

AJUSTE POR INFLACIÓN IMPOSITIVO. PASIVOS TRATADOS COMO APORTES DE CAPITAL. INSTRUCCIÓN GENERAL (AFIP) N° 747/2005.

RICHARD L. AMARO GÓMEZ

Un tema altamente discutible es el tratamiento que se le debe otorgar en el marco del ajuste por inflación impositivo a los préstamos financieros que reciben sujetos empresas y que por el principio de la realidad económica encuadran como aportes de capital. El objeto del presente artículo es analizar el temática, haciendo una introducción para el mejor entendimiento del mismo.

INTRODUCCIÓN¹.

En primer lugar, debemos recordar que nuestro Ley de Procedimientos Tributarios (Ley N° 11.683) 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:

“ARTICULO 1º — 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. Sólo 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.

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

¹ Amaro Gómez, Richard L. “Interpretación de la Ley Tributaria”. Fecha: 15 de noviembre de 2010. <https://www.econlink.com.ar/richardamaro/interpretacion-ley-tributaria>

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 para eso 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 utilizará la figura de la donación y luego tratará 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 no al igual que 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 la ley, esto se refleja en el principio de legalidad antes mencionado y sustentado por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional el cual sostiene: 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 ésta 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 with out 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 aparejado 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:

“Artículo 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 ese derecho.

²Héctor Belisario Villegas. Cursos de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario. 8ª edición. Editorial Astrea. Buenos Aires 2003. Pág. 254.

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 principio de la realidad económica puede implicar en ciertos casos la vulneración del principio de la legalidad, en los casos en los cuáles se aplique la ley tributaria a supuestos distintos a 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 cuáles 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 en 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, y
- 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 préstamos 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 préstamos 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 a ciertos préstamos efectuadas por empresas vinculadas del exterior a sociedades locales, recalificándolos como aporte 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 préstamos 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 del año 2005 emitió la Instrucción General (AFIP) N° 747/2005 donde 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, enuncio:

“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 para que basado en ciertos elementos como pueden ser: tasas de intereses 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; refinanciaciones constantes, etc., para 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.

¿QUÉ SUCEDE CON PRESTAMOS QUE CALIFICAN MÁS COMO APORTES DE CAPITAL QUE COMO PRÉSTAMOS EN EL AJUSTE POR INFLACIÓN IMPOSITIVO?

Un problema fundamental que ocurre a raíz de la Instrucción General (AFIP) N° 747/2005 es que en ocasiones sujetos empresas tienen en el pasivo deudas con empresas vinculadas por la financiación de fondos, que no encuadran como verdaderos pasivos. O sea, supuestos mutuos que en la realidad económica se asemejan más a aportes de capital que a préstamos, ya que habría indicios que así lo determinan.

Lo expuesto puede darse por diferentes motivos, entre los cuales cabe mencionar:

- 1) Los contratos de mutuo pueden carecer de fecha cierta. Incluso podría no haber contrato.
- 2) La tasa de interés pactada es muy inferior a la tasa de mercado que se conviene en operaciones similares entre partes independientes.
- 3) Los plazos para el pago tanto del capital como de los intereses no responden a pautas de mercados. Incluso, en caso de cesación de pagos se refinancian a la misma tasa y con plazos holgados de pagos. También puede darse el caso que no existan plazos concretos de devolución.
- 4) Existe la posibilidad de renovación constante para el pago de la deuda.
- 5) El endeudamiento representa más del activo social de la firma y el objetivo del prestador no es obtener renta sino servir a la actividad del grupo empresario.
- 6) La sociedad local no tiene al momento de obtener los préstamos capacidad para solventar los mismos.
- 7) Etc.

Ante este panorama, todo sujeto empresa sabe que incurre en un riesgo fiscal si computa los efectos impositivos del pasivo, por más que aún no haya tenido una inspección fiscal. Esto quiere decir que si se trata de un préstamo en dólares de ninguna manera va a deducir la diferencia de cambio del capital y de los intereses que adeuda, así como tampoco los intereses devengados. Y si el préstamo es en pesos, los intereses devengados no los deducirá del balance fiscal.

El escenario expuesto es así por cuanto se presupone que ante cualquier inspección no podrá sostener la existencia del pasivo y, por lo tanto, tendrá un ajuste fiscal.

Ahora bien, ¿Qué sucede frente al ajuste por inflación impositivo?

Para responder a este interrogante en cuanto a qué tratamiento hay que dar a supuestos préstamos que son tratados impositivamente como aportes de capital debido a que existe alto grado de probabilidad de ser cuestionados y calificados como capital, debemos dividir en análisis en dos:

- a) **Ajuste estático:** como bien lo indica el art. 95 inciso b), en general, son pasivos computables las deudas, provisiones y provisiones admitidas por la ley por el importe que ella autoriza. Esto quiere decir que si los fondos de los supuestos préstamos están relacionados con la fuente de ganancias gravadas, son computables. Entonces podría pensarse que esos supuestos pasivos deben tratarse como pasivos computables y genera ganancias de inicio a cierre por el estático.

En mi visión y más allá de su exposición en el pasivo como préstamos, lo cierto es que la realidad económica indica que son aportes de capital. De hecho, impositivamente en el marco del impuesto a las ganancias la sociedad los tratará como tal sin deducir intereses ni diferencias de cambio para no incurrir en un riesgo fiscal.

En función de lo expuesto, lo razonable sería que en el ajuste por inflación estático se siga el mismo tratamiento fiscal, en cuanto a no considerarlo como un verdadero pasivo sino como un aporte de capital, ya que ese es el encuadre que se le está dando en el impuesto a las ganancias.

- b) **Ajuste dinámico negativo:** como bien sabemos el art. 95 inciso d) punto II de la ley indica que los aportes de cualquier origen o naturaleza (incluso imputables a cuentas particulares) y los aumentos de capital, constituyen ajuste dinámicos negativos.

En este contexto, resulta claro que el ingreso de fondos de esos supuestos préstamos debe tratarse como un aporte de capital monetario y, por ende, generar un ajuste dinámico negativo. A esta altura no hace falta decir que esto se desprende de su tratamiento como aporte de capital frente al impuesto a las ganancias.

En resumen, creemos que en el ejercicio donde se ingresan los fondos a la sociedad local hay que cuantificar un AXI negativo.

También puede suceder que un sujeto empresa este tratando a préstamos de sujetos vinculados como pasivos deduciendo intereses y diferencia de cambio. Y encontrarse en un determinado momento con una inspección fiscal que recalifica ese préstamo como aporte de capital. En este caso y si el contribuyente acepta los ajustes fiscales, creemos que si los ejercicios ajustados aplicaba el AXI impositivo, debiera también ajustarse el tratamiento de dichos pasivos como capital a fin de cuantificar correctamente el resultado por exposición a la inflación.

El resultado de lo expuesto será que el contribuyente resultará beneficiado dado que en el momento del ingreso de fondos se generará un AXI dinámico negativo y el pasivo no generará ganancias en el AXI estático, lo que tal vez compense el ajuste fiscal producto de la recalificación del pasivo como aporte de capital.

LA REFLEXIÓN FINAL.

Hemos intentado en la presente colaboración dar una mirada general al tratamiento de préstamos que son tratados impositivamente en el impuesto a las ganancias como aportes de capital producto de la Instrucción General (AFIP) N° 747/2005.

Creemos sin lugar a dudas que el tratamiento de un pasivo en el marco del ajuste por inflación impositivo, tanto estático como dinámico, debe guardar relación con el tratamiento que recibe en el impuesto a las ganancias. Caso contrario, estaríamos incurriendo en la vulneración de la teoría de los actos propios.

Si bien aún no habría una opinión fiscal, esperamos con la presente colaboración echar luz a este tema tan complejo.