerimientos solo tenían el objetivo de impugnar el préstamo aunque los elementos de prueba fuesen contundentes, así se llegó al extremo de que un préstamo con todas las características de tal, esto es repago, pago del *witholding*, existencia del tercero en forma genuina, garantías, contabilización en los libros de ambas partes, etc., no ha sido aceptado como tal por no tener apostillado el préstamo original. Ante esta situación, nacen las preguntas ineludibles: ¿cuáles son los criterios que deben ser tenidos en cuenta para determinar la existencia o no de una operación de préstamo?, ¿sobre quién recae la responsabilidad de demostrar la existencia del pasivo?

Esta competencia de prueba y contraprueba nos lleva a la ridícula posición de que un préstamo formalmente impecable en sus instrumentos permita la deducción de los intereses, aunque sea una maniobra muy bien armada, mientras que un préstamo real al cual le falte una formalidad, aunque cumpla el resto, pueda ser impugnado. Uno puede imaginarse que si el Fisco toma una posición de este tipo en un caso donde solo se trata un hecho de prueba, más controvertida es aún la situación en la variada cantidad de instrumentos híbridos que se han utilizado en los últimos 25 años.

Finalmente, a todas las interpretaciones que se han realizado hasta la fecha debe agregarse un nuevo condimento que impactará en la percepción de seguridad jurídica de las operaciones. Hablamos del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que ya rige en la República Argentina. Si bien su reforma no aplica en línea directa con la decisión de capital versus deuda, algunos de sus artículos ayudan a confundir aún más el armado de la operatoria.

CARACTERIZACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS HÍBRIDOS DE DEUDA

Los instrumentos híbridos tienen características muy especiales. Si bien su estructura es la de un bono, el hecho de que sean profundamente subordinados, que tengan la posibilidad de no pagar intereses y una madurez muy larga, los asemejan a una acción. Desde que fue aprobada su inclusión como capital básico en 1998, se observó un rápido crecimiento a nivel mundial en la utilización de este tipo de instrumentos. En Argentina su uso fue aprobado por el BCRA en octubre de 2006.

Estos instrumentos tienen características singulares, si bien su flujo de caja se parece mucho al de un bono, otros aspectos lo hacen más parecido a una acción, como por ejemplo, el hecho de que sean subordinados, sean perpetuos o con plazos largos y que pueden dejar cupones impagos bajo determinadas circunstancias sin entrar en *default*⁶.

Desde el punto de vista del emisor, los beneficios de emitir bonos híbridos son aun mayores. El hecho de que se pueda incluir el bono como capital (primario o secundario) es algo altamente positivo para el

5 Ballone, Mariano, Reporte Argentino para el Congreso Internacional de IFA, Boston, 2012, Cahiers de Droit Fiscal International, pág. 47.

6 Rodríguez Alcobendas, Marcos y Kohn Tuli, Pedro Segismundo, "Instrumentos híbridos de capitalización bancaria", paper UCEMA, febrero 2007, pág. 2.

desempeño del emisor. De esta forma, los accionistas pueden llegar a aumentar su capital sin diluir el control del banco como sucede en una emisión de acciones. Estas emisiones son también muy eficientes, ya que bien estructuradas pueden ser deducibles de impuestos.

El primer riesgo que surge es que un cupón no sea pagado, y como estos no son acumulables, el inversor puede perder parte de la renta esperada.

El siguiente riesgo significativo aparece cuando el emisor no rescata el bono dentro del plazo que el mercado piensa que lo va a rescatar. Cualquier método de valuación del híbrido supone que la probabilidad de que este sea rescatado es muy alta; ello, debido a que el emisor querrá rescatarlos para dar al mercado una señal de que no está teniendo problemas financieros. Como el acceso a los mercados es vital, buscará todas las alternativas posibles para evitar diferir un pago. También, ciertos tipos de bonos tienen un *step-up* en la tasa de interés, luego del vencimiento del primer *call*, que constituye un incentivo adicional para que el emisor rescate el bono, evitando dar malas señales al mercado⁷.

El tercer riesgo involucrado es el que aparece cuando el emisor se declara en convocatoria. Cuando este es liquidado, al ser un bono junior, el inversor queda con prelación solo frente a los accionistas, por lo que el valor de recupero frente a una quiebra es muy bajo.

En resumen, se trata de generar para los estructuradores un instrumento con ciertas características legales que permitan al analista de crédito considerarlo capital para sus evaluaciones de endeudamiento pero que esto no perjudique, por ejemplo, los índices del endeudamiento corriente. La consecuencia de ello debería ser que el acreedor pueda llegar a capitalizar y quedarse con la empresa. Realmente, y desde un punto de vista de flujo de fondos, solo al final del proyecto se sabrá si fue capital o deuda, en función del éxito del mismo.

También, y en función de los ingresos, los híbridos apuntan justamente a aprovechar los distintos tratamientos impositivos que puedan tener por diferentes tipos de ingresos. Por ejemplo, el tratamiento impositivo de los ingresos por intereses puede ser distinto al de las ganancias de capital. Los híbridos pueden ser instrumentos útiles para instituciones que no pueden emitir acciones. Como ya dijimos, los híbridos pueden combinar las ventajas de capital y deuda en un mismo instrumento. La intención puede ser también aprovecharse de la confusión entre las distintas categorías para dar un apropiado tratamiento impositivo⁸.

EVOLUCIÓN LEGAL, JURISPRUDENCIAL Y ADMINISTRATIVA

Hemos dicho que, en un primer enfoque, el tratamiento del impuesto a las ganancias corporativo tiene una natural preferencia por el endeudamiento respecto de la capitalización, al hacer del interés un gasto deducible. Si a esto le agregamos la falta de ajuste por inflación, o de algún reconocimiento a la depreciación de la moneda argentina, si analizamos las tasas de interés actuales en nuestro país, en las que se incluye la inflación, esta opción se vuelve inapelable.

Ya sea en forma doméstica, o bien por la inclusión de medidas adoptadas en forma previa de manera internacional, la República Argentina fue abordando esta problemática con la adopción de distintas medidas y modificaciones a su ley de ganancias.

Como primera medida, siempre ha sido incluida en nuestra ley de procedimiento tributario la aplicación de la normativa de la realidad económica, que, si bien es bastante amplia y general, cubre muchos de los aspectos de lo que hoy llamamos acciones / directivas BEPS. A través de la misma y de los fallos jurisprudenciales podemos decir que hay una serie de elementos básicos a incluir en una deuda para que sea tomada como tal y, por ende, poder deducir como gasto los correspondientes intereses. Podemos decir también que para ello deberían existir:

- 1) un set de documentación acorde con los usos y costumbres de los mercados en cuanto al otorgamiento de un crédito;
- 2) garantías acordes con el importe solicitado;
- 3) repago de los intereses y aplicación del *withholding-tax*;
- 4) monto de préstamo acorde con el patrimonio del deudor y de lo que va a realizar;
- 5) todo otro elemento que la realidad de los usos y costumbres den a este tipo de operación.

7 Ídem, págs. 15 y 16.

8 Laukkanen, Antti, "Taxation on Investment derivatives", IBFD, págs. 36 y 37.

Adicionalmente, se agregaron en la Ley de Impuesto a las Ganancias las normas de *transfer pricing* y *thin capitalization*, las que acotan, aunque no eliminan, la mala praxis en el armado de una estructura de inversión.

Junto a esto, también tenemos la modificación producida en las tasas de interés de repago a préstamos con el exterior, donde solo se ven beneficiados, a través de una tasa diferencial baja, los préstamos obtenidos en el extranjero, en la medida en que sean con entidades que estén sujetas a los controles del Comité de Basilea de Bancos.

Por último, estaba la normativa referida a préstamos obtenidos en países de baja o nula tributación, los que eran muy utilizados en la práctica. Esta normativa se ha visto modificada en el año 2013, por un confuso listado de países "amigables", que no hace otra cosa que generar confusión.

No obstante, esta batería de normas no tiende a neutralizar los efectos económicos nocivos de las diferencias entre capital y endeudamiento, sino que solo tratan de ordenar y limitar las acciones que pueda realizar el contribuyente para "aprovecharse" por demás de una situación de endeudamiento. A nuestro entender, el análisis debe centrarse entonces en producir una situación neutral en una verdadera elección de capital o endeudamiento como entre partes independientes en el marco de inversiones genuinas. Esto significa entender la toma de decisión genuina de un empresario que iniciará un nuevo emprendimiento y debe elegir entre aplicar parte de su liquidez al mismo o endeudarse. Esa es la visión práctica que, a nuestro entender, aún no ha sido abordada por la doctrina.

DISTORSIONES ECONÓMICAS

El debate académico se ha centrado en las discusiones sobre los efectos y distorsiones que produce la elección de capital o deuda para financiar proyectos de inversión. La discusión en la toma de decisiones no es solo económica o legal, sino también tributaria y financiera.

Siguiendo el teorema de Modigliani/Miller⁹, bajo ciertas condiciones, como puede ser una imposición neutral, las empresas deberían ser indiferentes a la elección entre capital y deuda. Sumar el impuesto a las ganancias en las empresas significa que estas tienen un incentivo a sustituir capital por deuda¹⁰.

El incentivo a sustituir deuda por capital puede ser ilustrado por un simple ejemplo numérico¹¹.

	Financiamiento con deuda		Financiamiento con capital	
	Sin IG	Con IG	Sin IG	Con IG
Inversión en primer año	-1.000,00	-1.000,00	-1.000,00	-1.000,00
Deuda en primer año	-1.000,00	-1.000,00	0,00	0,00
Ingresos en segundo año	30,00	30,00	30,00	30,00
Intereses pagados en segundo año	30,00	30,00	0,00	0,00
Activo generado en año 2	1.000,00	1.000,00	1.000,00	1.000,00
Repago deuda año 2	-1.000,00	-1.000,00	0,00	0,00
Recursos netos antes IG	0,00	0,00	1.030,00	1.030,00
Tasa retorno antes IG	0,00	0,00	3%	3%
IG del 25% en año 2	0,00	0,00	0,00	7,50
Recursos netos después de IG	0,00	0,00	1.030,00	1.022,5
Tasa de retorno después de IG	N/A	N/A	3%	2,25%

Lo que este simple ejemplo demuestra es que el impuesto a las ganancias de las empresas reduce el recupero de las inversiones de bajo retorno, pero también deja que los inversores hagan de dichas inversiones una atracción mayor, optando por deudas financieras. Hay dos distorsiones en diferentes di-

9 A. P. Villamil, "The Modigliani-Miller Theorem", in *The New Palgrave Dictionary of Economics*.

10 Vording, Henk, en "Tax Treatment of Interest", IBFD, pág. 8.

11 Ídem anterior.

recciones. La primera reduce el nivel de inversión, la segunda incrementa el nivel de inversión en deuda financiera. Esto implica que un impuesto a las ganancias corporativo de x por ciento con deducibilidad de intereses es menos distorsivo, en términos de nivel de inversión, que un impuesto a la misma tasa pero sin deducibilidad de intereses.

Esta distorsión económica es la que no ha podido ser resuelta por ninguna norma nacional ni internacional, excepto en algunos países aislados, y esta elección es la que, como decíamos en párrafos previos, realiza el inversor/empresario.

INCIDENCIA DE LAS REGLAS BEPS Y PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

Si bien la globalización no es un fenómeno nuevo, no cabe duda de que la velocidad con la que las economías se han integrado en los últimos tiempos va muy por delante de la evolución de las normativas tributarias y su complementación internacional.

Esto, sumado a la aplicación de forma agresiva de las reglas de la mayor rentabilidad permanente a tasas altas, ha producido muchos efectos económicos, como por ejemplo, el traslado de las instalaciones de fabricación desde ubicaciones de alto costo a otras de menor costo, la eliminación progresiva de las barreras al comercio, el desarrollo tecnológico y de las comunicaciones. También ha sido consecuente con estos avances el desarrollo de estructuras jurídicas y financieras que minimicen, cuando no eviten, la imposición para las grandes corporaciones.

Así las cosas, se ha arribado a un punto donde las propias autoridades han entendido que esto debilita sus objetivos, que no son otros que la mayor recaudación para atender las crecientes necesidades de los Estados. Luego de un período de "estado de bienestar", en los últimos años se instaló un estado de liberalidad absoluta que conlleva, a su vez, al retorno de una mayor injerencia del Estado, para lo cual el único sustento es el incremento de los fondos públicos.

Llegando ya a la mitad de la década, entendemos que la situación fiscal en el orden internacional es muy grave y asfixiante. Los Fiscos están tras el objetivo de obtener mayor recaudación en forma urgente, y esto es consecuencia de la evolución económica general. A una fuerte intervención del Estado a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial hasta fines de los 70, que comprendía el llamado "estado de bienestar", sobrevino un modelo liberal/financiero sin ningún tipo de controles, hasta 2008, siendo este último seguido, actualmente –y no sabemos por cuánto tiempo– por un modelo nuevamente semiestatal y proteccionista, que necesita en mayor medida de la recaudación para su mantenimiento.

La OCDE ha dispuesto una batería de normas, reglas, metodologías y directivas, a efectos de compatibilizar el ataque de la evasión fiscal con una armonización entre países. En lo referido a nuestro tema, nos interesan principalmente dos acciones / directivas emitidas por la OCDE dentro de su "**Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios**" o simplemente BEPS, por sus siglas en inglés.

Acción 2

"...Desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones para el diseño de normas internas que neutralicen el efecto (por ejemplo, la doble exención, la doble deducción o el diferimiento a largo plazo) de los mecanismos y de las entidades híbridas. Entre ellas pueden figurar: i) cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para asegurar que no se utilicen mecanismos y entidades híbridas (así como entidades con doble residencia) para obtener indebidamente ventajas de los tratados; ii) disposiciones en la legislación nacional que eviten la exención o la falta de reconocimiento de ingresos por pagos deducibles para el pagador; iii) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por pagos que no se hayan de incluir en los ingresos del receptor (y que no esté sujeta a imposición por el efecto de disposiciones tipo compañías foráneas controladas [CFC] u otras normas similares); iv) disposiciones en la legislación nacional que nieguen la deducción por un pago que también resulte deducible en otra jurisdicción, y v) cuando sea necesario, orientaciones para la coordinación o normas para resolver los conflictos si hay más de un país que desea aplicar ese tipo de normas a una transacción o estructura. Se debe prestar una atención especial a la interacción entre los posibles cambios en una ley nacional y las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Este trabajo se coordinará con el trabajo sobre las limitaciones a la deducción de los gastos financieros, el trabajo sobre las normas de CFC y el trabajo sobre abuso de tratados mediante la búsqueda del convenio más favorable..."

La directiva de la OCDE no hace otra cosa que receptor una realidad que, como decíamos previamente, en la Argentina hace muchos años que se da. No cabe duda de que los mecanismos híbridos pueden terminar creando una doble imposición no deseada o un aplazamiento a largo plazo de la imposición.

Acción 4

“...Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros para lograr la deducción excesiva de intereses o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos y otros ingresos financieros que son económicamente equivalentes a los pagos de intereses. El trabajo evaluará la eficacia de los diferentes tipos de limitaciones. En conexión con la labor anterior y en su apoyo, se establecerán también orientaciones sobre precios de transferencia con respecto a la fijación de precios de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo las garantías financieras y el rendimiento, los derivados (incluidos los derivados internos utilizados en las relaciones intrabancarias), y seguros cautivos y otras clases de seguro. El trabajo se coordinará con el trabajo sobre híbridos y reglas CFC...”

Las deducciones de gastos financieros pueden dar lugar a una doble exención tanto en situaciones de inversión entrante como saliente. Desde la perspectiva de la inversión entrante, la preocupación relativa a la deducción de los gastos financieros tiene que ver, sobre todo, con los préstamos realizados por una entidad vinculada y no residente, que se beneficia de un régimen fiscal favorable (de baja imposición) para crear excesivas deducciones en forma de interés para el prestatario, sin la correlativa inclusión de los correspondientes ingresos por el prestamista. El resultado es que los pagos por intereses se deducen de la base imponible de las empresas implicadas, mientras que el ingreso goza de un trato favorable o no se grava en absoluto para el cedente del capital, siendo incluso posible que este efecto se produzca aunque el grupo como tal no tenga (o tenga muy poca) deuda con terceros. Desde la perspectiva de las inversiones salientes, puede que una compañía se endeude para financiar la generación de un ingreso que está exento o que se puede diferir, gozando por lo tanto de una deducción corriente por gastos financieros en tanto que el ingreso correspondiente se aplaza o exonera. Habría que tener en cuenta, por consiguiente, en las normas que regulan la deducción de gastos financieros, que los intereses entre partes vinculadas puede que no estén sometidos a una imposición completa o que la deuda subyacente pueda ser utilizada para reducir inadecuadamente la base imponible del prestatario o para generar un diferimiento o incluso una exención de los ingresos. Surgen problemas parecidos cuando consideramos los pagos deducibles por otras transacciones financieras, como las garantías financieras y de rendimientos, instrumentos derivados, seguros cautivos u otro tipo de contratos entre aseguradoras, especialmente en el contexto de los precios de transferencia.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance real de estas normativas emitidas por la OCDE?, entendemos que, a priori, solo se trata de recomendaciones, las mismas son muy generales y amplias para poder detenernos a analizarlas, pero si pensamos en cada uno de los casos enumerados en las Acciones 2 y 4 puede ser que veamos en ellos distintas aplicaciones del concepto de realidad económica sancionado en nuestra norma de procedimientos. Por ejemplo, en la Acción 4, al principio, cuando establece *“...Desarrollar recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de deducciones por intereses, por ejemplo, mediante el uso de deuda entre entidades vinculadas y con terceros, para lograr la deducción excesiva de intereses...”*. Si hay un país donde se ha desarrollado la limitación de los intereses es la Argentina y, realmente, eso ha sido utilizado en exceso por los distintos administradores fiscales.

No obstante esta crítica, creemos positiva la emisión de las normas, más que para su aplicación por un país, en este caso Argentina, por su universalidad para el resto de los sistemas tributarios pensando en un sistema futuro más integrado.

EFFECTOS DEL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Con fecha 1 de octubre de 2014 fue sancionada la ley 26.994, la que se promulgó el 7 de octubre del mismo año y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015.

De la primera lectura del texto nos surgen dos interrogantes de gran preocupación si tenemos en cuenta que estas dudas se plantean en un instituto del rango del Código Civil. Las dudas o problemas se

dan sobre el tratamiento de los flujos financieros, institucionalizados a través de las entidades financieras regidas por la ley 21.526. Como los híbridos en general son estructurados por entidades financieras, lo consideramos importante en nuestro análisis. En particular, se trata de la interpretación que debe darse a la lectura conjunta de los artículos 765 y 766 de dicha normativa y, de adoptarse una postura extrema, de la posible pesificación asimétrica permanente que se dará en el tratamiento de las colocaciones de los ahorristas y los créditos otorgados por las entidades financieras.

OBLIGACIONES DE DAR SUMAS DE DINERO

El artículo 765 del nuevo Código Civil establece que *“...La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, **se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente de moneda de curso legal...**”* (el destacado es nuestro).

A su vez, el artículo 766 indica que *“...el deudor debe **entregar la cantidad correspondiente de la especie designada...**”* (el destacado es nuestro).

Si leemos literalmente, existe una contradicción entre ambos artículos, pues la moneda que no es de curso legal en la Argentina podría ser remplazada por pesos para la cancelación de la obligación, según el artículo 765, mientras que el 766 considera que esa especie, la de la moneda que no es de curso legal, debe ser repuesta con la cantidad correspondiente de la especie designada.

El cambio en la redacción de estos artículos se debe a la modificación hecha por el Poder Ejecutivo Nacional al Anteproyecto original. En su texto original los artículos establecían:

*“**Artículo 765** - Concepto. La obligación es de dar dinero si el deudor debe cierta cantidad de moneda, determinada o determinable, al momento de constitución de la obligación. Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero...”*

*“**Artículo 766** - Obligación del deudor. El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene...”*

Está claro que el objetivo del PEN es que no se devuelva plata en dólares y que, por lo tanto, los pesos puedan reemplazar a los dólares en todos los casos. No obstante ello, la forma con que plasma sus intenciones en la redacción del plexo normativo es verdaderamente burda y desprolija. Creemos, entonces, que el primer punto a modificar del Código concierne, por lo menos, a esa confusa forma de establecer el pago de una deuda en moneda extranjera.

Esta redacción solo trae confusión e inestabilidad para la emisión de las obligaciones negociables u otros títulos de deuda. Si ya de por sí se hace dificultosa su caracterización, según hemos podido desarrollar en el presente trabajo, más difícil aún será su aplicación de acuerdo con las modificaciones enumeradas del Código Civil y Comercial de la Nación.

DEPÓSITO, PRÉSTAMO Y DESCUENTO BANCARIO (CONTRATOS EN PARTICULAR)

La normativa a analizar acá es la siguiente:

*“**Artículo 1390** - Depósito de dinero. Hay depósito de dinero cuando el depositante transfiere la propiedad al banco depositario, **quien tiene la obligación de restituirlo en la moneda de la misma especie, a simple requerimiento del depositante, o al vencimiento del término o del preaviso convencionalmente previsto...**”* (el destacado es nuestro).

*“**Artículo 1408** - Préstamo bancario. El préstamo bancario es el contrato por el cual el banco se compromete a entregar una suma de dinero **obligándose el prestatario a su devolución y al pago de los intereses en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado...**”* (el destacado es nuestro).

*“**Artículo 1409** - Descuento bancario. El contrato de descuento bancario obliga al titular de un crédito contra terceros a cederlo a un banco, y este a anticiparle el importe del crédito, en la moneda de la misma especie, conforme con lo pactado.*

El banco tiene derecho a la restitución de las sumas anticipadas, aunque el descuento tenga lugar mediante endoso de letras de cambio, pagarés o cheques y haya ejercido contra el tercero los derechos y acciones derivados del título...”

“Artículo 1410 - Definición. *En la apertura de crédito, el banco se obliga, a cambio de una remuneración en la moneda de la misma especie de la obligación principal, conforme con lo pactado, a mantener a disposición de otra persona un crédito de dinero, dentro del límite acordado y por un tiempo fijo o indeterminado, sino se expresa la duración de la disponibilidad se considera de plazo indeterminado...*”

Queda claro, por el artículo 1390, que el dinero que el banco recibe en una especie determinada, por ejemplo dólares, lo debe devolver en dólares. Ahora bien, ¿como se entrelaza este artículo con el artículo 765 de este mismo código? ¿Estamos en presencia de una nueva pesificación asimétrica? ¿Cómo deben interpretarse el artículo 765 y los artículos 1408 y 1409? ¿Significa que el que tiene una obligación bancaria está en distinta situación que el que tiene una obligación no bancaria para la especie de pago?

¿Qué norma supera a cuál? ¿Para qué la modificación en el artículo 765, hecha por el PEN, que desdibuja el sistema de obligaciones?

¿Quiere decir esto que el banco tomará el dinero en dólares para devolverlo en dólares y lo entregará en pesos para recibir pesos? O lo que es peor, ¿entregará dólares para que se le devuelvan pesos?

OTRO ENFOQUE: DEDUCCIÓN DEL CAPITAL PROPIO CON TASA DE INTERÉS¹²

Análisis

Como comentamos previamente, uno de los aspectos distintivos del sector financiero ha sido la innovación en las herramientas y vehículos utilizados. La tradicional distinción que existía entre deuda y capital, por ejemplo, en el Informe de la Comisión Meade¹³, es mucho menor en nuestros días.

La característica principal que se aplica al tradicional concepto de deuda es que esta tiene prioridad para reclamar por los ingresos generados por el deudor, que también va recibiendo anticipos del deudor (en la medida que no haya *default*) y que no tiene derechos en los votos. Pero no hay razón para que un simple instrumento de deuda no tenga ninguna o alguna de estas características. Si un instrumento tiene solo una o dos de estas características, puede ser difícil definir si es deuda o capital. Este asunto se torna más complejo cuando combinamos esto con los efectos de la globalización, donde los países pueden no tener el mismo punto de vista para definir si un instrumento califica como deuda y si el retorno debería ser un instrumento que califica como deuda¹⁴.

En otro orden de ideas, este punto se asocia con otros desarrollos de la teoría. Uno de ellos es el rol que deben tener los impuestos a las ganancias personales en el futuro. En este sentido, hemos adelantado nuestro punto de vista en párrafos precedentes, en cuanto a que la presión impositiva aumentará, pues se está volviendo a un tipo de Estado más benefactor.

Por otra parte, y a medida que los negocios se globalizan y los controles de los flujos de dinero se vuelven más globales entre todos los países, empieza a desarrollarse una competencia entre ellos para ver quién debería recibir los impuestos, estamos hablando en especial de los grandes inversores que deben optar entre invertir en uno u otro país y de hacerlo a través de deuda o de aporte de capital.

El Informe Meade ya reconocía como una fuerte distorsión el tratamiento de la renta, sea de los propietarios de deuda o de capital, y recomendaba métodos alternativos de imposición en los negocios. Por un lado, investigaciones empíricas han clarificado la fuerza que tiene el impuesto a las ganancias en la decisión de las grandes corporaciones para elegir entre deuda o capital. Por otro lado, las innovaciones de los instrumentos financieros generan dudas acerca de la habilidad de las autoridades fiscales para distinguir entre deuda y capital con estos nuevos instrumentos¹⁵.

La cada día menor distinción entre lo que es deuda y capital ha traído como consecuencia la proliferación de los llamados instrumentos híbridos basados en una deuda ordinaria pero estructurada con suficiente similitud a una calificación como capital regular.

12 Este punto sigue básicamente los lineamientos del capítulo 9 “Taxing Corporate Income”, de Alan J. Auerbach, Michael P. Devereux y Helen Simpson, en “Dimensions of Tax Design”, The Mirrlees Review, Institute for Fiscal Studies, Oxford, 2010.

13 Comisión Meade, *Estructura y Reforma de la Imposición Directa*, Instituto de Estudios Fiscales Madrid, 1980, Segunda parte.

14 “Dimension of Tax Design”, ya citado, pág. 852.

15 “Dimension of Tax Design”, ya citado, pág. 857.

En nuestro país, en especial, se dio la paradoja de la deducibilidad por parte de las empresas de los intereses de esos híbridos, en la medida en que cumplieran con una serie de formalidades legales contables y económicas y su no gravabilidad para el sujeto persona física, esto, como argumento de incrementar los incentivos a la inversión en las empresas por parte de las personas físicas.

Supóngase que una empresa multinacional debe realizar una inversión en el país. Debe optar entonces entre capital o endeudamiento. Si lo aporta como capital, lo hará con una carga del 35% en sus utilidades más el 10% posterior a los dividendos, o sea, un 42,5%, aproximadamente, asumiendo que no se da el caso del impuesto de igualación.

Ahora bien, esa misma empresa, al ser multinacional, tiene un banco internacional con el cual trabaja y que le da a la empresa argentina un préstamo, el cual, por ser un banco de Basilea, tributará una tasa del 15,5% en el *withholding*. De ahí que, en Argentina, se ha generado una salida de dinero con un arbitraje de casi 28 puntos que seguramente repartirán el banco y la empresa.

Esto implica, claramente, que nuestro sistema genera un beneficio al endeudamiento contra la capitalización, que a nuestro entender debe ser neutralizado con la creación de un interés deducible al capital propio.

Históricamente, el método del crédito tiende a ser usado por la mayoría de las empresas exportadoras de capital, incluyendo EEUU y GB¹⁶.

O sea, creemos que el mejor incentivo a la capitalización o, por lo menos, a la neutralización de la elección permanente del endeudamiento, es la creación dentro de la Ley de Impuesto a las Ganancias de un interés presunto al capital propio.

Independientemente de la neutralidad que originaría, sería también una mejor opción en general para las empresas nacionales poseídas por inversores que tienen excedentes financieros y que están permanentemente comparando el endeudamiento en su empresa contra la colocación de su dinero en instrumentos exentos.

Sabemos que las posibles soluciones al tratamiento del capital y del endeudamiento son múltiples y diversas. Inclusive –como hemos visto en este trabajo– se han adoptado toda una serie de medidas tanto en la legislación nacional como en la extranjera (*transfer pricing, thin capitalization*, normas de realidad económica).

No obstante ello, y aun teniendo en cuenta estas normativas, no cabe duda de que en aquellos casos en que se trate de una verdadera elección entre endeudarse o capitalizar una empresa, la normativa legal del impuesto a las ganancias de casi todos los países es distorsiva hacia el endeudamiento.

Así, Weisbach¹⁷ ha propuesto un sustituto más cercano para el test de calificación de instrumentos en capital o deuda. El test no debería tener en cuenta las características legales, sino la función económica. Este acercamiento es atractivo en la dirección económica en forma directa. En respuesta a esto, Benschalom ha propuesto una mirada alternativa que sea “fácil de observar y difícil de manipular”¹⁸.

Ante estas alternativas y estudios queda el más general de los acercamientos, esto es, el eliminar la distorsión existente en el tratamiento impositivo entre capital y deuda. Lógicamente, hay dos alternativas: reducir la deducibilidad de intereses o permitir algún tipo de deducción del capital. Ambas alternativas han sido tratadas en diversos trabajos¹⁹.

Un impuesto a las ganancias con deducción del capital propio alejaría el incentivo hacia el financiamiento de deuda. El efecto de un impuesto a las ganancias sobre el capital propio en la inversión marginal sería, a decir de Vording, una decisión positiva.

La eliminación de la deducibilidad de los intereses por financiación sería económicamente débil, ya que solo disminuiría la propensión a realizar inversiones.

16 “Tax by Design Mirrlees Review”, Institute for Fiscal Studies, Oxford, 2010, pág. 16.

17 D. A. Weisbach, Line Drawing, “Doctrine and Efficiency in the Tax Law”, Cornell Law Review, págs. 1627-1680.

18 I. Benschalom, “How to live with a Tax Code with which you disagree”, Doctrine, Optima Tax, Common Sense and the Debt-Equity Distinction, NCL Rev., págs. 1273-1217 (mayo 2010).

19 Vording, Henk, en “Tax Treatment of Interest”, IBFD, pág. 21; De Mooij and Devereux, in “Tax by Design”, Mirrless Ree view, chapter 17; Almarza, Alejandro, en 13º Congreso Tributario CPCECABA, pág. 210, Ediciones Edicon.

EL CASO DE BÉLGICA²⁰

En el año 2005 se introdujo en Bélgica la llamada “Deducción sobre capital de riesgo”, la que es conocida en los ámbitos académicos como “Deducción del interés teórico”²¹.

Básicamente, la ley preveía:

- Una deducción de un interés teórico igual a cierto porcentaje del capital de cualquier compañía belga o extranjera incorporada a la sujeción belga.
- La deducción es calculada multiplicando el capital por un porcentaje fijo, determinado por el gobierno en base al porcentaje anual publicado de referencia de los índices de interés de los bonos del gobierno a 10 años.
- El capital es el patrimonio neto al fin del año precedente. Para ello, ese patrimonio neto debe ser reducido/aumentado en ciertos ítems. Para decirlo en otras palabras, los aumentos y disminuciones del año son muy parecidos a lo que era en nuestro país el ajuste por inflación impositivo.

Los objetivos de esta ley eran:

- Reducir el impuesto a las ganancias e incrementar la competitividad de las empresas belgas.
- Mejorar e incrementar el capital de las empresas belgas.
- Mantener los centros de coordinación residuales en Bélgica²².

Los dos primeros objetivos de la ley fueron cumplidos ampliamente. El impuesto a las ganancias se redujo en su recaudación, y la capitalización de las empresas se incrementó notoriamente a partir de la aplicación de esta ley. Otra consecuencia importante fue la reducción del endeudamiento financiero de las empresas no financieras de Bélgica.

CONCLUSIONES

Se ha generado un amplio debate sobre el tema de los beneficios y perjuicios que origina, a nivel impositivo, la utilización de capital propio o de endeudamiento para la aplicación a nuevos emprendimientos económicos. La deducción de intereses bajo el impuesto a las ganancias de las sociedades crea un claro y fuerte incentivo a financiar las inversiones corporativas con deuda en lugar de capital.

Este incentivo se ha visto potenciado a partir de principios de los años 80. Así, el apalancamiento provocó que los negocios se vieran inundados de nuevos instrumentos de deuda, como obligaciones negociables, títulos valores con preferencia, certificados de deuda con características parciales de capital, participaciones en fondos y fideicomisos, la mecánica del *leverage by out*, etc.

La legislación impositiva argentina no ha adoptado un sistemático *approach* con respecto a los instrumentos híbridos (solo ofrece un específico tratamiento, en muy pocos casos) y esto es entendible considerando la variedad de instrumentos que pueden ser estructurados sin un patrón consistente.

Los instrumentos híbridos tienen características muy especiales. Si bien su estructura es la de un bono, el hecho de que sean profundamente subordinados, que tengan la posibilidad de no pagar intereses y una madurez muy larga lo asemejan a una acción. Desde que fue aprobada su inclusión como capital básico, en 1998, se observó un rápido crecimiento a nivel mundial en la utilización de este tipo de instrumentos. En Argentina su uso fue aprobado por el BCRA en octubre de 2006.

Ya sea en forma doméstica o bien por la inclusión de medidas adoptadas en forma previa de manera internacional, la República Argentina fue abordando esta problemática en el tiempo con la adopción de distintas medidas y modificaciones a su Ley de Impuesto a las Ganancias, siempre de modo parcial y sin la articulación que corresponde a un tema de esta dimensión.

En materia internacional, las normas BEPS son otro claro avance hacia la globalización de los impuestos buscando un trato equivalente, aunque en nuestro caso, entendemos que vienen siendo aplicadas hace ya mucho tiempo a través de la Administración Fiscal con su, hasta algunas veces imprudente, interpretación del principio de la realidad económica.

20 Peeters, Bernard y Hermie, Thomas, Chapter 5, en “Tax Treatment of Interest”, IBFD.

21 Artículos 205 bis y 205 novies del Código Impositivo de Bélgica.

22 Se trata de un régimen instituido en el año 1982 para generar empleo que no hace al alcance de este trabajo.

También debe tenerse en cuenta la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en especial sus artículos 765 y 766. Su redacción solo trae confusión e inestabilidad para la emisión de las obligaciones negociables u otros títulos de deuda. Si ya de por sí se hace dificultosa su caracterización, según hemos podido desarrollar en el presente trabajo, más difícil aún será su aplicación de acuerdo con las modificaciones enumeradas del Código Civil y Comercial de la Nación y la desconfianza que genera el tratamiento de la moneda extranjera.

Las posibles soluciones al tratamiento del capital y del endeudamiento son múltiples y diversas. Inclusive –como hemos visto en este trabajo– se han adoptado toda una serie de medidas tanto en la legislación nacional como en la extranjera (*transfer pricing, thin capitalization*, normas de realidad económica) procurando acotar su uso indebido. No obstante ello, y aun teniendo en cuenta estas normativas, no cabe duda de que en aquellos casos en que se trate de una verdadera elección entre endeudarse o capitalizar una empresa, la normativa legal del impuesto a las ganancias de casi todos los países es distorsiva hacia el endeudamiento.

Ante esta situación, solo quedan dos alternativas: a) reducir la deducibilidad de intereses, o b) permitir algún tipo de deducción del capital. Ambas alternativas han sido tratadas en diversos trabajos²³. Con un impuesto a las ganancias con deducción del capital propio alejaría el incentivo hacia el financiamiento con deuda. El efecto de un impuesto a las ganancias sobre el capital propio en la inversión marginal sería positivo.

Ya existen países donde esta alternativa ha sido puesta en práctica con un resultado satisfactorio.

Teniendo en cuenta la situación de descapitalización, la necesidad de inversiones de capital y las futuras modificaciones en el horizonte político, entendemos que la modificación del impuesto a las ganancias en lo referente a la admisión de la deducción de los intereses teóricos de capital propio debería ser una medida posible e interesante que mejoraría el clima de negocios y las oportunidades de inversión.

23 Vording, Henk, en "Tax Treatment of Interest", IBFD, pág. 21; De Mooij and Devereux, in "Tax by Design", Mirrless Review, Chapter 17; Almarza, Alejandro, en 13º Congreso Tributario CPCECABA, pág. 210, Ediciones Edicon.

SITUACIONES ESPECIALES

MARIANO BALLONE

1. SITUACIÓN DE LOS ADR, ADS Y CEDEAR

1.1. Planteo

Dentro de las cuestiones aparentemente no resueltas por la Reforma¹ y que presentan ciertas dudas a la hora de su aplicación práctica, se encuentra la referida por las Directivas al caso particular de algunos instrumentos internacionales de inversión, como los *American Depositary Receipts* (ADR o Recibo de Depósito Americano) y, también, los Certificados de Depósito Argentino (CEDEAR).

Se trata, en ambos casos, de certificados negociables nominativos emitidos por bancos residentes en un determinado país, en los Estados Unidos de América –en el primer caso y en Argentina, en el segundo, que representan la propiedad indirecta en acciones de sociedades radicadas en países distintos al del lugar de emisión de aquellos.

Esta circunstancia determina la necesidad de revisar, con la Reforma, si la renta de capital derivada de la enajenación de aquellos instrumentos implica la realización de dicho activo propiamente dicho o, en su defecto, la enajenación de las acciones subyacentes que ellos representan.

Para los ADR, la cuestión central radica en determinar si la renta derivada de su venta es de fuente extranjera para la legislación argentina, situación que se daría si no se considera relevante el activo subyacente (p.ej., las acciones argentinas), o bien de fuente argentina, si lo que determina el vínculo territorial es, precisamente, dicho activo subyacente. La diferencia no es menor, porque tratándose de fuente extranjera los inversores del exterior quedarán al margen del alcance de la legislación argentina mientras que, tratándose de inversores personas físicas argentinas, distinto será el tratamiento aplicable si la fuente es extranjera o argentina.

Para los CEDEAR, la situación se invierte aunque bajo idénticos principios interpretativos. Si lo que determina la fuente es el subyacente (en el caso, las acciones de sociedades del exterior), el sujeto extranjero no estará alcanzado y la persona física local sí lo estará, por su renta de fuente extranjera, mientras que si lo que determina la fuente es el certificado en sí mismo, el inversor del exterior estará alcanzado y la persona física local exenta, porque se negocia a través de la Bolsa de Comercio.

1.2. Las cuestiones de fuente

La Reforma no se ha ocupado de definir específicamente si la fuente (local o extranjera) de la renta por la enajenación de acciones, títulos y demás valores está dada siempre por la ubicación territorial del emisor, o bien por otros posibles nexos, de modo que, sin que ello contenga una crítica a la técnica legislativa y, aceptando, incluso, y *a priori* que la Ley de Impuesto a las Ganancias (LIG) pudiera contener definiciones suficientes en materia de fuente, a ellas entonces corresponderá referirnos.

Preliminarmente, resulta útil efectuar un repaso de algunos elementos básicos en materia de conexión territorial, como punto de partida de la potestad de un Estado de someter rentas a su potestad tributaria. En este sentido, siguiendo a Knechtle y Martha², un Estado sólo tiene jurisdicción fiscal sobre bienes pertenecientes a extranjeros no residentes si su *situs* (p.ej. localización o ubicación) se encuentra dentro de su territorio. En relación con bienes inmuebles es sencillo establecer esa conexión territorial y lo mismo puede ocurrir con bienes muebles que permanezcan constantemente en un lugar, sin ser transportados, pero más difícil es dar con el *situs* si esos muebles son transportados, siendo el lugar de destino o del domicilio del propietario las dos opciones más comunes para dar con el nexo territorial.

1 Por la "Reforma" entendemos los cambios operados en la legislación argentina en la Ley del Impuesto a las Ganancias desde la sanción de la ley 26.893 y su reglamentación por decreto 2334/13, en relación con la gravabilidad de los resultados provenientes de la enajenación de acciones, demás valores, y dividendos o utilidades de compañías argentinas.

2 Citados e interpretados por Guillermo O. Teijeiro en "La Jurisdicción Tributaria en el Contexto de las Relaciones Personales y Económicas Transnacionales", *Tratado de Derecho Tributario Internacional*, Asorey-García, directores, Billardi, coordinador, T. 1, págs. 117 y ss., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2013.

En relación con bienes intangibles, que es cuanto aquí importa al hablar de títulos, bonos, acciones, la cuestión radica en determinar sobre qué principio se funda la conexión territorial económica que justifica la potestad del Estado respectivo, resultando opciones de esta solución, nuevamente, el domicilio del propietario o el del destino del bien en cuestión³. Esta es una discusión que se extiende en el tiempo y en el espacio y, por caso, el propio *Restatement Trird, Foreign Reations Law of the United States 3d* establece que “a los efectos del ejercicio de la jurisdicción fiscal, los bienes intangibles –sin perjuicio de donde se encuentre la evidencia física de su propiedad– son usualmente considerados ubicados en un Estado si la propiedad consiste en: i) acciones o participaciones societarias equivalentes en entes domiciliados en un Estado; ii) títulos de deuda emitidos por el Estado o una subdivisión política, o por una persona física o jurídica residente o domiciliada en ese Estado, o iii) los derechos inherentes a esa propiedad intangible han sido creados o son protegidos por las leyes del Estado...⁴”.

En el ámbito local, la LIG considera de fuente local las rentas provenientes de “...bienes situados, colocados o utilizados económicamente en la República...⁵”, mientras que su reglamento completa la disposición indicando más específicamente que son de fuente argentina, entre otros, los rendimientos derivados de inmuebles situados en el territorio y “...los intereses de títulos públicos, cédulas, bonos, letras de tesorería u otros títulos valores emitidos por la Nación, las Provincias, las Municipalidades o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los dividendos distribuidos por sociedades constituidas en el país, el alquiler de cosas muebles situadas o utilizadas económicamente en el país (...) toda otra ganancia no contemplada (anteriormente) que haya sido generada por bienes materiales o inmateriales y por derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país⁶”. Por su parte, son de fuente extranjera los dividendos distribuidos por sociedades por acciones constituidas en el exterior⁷.

Estas pautas de vinculación o nexo territorial no varían sustancialmente de los principios generales que enunciábamos inicialmente (p.ej., el *situs* del bien) y son coincidentes, además, con lo que la legislación local, por caso, prevé también para impuestos patrimoniales y/o complementarios del impuesto a la renta. La Ley del Impuesto sobre los Bienes Personales considera situados en el país los títulos, las acciones, cuotas o participaciones sociales y otros títulos valores representativos de capital social o equivalente, emitidos por entes públicos o privados cuando estos tuvieran domicilio en él, mientras que considera situados fuera del país los mismos activos, pero de entidades constituidas o ubicadas en el exterior⁸. En similar sentido, la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta se refiere como situados con carácter permanente en el exterior a los títulos y acciones emitidos por entidades del exterior y otros títulos representativos del capital social o equivalente de entidades constituidas o ubicadas en el exterior⁹.

Este criterio de conexión territorial se arrastra de antaño en la legislación argentina, y vale recordar que, por ejemplo, la Ley de Impuesto a los Capitales¹⁰ contenía idéntica referencia que la que actualmente tiene la Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, y un poco más allá en cuanto a la conexión territorial iba, incluso, la Ley de Impuesto sobre la Transferencia de Títulos Valores¹¹ al referir que dichos títulos se consideran territorialmente en el país, cualquiera que sea el lugar donde se encuentren físicamente al momento de la transferencia, o bien el domicilio del enajenante o el adquirente, en tanto se trate de valores emitidos por sociedades constituidas en el país.

Como conclusión podemos sostener que la renta por la enajenación de acciones, bonos o demás valores será considerada de la fuente que corresponda (local o extranjera) en virtud del lugar donde el emisor del bien se encuentre radicado o domiciliado. Según coincide parte de la doctrina¹² y hasta la AFIP

3 Conf. “Burnett vs. Brooks”, 288 U.S. 378 (1933), citado por Teijeiro, ob. cit. en nota 1.

4 Cit. s 411, (1), (a), y Reporters’ Notes, 1, s 412, Comment F; nuevamente, comentado por Teijeiro, ob. cit. en nota 1.

5 Artículo 5, LIG.

6 Artículo 9, reglamento de la LIG.

7 Artículo 140, LIG.

8 Artículos 19 y 20, inciso m), Ley de Impuesto sobre los Bienes Personales.

9 Artículo 8, Ley de Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta.

10 Ley 23.658 (1986).

11 Ley 23.469 (1986).

12 Raimondi y Atchabahian, *El impuesto a las ganancias*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 115; Fernández, *Impuesto a las ganancias. Teoría y práctica*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, pág. 201.

en algún dictamen¹³, la transferencia de estos activos equivale en esencia a la cesión de un derecho, de modo que el lugar donde se efectúe la cesión¹⁴ o donde se encuentre el título no debe tomarse en cuenta a los efectos de definir la fuente, sino tan sólo el lugar donde el bien está situado. Ese lugar es, para los créditos, el domicilio del deudor y, para los títulos, el domicilio del emisor.

1.3. Aplicación del Principio de la Fuente al caso de los ADR / ADS

Para determinar si la renta por la enajenación de ADR es o no de fuente argentina, es necesario ahondar sobre su naturaleza, características y derechos que concede, de forma tal de determinar si cuenta con la autonomía suficiente como para considerarlo un activo de inversión distinto de las acciones que representa o si, en su defecto, no es más que un esquema de comercialización de acciones de compañías, en nuestro caso argentinas, en los Estados Unidos.

Como anticipamos sumariamente en la introducción, los ADR¹⁵ son certificados de valores que representan la propiedad sobre una o más acciones de sociedades no domiciliadas en los Estados Unidos. Estos certificados son emitidos por bancos norteamericanos y tienen el respaldo de las acciones subyacentes, que se encuentran en custodia de un banco en el país donde se halla ubicada la sociedad emisora. Los ADR pueden convertirse en las acciones subyacentes en cualquier momento, a solicitud del titular, pero está claro que para avanzar en nuestro análisis consideramos los ADR que se enajenan como tales, pues no habría razón técnica para considerar un certificado ya convertido en acciones con un tratamiento distinto al que corresponde a ese tipo de activos.

En un programa de ADR, que se perfecciona principalmente a través de la firma de un *Deposit Agreement*, participan: i) el banco depositario, radicado en Estados Unidos, que es quien adquiere las acciones extranjeras y las ofrece al público a través del programa; ii) la sociedad extranjera emisora de las acciones subyacentes, y iii) los inversores, que se incorporan suscribiendo y recibiendo las *American Depositary Shares (ADS)*, que son los valores nominativos que se emiten en virtud del programa de ADR y representan cada una de las acciones subyacentes que se incorporan al programa de ADR. Varias ADS pueden agruparse en un único ADR. La compraventa de estos valores se efectúa de acuerdo con las leyes norteamericanas, debiendo registrarse ante la Securities and Exchange Commission (SEC), que es la autoridad que regula los mercados de valores en dicho país. También se designa en el *Deposit Agreement* un banco custodio, radicado en el país donde está la sociedad que emite las acciones.

Basado en lo dicho y bajo las normas de Estados Unidos donde los ADR son emitidos, si bien existiría una clara identificación entre los ADS y las acciones subyacentes, también es cierto que quien es titular de un programa de ADR no tiene jurídicamente un interés directo en las acciones de la compañía emisora sino, en todo caso, en los títulos que emite el banco depositario en virtud del *Deposit Agreement*. Desde este punto de vista, este acuerdo no revela un depósito puro y simple de la acción subyacente, sino una entrega al banco depositario con carácter de fiducia, para que este lance un programa, con títulos propios, y lo coloque en el mercado norteamericano. En este sentido, el inversor no es titular de la acción

13 Dictamen DAL 127/90.

14 En la materia, existe una opinión desafortunada del Fisco. En el dictamen DAT 27/03 se sostuvo, con apoyo en el artículo 5 de la LIG y con manifiesta referencia a la previsión de fuente local sobre las actividades realizadas dentro del territorio, que la venta en el país, de acciones de una sociedad del exterior es de fuente argentina. Entendemos que el Fisco, acudiendo al lugar donde se enajenó el bien más que al *situs* del mismo incurre en un error conceptual que no solo colisiona con el artículo 140 de la LIG, sino que difícilmente vaya a sostener si las circunstancias son inversas, es decir, que considere de fuente extranjera la renta de la venta de acciones de compañías argentinas, sólo porque la enajenación se produce fuera de nuestro territorio.

15 Para más información, ver <http://www.sec.gov/investor/pubs/ininvest.htm>, donde se sintetiza: "**American Depositary Receipts.** The stocks of most foreign companies that trade in the U.S. markets are traded as American Depositary Receipts (ADR) issued by U.S. depository banks. Sometimes the terms 'ADR' and 'ADS' (American Depositary Share) are used interchangeably. An ADR is actually the negotiable physical certificate that evidences ADS (in much the same way a stock certificate evidences shares of stock), and an ADS is the security that represents an ownership interest in deposited securities (in much the same way a share of stock represents an ownership interest in the corporation). ADR are the instruments actually traded in the market. Each ADR represents one or more shares of a foreign stock or a fraction of a share. If you own an ADR you have the right to obtain the foreign stock it represents, but U.S. investors usually find it more convenient to own the ADR. The price of an ADR corresponds to the price of the foreign stock in its home market, adjusted for the ratio of ADR to foreign company shares".

subyacente, sino que el banco depositario lo es, y aquel es titular de los ADS, no de las acciones propiamente dichas.

Desde nuestro punto de vista, por lo expuesto y por el alcance que tienen en general los *Deposit Agreement*, consideramos que el titular de las acciones subyacentes es el banco depositario y que el inversor, titular de las ADS en el marco del programa de ADR, si bien tiene una participación económica y política indirecta en la sociedad emisora, la forma de ejercer su derecho es, en rigor, respecto de los valores (certificados) que le son propios y contra el banco depositario, de modo que no puede ejercer la calidad de accionista con idéntico alcance que cualquier otro que participa en forma directa.

Cabe en este punto señalar algunas diferencias. Pese a que existen también ciertas similitudes con los accionistas naturales, resulta menester para ampliar el criterio.

Si bien en función del *Deposit Agreement* los titulares de los ADR cuentan con algunos derechos económicamente idénticos a los accionistas que pueden hasta eventualmente revelar su carácter de beneficiarios efectivos desde aquel punto de vista (p.ej., a percibir los dividendos de la sociedad emisora a través del banco depositario o bien a recibir información e instruirlo para las reuniones de accionistas y de cómo ejercer el derecho al voto), lo cierto es que existen muchos otros aspectos que los separan de los accionistas *sui generis* desde la concepción jurídica del término y, también, de las funciones que cada uno tiene. Así, y volviendo a los dos casos antes mencionados, los titulares de ADR no pueden reclamar directamente a la sociedad la distribución de dividendos y tampoco pueden ejercer sus derechos políticos (asistir a asambleas, pedir información, votar, etc.) si no es a través del banco depositario, que no lo hace como un mandatario sino como titular registral. Por cierto, si el banco no siguiera las instrucciones del titular de los ADR, este tiene derecho a ir contra el banco, pero nunca contra la sociedad. Además, bajo la Ley de Sociedades, argentina, los derechos de los accionistas solo pueden ser ejercidos a través de sus títulos nominativos y, en este sentido, es el banco depositario el que está registrado en los libros de la empresa local.

Para completar el análisis es relevante destacar algunas otras diferencias, ahora entre los ADR y las acciones. Los ADR no son emitidos por las sociedades (como podría hacerlo, si se tratara de un bono convertible en acciones), la legislación aplicable no es, en nuestro caso, la argentina sino la norteamericana; se modifica el ámbito territorial de la cotización y la moneda, incluso el inversor tiene derecho a cobrar en dólares el rendimiento de los ADR, mientras que los dividendos de compañías argentinas se abonan actualmente en pesos. Los ADR otorgan ciertas ventajas para el inversor norteamericano (p.ej., adquirir participación desde sus propias bolsas, bajo su propia costumbre comercial y sin los costos que supone acceder a una inversión directa en un país extranjero) que hace más atractiva su elección, pero nada impide la otra forma de inversión, de manera tal que una y otra no pueden, al menos desde nuestro punto de vista, considerarse análogas.

1.4. Conclusiones

Por todos estos motivos, entendemos y concluimos que la renta por la enajenación de los ADR, toda vez que se trata de un activo de inversión autónomo y distinto de las acciones subyacentes, que representa, y que es emitido por un sujeto radicado fuera de la Argentina (p.ej., en los Estados Unidos), es de fuente extranjera en los términos de la LIG.

Conocemos que este criterio puede no ser compartido y que parte de la doctrina considera razonable interpretar que la renta por ADR es de fuente argentina¹⁶ y que, incluso en escenario de ADR, “...la fuente del resultado está dada por el domicilio de la sociedad emisora de las acciones que constituyen el activo subyacente...”¹⁷. También se ha dicho que “Si bien no existen normas específicas que regulen el tratamiento fiscal que corresponde otorgar a estos instrumentos, parece razonable interpretar que corresponde aplicar un tratamiento similar al establecido por la Ley de Impuesto a las Ganancias respecto de las acciones de sociedades del país...”¹⁸.

16 Nicolini, Juan, “Inversiones financieras de personas físicas y sucesiones indivisas”, La Ley on line.

17 Corti, Marcelo, “La gravabilidad de las rentas financieras dispuesta por la ley 26.893”, La Ley on line.

18 Lorenzo, Armando; Edelstein, Andrés y Calcagno, Gabriel, “Tratamiento en el impuesto a las ganancias de determinadas alternativas de inversión”, Doctrina Tributaria Errepar, T. XIX, enero 1999.

En esta línea, no debe soslayarse una posición medianamente novedosa de la CNV¹⁹, que podría motivar eventualmente una interpretación distinta a la que propugnamos. A través de su resolución general 635/14, complementaria de su anterior resolución general 617/13 y en relación a la ubicación territorial de los activos integrantes del patrimonio de los fondos comunes de inversión²⁰, la CNV considera que los CEDEAR son activos del lugar donde se ha autorizado la cotización pública de las acciones subyacentes. Julián Martín²¹ analiza en detalle si esta consideración de la CNV puede tener efecto sobre el tratamiento fiscal de los CEDEAR y, por oposición, de los ADR y concluye que el criterio de la CNV carece de uniformidad y que tal vez se requiera una norma conjunta aclaratoria entre la CNV y la AFIP, como ocurrió alguna vez al revisar el alcance del concepto de “oferta pública”.

No obstante lo expuesto, y en sentido contrario que compartimos, el Tribunal Fiscal de la Nación se ha expedido sobre la naturaleza de los ADR, si bien tangencialmente al analizar una operación con derivados financieros. En cuanto aquí interesa, sostuvo: “...en la especie la confusión entre un encuadre normativo u otro surge en la medida que el activo subyacente de la contratación que realizó la apelante es un ADR representativo de 6.500 acciones. A su vez, el ADS resulta el activo subyacente del ADR. La recurrente jamás adquirió las ‘acciones’, ni pagó un precio por las mismas así como tampoco percibió un precio por ellas al vender el ADR”²².

No sólo sociedades argentinas cotizan sus acciones en los Estados Unidos a través de programas de ADR. Por caso, el Fisco Chileno se expidió sobre estos bienes en el sentido de considerar su renta de fuente extranjera, en tanto el banco depositario y los inversores no son residentes en Chile²³. En Perú, a su vez, los ADR se encuentran gravados como de fuente local bajo el esquema del impuesto a la renta cuando el subyacente sean acciones de compañías radicadas en Perú, pero hay que tener en cuenta que ello no surge de una interpretación de la regla general de fuente, sino que se encuentra previsto expresamente en su legislación interna²⁴.

En síntesis, sin perjuicio de la normativa de la CNV que, a nuestro criterio, procura una finalidad específica (p.ej., preservar la inversión en el país evitando que se considere dentro del porcentaje del 75% certificados cuyo subyacente son del exterior), pero sin un alcance expreso para propósitos tributario, entendemos que existen elementos relevantes que determinan que los ADR son bienes autónomos sin perjuicio de los valores subyacentes que ellos representan. En ese escenario, desde nuestro punto de vista, no podría asociarse su rendimiento como de fuente argentina, puesto que nuestra legislación no admite la gravabilidad indirecta de activos y menos aún, en un escenario que no puede discutir la legalidad y prudencia de estos instrumentos.

Con este criterio, de fuente extranjera, los resultados obtenidos por sujetos del exterior no estarían alcanzados y se encontrarían exentos para las personas físicas, sólo bajo la interpretación amplia de la ley respecto de la extensión de la dispensa sobre títulos que coticen en bolsas o mercados, sin distinción del lugar. En su defecto, a partir de la interpretación que tiene en cuenta las previsiones del decreto 2334/13,

19 Decimos novedosa porque recepta desde marzo de 2013 un criterio que abandona el que existía anteriormente, desde la década del 90 (cfr. resolución general CNV 291/97).

20 La norma complementa el artículo 6 de la ley 24.083 de Fondos Comunes de Inversión, que expresa: “La gestión del haber del fondo debe ajustarse a los objetivos de inversión definidos en el ‘Reglamento de Gestión’ y enunciados detalladamente en el prospecto de emisión correspondiente. En el caso que el haber del fondo consista en valores mobiliarios (y derechos y obligaciones derivados de futuros y opciones) estos deben contar con oferta pública en el país o en el extranjero debiendo invertirse como mínimo un setenta y cinco por ciento (75 %) en activos emitidos y negociados en el país”.

21 Ver artículo del autor en <https://ideatributarias.wordpress.com/2015/02/02/>.

22 “Sassoon, Alejandra s/Apelación”, Sala B, sentencia del 19/12/14.

23 El Oficio 1307, del 14/6/13, de la Subdirección Normativa del Departamento de Impuestos Internos, en sus partes más relevantes sostiene “...si el banco depositario de los ADR está domiciliado en el exterior, y los inversionistas que enajenan dichos certificados carecen de domicilio o residencia en nuestro país, la renta obtenida en la enajenación de dichos valores corresponde a una renta de fuente extranjera, la cual en consecuencia, no queda gravada con impuestos en nuestro país” y concluye: “...a) El mayor valor obtenido en la enajenación de ADR de compañías nacionales, efectuada en el exterior por inversionistas extranjeros sin domicilio ni residencia en nuestro país, no se encuentra gravado con el impuesto adicional en carácter de único establecido en los artículos 10, inciso 3, y 58, Nº 3, de la LIR. b) Se confirma el tratamiento tributario que debe darse al mayor valor obtenido en la enajenación de los ADR señalados, cuando esta es efectuada por un contribuyente sin domicilio o residencia en el país, contenido en los pronunciamientos anteriores de este Servicio, en el sentido que los ADR se consideran bienes situados en el exterior y por tanto, la renta proveniente de ellos tiene su fuente en el exterior y no en Chile”.

24 Conforme al art. 9, inciso h), Código Tributario. Ver, para mayor aclaración, Informe Nº 039-2009 de la SUNAT/2B0000.

la renta obtenida por personas físicas argentinas se encontraría gravada, porque no se cumpliría con el requisito mediante bolsas o mercados autorizados por la CNV.

Preocupan sin embargo antecedentes como el producido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re* "Hidroeléctrica El Chocón"²⁵, pues vinculan la fuente no con la expresión directa de la renta (en el caso, comisiones pagadas a sujetos del exterior por las gestiones efectuadas en el extranjero para obtener una financiación bancaria del exterior para una empresa argentina), sino con el destino consecuente de esas gestiones (p.ej., colocación de un préstamo en el mercado argentino). Para el máximo tribunal, esas gestiones responden al concepto de fuente doméstica, porque el artículo 5, LIG, contempla el caso de los bienes "colocados", situación que, a su criterio, cumple la colocación de un capital.

Es dable criticar este análisis que confunde las gestiones efectuadas fuera del país con la colocación del capital propiamente dicho, alterando claramente, de este modo, aquel principio del *situs* que mencionamos al inicio de este trabajo.

Por lo pronto, si fuera definida o interpretada la renta por ADR como de fuente argentina, un efecto económico muy importante y crítico podría producirse, pues si el inversor fuera residente de los Estados Unidos, el impuesto pagado en la Argentina no podría ser tomado como crédito en aquel país, porque allí sería considerado de fuente local. Así, se desalentaría probablemente esa inversión para orientarse, acaso por cercanía, hacia un ADR con acciones subyacentes en Chile, por cuanto allí no hay duda del tratamiento de fuente extranjera para dichos bienes.

Por lo demás, si la renta por ADR reúne, a nuestro criterio y a sabiendas de opiniones diversas en la materia, características de renta de fuente extranjera, *a contrario sensu* los CEDEAR son de fuente argentina, porque son instrumentos del tipo de los ADR, pero a la inversa (p.ej., son certificados negociables en la bolsa de comercio local, emitidos por bancos locales y representan la propiedad de sociedades del exterior, que son el activo subyacente). Siendo esto así, el resultado de su enajenación estará exento para las personas físicas argentinas, y gravado para los sujetos del exterior.

Resulta evidente que la situación está lejos de poder ser interpretada de una forma definitiva, no obstante lo cual, insistimos en nuestro criterio basado en las características propias de los ADR y el alcance del concepto de fuente bajo la legislación argentina. Desde ya, si una norma expresa ofrece un alcance interpretativo específico para fines tributarios (p.ej., dictamen de AFIP, resolución general o conjunta, etc.), deberá estarse a él en tanto no altere ni contradiga la visión que ha tenido el legislador al redactar las normas de fuente.

2. CASOS ESPECIALES. REDOMICILIACIÓN O REORGANIZACIÓN DE ACCIONISTAS EXTRANJEROS. TRANSFERENCIAS INDIRECTAS

Las directivas plantean adicionalmente el estudio de ciertos casos especiales para conocer si la reforma incide, de algún modo, respecto de su tratamiento fiscal anterior. Se refiere concretamente a: i) el cambio de domicilio de una sociedad extranjera al país; ii) la reorganización de sociedades extranjeras con activos (más específicamente, acciones y otras participaciones societarias) en la Argentina, y iii) si la reforma es apta para alcanzar transferencias indirectas de activos.

2.1. Redomiciliación

En la dinámica de las actividades empresarias internacionales y si bien no es muy común que esto suceda, puede ocurrir que resulte conveniente o necesario migrar el domicilio de una sociedad desde una jurisdicción hacia otra. Motivos tales como la simplificación de la estructura societaria, ahorro en los costos asociados, cercanías al sitio donde la actividad se desarrolla con más énfasis para lograr optimizar la gestión y el control societario y, por qué no, por razones de planificación fiscal más eficiente, son algunos de los propósitos por los que una sociedad así puede decidirlo. El cambio de domicilio es, en rigor, el acto por el cual una sociedad decide trasladarlo a una jurisdicción diferente a la que está subordinada y, como no se trata de un elemento tipificante de aquella, goza de libertad para hacerlo si con ello se propone un mejor logro del objeto social.

25 Sentencia del 17/9/13.

La Argentina no es ajena a esta posibilidad y, de hecho, las normas societarias prevén tanto la inmigración como la emigración internacional del domicilio social²⁶. En el caso de traslado *hacia* la Argentina, se requiere la manifestación del órgano con capacidad para orientar la voluntad social, acerca de no haber desarrollado con anterioridad la actividad principal en el país y no contar tampoco aquí con la sede efectiva de su administración²⁷. Se comprende esta disposición pues, de otro modo, nos encontraríamos en un escenario de regularización y adecuación forzosa²⁸.

Aun cuando el cambio de domicilio transnacional importe la adopción de uno de los tipos societarios disponibles en el país de destino, la personalidad jurídica de la sociedad que se traslada se mantiene plenamente vigente en la nueva jurisdicción, pues las formalidades que deben cumplirse “...no pueden referirse sino a aquellos requisitos instrumentales, registrales y contractuales que se exigen a una sociedad nacional para su constitución y no que deba constituirse una nueva sociedad, sin duda alguna no se trata de volver a constituir una sociedad, sino de adecuarla a nuestra legislación”²⁹. Esto es sumamente relevante desde el punto de vista fiscal porque mantener la personalidad jurídica sin liquidación o disolución alguna implica, a nuestro criterio, que no sucedan transferencias de activos de una sociedad a otra, de modo que no habrá incidencia de los impuestos que gravan este tipo de actos.

Sin perjuicio de dicha reflexión, que se efectúa desde el plano teórico, se requieren además ciertas acciones de coordinación que permitan, en la práctica, alcanzar aquel efecto neutral. Así, y en tanto en la jurisdicción de origen también se considere que se mantiene la personalidad jurídica, será necesario obtener la inscripción del cambio de domicilio en la nueva jurisdicción, en forma previa a dar de baja en forma definitiva a la sociedad, de su registro de origen. Solo así quedará plasmada la continuidad jurídica que hará mantener la neutralidad fiscal, sin disolución o liquidación, que se procura para este tipo de procesos.

Una vez inscrita localmente, la sociedad será tratada como cualquiera de su tipo y, por caso, la enajenación de sus acciones ya no será de fuente extranjera sino argentina, lo mismo que la distribución eventual de dividendos.

La situación inversa se presenta cuando una sociedad local decide trasladar su domicilio al extranjero. Toda vez que esta alternativa se encuentra prevista normativamente y en la medida en que se mantenga la personalidad jurídica en el exterior, no deberían considerarse realizados (y alcanzados por el tributo) los activos que obrarán bajo la forma jurídica que se adopte fuera del país. Se ha sostenido que no hay disolución societaria por el traslado del domicilio de una sociedad local, al exterior y que “...por supuesto que transferir el domicilio al extranjero no es lo mismo que trasladar la titularidad de la empresa hacia una sociedad fusionaría extranjera. En el primer caso, la sociedad no se ha extinguido sólo que deja de estar su radicación en nuestro país para continuar en otro foráneo. En cambio en la fusión se produce esa extinción”³⁰. Aun cuando el titular de los bienes ya no será un sujeto local sino uno del exterior, ello tan solo determinará su modificación en la forma de tributación (sólo por la fuente argentina y como sujeto beneficiario del exterior), pero no se producirán por el mero traslado del domicilio las transferencias que puedan hacer incidir el impuesto.

En función de ello, no vemos mayor implicancia, o una distinta a la anterior de la Reforma, por los casos de redomiciliación. Desde ya, la nueva radicación de la sociedad activará, como anticipamos, la aplicación de la LIG de acuerdo con la nueva situación territorial de la sociedad en cuestión y, por ello, la enajenación de acciones y demás activos afectados por la Reforma quedará o no alcanzada, según corresponda.

26 Artículo 89, resolución IGJ 7/05 para el traslado del domicilio social desde el extranjero a CABA, siempre y cuando no se trate de un supuesto de regularización y adecuación forzosa derivado de la aplicación del artículo 124, LSC, y artículo 90 de la misma resolución para el traslado inverso del domicilio (p.ej., de CABA al extranjero).

27 Resolución IGJ 7, artículo 89.

28 Resolución IGJ 7, artículo 237 y ss. Se prevé la adecuación obligatoria como sociedad local de aquellas constituidas en el exterior que tengan su sede en el país, su principal objeto esté destinado a cumplirse localmente o no puedan demostrar activos relevantes fuera de la Argentina.

29 “Derecho Societario Argentino e Iberoamericano”, VI Congreso Argentino de Derecho Societario, II Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, T. II, “Negocios Societarios, Cuestiones Internacionales y Grupos Societarios”, directores: Favier Dubois (h) y Nissen, Ed. Ad Hoc.

30 Sasot y Sasot Betes, *Sociedades Anónimas. Las Asambleas*, Ed. Depalma, Buenos Aires, pág. 503, entre algunos otros, y Solari Costa, Osvaldo, *Fusión y Escisión Nacional y Transnacional de Sociedades*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1996, pág. 650, citados e interpretados por Gotlib-Vaquero en *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, La Ley, 2005, pags. 275-276.

2.2. Reorganización transfronteriza con efecto sobre activos locales

Nuestro país, como varios otros alrededor del mundo, cuenta con normas que prevén la neutralidad fiscal para reorganizaciones empresariales, siempre que se cumplan una serie de requisitos cuya finalidad es testear que se trate de una verdadera reestructuración de negocios y que no se efectúa por meros propósitos fiscales ni para evitar la imposición que resultaría de enajenar a terceros los activos involucrados en estos procesos.

Cuando la reorganización involucra sociedades, entes o empresas de más de un país, se las llama internacionales³¹, pero ni la LSC ni la LIG contemplan normas específicas para tales supuestos. La doctrina nacional³² ha entendido, con bastante grado de consenso, que si bien no existe una limitación expresa para la aplicación de estas normas únicamente en un contexto local, lo cierto es que cumplir con aquellos requisitos determina la necesidad de contar con presencia en el país (p.ej., una sucursal o una subsidiaria) descartándose, en consecuencia, que dicha neutralidad pueda beneficiar, en la práctica, a reorganizaciones donde participen empresas extranjeras sin una mínima presencia local. Por lo tanto, a falta de una legislación local suficiente, se requerirían acuerdos bilaterales o, eventualmente, del tipo multilateral para abordar reorganizaciones de esta naturaleza³³.

La AFIP se ha expedido sobre esta cuestión rechazando la aplicación de las normas sobre neutralidad fiscal en materia de reorganización de empresas³⁴, en un supuesto donde una sociedad local había adquirido acciones de una sociedad uruguaya que tenía activos fijos en la Argentina (inmuebles), y estos eran transferidos por su titular del Uruguay a otra sociedad argentina integrante del mismo conjunto económico. Con el esquema propuesto se procuraba la no aplicación del impuesto a las ganancias por la enajenación de los inmuebles, amparado en la figura de ventas y transferencias en conjunto económico³⁵.

La AFIP sostuvo³⁶ que la reorganización en cuestión "...afecta a una sociedad del exterior que no resulta pasible como contribuyente directo del tributo, por lo tanto ...no le son aplicables las aludidas normas sobre reorganizaciones". Reiteró más tarde este criterio³⁷ al negar neutralidad fiscal a la transferencia de inmuebles en nuestro país producida como consecuencia de la escisión de la sociedad del exterior titular de aquellos activos, y también expresó que las normas especiales de reorganización se refieren a explotaciones que determinen el tributo de acuerdo con las normas previstas para contribuyentes del país³⁸.

En línea con los antecedentes expuestos, se aceptó neutralidad fiscal para la transferencia de activos de una sucursal local de un sujeto del exterior a una subsidiaria de ese mismo sujeto³⁹, y también la transferencia de activos de una sucursal de un sujeto del exterior a una sucursal de otro sujeto extranjero como consecuencia de la fusión operada entre esos dos sujetos del exterior⁴⁰ fuera del país, pero la transferencia de activos locales cumplía con los requisitos de neutralidad fiscal⁴¹. Idéntico resultado obtendría una sociedad local que adquiere los activos de una sucursal argentina de un sujeto del exterior, siempre que se dé el requisito de conjunto económico⁴².

Ahora bien, puede suceder que en una reorganización de activos locales efectuada completamente fuera del país, no necesariamente se produzca la transferencia por razón de conjunto económico. Un

31 Cfr. Rubén y Fátima Asorey, *Reorganizaciones Empresariales Libres de Impuestos*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pág. 433; Gotlib y Vaquero, ob. cit., pag. 261; Krause Murgiondo, *Régimen impositivo de las Reorganizaciones Empresariales*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, pág. 296.

32 Ver para mayor profundidad, Guillermo O. Teijeiro, "Tax Consequences of International Acquisitions and Business Combinations", Reporte Argentino, IFA, Vol. LXVII.

33 La Comunidad Económica Europea cuenta con la Directiva 90/434/EEC, del 23/7/90, "Merger Tax Directive", donde se prevé, como modelo multilateral, que varias jurisdicciones poco a poco han utilizado el diferimiento de los gravámenes derivados de las trasferencias de activos en los casos de fusión y escisión.

34 Artículos 77 y ss., LIG.

35 Artículo 77, inciso c), LIG.

36 Dictamen DAT 37/97.

37 Dictamen DAT 6/98.

38 Dictamen DAT 94/02.

39 Dictamen DAT 23/98.

40 Dictamen DAT 84/03.

41 P.ej., transferencia en conjunto económico del inciso c), artículo 77, LIG.

42 Cfr. dictamen DAT 28/88.

ejemplo de esta situación podría ser una fusión llevada a cabo fuera del país, y donde la absorbente no cuente con una sucursal local. De este modo, los activos de la absorbida (que forman el patrimonio de su sucursal local) pasarían al patrimonio de la absorbente, y el impuesto incidiría sobre dicha transferencia.

Idéntica situación puede suceder si, por razón de una reorganización en el exterior, las acciones argentinas que corresponden a la absorbida quedan transferidas al absorbente. Desde el enfoque local habrá un cambio de titular (ya no será la absorbida la titular, sino quien absorbe) y dado que no resultan de aplicación las normas de neutralidad fiscal, el impuesto a las ganancias deberá aplicarse a partir de la Reforma. Antes de ella, y aun si la situación hubiera estado alcanzada (hipótesis en la que nos colocamos a los efectos del análisis), no hubiera habido un sujeto responsable del pago del tributo, porque ambas partes se ubican en el exterior. Sin embargo, desde la Reforma, eso ha cambiado, aun cuando falta la reglamentación pertinente, porque el adquirente será el responsable del ingreso del tributo. No es óbice para el pago del tributo que, en razón de la fusión, no exista un precio de adquisición previsto, porque la normativa prevé que, en tal caso, se aplique el valor de mercado para el activo transferido⁴³.

La legislación argentina referida a reorganizaciones –como vimos– no salva ese problema, y podría hacerlo pues no se trata de una reorganización internacional, sino de una del exterior con efectos sobre activos en la Argentina. El planteo de una solución en la norma local no luce utópico, si se considera que algunos de los convenios para evitar la doble imposición suscriptos por la Argentina contienen normas de este tipo.

Efectivamente, tanto el CDI con España como el firmado con los Países Bajos contemplan en su Protocolo disposiciones de este tipo, al reglamentar el artículo del convenio referido a rentas de capital. Mientras el primero prevé “...*Con referencia al artículo 13. Las meras transferencias de activos efectuadas por un residente de un Estado Contratante con motivo de un proceso de reorganización empresarial no producirán efectos fiscales de acuerdo con la legislación interna de cada uno de los Estados Contratantes*”; el Protocolo del Convenio suscripto con los Países Bajos expresa “*Con respecto al artículo 14. La mera transferencia de bienes llevada a cabo por un residente de un Estado Contratante, por causa de una organización de una sociedad, reorganización, amalgamación, división o transacción similar, podrá estar exenta del impuesto de acuerdo con la legislación interna de cada Estado Contratante*”⁴⁴. Por su parte, el Protocolo del Acuerdo suscripto con Chile contempla una norma idéntica a la prevista en el convenio con España.

Podría también el CDI suscripto con Gran Bretaña beneficiarse con esta dispensa, en función de la cláusula de nación más favorecida. En los CDI suscriptos por nuestro país no es habitual encontrar esta cláusula referida a ganancias de capital, pero el mencionado convenio prevé aplicarla (siempre y cuando se concluya un CDI con un miembro de OCDE, y tanto España como Holanda integran esa organización, y son convenios suscriptos con posterioridad al de Gran Bretaña) cuando se limite la imposición de esas rentas en el país de la fuente. La cláusula antes referida es una verdadera limitación de imposición, tanto, que se concede directamente su eliminación.

Como se ve, pensar en la modificación de la LIG para contemplar una norma que elimine la imposición de las acciones en un caso donde no habría una real transferencia más que por un proceso de reorganización en el exterior parece algo alcanzable, aunque desde ya deberían establecerse claramente los mecanismos probatorios que permitan advertir que la reorganización extranjera reúne en el país de origen similares elementos que los exigidos en nuestro país para conceder neutralidad fiscal en las reorganizaciones.

2.3. Transferencias indirectas de activos

Conocido es que, en el ámbito internacional, se va ampliando la gama de países que empiezan a gravar –o al menos a considerar hacerlo– la transferencia indirecta de activos. En primer lugar, es necesario definir si en la Argentina existen, en la actualidad, fundamentos jurídicos para la imposición de este tipo de manifestaciones económicas.

43 Artículo 28, del reglamento de la LIG.

44 Este CDI, además, aclara que el término acciones incluye las acciones o bonos de goce, participaciones mineras, las acciones de fundador, u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como también las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de acciones conforme a la legislación del Estado Contratante del cual sea residente la sociedad que efectúe la distribución.

Ya hemos hablado, cuando analizamos ADR sobre la potestad jurisdiccional de un Estado para imponer tributos, que el nuestro adoptó desde 1992 el vínculo basado en la fuente para gravar aquellas manifestaciones de renta que tengan punto de conexión territorial, con prescindencia del lugar del domicilio o residencia de quien la obtiene.

Ahora bien, ¿podría la Argentina, en función de esa potestad, y con la legislación actual, alcanzar la transferencia indirecta de activos y aplicar, acaso, el criterio llevado adelante por el Fisco hindú en el precedente "Vodafone", luego resuelto a favor de la empresa por el Superior Tribunal de ese país?

Sin ahondar en los principios generales de la imposición, que no son motivo puntual de este trabajo, lo relevante es establecer si la definición de fuente de la LIG es suficiente para alcanzar aquellas rentas, entendidas como las provenientes de la enajenación por parte de un sujeto no residente, de acciones de una sociedad extranjera que posea activos (acciones, inmuebles, derechos, etc.) en una sociedad local.

En la Argentina y, al menos desde nuestro punto de vista, dada la vigencia del principio constitucional de legalidad, sólo podrían *a priori* gravarse las transferencias indirectas de activos ubicados en nuestro país, si una ley del Congreso así lo dispusiera, aun cuando inmiscuirse en una operación que formalmente ocurre fuera del país pueda suponer un ejercicio extralimitado de la potestad tributaria del Estado.

No hay mayor discusión sobre la potestad estatal en la medida que exista algún punto de conexión territorial, pero una mínima vinculación entre el hecho y el territorio debe existir, sin lugar a dudas. En este sentido, algunos ejemplos pueden ilustrar esta idea.

La LIG considera de fuente argentina las remuneraciones originadas por asesoramiento técnico, financiero o de otra índole prestado desde el exterior⁴⁵, invirtiéndose el principio general de imposición en el lugar de residencia del prestador del servicio. Otro caso es la disposición de la ley sobre los bienes personales que grava la participación en sociedades argentinas aunque el accionista sea una sociedad del exterior. La ley crea la presunción de que siempre y en algún lugar existe una última persona física accionista, tenedora indirecta de activos ubicados en nuestro país. Se observa una prórroga de jurisdicción, porque desconoce la personalidad jurídica del accionista, para dar espacio a la aplicación de la presunción.

Lo que se quiere señalar con estos ejemplos es que en materia de "fuente" no parece haber mayor limitación para los Estados en el ejercicio de su soberanía fiscal, siempre y cuando haya un vínculo territorial aunque más no sea mediato. Los límites se los impone, a menudo, el propio Estado a través de la suscripción de convenios con otros países. El caso que vimos anteriormente sobre reorganizaciones fuera del país con efectos internos es un caso elocuente.

Por ello, entendemos que en tanto el Congreso de la Nación lo considere adecuado, podría gravar con impuesto a la renta las transferencias indirectas de activos ubicados en nuestro país, aunque desde nuestro punto de vista no es la mejor estrategia fiscal, sin perjuicio de las dificultades recaudatorias que pueden derivar de una imposición de esa naturaleza. Otros Estados de la región, que también adoptan el principio de la fuente, ya han incluido en sus legislaciones normas de este tipo (Chile, México y Panamá). Sin embargo, no debe perderse de vista que estas normas pueden generar múltiple imposición, pues producirían conflictos de fuente.

Dado que no puede suponerse la imprevisión del legislador⁴⁶, entendemos que el Congreso argentino, con la sanción de la ley 26.893, sólo ha querido alcanzar las transferencias directas y no otras, pues la norma es clara y su interpretación no ofrece reparos⁴⁷ más allá de su literalidad⁴⁸; evidentemente, se ha limitado a gravar sólo las transferencias directas. En efecto, la Reforma alcanza con el impuesto a las ganancias "*los resultados provenientes de la enajenación de acciones... entre otros activos... cualquiera fuera el sujeto que los obtenga*". Si bien no aclara que se trate sólo de acciones emitidas por compañías locales para el caso de no residentes, desde nuestro punto de vista esto no podría ser de otro modo porque el marco de aplicación, a falta de una disposición expresa, no debe escapar del alcance del principio general de la fuente, que indica gravar sólo los resultados producidos por bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país.

45 Artículo 12, LIG.

46 Conf. Fallos: 278:62, entre otros.

47 Conf. Fallos: 184:5.

48 Conf. Fallos: 300:558; 300:687; 301:595, entre muchos otros.

Mencionamos también antes, aunque fuera tangencialmente, que el legislador argentino ya ha dictado normas que pueden afectar la tenencia indirecta de activos en el país. En efecto, si bien no se trata de una norma tributaria⁴⁹, la readecuación forzosa para los supuestos del artículo 124 de la LSC es un claro ejemplo de que es posible captar estas manifestaciones económicas. Pero no hay que perder de vista que la mencionada es una norma de excepción, enmarcada en una serie de elementos que pueden demostrar una planificación societaria nociva y para eludir la jurisdicción argentina. En cuanto a lo que a nosotros interesa, esa norma de carácter societario logra con la adecuación forzosa impedir una planificación fiscal orientada a eludir la enajenación de activos locales desprendiéndose de las acciones del holding ubicado fuera del país.

En síntesis, entendemos que con la legislación actual no puede quedar alcanzada bajo el principio de fuente la transferencia indirecta de activos, aunque fallos como el del “El Chocón”, que ya fue comentado, dejan abierta la posibilidad a una errónea pero posible interpretación distinta.

En países de raigambre constitucional, donde el principio de legalidad impera y no se presume la imprevisión del legislador en el dictado de las normas, si lo que se grava son las transferencias directas de activos (acciones, en el caso), es decir, aquellos colocados dentro de los límites del territorio, parecería extralimitar el alcance de esa norma una interpretación que considere también alcanzada, en cualquier supuesto, una transferencia indirecta, porque para que se dé un hito de conexión territorial se requiere, mínimamente, que el activo esté allí ubicado (*situs*) o que, al menos, la transacción se desarrolle dentro de los límites del territorio, todo lo cual no sucede en el caso de una transferencia indirecta.

Así pues, con la legislación actual argentina que deriva de la Reforma y sin la aplicación excepcional de la cláusula antielusiva prevista en la ley de procedimientos fiscales basada en la interpretación del hecho imponible según el principio de la realidad económica⁵⁰, no consideramos posible alcanzar las transferencias indirectas de activos.

Ahora bien, el principio de la realidad económica no tiene mayor desarrollo normativo que el enunciado en la ley de procedimiento, y su alcance fue construido –no sin oscilaciones– por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Es utilizado por el Fisco con más frecuencia que razonabilidad técnica, e intenta extender su aplicación a situaciones jurídica y económicamente genuinas, con un mero interés recaudatorio y de manera arbitraria, desafiando entonces los límites que impone el principio constitucional de legalidad, que es de mayor jerarquía.

Por su parte, el Fisco, y en ocasiones también los tribunales, han convertido en difusa la distinción que existe entre este principio y algunas otras reglas antielusión conocidas en otros países, como el *substance over form*, el *business purpose test*, el *step transaction*, *sharm transaction* o el *fraude legis*, y este principio interpretativo se ha empleado en relación con el impuesto a la renta, entre otros contextos, para reclasificar relaciones entre compañías vinculadas, para analizar la intención del legislador, para reencuadrar como capital ciertos endeudamientos corporativos, y en contextos de reorganizaciones empresarias.

No hallamos, sin embargo, antecedentes que analicen bajo este principio transferencias indirectas de acciones o activos en el ámbito internacional pues, según nuestro entender, estos casos no presentaron en las últimas dos décadas mayor interés fiscal, en tanto las transferencias de acciones por sujetos del exterior no se encontraban alcanzadas por el tributo.

Sin perjuicio de lo apuntado, es necesario destacar –a nuestro juicio– que la transferencia indirecta de acciones o activos no podría revisarse aplicando el principio de la realidad económica, pues es claro que la Reforma tuvo por único propósito gravar las transferencias directas de acciones y no las indirectas. Además, se mantiene vigente, y el principio de la realidad económica no puede eliminarla, salvo casos excepcionales, la idea arraigada de la planificación fiscal legítima, pues nuestra Corte también ha adoptado la doctrina respecto de que “...no es reprobable el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal”⁵¹.

No obstante ello, una planificación fiscal legítima dista mucho de aceptar como tal el diseño de estructuras jurídicas artificiales, pues, en tal caso, sí correspondería la aplicación del principio de la realidad económica. Creemos que este es el único punto a considerar válidamente, ¿qué sucede si la transferencia

49 Resolución 7/05, artículo 237.

50 Artículo 2, ley 11.683.

51 Fallos: 241:210, “Industrial Comercial Argentina c/Nación Argentina”.

indirecta de acciones se produce cuando la sociedad transferida es un mero vehículo artificial que no cuenta con ninguno de los elementos que hacen a una actividad genuina? ¿Se trata, en tal caso, de una forma jurídica manifiestamente inadecuada? o, aun sin mayor sustancia económica, ¿debe prevalecer la transacción jurídica de venta indirecta?

En este sentido y con cierta relación respecto del caso planteado (p.ej., las transferencias indirectas de activos, aunque en el ámbito doméstico), destacamos la aplicación jurisprudencial, a nuestro juicio correcta, del principio de la realidad económica en la causa “Vignes” de la década del 70 (y algunas otras de similar estructura), donde un sujeto, con el fin de enajenar un campo y evitar el pago del impuesto sobre los beneficios eventuales existente en aquel momento, estructuró la operación de venta con un aporte previo del inmueble a una sociedad propia (único activo de la sociedad) por valor de libros, y enajenó pocos días después las acciones (sin gravamen) por un valor mucho mayor. Con similares hechos, la Corte aplicó el principio de la realidad económica para desestimar la estructura que se había utilizado para la venta de un inmueble comercial muy conocido⁵².

Por lo expuesto, desde nuestro punto de vista, el único caso en el cual podría, eventualmente, aplicar la teoría de la realidad económica a las transferencias indirectas de activos locales en el contexto internacional es aquel en el cual, ante la presencia de una estructura indudablemente artificial, se intente eludir el impuesto a las ganancias por la enajenación directa de activos ubicados en nuestro país, únicos gravados para los sujetos del exterior. Aun así, dado que no existen requisitos a verificarse necesariamente para la aplicación de las normas antielusivas, la situación queda al amparo de la valoración del intérprete en cada caso, con la discrecionalidad que ello significa.

En función de algunos antecedentes revisados, en nuestra opinión podría descalificarse una venta indirecta de activos y sostenerse que, en rigor, se trata de una venta directa porque la estructura diseñada aparece como artificial, solo si existe:

- una simulación manifiesta;
- ausencia notoria de propósito de negocios, aunque no en todos los casos esto debiera conducir a idéntico resultado, porque puede haber otras razones que justifican la estructura diseñada, como ser, una planificación fiscal legítima;
- ausencia de sustancia, que si bien no es un principio análogo a la realidad económica, porque esta última requiere una estructura jurídica manifiestamente inadecuada para su aplicación, y la falta de sustancia no siempre conduce a algo manifiestamente inadecuado; lo cierto es que no puede perderse de vista que la autoridad fiscal en los últimos tiempos trata de preservar esta idea y, en ausencia de sustancia, extiende la aplicación de la teoría de la realidad económica.

Los casos más recientes, entre los emblemáticos, son los que surgieron con la impugnación de la utilización del Convenio con Austria y el tratamiento de los títulos públicos⁵³, o bien aquel otro que analiza la inversión indirecta de una sociedad argentina en el exterior (países de la región) a través de su participación accionaria en una sociedad de plataforma chilena⁵⁴. Bajo esta estructura, la sociedad argentina obtenía un efecto de doble no tributación (en Argentina y Chile). Lo curioso es que la Dirección Nacional de Impuestos no apela a un análisis profundo sobre la eventual ausencia de sustancia de la sociedad chilena u otro elemento que confirme el uso manifiestamente artificial de la estructura jurídica elegida, sino que simplemente considera que existe uso abusivo del CDI por tratarse de un supuesto de doble no imposición.

Este caso llegó al Tribunal Fiscal de la Nación⁵⁵, quien confirmó el criterio fiscal. El fallo merece una serie de críticas, partiendo de la que supone la no aplicación de las pautas OCDE a un CDI cuya estructura se basa en el Pacto Andino, pero esta y otras discusiones exceden el propósito de esta colaboración, que es revisar la aplicación del principio de la realidad económica en supuestos de enajenaciones indirectas que ocultan las directas, únicas gravadas por nuestra legislación.

52 Fallo “Miracle Mile”, 2014.

53 Ver Memorándum 64/09 de la Dirección Nacional de Impuestos.

54 Memorándum 799/10 de la Dirección Nacional de Impuestos.

55 “Molinos Río de la Plata”.

INVERSIONES INTERNACIONALES Y SU FINANCIAMIENTO

VALERIA D’ALESSANDRO

1. OPERACIONES ENTRE SUJETOS NO RESIDENTES

a) Preliminar

La sanción de la ley 26.893¹ y el decreto 2334/13 trajo aparejadas importantes modificaciones con relación a la gravabilidad en el impuesto a las ganancias de las rentas provenientes de la compraventa de acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores (en adelante y para simplificar la lectura, nos referiremos a estos conceptos, en general, como “*ganancias por venta de valores negociables*”) en los casos en que las partes –*comprador* y *vendedor*– sean sujetos no residentes en la Argentina.

Es decir, de entre los ocho supuestos² que pueden generarse a raíz de la combinación de las diversas variables que podrían presentarse en una situación de compraventa de valores negociables, en esta sección nos ocuparemos del número 4:

Supuesto	Comprador	Vendedor	Sociedad
1			
2			
3			
4			
5			
6			
7			
8			

Si bien, en virtud del régimen general del impuesto a las ganancias (en adelante, LIG), las rentas originadas en este tipo de operaciones se encuentran dentro de la órbita de imposición –ya que la legislación

1 BO: 23/9/13.

2 Ver García, Fernando D., “Implicancias territoriales de la 26.893 en la venta de acciones y cuotas sociales”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXIV, diciembre 2013.

prevé la tributación por parte de los *no residentes* sobre sus rentas de fuente *argentina*³–, hasta la sanción de la ley 26.893 ellas resultaban *exentas*.

Elo así, en función de lo previsto por el artículo 78 del decreto 2284/91⁴, en virtud del cual se eximía del impuesto a los resultados provenientes de “operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, bonos y demás títulos valores obtenidos por personas físicas, jurídicas y sucesiones indivisas beneficiarios del exterior”.

Esa exención fue dejada sin efecto por la ley 26.893, quedando así alcanzados por el gravamen los resultados de las operaciones de compraventa de acciones por parte de sujetos del exterior, si se trata de operaciones que generen rentas de fuente argentina.

Las previsiones relativas a la gravabilidad de estas operaciones resultan de por sí novedosas y dan lugar a ciertas controversias por varias razones, entre ellas:

- fueron incluidas en el artículo 90 de la LIG, dedicado a las “*Tasas del impuesto para las personas de existencia visible y sucesiones indivisas*”;
- no fueron incluidas en el Título V de la LIG, relativo a “*Beneficiarios del exterior*”;
- prevén una tasa reducida (del 15%), con relación a la general (del 35%), establecida en el artículo 91 de la LIG para el caso de pago de “*beneficios netos de cualquier categoría a sociedades, empresas o cualquier otro beneficiario del exterior*”;
- no prevén –al menos de manera expresa– la aplicación de esa tasa reducida para el caso de personas físicas⁵;
- ponen en cabeza del *comprador* –también residente en el exterior– la obligación de ingreso del gravamen, si el *vendedor* también es no residente, y
- ofrecen como alternativa para el cálculo del gravamen, la “base real” prevista en el segundo párrafo del artículo 93 de la LIG, la que únicamente estaba disponible para las ganancias provenientes de alquileres o arrendamientos de inmuebles ubicados en el país⁶ y las sumas pagadas por la transferencia a título oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, pertenecientes a empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior⁷.

La lógica seguida y la metodología elegida por el legislador pueden delinearse de la siguiente manera:

Ley 26.893
<ul style="list-style-type: none"> • Las ganancias por venta de valores negociables quedan alcanzadas –para las personas físicas y sucesiones indivisas– a la alícuota del 15%⁸; • idéntico tratamiento se otorga si el titular (<i>vendedor</i>) de los valores negociables es una persona jurídica radicada en el exterior⁹; • en ese supuesto y para esos sujetos (<i>vendedor</i>, persona jurídica del exterior), la alícuota del 15% se aplica sobre la base imponible: i) “presunta” del inciso h) del artículo 93 (90%), o ii) “real” del segundo párrafo del artículo 93¹⁰, y • si tanto <i>vendedor</i> como <i>comprador</i> son sujetos del exterior, el <i>comprador</i> tiene a su cargo el ingreso del impuesto¹¹.

3 Conf. artículo 1 de la Ley del Impuesto a las Ganancias: “...*Los no residentes tributan exclusivamente sobre sus ganancias de fuente argentina, conforme lo previsto en el Título V*”.

4 Ratificado por la ley 24.307.

5 Aunque el decreto luego subsana esta “omisión”.

6 Inciso f) del artículo 93 de la LIG.

7 Inciso g) del artículo 93 de la LIG.

8 Segundo párrafo del artículo 90 de la LIG.

9 Tercer párrafo del artículo 90 de la LIG.

10 Cuarto párrafo del artículo 90 de la LIG.

11 Quinto párrafo del artículo 90 de la LIG.

Decreto 2334/13

En el caso de ganancias por venta de valores negociables obtenidas por "cualquier sujeto del exterior", la alícuota del 15% se aplica sobre la base imponible: i) "presunta" del inciso h) del artículo 93¹², o ii) "real" del segundo párrafo del artículo 93¹³.

Como se ve:

- no se pone la obligación del ingreso del gravamen en cabeza del *comprador*, si el *vendedor* de los valores negociables es un sujeto no residente, caso en el que el *comprador* adoptaría la figura de agente de retención al beneficiario del exterior;
- se pone la obligación de ingreso del gravamen en cabeza del *comprador*, si ambos sujetos son del exterior, y
- si bien la ley pareciera excluir a las personas físicas y sucesiones indivisas de la aplicación de las disposiciones del inciso h) del artículo 93 (base imponible presunta del 90%) y del segundo párrafo del artículo 93 (base imponible "real"), luego el decreto 2334 de alguna manera aclara que esa forma de cálculo de la base imponible aplica a las rentas obtenidas por "cualquier sujeto del exterior".

2. RESPONSABILIDAD

a) Sujeto responsable por el ingreso del gravamen. Naturaleza de la responsabilidad

El tercer párrafo del artículo 90, tal como ha quedado redactado tras las modificaciones introducidas por la ley 26.893, señala que "el ingreso del impuesto correspondiente a los resultados provenientes de la compraventa de valores negociables entre sujetos no residentes estará a cargo del comprador".

Más allá de las dificultades prácticas y objeciones jurídicas que podría generar la creación de una obligación de retener en cabeza de un sujeto del exterior, lo cierto es que la ley 26.893 no señala que el *comprador* deba actuar como "agente de retención", sino que se limita a señalar que "el ingreso del impuesto correspondiente estará a cargo del comprador". Así, podría sostenerse que no existe obligación alguna en cabeza del *vendedor*, sino que un eventual reclamo (por falta de ingreso o por ingreso en menos) debería enderezarse exclusivamente contra el *comprador*.

Por su parte, la normativa genera incertidumbre acerca de si esa responsabilidad del ingreso del gravamen por parte del *comprador* reviste la condición de *solidaria* o *sustituta*.

La diferencia es importante, ya que las consecuencias resultan diametralmente opuestas, tanto en lo que respecta a la responsabilidad subsistente en cabeza del *vendedor*, cuanto así también en lo vinculado con una futura legitimación para repetir eventuales montos abonados en demasía¹⁴.

En los supuestos de responsabilidad *sustituta*, la ley pone la obligación de pagar el impuesto a cargo de un tercero que *no es* el contribuyente, ya que *no es* quien ha verificado el hecho imponible. El sustituto desplaza al contribuyente y se coloca en su lugar frente al Fisco¹⁵. Además del sujeto pasivo del impuesto, se declara obligado al pago del tributo (o también, al cumplimiento de otros deberes fiscales) a una persona diversa, en razón de una relación de hecho o derecho del, "responsable" con el contribuyente, o de

12 Artículo 93, inciso h), de la LIG: "Cuando se paguen a beneficiarios del exterior sumas por los conceptos que a continuación se indican, se presumirá ganancia neta, sin admitirse prueba en contrario: ...El noventa por ciento (90%) de las sumas pagadas por ganancias no previstas en los incisos anteriores".

13 Artículo 93, segundo párrafo, de la LIG: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos f) y g), los beneficiarios de dichos conceptos podrán optar, para la determinación de la ganancia neta sujeta a retención, entre la presunción dispuesta en dichos incisos o la suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación, como así también las deducciones que esta ley admite, según el tipo de ganancia de que se trate y que hayan sido reconocidas expresamente por la DGI".

14 Si esa responsabilidad reviste el carácter de "solidaria", subsistiría eventualmente una responsabilidad del vendedor. Por su parte y, también en principio, cabría legitimación del vendedor para iniciar una eventual acción de repetición en caso de pagos en demasía. Si, en cambio, esa responsabilidad reviste el carácter de "sustituta", la obligación tributaria recaería exclusivamente en cabeza del *comprador*, sin eventuales responsabilidades solidarias subsistentes y también sin legitimación para recuperar lo eventualmente pagado en demasía por parte del vendedor.

15 Martínez, Francisco, "El agente de retención en el derecho fiscal argentino", Derecho Fiscal, T. XV, pág. 97; Giuliani Fonnrouge, Carlos M., *Procedimiento Tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 192; también, Dirección General Impositiva, dictamen 35/79, de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos.

la sucesión en una particular relación de hecho o de derecho, o de la violación de una obligación legal o de la consecuencia de una carga¹⁶.

Por su parte, la adopción de un criterio en virtud del cual la responsabilidad sea de carácter *solidaria*, implicaría que el Fisco puede reclamar el gravamen, en este caso, al *vendedor* de las acciones. Tal como se ha señalado con relación a este tipo de responsabilidad cuando quienes están involucrados son sujetos no residentes, y si bien circunstancias fácticas tornan improbable este supuesto, bajo esta posición si eventualmente el sujeto del exterior tuviera algún bien en la Argentina, el Fisco podría accionar contra él¹⁷.

La cuestión ha sido tratada en nuestro país con relación a los pagos a beneficiarios del exterior¹⁸.

Al respecto se ha sostenido que, en nuestro sistema tributario, la responsabilidad por sustitución se encuentra limitada a los casos en que la retención en la fuente adquiere carácter de pago único y definitivo¹⁹, postura que implica que el Fisco sólo tiene acción contra el responsable sustituto y no contra el beneficiario del exterior, y que sólo el sujeto argentino tiene potestad para accionar por repetición.

En los casos bajo análisis, si el *comprador* –“responsable sustituto”– incumpliera con su obligación de ingreso del gravamen, el Fisco no tendría derecho a pretender el cobro del tributo al *vendedor*.

Por su parte, en el caso de responsabilidad *solidaria*, el acreedor podría dirigirse indistintamente contra este tercero o contra el contribuyente, luego de vencido el plazo para el pago del tributo y siempre, claro está, que no se le haya practicado la amputación retentiva o la percepción respectiva, en cuyo caso finaliza toda vinculación que pueda tener con el Fisco²⁰.

La lógica utilizada por el legislador que introdujo las reformas bajo análisis no aporta demasiada luz a la cuestión y, lejos de ello, da lugar a interpretaciones encontradas, ya que, al disponer en el cuarto párrafo del artículo 90 que el *vendedor* radicado en el exterior “*queda alcanzado*” por el inciso h) del primer párrafo y el segundo párrafo del artículo 93, es decir, por normativa prevista para “*Beneficiarios del exterior*”, puede implicar que:

- la remisión lo es al mero efecto del cálculo de la base imponible y por ende, la operación recibiría un tratamiento diferenciado al previsto en el régimen de “*Beneficiarios del exterior*”. Es decir que en este caso, el *comprador* revestiría la figura de “responsable sustituto” a la que se refiere el último párrafo del artículo 6 de la Ley de Procedimiento Fiscal 11.683, con la consecuente liberación de responsabilidad para el *vendedor*, y
- la remisión implica la aplicación íntegra del régimen de “*Beneficiarios del exterior*” en virtud del cual los no residentes que perfeccionan el hecho imponible de fuente argentina tributan a través de la retención que debe practicar el *comprador*, con carácter de pago único y definitivo y con la consecuente responsabilidad “solidaria” en cabeza del *vendedor*.

Al menos lógicamente, la operatoria no debiera quedar incluida dentro de la órbita general del régimen de Beneficiarios del exterior, ya que no existe un sujeto local hacia el que se desplace la obligación tributaria. Como pintorescamente lo expresó cierta doctrina, al comentar la reforma que dio lugar a esta incertidumbre: “aunque estas operaciones puedan estar comprendidas en la ‘esfera de validez’, se encuentran claramente fuera de la ‘esfera de eficacia’ de la legislación fiscal argentina²¹.”

16 Giannini, *Instituzioni di Diritto Tributario*, Milano, A. Giuffrè, 1968 y Martínez, Francisco, *Estudios de Derecho Fiscal*, Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1973, entre otros.

17 Gotlib, Gabriel y Fernando Vaquero, *Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina*, 2ª ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, pág. 234.

18 Sin embargo, aun en esa materia las cuestiones atinentes a su naturaleza jurídica se encuentran discutidas. En efecto, mientras cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia lo califican como “responsable sustituto”, otro sector lo hace bajo una figura independiente, que es la del “responsable solidario”.

19 Martínez, Francisco, “El agente de retención en el derecho fiscal argentino”, *Derecho Fiscal*, T. XV, pág. 97.

20 Dirección General Impositiva, dictamen 35/79, de la Dirección de Asuntos Técnicos y Jurídicos.

21 García, Fernando D., “Implicancias territoriales de la 26.893 en la venta de acciones y cuotas sociales”, *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXXIV, diciembre 2013. Allí también analizó que “cuando la transferencia se verifica entre dos sujetos del exterior, la discusión parece bizantina: no hay forma de verificar si se trata de una transmisión a título gratuito u oneroso (y en ese caso, cuál es el precio), de una reorganización empresarial del exterior o la exclusión de la pretensión fiscal local mediante arbitrio de vender las acciones de la holding situada en el exterior”.

b) Responsabilidad en caso de falta de ingreso del gravamen

En virtud de la legislación vigente y por los razonamientos que se exponen a continuación, creemos que no existe responsabilidad del *vendedor* ante un eventual reclamo por parte de las autoridades fiscales argentinas respecto del gravamen de cuyo ingreso está a cargo el *comprador*.

En primer lugar, debiera tenerse en cuenta el sistema de aplicación territorial de las normas argentinas. El artículo 4 del Código Civil y Comercial de la Nación adopta el principio de "aplicación territorial de la ley", al señalar que *"las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes"*. La doctrina ha señalado que *"las leyes argentinas se aplican en general a todas las personas que habitan el territorio nacional..."*²².

Así, en virtud del sistema impuesto por la legislación de fondo, las leyes argentinas son válidas dentro del territorio argentino independientemente de la ciudadanía o domicilio de quienes habiten en él, y se admite que las leyes extranjeras regulen los actos y contratos celebrados en el exterior²³.

En el ámbito fiscal, y como lógico corolario de lo anterior, se ha señalado que *"las normas tributarias argentinas son de estricta aplicación en el ámbito del territorio nacional, razón por la cual, la sociedad extranjera sin sucursal, apoderado ni representante de ninguna naturaleza, que envía algún funcionario a efectuar trabajos esporádicos en el país, no estará obligada a actuar como agente de retención..."*²⁴.

Los autores se refieren al supuesto de un empleado de una entidad del exterior que obtiene rentas de fuente argentina como consecuencia del desarrollo de actividades en el país, señalando que *"dicho empleador puede esgrimir que la aplicación de nuestra legislación tributaria está limitada al ámbito territorial argentino, considerándose no obligado a actuar como agente de retención"*²⁵.

También se ha resaltado que las retenciones sobre remuneraciones de fuente argentina son procedentes si quien las paga *"es una firma radicada en el país, ya que en caso contrario no habría un agente de retención obligado por la ley"*²⁶. Asimismo, en cuanto a la posibilidad de practicar una retención en el supuesto de venta de acciones de una sociedad argentina efectuada por una sociedad del exterior *off-shore*, se ha dicho que *"no podrá efectivizarse si el comprador de las acciones y pagador de la renta es también un sujeto del exterior, pues él no estará obligado a practicar la aludida retención en la fuente"*²⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que en caso de pagos a beneficiarios del exterior, el sujeto argentino pagador es el responsable "directo" de efectuar e ingresar las retenciones correspondientes, y ha admitido que en tales casos, el Fisco "carece de acción directa" contra el beneficiario de los pagos²⁸. Ello podría entenderse como una imposibilidad de exigir a un sujeto no residente en la Argentina que ingrese el impuesto correspondiente al beneficio de fuente argentina obtenido, y también que sería improcedente pretender que un sujeto del exterior (el *comprador*) actúe como agente de retención por pagos efectuados a otro beneficiario del exterior.

En segundo lugar, a similares conclusiones se arriba si se entiende, como lo hace relevante doctrina tributaria, que la obligación de actuar como agente de retención constituye una carga pública.

En este sentido, por ejemplo, Juan Carlos Luqui se refiere al agente de retención señalando que *"la ley de procedimiento... crea una carga pública mediante la cual lo hace responsable de los tributos que no retuvo o que retenido, dejó de ingresar al Fisco"*²⁹. En el mismo sentido se pronuncia Héctor Villegas³⁰, entre otros.

El artículo 108 de la Ley de Procedimiento Tributario 11.683 establece que *"Las designaciones con carácter de carga pública deberán recaer siempre en personas residentes en el lugar donde deben desempeñar"*

22 Belluscio-Zannoni, *Código Civil Comentado*, T. 1, Ed. Astrea, 1993, pág. 7.

23 Ver artículos 2651 y 2652 del Código Civil y Comercial de la Nación.

24 Asorey, Rubén y Yemma, Juan Carlos, "Los beneficiarios del exterior frente al impuesto a las ganancias", *Derecho Fiscal*, T. XXX, pág. 25.

25 Asorey, Rubén y Yemma, Juan Carlos, "Los beneficiarios del exterior frente al impuesto a las ganancias", *Derecho Fiscal*, T. XXX, pág. 25.

26 Yemma, Juan Carlos, "Regalías. Algo más", *Impuestos*, T. 1994-B, pág. 2339.

27 Montezanti, Santiago, "Tenencia y disposición de títulos. Su tratamiento frente a los impuestos nacionales", *Doctrina Tributaria Errepar*, T. XXII.

28 Causa "John Deere Argentina SA", del 23/10/68.

29 Luqui, Juan Carlos, *La obligación tributaria*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989, pág. 226.

30 Villegas, Héctor, *Los agentes de retención y de percepción en el derecho tributario*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 85.

sus funciones, sin que pueda obligárselas a efectuar viajes o cambios de domicilio, por razón del desempeño de las mismas”.

Así, necesariamente, una carga pública –como lo es la obligación de actuar como agente de retención en materia fiscal– sólo podría recaer en sujetos residentes en la Argentina y no en sujetos del exterior.

Con el mismo razonamiento se ha concluido que los sujetos residentes en el exterior que actúen en representación de otros sujetos del exterior en la concertación de operaciones económicas con sujetos argentinos, no están obligados a inscribirse e informar tales operaciones bajo el régimen informativo de la resolución general AFIP 1375/02, pues el referido régimen crea una carga pública que sólo podría ser impuesta a sujetos residentes en el país³¹.

c) El carácter de responsable del ingreso por parte del comprador, ¿conlleva la posibilidad de la determinación del importe?

Otra cuestión pendiente de dilucidar es la atinente a cuál de los sujetos involucrados en la operación –comprador o vendedor– es responsable de la determinación del importe del gravamen, si es que se optara por practicarla sobre “base real” tal como ofrece la normativa.

Si bien la ley pone en cabeza del comprador la obligación del ingreso del impuesto correspondiente a las ganancias derivadas de la compraventa de los valores negociables entre no residentes, ello no debiera de por sí implicar que ese cálculo deba practicarse por ese sujeto.

En efecto y por el contrario, es el vendedor (titular de los valores negociables a enajenarse) quien no sólo cuenta con la información relevante a los fines de practicar esa determinación, sino que es a quien la ley alude en el segundo párrafo del artículo 93, en donde se refiere al “beneficiario” de los conceptos pagados.

Se plantea asimismo como interrogante si, eventualmente, el comprador podría objetar –y con qué validez– la determinación efectuada por el vendedor.

3. ALÍCUOTA Y BASE IMPONIBLE

Con relación a la alícuota, debe tenerse presente que, bajo la aplicación de ciertos convenios para evitar la doble imposición, esta no podría exceder determinados topes, verificados ciertos requisitos.

Así por ejemplo, en el Convenio para Evitar la Doble Imposición con España se lee en el artículo 13: *“Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones o participaciones en el capital o el patrimonio de una sociedad residente de un Estado Contratante pueden someterse a imposición en este Estado. Sin embargo, el impuesto así exigido no podrá exceder: ... a) del 10% de la ganancia cuando se trate de una participación directa en el capital de al menos el 25 por ciento; b) del 15% de la ganancia en los demás casos”.*

En cuanto a la base imponible –como se adelantó–, la ley 26.893 determinó que las rentas derivadas de las aludidas operaciones entre no residentes quedan alcanzadas a una alícuota de 15% aplicable sobre una ganancia neta presumida de 90% (alícuota efectiva del 13,5%), o sobre la llamada “ganancia real”, es decir, *“la suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación, como así también las deducciones que esta ley admite, según el tipo de ganancia que se trate y que hayan sido reconocidas expresamente por la Dirección General Impositiva”*³².

Si se optara por aplicar este método de la “ganancia real”, el costo debería calcularse sobre la base de los pesos históricos de adquisición de la participación. No está del todo claro si la validación de “los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación” (de la ganancia), que deben detraerse del “beneficio bruto pagado” por el adquirente, debe realizarse con anterioridad o posterioridad a realizarse la operación.

En definitiva, no está claro si debe requerirse una conformidad previa por parte de la autoridad fiscal en cuanto al cálculo de esos gastos y determinación de costos, o puede realizarse la operación considerando esos gastos y calculando, por ende, el resultado, quedando sometida la transacción a una posterior verificación.

31 Keiniger, Walter y Krischcautzky, Diego, “Apoderados sin actividad económica en sociedades anónimas extranjeras no se inscriben en AFIP”, El Cronista, 12/8/04, pág. 8.

32 Artículo 93, segundo párrafo, de la LIG.

Dado que el *comprador* es quien tiene la responsabilidad de ingresar el impuesto, suele preferirse la aplicación del método de “ganancia presunta” y no el de “ganancia real”, pues este último conlleva las dudas señaladas.

Hasta el momento de la reforma en cuestión, el método de tributación sobre la “ganancia real” se encontraba previsto en la Ley de Impuesto a las Ganancias para cierto tipo de operaciones. En efecto, las incertidumbres señaladas en el párrafo anterior ya existían para esas operaciones³³.

Sin embargo, la situación atinente a la venta de valores negociables entre no residentes suma el agravante de que es el *comprador* quien tiene a su cargo el ingreso del impuesto correspondiente. Ello requiere una reglamentación específica que establezca el mecanismo efectivo de ingreso. Si bien se ha dictado el decreto 2334/13, reglamentario de algunas de las reformas introducidas por la ley 26.893, el aspecto referido a dicho mecanismo de ingreso permanece sin reglamentarse³⁴.

4. POSIBILIDAD DE DEDUCCIÓN DEL COSTO DE ADQUISICIÓN

Una cuestión a tener en cuenta también es si se utiliza la alternativa de cálculo sobre “base real” en virtud de la cual se computa la *“suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación, como así también las deducciones que esta ley admite”*, el costo de adquisición de los valores negociables adquiridos está o no sujeto a deducción.

Creemos que la respuesta es afirmativa, en virtud de lo previsto en el artículo 61 de la LIG, según el cual *“cuando se enajenen acciones, cuotas o participaciones sociales, incluidas las cuotas partes de fondos comunes de inversión, la ganancia bruta se determinará deduciendo del precio de transferencia el costo de adquisición actualizado...”*.

Por su parte, y como probablemente dicho costo de adquisición se desembolsará en el exterior, debería tenerse presente también el artículo 116 del decreto reglamentario de la LIG, en virtud del cual se entiende *“...los gastos realizados en el extranjero se presumen ocasionados por ganancias de fuente extranjera, pero la AFIP podrá admitir su deducción si se comprueba debidamente que están destinados a obtener, mantener y conservar ganancias de fuente argentina”*, por lo que igualmente sería deducible.

5. ASPECTOS TEMPORALES

Tal como se señaló, por el momento el organismo de recaudación no reglamentó el mecanismo de ingreso del gravamen y tampoco proporcionó reglas vinculadas con eventuales obligaciones de información que el vendedor debiera otorgar al comprador para que este ingrese el tributo y también para que lo determine (si es que no lo hace el propio vendedor), para el caso en que se optase por el cálculo sobre “base real”.

a) La cuestión del momento en que se perfecciona el hecho imponible

Si bien resulta dudoso que pueda imponerse la obligación de ingreso (o de actuar como agente de retención) a un sujeto del exterior, tampoco puede descartarse enteramente la posibilidad de que el Estado reglamente este aspecto en un futuro.

33 Incisos f) y g) del artículo 93 de la LIG: “sumas pagadas en concepto de alquileres o arrendamientos de inmuebles ubicados en el país” y “sumas pagadas por la transferencia a título oneroso de bienes situados, colocados o utilizados económicamente en el país, pertenecientes a empresas o sociedades constituidas, radicadas o ubicadas en el exterior”, respectivamente.

34 Se ha dicho que “siendo [el comprador] un sujeto no residente se hallará inhabilitado para actuar como agente de retención. En todo caso, si se tratara de una operación cursada por algún mercado institucionalizado donde indefectiblemente actuará un intermediario (por ejemplo, agente de bolsa), será este en su carácter de pagador quien deberá asumir el rol de agente de retención. Las consideraciones precedentes parten del supuesto de que las operaciones involucradas se llevan a cabo en nuestro país, dado que si se concretan en el exterior, directamente el impuesto no podrá ingresarse. Tal es el caso que podría presentarse si se negociaran ADR entre dos sujetos no residentes (...)” (Moreno Gurra, José A., “Reglamentación de las rentas financieras en el Impuesto a las Ganancias”, en el Suplemento Especial de Doctrina Tributaria Errepar, “Reglamentación de la Reforma del Impuesto a las Ganancias: Decreto 2334/13”, abril 2014, pág. 57).

Ante tal posibilidad, cabe traer a colación que durante los años 2001 y 2002 la venta de acciones por parte de personas físicas que no fueran habitualistas en esa actividad estuvo momentáneamente gravada por el impuesto a las ganancias. Ello, toda vez que por un decreto dictado por el Poder Ejecutivo en abril del 2001³⁵ se derogó la exención que tradicionalmente recaía sobre esas operaciones.

Esta modificación generó dudas respecto del tratamiento que correspondía asignar a las operaciones concertadas entre enero de 2001 y abril de ese año: el Tribunal Fiscal de la Nación y luego la justicia, debieron analizar una serie de casos en los que –en el marco de operaciones de compraventa de acciones– las transferencias de las acciones se realizaron en febrero de 2001, es decir, dos meses antes del dictado del decreto que derogó la exención. Mientras que los contribuyentes entendían que la venta de las acciones no estaba gravada porque al momento de la transferencia de las acciones la operación tenía ese tratamiento, el Fisco consideraba que la operación resultaba alcanzada por el impuesto porque la eliminación de la exención surtía efectos para todo el ejercicio fiscal 2001 en tanto el ejercicio 2001 era un ejercicio no concluido en el momento que se dictó el decreto.

Si bien algunos magistrados³⁶ confirmaron el criterio del Fisco con sustento en que el impuesto a las ganancias es un gravamen de ejercicio como consecuencia de lo cual el hecho imponible ocurre el 31/12 de cada año, otros, en cambio³⁷, estimaron que sin perjuicio de que el tributo es, en principio, “de ejercicio”, las modificaciones sustanciales al mismo no pueden afectar los actos consolidados durante la ley anterior, más allá de que la modificación haya tenido lugar durante el mismo ejercicio.

La cuestión quedó relativamente zanjada con la emisión por parte de la Procuración del Tesoro de la Nación de una serie de dictámenes en los que finalmente se concluyó que **“lo trascendente es que el momento del negocio de venta de acciones, aporta el único dato que debe tenerse en cuenta para valorar si ese acto puede o no constituir un hecho imponible”**. Esto es, se asimiló el hecho imponible “compraventa de acciones” a un hecho imponible de verificación “instantánea”.

Es decir que si la transferencia tuvo lugar durante la vigencia de un régimen que eximía del gravamen a la compraventa de acciones, mal podría pretenderse el ingreso del impuesto, más allá de que durante el mismo ejercicio se haya luego eliminado la exención. Esta conclusión fue también avalada por la doctrina³⁸.

Estos antecedentes resultan valiosos, ya que brindan argumentos para sostener que si la transferencia de acciones entre sujetos del exterior tiene lugar en un escenario en el que no existe reglamentación que prevea un mecanismo para el ingreso del gravamen, difícilmente podría pretenderse dicho ingreso a pesar de que legislación dictada más adelante (aun durante el mismo ejercicio fiscal) reglamente el mecanismo: el tratamiento aplicable a la venta de acciones debiera ser aquel vigente al momento de su transferencia.

En el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *“sólo existe retroactividad si el hecho imponible, incluida su dimensión temporal, ha tenido íntegra realización antes de entrar en vigor la ley que lo convierte en imponible”*³⁹.

Por su parte, si bien no puede dejar de mencionarse que: i) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver respecto de normas impositivas aplicadas en forma indudablemente retroactiva (es decir, respecto de hechos imponibles ya ocurridos al momento de entrada en vigencia de la ley), declaró que tal aplicación retroactiva no resultaba violatoria de garantías constitucionales⁴⁰; ii) la Constitución Nacional

35 Decreto 493/01, dictado el 30/4/01.

36 Ver por ejemplo, TFN, Sala B, “Magariños, Juan Carlos”, sentencia del 20/12/04; TFN, Sala B, “Boiteux, Miguel Angel”, sentencia del 2/8/04 y TFN, Sala D, “Maridon, Beatriz Josefa”, sentencia del 19/10/06.

37 Ver por ejemplo, TFN, Sala C, “Nerli, Antonio Alfredo”, sentencia del 19/10/06.

38 Ver, por ejemplo, Lorenzo, Armando y Cavalli, César M., “El hecho imponible en la obtención de ganancias por venta de acciones (a propósito de un nuevo dictamen de la PTN)”, Doctrina Tributaria Errepar, T. XXVI, pág. 1024.

39 CSJN, 31/10/89, “Sambrizzi, Eduardo c/Fisco Nacional s/Repetición”. En el caso, el impuesto creado por la ley 22.752, que gravaba los intereses pagados por depósitos a plazo fijo efectuados en entidades financieras, fue aplicado a un depósito de ese tipo cuya constitución era anterior a la entrada en vigencia de la ley, pero su vencimiento se producía con posterioridad. La Corte admitió la aplicación del impuesto aun sobre los intereses devengados antes de la entrada en vigencia de la ley.

40 CSJN, 24/11/81, “Angel Moiso y Cía.”. En el caso, la Corte admitió que normas publicadas en enero de 1971 fuesen obli-gatorias para la liquidación del impuesto sobre los beneficios eventuales correspondiente al año fiscal 1970.

prohíbe la aplicación retroactiva de la legislación penal, pero guarda silencio respecto de todo otro tipo de legislación, y iii) existen ciertos precedentes en los que la justicia tiene dicho que las leyes deben “cumplirse desde el momento de su promulgación y publicación, no dependiendo de ninguna manera que el Poder Ejecutivo decida reglamentarla o no. En tal sentido, es imperioso señalar que tanto la administración como los jueces deben acatarlas y ejecutarlas o hacerlas ejecutar en los casos concretos, haciendo las interpretaciones que correspondan a fin de salvar vacíos que pudieren suscitarse en ellos”⁴¹; también debe tenerse presente un antecedente que guarda gran analogía con el caso bajo examen.

Se trata de un asunto generado a raíz de la introducción en la Ley de Impuesto a las Ganancias en el año 1992⁴², del sistema de “renta mundial” como principio de atribución de las ganancias para los contribuyentes “residentes en el país”⁴³.

La legislación reformada contenía importantes omisiones: por ejemplo, no contenía una definición de “residentes en el país” y carecía de las precisiones necesarias para la liquidación del gravamen conforme el nuevo criterio. Tales omisiones recién fueron subsanadas en el año 1998 con la sanción de una nueva ley⁴⁴ que definió el nuevo mecanismo de tributación y estableció los principios que regirían la liquidación del gravamen, así como una serie de elementos imprescindibles para que la nueva estructura del tributo pudiera ser operativa.

Esa situación había llevado a varios contribuyentes a sostener que el principio de “renta mundial” instaurado en el año 1992, no resultó aplicable sino desde la sanción de la ley que, recién seis años más tarde, introdujo las especificaciones relevantes al efecto.

Tras el dictado de numerosos precedentes en favor de esta postura⁴⁵, ese criterio también fue confirmado por el máximo Tribunal en la causa “Devotto Solari, Oscar”⁴⁶, en la que la Corte –por remisión al dictamen de la Procuración General– ponderó la “necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria... y de que se preserve la seguridad jurídica, valor al que se le ha reconocido jerarquía constitucional”.

b) El escenario de una futura reglamentación “tardía” del mecanismo de ingreso del gravamen por parte del comprador

Además del categórico caso “Devotto Solari”, referido en el apartado anterior, en el pasado se han verificado casos en los que, de manera análoga a lo que podría ocurrir con la situación bajo examen, la reglamentación vinculada con el modo de ingreso de determinado gravamen se emitió de manera “tardía” o bien se modificaron reglamentaciones ya existentes.

Entre ellos, cabe mencionar el caso del decreto 692/98, que introdujo importantes modificaciones en la reglamentación existente hasta ese momento, con relación al impuesto al valor agregado. En el texto de ese decreto se aclaró específicamente que si bien la nueva reglamentación “surtirá efecto a partir de la entrada en vigencia de las normas que reglamentan” (es decir, de manera retroactiva), ella no sería aplicable cuando se trate de operaciones “realizadas con anterioridad a la fecha [de ese decreto] aplicando criterios distintos a los establecidos en las referidas normas”.

Por su parte, mediante la resolución general 1516/03, la AFIP modificó el modo de ingreso del impuesto a las ganancias ya devengado al momento de esa reglamentación para los supuestos de sociedades emisoras de obligaciones negociables que no hubieran cumplido ciertos requisitos establecidos en la ley del impuesto. Allí se acordaron plazos especiales para que esos contribuyentes hicieran efectiva la

41 “Román, Leandro (TF 16.809-A). Reconstrucción c/DGA”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, sentencia de fecha 13/4/11.

42 Ley 24.073.

43 Hasta entonces, rigió el principio de “fuente”, en virtud del cual tanto los residentes en la Argentina como los no residentes, sólo debían tributar por sus rentas derivadas de fuente argentina.

44 Ley 25.063.

45 Ver por ejemplo, causa “Moreno”, sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, del 29/5/02, confirmado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 20/2/07 y causa “Saguimo”, sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, del 17/9/07, confirmado por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal el 17/11/09, entre otras.

46 D. 501. XLIII. REX, 8/6/10.

obligación de ingresar el gravamen. Vale aclarar que la normativa no estableció intereses de ningún tipo ni sanción alguna.

Por otra parte, no debe perderse de vista que –según lo establece el Código Civil y Comercial de la Nación– *“para eximirse de las responsabilidades derivadas de la mora, el deudor debe probar que no le es imputable”*⁴⁷. La aplicación de esta norma a cuestiones de índole tributaria fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *“resulta aplicable a la ley tributaria la [normativa] que exige al deudor de las responsabilidades de la mora –intereses moratorios, etc.– cuando prueba que no le es imputable”*⁴⁸.

De esta manera, una eventual reglamentación posterior de parte del Fisco, que intime al ingreso del gravamen en el caso bajo análisis, mal podría dar lugar al reclamo de intereses resarcitorios que se hubieren devengado, en tanto la imposibilidad de cumplir le es atribuible a la omisión del propio Estado, que no reglamentó el mecanismo de ingreso del impuesto.

A ello debe agregarse que, según lo tiene dicho el máximo Tribunal, en materia tributaria el efecto retroactivo nunca se presume: *“la atribución de un efecto retroactivo requiere una disposición que de modo categórico así la prevea... máxime si se tiene en cuenta que, como principio, las mutaciones establecidas por ley en los criterios impositivos sólo rigen para lo futuro”*⁴⁹.

En todo evento, corresponde tener presente que la depreciación del valor del peso argentino juega a favor del contribuyente si, en el futuro, el Fisco decidiera instrumentar el ingreso del gravamen de manera retroactiva.

Es decir:

- no debe descartarse la posibilidad de que la AFIP reglamente, en un futuro, el mecanismo de ingreso del gravamen;
- existen casos en los que al reglamentar “tardíamente” o al modificar el modo de ingreso de determinados gravámenes, el Estado aclaró que la reglamentación no alcanzaba a las situaciones acaecidas con anterioridad a ella;
- la AFIP podría pretender la aplicación retroactiva de la eventual reglamentación, caso en el cual debería aclarar esa circunstancia en la propia normativa y establecer plazos a los fines del cumplimiento, y
- aun si en virtud del dictado de normativa que reglamente el mecanismo de ingreso del gravamen para las operaciones de compraventa ya formalizadas, la AFIP pretendiera el ingreso por las operaciones ya acaecidas, correspondería que se intime de pago al contribuyente, sin aplicación de intereses resarcitorios ni sanciones de ningún tipo.

c) El escenario de una reglamentación que, en el futuro, ponga en cabeza del vendedor la responsabilidad por el ingreso del gravamen

Cabe tener presente que ante el hipotético y poco probable escenario del dictado de una legislación reglamentaria del impuesto a las ganancias (ya sea un decreto del Poder Ejecutivo, ya sea una resolución de la AFIP), que en el futuro ponga en cabeza del *vendedor* la responsabilidad por el ingreso del gravamen, ese sujeto vendedor se vería ampliamente amparado por la *“garantía de reserva de ley en materia tributaria”*, que se encuentra enunciada en el artículo 17 de la Constitución Argentina (*“Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4”*⁵⁰).

Esta garantía ha resultado fortalecida luego de la reforma del texto constitucional realizada en 1994, ya que al regularse los casos en los que por razones de *“necesidad y urgencia”* el Poder Ejecutivo puede emitir decretos de contenido legislativo, se ha excluido expresamente la materia tributaria⁵¹.

47 Artículo 888.

48 Fallos: 304:203; 333:1817; entre otros.

49 Fallos: 239:58; 258:17; 262:60 y 268:446.

50 El artículo 4 aludido indica que el Tesoro Nacional se forma con el producto de (entre otros recursos) las *contribuciones que imponga el Congreso*.

51 Artículo 99, inciso 3: *“Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos de necesidad y urgencia...”*

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su jurisprudencia, ha mantenido una línea firme en el sentido de rechazar toda pretensión fiscal que no se sustente en una ley del Congreso. En este sentido, la Corte ha dicho reiteradamente que⁵²:

- los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que no sea el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas;
- ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones, y
- ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros puede crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo.

De lo expuesto se sigue que la hipotética pretensión de las autoridades fiscales argentinas, de reclamar el pago del gravamen al *vendedor*, con sustento en una eventual legislación reglamentaria que así lo prescriba, carecería de las más mínimas bases jurídicas y sería inconstitucional por violatoria de la *garantía de la reserva de ley*.

6. POSIBLES ALTERNATIVAS FRENTE A LA FALTA DE REGLAMENTACIÓN ACERCA DEL MECANISMO DE INGRESO DEL GRAVAMEN

Ante: i) la ausencia de reglamentación respecto del mecanismo para el ingreso de una eventual retención; ii) la imposibilidad material de ingresar lo eventualmente retenido, y iii) la fortaleza de los argumentos jurídicos que permiten sostener la improcedencia de la retención, no se han dado a conocer muchos casos en los que se haya practicado o ingresado retención alguna en supuestos de compraventa de valores negociables entre sujetos no residentes.

Se han debatido sin embargo –tanto en el ámbito académico como informalmente entre los contribuyentes– diversas opciones⁵³, ninguna de las cuales resulta plenamente de aplicación al caso de dos sujetos no residentes sin vínculo territorial con la Argentina.

7. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La gravabilidad de los resultados provenientes de la compraventa de valores negociables por parte de sujetos no residentes, es una política fiscal que también se verifica en otras jurisdicciones de la región.

a) Chile

La Ley sobre Impuesto a la Renta chilena prevé el pago único de un impuesto adicional a la renta, con una tasa del 35%, por parte de contribuyentes no residentes ni domiciliados en el país, que enajenen acciones, cuotas, títulos o derechos de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile⁵⁴.

Al contrario de lo previsto en la legislación argentina, en Chile el gravamen debe ser declarado y pagado por el *vendedor* no residente⁵⁵. Se prevé, por su parte, que si el impuesto no fuera declarado e ingresado por dicho *vendedor*, el Fisco chileno queda habilitado para perseguir su determinación e ingreso

52 Ver por ejemplo, sentencia de la CSJN recaída en la causa “Selcro SA c/Jefatura de Gabinete s/Amparo”, fallo del 21/10/03.

53 Entre ellas, el ingreso del gravamen por parte del representante legal del comprador inscripto en el país conforme el artículo 123 de la Ley de Sociedades; el ingreso del gravamen por aplicación de manera “analógica” del procedimiento previsto en la resolución general 2139 para la transferencia de bienes inmuebles, cuotas y participaciones sociales; el ingreso del gravamen por aplicación –también “analógica”– del régimen previsto en la resolución general 3726 para “ingresos sustitutivos de retenciones en carácter de regímenes especiales de ingreso a cargo de los sujetos receptores de las rentas u operaciones, como beneficiarios de los pagos u otro carácter”; la presentación de una nota ante el organismo de recaudación por la que se le haga saber que se efectuó un *escrow* y que el monto en cuestión se encuentra a disposición del Fisco a la espera de una reglamentación al respecto; la designación, por parte del comprador, de un agente de pago residente en la Argentina; la formulación de una “consulta vinculante” ante el organismo de recaudación; el inicio de medidas judiciales; el pago por consignación judicial; el ingreso por parte del agente de bolsa si se trata de acciones que cotizan o inclusive por parte de un escribano interviniente en la operación.

54 Artículo 58 de la Ley del Impuesto a la Renta.

55 Conf. artículos 65, número 1, y 69 de la Ley del Impuesto a la Renta.

por parte del comprador de los valores negociables, quien responde solidariamente y en conjunto con la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos.

La legislación de ese país es minuciosa respecto de la obligación de los no residentes de presentar Declaraciones Juradas anuales y el procedimiento para hacerlo.

b) Brasil

En esta jurisdicción, las operaciones bajo análisis también se encuentran –verificados ciertos requisitos– alcanzadas por el *Imposto de Renda* a una alícuota del 15%.

El gravamen debe ser determinado e ingresado por un apoderado del *comprador* no residente⁵⁶, quien resulta el único responsable en caso de incumplimiento⁵⁷.

c) México

En México, se entiende que en la compraventa de acciones existe fuente de riqueza, cuando: a) sea residente en México la “persona moral” que haya emitido las acciones, o b) cuando el valor contable de dichas acciones provenga directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.

Por lo tanto, la enajenación de acciones por dos residentes en el extranjero de una compañía que cumpla cualquiera de los dos supuestos anteriores, estaría sujeta al pago de impuesto sobre la renta en ese país.

De conformidad con la legislación mexicana, cuando se trate de enajenación de acciones de una sociedad mexicana entre residentes en el extranjero, el pago de las contribuciones sólo puede ser exigido al residente en el extranjero que haya percibido el ingreso.

El impuesto se realiza mediante aplicación de una tasa del 25% sobre el monto total de la operación, y debe ser ingresado directamente por el enajenante a través de una declaración ante las autoridades mexicanas. Si el *vendedor* tiene representante legal en México, este último será el encargado de presentar la declaración.

A pesar de lo anterior, en caso de que el vendedor no cuente con representante legal, y por tanto, sea el obligado a realizar el pago directamente, la legislación mexicana no prevé un mecanismo para exigir el cumplimiento de la obligación en el caso de que el residente en el extranjero no pague el impuesto.

No obstante lo anterior, México ha incluido en los Convenios para evitar la Doble Tributación que ha celebrado con diversos países, un artículo relativo a la asistencia entre países para el cobro efectivo de impuestos; sin embargo, en la práctica, este artículo aún es de escasa aplicación.

En cuanto a la responsabilidad, dado que se trata de obligaciones fiscales propias de la parte vendedora, ni el comprador ni su representante legal ni la sociedad emisora de las acciones tienen obligación principal o solidaria alguna.

Es importante mencionar, que para el caso de que las acciones sean enajenadas a un valor menor que aquel que le corresponda, la diferencia entre el precio pactado y su precio real (que determinen las autoridades mediante avalúo) será considerado como ingreso para el adquirente o comprador. En este caso, para el ingreso del impuesto se aplicarán las mismas reglas mencionadas en los párrafos anteriores⁵⁸.

d) Paraguay

En virtud de la legislación paraguaya, se encuentran gravadas por el impuesto a la renta personal, las ganancias de capital (aun las obtenidas por no residentes), que provengan de la venta de títulos, acciones

56 Lei 10.833, artigo 26: “O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o artigo 18 da lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995 [plusvalía de no residentes], auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil [por ‘bens’ se entiende también los valores negociables]”. Ver también la reglamentación por la “instrução normativa 407/2004 <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15307>.”

57 Se agradece la colaboración de Marcos Andre Vinhas Catão (Vinhas & Redenschi, Río de Janeiro, Brasil) para la investigación del régimen aplicable en ese país.

58 Se agradece la colaboración de Dorothy Lerch Huacuja (Anaya Abogados Asociados, México DF) para la investigación del régimen aplicable en ese país.

y cuotas de capital. Ello así, siempre que no se trate de: i) títulos de deuda emitidos por las sociedades autorizadas por la Comisión Nacional de Valores, y ii) valores negociables comercializados a través de la Bolsa de Valores.

Por su parte, la renta originada en estas operaciones también queda alcanzada por el Impuesto a la Renta, a las Actividades Comerciales, Industriales y de Servicios, respecto de lo que la legislación establece: “[En los casos de] *personas domiciliadas o entidades constituidas en el exterior y sus sucursales, agencias o establecimientos que realicen actividades gravadas en el país... La casa matriz deberá tributar por las rentas netas que aquellas le paguen o acrediten*”^{59 60}.

e) Bolivia

En este país, las ganancias de capital provenientes de la venta de acciones y otros valores negociables⁶¹ se encuentran alcanzadas por el Impuesto sobre las Utilidades de las Empresas - Beneficiarios de exterior, que aplica sobre las rentas de fuente boliviana obtenida por sujetos no residentes. Al efecto, la normativa prevé una alícuota del 25% sobre el 50% de la renta pagada⁶² (alícuota efectiva del 12,5%).

La responsabilidad por el ingreso en cabeza del *comprador* no residente deriva en la generación de varios problemas prácticos para el cumplimiento de esta obligación, situación aún no abordada enteramente por la normativa.

Al respecto, la práctica usual del mercado suele consistir en la utilización de la figura de “subrogación de pago” prevista en el Código Tributario o la declaración e ingreso del tributo mediante utilización del número de identificación tributaria, situación que ha sido habitualmente aceptada para los sujetos que no cuentan con registro ante el Servicio de Impuestos Nacionales^{63 64}.

Por su parte, también resulta de interés mencionar el caso de algunas jurisdicciones extrarregionales, que también gravan el resultado de operaciones de compraventa de valores negociables entre no residentes y contienen extensas regulaciones acerca de su determinación e ingreso. Tomaremos a modo de ejemplo las siguientes.

f) China

Con alícuotas de entre el 10% y el 25%, recientemente, la legislación china incorporó un gravamen específico sobre las transferencias de valores negociables entre no residentes⁶⁵, la que además contiene previsiones acerca de transferencias realizadas sin propósito comercial “razonable” y al solo efecto de eludir el Impuesto a las Corporaciones de China.

En cuanto al mecanismo de cobro, en virtud de la normativa aplicable pueden darse dos escenarios:

- i) *reporte voluntario de las partes intervinientes en la operación*: la ley impone formalidades de determinación e ingreso tanto en cabeza del *comprador* como del *vendedor*;
- ii) *reporte compulsado por la autoridad fiscal*: si el organismo de recaudación de cualquier manera accede a información sobre una transacción indirecta gravada, esta puede requerir información a las partes intervinientes en esa operación⁶⁶, a los fines de determinar la materia imponible. Interesante re-

59 Ley 125/91 y ley 2421/04.

60 Se agradece la colaboración de Nestor Loizaga (Ferrere, Asunción, Paraguay) para la investigación del régimen aplicable en ese país.

61 A excepción de las obtenidas por negociaciones “en ruedo de bolsa”, que gozan de exención.

62 El restante 50% constituye una presunción absoluta de gastos y, por tanto, se resta de la renta obtenida.

63 Por el momento no se dieron a conocer rechazos por parte del Fisco de los pagos realizados mediante estos mecanismos, en tanto la normativa prohíbe categóricamente a los funcionarios de la Administración Tributaria rechazar cualquier pago que se realice, sea parcial o completo, para satisfacer la obligación.

64 Se agradece la colaboración de Luis A. Valda Y. (Criales, Urcullo & Antezana, La Paz, Bolivia) para la investigación del régimen aplicable en ese país.

65 Impuesto a las transferencias de acciones: Circular 698, complementada por el “Announcement 7” del año 2015 (“Inn direct offshore disposal rules”).

66 i) Información relacionada con cómo la transacción fue estructurada y ejecutada; ii) Información relativa a la compañía extranjera y sus subsidiarias que directa o indirectamente posean activos imponibles en China; iii) Reporte de valuación y otras bases utilizadas para determinar el examen de la transferencia de valores negociables; iv) Implicancias fiscales extranjeras relacionadas con la transferencia indirecta; v) Información que avale la equidad de la transferencia con una transacción con propósito comercial razonable o una transacción calificada como reestructuración interna.

sulta aclarar que este requerimiento puede ser cursado tanto a *compradores y vendedores*, y también así a sus *asesores* contables y jurídicos.

Asimismo vale señalar que varios convenios para evitar la doble imposición, celebrados entre China y otros países, prevén o bien alícuotas reducidas o directamente exenciones para las rentas generadas por este tipo de operaciones⁶⁷.

g) Israel

Más allá de ciertas exenciones previstas en la legislación israelí, existen hipótesis en las que no residentes están sujetos a impuestos israelíes en cuanto a las ganancias obtenidas en relación con la compra-venta de valores negociables vinculados con entidades residentes en Israel.

En estos casos, recae en cabeza del *vendedor* de los títulos la obligación de determinación e ingreso del gravamen, que debe realizarse por intermedio de un “representante israelí a los efectos fiscales”, quien se encuentra facultado a realizar el pago de los impuestos con el dinero proveniente de los activos de la entidad extranjera⁶⁸.

67 Ver *Multi-Jurisdictional Guide. Tax on Transactions*, Practical Law Company, pág. 52.

68 Ver Capítulo “Taxation”, en el documento titulado “Invest in Israel”, emitido por el Ministerio de Economía del Estado de Israel (<http://www.investinisrael.gov.il/>).

