

TÍTULO:	IMPUESTO A LAS GANANCIAS. PASIVOS FINANCIEROS O APORTES DE CAPITAL. PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA
AUTOR/ES:	Amaro Gómez, Richard L.
PUBLICACIÓN:	Práctica y Actualidad Tributaria (PAT)
TOMO/BOLETÍN:	XXIV
PÁGINA:	-
MES:	Enero
AÑO:	2018
OTROS DATOS:	-

RICHARD L. AMARO GÓMEZ

IMPUESTO A LAS GANANCIAS. PASIVOS FINANCIEROS O APORTES DE CAPITAL. PRINCIPIO DE LA REALIDAD ECONÓMICA

ANTE DOS RECIENTES DICTÁMENES DE LA PROCURADORA FISCAL (LAURA M. MONTI)

La siguiente colaboración tiene por finalidad analizar, desde un enfoque teórico, el tratamiento en el impuesto a las ganancias de los pasivos financieros contraídos con compañías vinculadas del exterior y su posible recalificación como aporte de capital -[Ins. Gral. \(AFIP\) 747/2005](#)- en el marco de dos recientes dictámenes de la Procuradora Fiscal (Laura M. Monti) en las causas "[Transportadora de Energía SA c/DGI s/recurso directo de organismo externo](#)", CAF 39109/2014/3/RH2 y CAF 39109/2014/2/RH1, ambas de fecha 29 de junio de 2017, dadas a conocer el 29 de agosto de 2017.

INTRODUCCIÓN ⁽¹⁾

En primer lugar, debemos recordar que nuestra ley de procedimientos tributarios (L. 11683) esbozó, en sus artículos 1 y 2, la denominada *teoría o principio de la realidad*

económica, al reglar los criterios para la interpretación y aplicación de las leyes de naturaleza tributaria:

Art. 1 - *En la interpretación de las disposiciones de esta ley, o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica. Solo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.*

Art. 2 - *Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando estos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes, se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.*

Esta teoría o principio está dirigido a interpretar las leyes tributarias atendiendo a la veracidad de los hechos de naturaleza económica llevados a cabo con prescindencia de la forma jurídica que se le haya dado a dichos hechos. En otros términos, el principio de la realidad económica consiste en interpretar las leyes prescindiendo de las estructuras jurídicas que utiliza el contribuyente, que pueden ser inadecuadas o no responder a la realidad económica de los hechos en ciertos casos. Por esta razón, se atiende a la situación económica real. Al realizar un negocio determinado, el contribuyente tiene una voluntad jurídica (la forma legal para llevar a cabo el negocio) y una voluntad empírica (el resultado económico que se quiere obtener). La voluntad empírica puede coincidir con la voluntad jurídica: por ejemplo, un contribuyente quiere vender un auto (voluntad empírica) y ello se instrumenta mediante un contrato de compraventa (voluntad jurídica). Pero hay otros casos en los cuales no se produce esta coincidencia, ya que adoptando una determinada forma legal para un determinado negocio se pretende evitar el tributo; esto sucedería, por ejemplo, si en vez de vender mediante un contrato de compraventa el contribuyente utilizara la figura de la donación y luego tratara de obtener el dinero del comprador mediante la figura de un préstamo. Todo esto para el supuesto caso de que los contratos de compraventa estén gravados por determinados impuestos, y los de préstamo en forma distinta a los de la donación. Este ejemplo nos lleva a concluir que la realidad económica del negocio es una compraventa, por más que se trate de aparentar mediante otras formas jurídicas otro negocio. Por ende, en ciertas ocasiones la forma jurídica adoptada (aspectos externos) no es la típica utilizada en la práctica, razón por la cual esto puede conllevar a analizar la intención de las partes, porque las formas jurídicas se pueden utilizar para eludir los tributos.

No obstante, la teoría o el principio de la legalidad encuentra su límite en el principio constitucional de legalidad o reserva de la ley. En este marco, debemos recordar que, dado que las leyes tributarias crean obligaciones coactivas, su fuente siempre debe ser la ley. Por ello, la hipótesis de incidencia tributaria debe surgir propiamente de ella; esto se refleja en el principio de legalidad antes mencionado y sustentado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional, el cual sostiene que nadie puede ser obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Para Héctor Villegas, *“el principio de legalidad es el límite formal respecto al sistema de producción de normas. El principio de legalidad requiere que todo tributo sea sancionado*

por una ley, entendida esta como la disposición que emana del órgano constitucional que tiene la potestad legislativa conforme a los procesos establecidos por la Constitución para la sanción de leyes". (2)

El principio de legalidad se basa en la frase "*Nullum tributum sine lege*", es decir, no hay tributo sin ley, así como también en la frase "*no taxation without representation*"; es decir, no hay tributo sin representación. Este último principio se sustenta en la idea de que el tributo es una restricción del derecho de propiedad, ya que trae aparejada una detracción de parte de la riqueza de los particulares en forma obligatoria. De ahí la necesidad de que un tributo tenga el consentimiento del pueblo a través de sus representantes:

"Art. 22 - El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución".

El principio de legalidad halla su fundamento en la necesidad de proteger a los sujetos pasivos en su derecho de propiedad. Los tributos importan restricciones a dicho derecho. De allí que se considere que no es legítimo el tributo si no se obtiene por decisión de los órganos representativos de la soberanía popular.

Ahora bien, la aplicación de la teoría o del principio de la realidad económica puede implicar en ciertos casos la vulneración del principio de la legalidad en los casos en los cuales se aplique la ley tributaria a supuestos distintos de los contemplados por el legislador, cuando no hay indicios serios y concordantes que lleven a suponer que el contribuyente adoptó una determinada figura jurídica para simular el verdadero negocio económico a fin de no tributar los respectivos impuestos o tributar menos. Ello es así, dado que el tributo debe ser creado por ley para su aplicación a los supuestos o hechos imposables específicamente tipificados, por lo cual, salvo casos en los cuales existan elementos suficientes para presumir que el hecho imponible se evitó mediante una figura jurídica manifiestamente inadecuada, el Fisco no podría aplicar la teoría o el principio de la realidad económica.

Hecha esta introducción, ahora debemos recordar que toda compañía por lo general puede tener las siguientes fuentes de financiación, básicamente:

- a) la genuina, que es la generada por la propia actividad económica;
- b) la externa, que viene dada por préstamos o aportes de capital.

En cuanto a esta última, véase que desde la óptica del impuesto a las ganancias no tienen el mismo tratamiento, dado que en los préstamos se admite, en general, la deducción de intereses y diferencias de cambio, mientras que en los aportes de capital no existen tales conceptos a deducir ni similares. Por ende, las operaciones de préstamo tienen un tratamiento más benévolo en el impuesto que nos ocupa. Es por eso que en algunas ocasiones el Fisco presumió que ciertas empresas han intentado encuadrar verdaderos aportes de capital de accionistas como operaciones de préstamo a fin de ahuecar la base imponible del impuesto a las ganancias.

Este tema adquirió relevancia con la crisis económica del año 2002, debido a la devaluación constante del peso frente al dólar producto de la crisis económica, lo que trajo aparejado que el Fisco salga a cuestionar ciertos préstamos efectuados por empresas vinculadas del exterior a sociedades locales, recalificándolos como aportes de capital aplicando para ello la teoría o el principio de la realidad económica. Ello obviamente basado en ciertos indicios que, siendo graves y contundentes, en opinión del Fisco lo llevaban a sostener que las operaciones celebradas no eran verdaderas operaciones de préstamo, o mutuos, sino aportes de capital. Bajo tales premisas,

ajustaba el impuesto a las ganancias impugnando la deducción de intereses y las diferencias de cambio.

Pero el Fisco fue aún más lejos, dado que el 21 de noviembre de 2005 emitió la instrucción general (AFIP) 747/2005, en la que consagró las pautas para determinar cuándo no corresponde considerar la existencia de un pasivo entre empresas vinculadas. En este contexto, enumeró los siguientes parámetros para presumir la existencia de un aporte de capital en lugar de un préstamo:

- a) Cuando se carece de un instrumento público o privado de fecha cierta (art. 2246, CC, a fin de probar la existencia del contrato de mutuo).
- b) Cuando no existe un plazo expreso de devolución, y en los hechos tampoco ha habido restitución alguna del capital y de los intereses.
- c) Cuando resulta evidente que el dador no espera la devolución de las remesas efectuadas.
- d) Cuando la cuantía de los fondos obtenidos no guarda una proporción razonable con los activos amortizables.
- e) Cuando falta documentación respaldatoria del ingreso de los fondos al país.

Por otra parte, enunció lo siguiente:

"Asimismo, y a fin de diferenciar un futuro aumento de capital de un préstamo, se enuncian algunos atributos a tener en cuenta:

- a) 'La intención que debe primar entre las partes' (si por lo ingresado en la sociedad no se espera una participación societaria, sino la devolución del mismo aporte u otra contraprestación diferente, no hay aporte; habrá préstamo u otra prestación similar).*
- b) 'Vocación de permanencia' (debe existir una vocación de permanencia tanto por la conducta del aportante como para el 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).*
- c) 'Sujeción al riesgo empresarial' (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 si un préstamo puede tratarse como aporte de capital y sus intereses como dividendos)".*

En consecuencia, el Fisco tiene una facultad discrecional muy amplia basada en ciertos elementos, como pueden ser tasas de interés muy bajas en relación a las que se pactan en el mercado, falta de instrumentación del contrato de mutuo, falta de garantías, plazos muy prolongados de restitución de las sumas prestadas en relación a los préstamos pactados en el mercado o refinanciamientos constantes, entre otros, el recalificar una operación de préstamo (o mutuo) como aporte de capital, y así ajustar las deducciones de intereses y diferencias de cambio, en este último caso tanto del capital como de los intereses en la medida en que se hayan deducido del balance fiscal.

LA CAUSA MÁS RECIENTE QUE EXISTE EN LA MATERIA

La causa más reciente que existe en la materia es "Dique Uno Inversiones SA" del Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B, del 24 de octubre de 2016 (dada a conocer en febrero de 2017), en la que se trató de una compañía dedicada a efectuar desarrollos inmobiliarios para lo cual recibió varios préstamos de una intercompañía situada de

Suecia, perteneciente al mismo grupo económico, dedicada a financiar actividades de empresas vinculadas.

El Fisco alegó la vocación de permanencia de los préstamos en base a varios indicios sin cuestionar que no hubo contrato por escrito para instrumentar los mismos.

Al respecto, el Tribunal sentenció:

- que teniendo en cuenta la vinculación económica existente y la vocación permanente del capital, el pasivo alegado por la contribuyente como generador de diferencias de cambio no se corresponde con el principio de libre concurrencia, siendo admisible su encuadre como un "aporte de capital", por lo cual cabe la impugnación de los intereses y de las diferencias de cambio;
- que ello es así considerando que, entre otros:
 - a) resulta inverosímil el plazo pactado para la devolución teniendo en cuenta el negocio que se plantea;
 - b) sin la posibilidad de renovación constante hubiera sido imposible que el contribuyente mantuviera el nivel de endeudamiento entre partes independientes;
 - c) el endeudamiento representa más del activo social de la firma y su objetivo no versó en obtener renta, sino en servir a la actividad del grupo empresario;
 - d) la sociedad local no tenía, al momento de obtener los préstamos, capacidad para solventar los mismos;
 - e) los plazos de devolución fueron incumplidos, siendo inexistente un plazo concreto de devolución;

En consecuencia, y más allá de la flexibilidad del cumplimiento de ciertos requisitos entre empresas vinculadas para encarar transacciones que no se podrían obviar entre independientes, el Tribunal consideró que, en el caso particular, no se observó el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales para demostrar el supuesto préstamo.

LOS HECHOS DE LAS CAUSAS DEL DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL

Todo se inició cuando la empresa Transportadora de Energía SA (en adelante, la sociedad o la compañía, o TESA) contrajo en el año 2001 con su controlante del exterior, situada en la República Federativa de Brasil, varios contratos de mutuo (o préstamos) pactados en dólares estadounidenses con la Companhia de Interconexão Energética (CIEN, en adelante).

El Fisco verificó en base a ciertos indicios:

- a) la extensión o prórroga de los plazos para el pago del capital y de los intereses;
- b) que el capital social de la compañía solo ascendía a \$ 12.000;
- c) que parte de los intereses se capitalizó;
- d) que la devolución de lo prestado quedó supeditado al resultado de la gestión, entre otros; interpretó que por aplicación de la teoría o el principio de la realidad económica correspondía recalificar dichos préstamos o contratos mutuos a aportes de capital.

Bajo las premisas antes indicadas efectuó un ajuste fiscal en el cual se impugnaron las deducciones en el impuesto a las ganancias de los conceptos de:

- a) diferencias de cambio, e
- b) intereses en relación al pago de intereses y devoluciones del capital de los referidos préstamos.

Todo esto correspondiente al ejercicio fiscal 2002, por lo cual el quebranto se redujo de \$ 117.785.219,60 a \$ 64.983.457,34.

LAS SENTENCIAS DE LAS INSTANCIAS ANTERIORES

A su turno, tanto el Tribunal Fiscal de la Nación como la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, confirmaron el criterio fiscal.

El Tribunal Fiscal consideró en general que la estructura de los contratos de mutuos se alejaba de un verdadero contrato comercial de préstamo de dinero, asemejándose a un aporte de capital efectuado por un accionista para el giro operativo de la compañía local, con un holgado compromiso de devolución, al supeditar esta a la existencia de rentabilidad de las actividades económicas. También consideró que no se respetaron los plazos para la cancelación de lo prestado (capital e intereses), entre otros argumentos.

La Cámara, por su parte, sostuvo que la sociedad no logró demostrar que había celebrado verdaderas operaciones de préstamo con su controlante del exterior, no acreditando la falta de vocación de permanencia de los fondos prestados, y que las sucesivas prórrogas otorgadas para la cancelación de los préstamos avalaban la conclusión a la que arribó el Tribunal Fiscal, entre otros fundamentos.

EL DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL (LAURA M. MONTI)

Por su parte, la Procuradora Fiscal (Laura. M. Monti) sentenció (en la causa CAF 39109/2014/3/RH2) lo siguiente:

"En primer lugar, creo que es imprescindible indicar que está fuera de debate en la presente causa:

- a) que TESA es una empresa constituida en Argentina, cuyo capital social, en un 99,99% pertenece a CIEN, empresa constituida en la República Federativa de Brasil;*
- b) que TESA se dedica, con exclusividad, a prestar el servicio público de transporte de energía eléctrica entre el nodo 'Rincón de Santa María' (en nuestro país) y el nodo 'Frontera Garabí 11' (en Brasil) actuando **como** transportista de interconexión internacional;*
- c) que suscribió dos contratos en los que, a título de préstamo, obtuvo de CIEN las sumas de U\$S 1.500.000 el 23/5/2001 y de U\$S 28.800.318 el 10/7/2001;*
- d) que dichos contratos fueron suscriptos bajo condiciones de mercado, es decir como si se tratase de partes independientes, justificándose el proceder en sendos estudios de precios de transferencia, tal como lo establece la ley de impuesto a las ganancias. Este punto no ha sido objeto de cuestionamiento por parte del Fisco (ver resolución determinativa de oficio, en especial fs. 11/11 vta.);*
- e) que dichos fondos fueron aplicados por la actora a la construcción de la línea de interconexión de transporte de energía eléctrica, y a su operación y mantenimiento;*

f) que tampoco se ha controvertido por el Fisco que, a pesar de que el capital social de TESA es de \$ 12.000 (el mínimo legal), al momento de solicitar los préstamos indicados se respetaron las normas sobre infracapitalización contenidas en la ley del gravamen (art. 81 y conchs.), y que su ratio de endeudamiento durante el ejercicio fiscal 2002 era de 2,4, resultante de dividir el total de préstamos recibidos (\$ 163.018.583) por la cifra representativa de su patrimonio neto (\$ 66.870.396) (cfr. Anexo VIII del escrito de contestación de la vista oportunamente corrida). Tampoco el Fisco ha alegado ni puesto en duda que tal ratio se hubiese visto superada en ejercicios subsiguientes;

g) que el 28/12/2001 se realizó una cancelación parcial por U\$S 8.030.000 y que el 7/3/2002 se realizó otra por U\$S 1.500.000;

h) que hubo negociaciones y acuerdos con el fin de renegociar la deuda impaga, según la evolución del giro comercial de TESA, firmándose varios documentos ("addendas") al respecto.

...VI - En síntesis, el ajuste fiscal -que fue confirmado por las instancias de grado- se basa en los siguientes ejes argumentales:

1. Que TESA, al ser dominada al 99,99% por CIEN, carece de interés contrapuesto, por lo que su voluntad estaría dominada por su controlante.

2. Que ningún operador independiente hubiera prestado desde el exterior tales sumas a una empresa con un capital social tan exiguo, ni hubiera estado dispuesto a refinanciar en tantas oportunidades esa deuda sin exigir su ejecución ante la falta de pago.

3. Que la devolución de las sumas quedaba supeditada al éxito del giro comercial de TESA. Es decir que, con apoyo en estos argumentos, el Fisco concluyó forzosamente tanto en que CIEN no tuvo nunca la voluntad de exigir el pago de las acreencias como en que, paralelamente, TESA careció en todo momento de la voluntad de pagar las sumas de dinero mencionadas, las que, solicitadas a mero título de préstamo, constituyen en verdad, por aplicación del principio que ordena atender a la realidad económica (arts. 1 y 2, L. 11683), un aporte de capital.

VII - De acuerdo con el relato que antecede, y tras estudiar el razonamiento del Fisco -compartido en lo sustancial por el a quo-, encuentro dos obstáculos que, **a mi juicio**, resultan insalvables para poder coincidir con las instancias de grado en la calificación de las operaciones observadas como un aporte de capital de CIEN a TESA.

El primero de ellos se funda en que, según observo, esa calificación se asienta, fundamentalmente, en el hecho de la falta de pago oportuno del mutuo. En efecto, está fuera de debate que la deuda fue contraída por TESA, es decir los dos giros monetarios realizados por CIEN en 23/5/2001 por U\$S 1.500.000 y en 10/7/2001 por \$ 28.800.318. Pero, según pienso, del mero incumplimiento de un acuerdo no se puede derivar sin más, y sin considerar las circunstancias de cada caso, una mutación en la naturaleza jurídica de un instituto, ya que ello importaría, derechamente, dejar librada la sustancia jurídica de todo acto a lo que pudiera suceder a la postre, es decir, supeditando toda conclusión a lo que los hechos ulteriores determinasen.

Por otra parte, y esto es fundamental para descalificar la sentencia apelada, observo que tanto el Fisco primero (ver resolución determinativa, en especial fs. 16/7 vta.) como el Tribunal Fiscal luego (ver fs. 109) y, finalmente, la Cámara (ver, en especial, fs. 443) clausuraron toda posibilidad de que la actora llevase a cabo una serie de medidas probatorias -fundamentalmente la prueba pericial contable-. Tales diligencias

estaban orientadas a dilucidar las razones del incumplimiento, las que dicha parte fundó:

a) en la crisis económica desatada a finales del año 2001 -que VE calificó acertadamente en Fallos: 325:28, entre otros, como de extrema gravedad-;

b) en la consecuente devaluación de la moneda, tras la declaración de emergencia económica, social y financiera que se produjo con la ley 25561 y sus normas complementarias;

c) y también en la modificación de las condiciones del negocio que había encarado, puesto que la intervención estatal en el mercado del transporte de energía eléctrica la privó de obtener los ingresos previstos a partir de la explotación de la obra realizada - y para la cual había solicitado y obtenido los fondos de parte de CIEN-; es decir que se impidió a la actora, sin fundamento válido, que acreditase que no pudo cobrar el canon por la exportación de energía eléctrica, ya que su red comenzó a ser utilizada para la importación de ella desde Brasil.

A más inri, en el considerando VII de la sentencia recurrida se indica que si bien la actora aportó prueba documental, de ella no se desprendería necesariamente que hubieran ocurrido los efectos económicos que explicarían las causas de la falta de pago oportuno del crédito tomado (confr. fs. 445, párrafos cuarto y ss.), para lo cual hubiera sido necesario llevar a cabo otras medidas probatorias. Es decir, se achaca a la actora negligencia respecto de la tarea de probanza que, propuesta oportunamente por ella, el propio juzgador denegó.

Advierto entonces una palmaria arbitrariedad en la decisión recurrida, puesto que, tras privar a la parte de la posibilidad de demostrar los hechos en que fundaba la falta de pago tempestivo de la deuda contraída, le enrostra precisamente que no acreditó ese hecho y, seguidamente, se procede a recalificar el contrato por aplicación de la doctrina de la realidad económica basándose en el incumplimiento contractual y atribuyendo una voluntad inicial de incumplir.

VIII - En segundo lugar, y aun cuando se prescindiera de lo anterior, tengo para mí que los hechos tomados en cuenta por el Fisco Nacional no permiten, sin más ni más, recalificar un contrato de mutuo en uno de aporte de capital.

En efecto, y a modo de simple ejemplificación, señalo los siguientes puntos que, entiendo, se erigen como vallas para aplicar el principio de la realidad económica tal como se ha hecho en la presente causa.

En primer lugar, que se ha omitido tomar en cuenta las cancelaciones parciales de capital realizadas por TESA (por ejemplo, las de fechas 1/11/2001 por U\$S 715.265,15; 20/12/2001 por U\$S 8.030.000; 31/3/2002 por U\$S 1.500.000, entre otras). Estos pagos, que están fuera de debate y cuya consideración fue eludida tanto por el Fisco como por las instancias de grado, obligarían -cuanto menos- a segmentar la recalificación del contrato cuestionado, tomando como mutuo la parte en que fue cancelado, y como aporte de capital la restante (dicho ello desde la lógica del Fisco que, como he señalado, no comparto).

En segundo término, y en forma concomitante con lo anterior, advierto que se ha desestimado el valor cancelatorio del pago de los intereses que TESA alegó haber realizado por medio de su capitalización. El Fisco basó ello exclusivamente en señalar que, de acuerdo con el artículo 18 de la ley del gravamen, debe existir una real puesta a disposición de tales fondos para CIEN. Sin embargo, este aserto omite el hecho de que CIEN es controlante del 99,99% de TESA, por lo cual no se advierte óbice para que

aquella elija el momento en el que podrá hacerse con las acciones que quedaron a su disposición al tiempo de ser emitidas, al estar en manos de su propia controlada.

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

Cabe recordar aquí, como ha indicado Vuestra Excelencia en Fallos: 335:121, que 'la relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente (respecto de la sociedad dominante), ni anula su capacidad jurídica tributaria' (Fallos: 286:97). Es decir que un mismo hecho -la indudable vinculación económica entre 2 empresas- es apreciado de forma diversa según convenga o deje de convenir al interés fiscal, puesto que, por un lado, este se pone de relieve (vgr., al momento de cuestionar la voluntad de devolución de TESA), pero por otro se omite tomarlo en consideración (vgr., al momento de evaluar la puesta a disposición de las acciones producto de la capitalización de esos intereses pagados).

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

Por una parte, los hechos desmienten este aserto, toda vez que TESA alegó haber recibido un préstamo de parte del Banco Interamericano de Desarrollo por U\$S 40.000.000 durante 2001 y 2002, el cual no fue objeto de ajuste ni de consideración alguna. Este hecho no fue desmentido ni cuestionado por el Fisco (ver resolución determinativa, fs. 4 vta., párrafo 50).

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

*Arribado a este punto, estimo prudente recordar que el principio de la realidad económica, previsto en los ya citados artículos 10 y 20 de la ley de rito fiscal, ha sido tratado en reiteradas ocasiones por Vuestra Excelencia, como por ejemplo en la causa de Fallos: 328:130, 'Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe c/Dirección General Impositiva', del 22/2/2005, en el que afirmó que 'para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se debe atender a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente **realicen**, persigan o establezcan los contribuyentes (art. 2, L. 11683). Ello, en consonancia con el principio de la realidad económica, al que alude el artículo 1 del citado ordenamiento'. Y para la aplicación del instituto se requiere que existan motivos serios por los cuales quepa dejar de lado la configuración de un determinado negocio jurídico para reencuadrarlo en aquel otro que mejor se adecue a la sustancia económica del asunto o a la auténtica intención jurídica de las **partes***

intervinientes, circunstancias que, por lo ya expuesto, considero que no se hallan en la presente especie.

Además, también ha dicho con firmeza esa Corte en Fallos: 319:3208, 'Autolatina Argentina SA (TF 12.463-1) c/Dirección General Impositiva', del 27/12/1996, que 'sin desconocer la significativa importancia que tiene en esta materia el principio de la «realidad económica», su aplicación no puede conducir a desvirtuar lo establecido específicamente por las normas legales que regula concretamente la realidad tributaria. Una conclusión contraria afectaría el principio de reserva o de legalidad...; supondría paralelamente un serio menoscabo al de seguridad jurídica..., e importaría prescindir de la necesidad de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas respectivas en materia tributaria'...

*En resumen, y a modo de colofón, considero que los argumentos del Fisco que intentan sustentar la **'falta de intención de devolución de los fondos', o la 'vocación de permanencia'** de ellos en el patrimonio de TESA, se asientan en afirmaciones de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) sin respaldo suficiente en documentos, dichos o hechos comprobados de las partes. Y, en tal sentido, la sentencia apelada luce desprovista de apoyo y encuadra en los cánones de la inveterada doctrina de Vuestra Excelencia sobre la arbitrariedad de las decisiones judiciales que no resultan de la subsunción de los hechos de la causa en las normas que les resulten aplicables".*

En función de lo expuesto, la Procuradora Fiscal (Laura M. Monti) dictaminó que resulta procedente el recurso extraordinario y que cabe revocar la sentencia apelada ordenando que se dicte una nueva sentencia de acuerdo a los lineamientos trazados en el dictamen de marras.

Adicionalmente, en la causa que lleva el mismo nombre y misma fecha (CAF 39109/2014/2/RH1) la Procuradora Fiscal se remitió al dictamen antes analizado.

REFLEXIÓN FINAL

Sin perjuicio de otras opiniones que vayan en sentido contrario, creemos que es un acertado dictamen de la Procuradora Fiscal que puso de relieve que el principio de la realidad económica no puede aplicarse sin la existencia de elementos contundentes que pongan en evidencia que existe una manifiesta dicotomía entre la figura jurídica adoptada y la realidad de la operación. Es inadmisibles gravar supuestos distintos de los contemplados por el legislador, razón por la cual el principio de la realidad económica debería aplicarse con mucho cuidado, permitiéndole al contribuyente producir toda la prueba posible a fin de acreditar la realidad de los hechos, cosa que no ocurrió en el caso.

Si bien la instrucción general (AFIP) 747/2005 establece ciertos indicios para encuadrar a una operación de préstamo como aporte de capital, por el principio de la realidad económica ellos deben ser suficientes y contundentes a fin de poner en evidencia la falta de congruencia entre la voluntad empírica y la jurídica con el objeto de simular u ocultar la verdadera operación, dado que, caso contrario, se vulnerará el principio constitucional de legalidad. Aparte de que la aplicación no restrictiva de la realidad económica atenta contra la seguridad jurídica. Por ende, debe considerarse en casos excepcionales cuando las pruebas así lo justifiquen.

Notas:

(1) Amaro Gómez, Richard L.: "Interpretación de la ley tributaria" - <https://www.econlink.com.ar> - 15/11/2010

(2) Villegas, Héctor B.: "Cursos de finanzas, derecho financiero y tributario" - 8a. ed. - Ed. Astrea - Bs. As. - 2003 - pág. 254

Cita digital: EOLDC096956A

Editorial Errepar - Todos los derechos reservados.