

**Intereses presuntos y grupo económico. Comentario crítico
al fallo 'Fiat Concord'**

Por:
Pablo Augusto Van Thienen
Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I.- PREFACIO.	3
II.- NORMATIVA EN JUEGO.	3
III.- ANTECEDENTES DEL CASO.	4
IV. ELEMENTO INTRÍNSECO DEL FALLO (BASES ARGUMENTALES).	4
a. El nuevo fallo.	4
b. El enfoque central del tribunal y la sustentabilidad de los argumentos.	4
c. La noción de tercero.	6
d. La noción de interés.	7
V.- ELEMENTO EXTRÍNSECO (ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES)	9
a. Los precedentes.	9
b. Fallos que rechazan la aplicación de intereses presuntos.	9
c. Fallos que aceptan la aplicación de intereses presuntos.	10
VI.- CONCLUSIÓN.	11

I. Prefacio

La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal dictó, recientemente, sentencia en la causa: "*Fiat Concord S.A. c. DGI*", revocando la resolución que oportunamente pronunciara la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación. El eje del fallo refiere a un tópico harto sensible y controvertible: la aplicación de intereses presuntos a determinadas operaciones entre empresas vinculadas.

La sentencia aludida evidencia dos elementos dignos de ser examinados críticamente. Uno intrínseco y otro extrínseco. El primero concierne a los fundamentos brindados por la decisión jurisprudencial en punto su idoneidad jurídica y sustentabilidad argumental. El segundo, atañe a la incertidumbre que desnuda al contrastarse con criterios jurisprudenciales discordantes que sumergen al contribuyente en una atmósfera de pleno desconcierto jurídico.

Iniciaremos esta ponencia con una breve alusión a la normativa aplicable a los "intereses presuntos" de la ley del Impuesto a las Ganancias, y un detalle de los antecedentes del caso comentado. Sentada estas bases avanzamos sobre los dos elementos de la sentencia: el aspecto intrínseco vinculado a los argumentos jurídicos tenidos por el Tribunal en apoyo de su tesis, y el aspecto extrínseco vinculado con los efectos de esta decisión a la luz de la jurisprudencia más relevante dictada en materia de "intereses presuntos" y "grupos económicos".

II. Normativa en juego

La normativa vigente del impuesto a las ganancias dispone en el artículo 73 que se presumirá con ganancia gravada -sin admitir prueba en contrario- la disposición de fondos o bienes a favor de terceros, cuando las operaciones no se efectúen en interés de la empresa.¹ Según este confuso dispositivo los

¹ El artículo 73 de la LIG establece que: "...*Toda disposición de fondos o bienes efectuados a favor de terceros por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 49, inciso a), y que no responda a operaciones*

negocios jurídicos celebrados con terceros que no se celebren en interés de la persona disponente serán considerados por el Fisco como negocios onerosos y por lo tanto generadores de renta gravada.

Asimismo, el decreto reglamentario, entre otras precisiones, establece que se entenderá que se configura la disposición de fondos o bienes cuando los mismos sean entregados en calidad de préstamo.²

realizadas en interés de la empresa, hará presumir, sin admitir prueba en contrario, una ganancia gravada equivalente a un interés con capitalización anual no menor al fijado por el BANCO DE LA NACION ARGENTINA para descuentos comerciales o una actualización igual a la variación del índice de precios al por mayor, nivel general, con más el interés del OCHO POR CIENTO (8 %) anual, el importe que resulte mayor. Las disposiciones precedentes no se aplicarán a las entregas que efectúen a sus socios las sociedades comprendidas en el apartado 2. del inciso a) del artículo 69.

Tampoco serán de aplicación cuando proceda el tratamiento previsto en los párrafos tercero y cuarto del artículo 14".

² Artículo 103 LIG: "*...A efectos de la aplicación del artículo 73 de la ley, se entenderá que se configura la disposición de fondos o bienes que dicha norma contempla, cuando aquellos sean entregados en calidad de préstamo, sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa o deban considerarse generadoras de beneficios gravados.*

Se considerará que constituyen una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa, las sumas anticipadas a directores, síndicos y miembros de consejos de vigilancia, en concepto de honorarios, en la medida que no excedan los importes fijados por la asamblea correspondiente al ejercicio por el cual se adelantaron y siempre que tales adelantos se encuentren individualizados y registrados contablemente.

La imputación de intereses y actualizaciones presuntos dispuesta por el citado artículo, cesará cuando opere la devolución de los fondos o bienes, oportunidad en la que se considerará que ese hecho implica, en el momento en que se produzca, la cancelación del crédito respectivo con más los intereses devengados, capitalizados o no, generados por la disposición de fondos o bienes respectiva. Sin embargo, si en el mismo ejercicio en el que opera la devolución o en el inmediato siguiente, se registraran nuevos actos de disposición de fondos o bienes en favor del mismo tercero, se entenderá que la devolución no tuvo lugar en la medida dada por el monto de esas nuevas disposiciones y que los intereses y actualizaciones que proporcionalmente correspondan a dicho monto no han sido objeto de la cancelación antes aludida.

A todos los fines dispuestos por el artículo 73 de la ley y por este artículo, los bienes objeto de las disposiciones que los mismos contemplan se valorarán por su valor de plaza a la fecha de la respectiva disposición.

La imputación de intereses y actualización previstos por el citado artículo de la ley, también procederá cuando la disposición de fondos o bienes devengue una renta inferior en más del VEINTE POR CIENTO (20%) a la que debe imputarse de acuerdo con dicha norma, en cuyo caso se

Una serie de elementos surgen tanto de la ley como del decreto para la aplicación de la presunción legal, a saber: i) una disposición de fondos o bienes; ii) esa disposición debe estar realizada a favor (exclusivo) de terceros y iii) aquella disposición no puede reportar un interés para el disponente. Hasta aquí la descripción del artículo 73 de la LIG. Luego, la reglamentación explícita que la disposición de fondos comprende los préstamos sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa o deban considerarse generadoras de beneficios gravados.

A primera vista, las normas aludidas parecerían no generar mayores discusiones; empero, tan pronto como la misma debe ser subsumida en casos concretos se hacen patentes diferentes criterios interpretativos sobre el sentido y alcance de sus expresiones.

III. Antecedentes del caso

El rumbo del caso comenzó cuando la AFIP-DGI determinó de oficio el impuesto a las ganancias correspondiente al período fiscal 1994 de Fiat Concord S.A. liquidando intereses presuntos por el saldo de su cuenta 'Préstamos - Sociedades del art. 33 de la ley 19.550' y cuya destinataria era su propia sociedad controlante, Fiat Argentina S.A., la cual detentaba el 99,9962 % del capital social de Fiat Concord S.A.³

La sentencia de la Sala D del Tribunal Fiscal en el año 2002 consideró que para la procedencia de la aplicación de los intereses presuntos, es condición ineludible que la disposición de fondos se haya efectuado "...a favor de un tercero..." y en tal sentido, Fiat Argentina S.A. no debía ser considerada como tercero respecto de su controlada Fiat Concord

considerará que el interés y actualización presuntos imputables resultan iguales a la diferencia que se registre entre ambas...".

³ Se señala en el fallo que la actividad principal de Fiat Concord S.A. consistía en la realización de operaciones financieras con recursos monetarios propios, carecía de personal en relación de dependencia e infraestructura propia y por tal razón Fiat Argentina S.A. abonaba los gastos operativos de su controlada con los fondos que la misma le remitía a tal efecto. *Vid.* Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, *Fiat Concord S.A.*, 16/10/2002.

S.A. El fallo aludido aplicó el principio de la realidad económica consagrado en los artículos 11 y 12 de la ley 11.683 entendiendo que aún cuando se trataba de dos sujetos de derecho distintos ambas sociedades pertenecen a un mismo grupo económico y por ello de ninguna manera serían terceras una de la otra.

Asimismo, se afirmó que era de aplicación al caso el tercer párrafo del artículo 73 de la ley del impuesto conforme al cual se excluye de presunción a los actos jurídicos celebrados entre entidades vinculadas que se ajusten a prácticas normales del mercado entre partes independientes (*Arms Length Condition*).⁴

IV. Elemento intrínseco del fallo (bases argumentales)

a.-El nuevo fallo

El reciente fallo de la Sala IV, de la Cámara Contencioso Administrativo afirma que corresponde la aplicación de intereses presuntos a la situación bajo juzgamiento revocando el decisorio del Tribunal Fiscal. Hemos considerado prudente sintetizar los argumentos a fin de ensayar una ulterior revisión crítica de los mismos.

Los argumentos principales en la estructura lógica del fallo son los siguientes: i) no se probó que la realización de las operaciones comprometidas haya implicado un beneficio para la sociedad prestamista, ii) tampoco la necesidad de los préstamos, ni el beneficio de dichas operaciones; iii) la vinculación de las empresas no demuestra que los préstamos hayan sido efectuados en 'beneficio' de quien los realizó y iv) Fiat Concord y Fiat Argentina tienen personalidad propia, son empresas diferentes y por ende: 'terceros'.⁵

b.- El enfoque central del Tribunal y la sustentabilidad de los argumentos

El pilar argumental que sostiene los fundamentos del fallo lo constituye la ausencia de prueba sobre uno de los elementos que hace a la improcedencia de la aplicación de intereses presuntos: el referido

⁴ *Id.*

⁵ Por supuesto, la forma en que hemos expuestos los argumentos centrales consiste en una reagrupación conceptual a partir de todo el desarrollo efectuado por la sentencia.

al 'interés' de la empresa (prestamista).

Conforme fuera dicho anteriormente se desprende de la LIG y del decreto reglamentario una serie de presupuestos esenciales para la procedencia de la presunción. El tribunal ha procurado desbaratar dos de ellos: a) el carácter de 'tercerero' (del prestatario en este caso) y b) el 'interés' de la empresa disponente (del prestamista), en su intento por rebatir cuanto manifestara el Tribunal Fiscal casi cuatro años antes.

Ahora bien, ¿logra tal cometido en términos de sustentabilidad argumental? A nuestro criterio, sólo en parte y dejando algunos flancos débiles que desestabilizan el esquema argumental en su conjunto. Veamos:

Sostiene el Tribunal que la vinculación jurídica entre ambas sociedades no demuestra que los préstamos hayan sido efectuados en beneficio de quien los realiza. En varias oportunidades Fiat Concord SA manifestó la conveniencia de la operatoria (créditos Inter-Companies), describiendo incluso un marco organizativo que pretendía justificarla. No obstante el esfuerzo explicativo no se llegó a conmover al Tribunal sentenciando que Fiat Concord SA nunca probó que dicha operatoria la beneficiara; siendo por lo tanto de aplicación, el artículo 73 de la LIG.

A priori, sería algo aventurado colocar en tela de juicio el examen efectuado por medio de la sana crítica de las pruebas arrojadas a la causa; si a criterio de los juzgadores no se ha probado tal beneficio, pues bien, ello no será objeto de cuestionamiento⁶ y al respecto no cabría formular crítica alguna, más allá de la apreciación más o menos amplia o restrictiva,

⁶ Recuérdese que Fiat Concord alegó su carencia de personal y de infraestructura, lo cual determinaba la actuación de Fiat Argentina a los fines de que la misma cumpliera con determinados pagos de gastos operativos de la primera. Ciertamente, es una cuestión limitada a la sana crítica si lo manifestado por Fiat Concord (y las eventuales pruebas que se hubieren aportado para sustentarlo) ha encontrado suficiente sustento como para que considerar abonado el interés del prestamista. Desde luego, lo estuvo para el Tribunal Fiscal en el año 2002, no en cambio para la Cámara en el 2006.

rígida o flexible que pudiese haber tenido el Tribunal a efectos de tal ponderación probatoria⁷.

Ahora bien, apréciase que el Tribunal procura tener por acreditado el beneficio de Fiat Concord SA (como prestamista) y no lo tiene según su análisis de las pruebas, pero tampoco lo presume por la vinculación jurídica existente entre aquella y Fiat Argentina SA (prestataria). Vale decir, el hecho de que las partes estuvieran vinculadas accionarialmente formando parte de un mismo grupo económico, tampoco le permite al Tribunal tener por acreditada la presencia del interés ('beneficio') que permitiría excluir la aplicación de los intereses presuntos.

Aún cuando resulte incontestable que la mera vinculación jurídica entre dos o más sujetos de derecho no acredita *per se*, ni permite presumir el beneficio de la operación, no podemos dejar de señalar que cuando dicha vinculación jurídica se produce dentro del marco de un "grupo económico" el llamado "interés de la empresa" (del artículo 73 de la LIG) se desdibuja por completo pues los sujetos de derecho individualmente considerados pierden sentido jurídico y económico fuera del grupo.

Aún cuando reconozcamos dogmáticamente que Fiat Concord SA es un sujeto de derecho independiente de Fiat Argentina SA, lo cierto es que cualquier "interés" o "beneficio" que la operación de préstamo le hubiere irrogado, aquel beneficio no sería más que en interés exclusivo de su controlante (prestataria) propietaria del 99,9962% de todos los derechos a los beneficios económicos y flujos de caja de Fiat Concord SA.

Analizado el problema desde este lugar cabría presumir -por la profunda relación de control habida entre una y otra sociedad- que la disposición de fondos se enmarca dentro del interés social de grupo o interés grupal.

Llama la atención que frente a una situación de control casi total; que daría lugar a considerar a la sociedad Fiat Concord SA como "sociedad de cómodo" por ausencia de pluralidad sustancial (según lo previsto por el artículo 1º de la ley de sociedades comerciales y RG 7/05 de la IGJ apoyada por cierta jurisprudencia del fuero

⁷ ¿Cómo resulta jurídicamente atinado interpretar una presunción legal? ¿Extensiva o restrictivamente...?

mercantil⁸) ó, considerar a ambas sociedades integrantes de un grupo económico en los términos del artículo 65 de la ley de concursos y quiebras; como así también considerar a la operación de préstamo como realizada en beneficio de un interés de grupo (tal como lo reconoce el proyectado artículo 59 del texto refundido de la ley de sociedades comerciales); a lo largo de su exposición el tribunal no ha considerado lo que sí presume la vinculación entre Fiat Concord S.A. y Fiat Argentina S.A.: que no son terceros⁹. Lo cual, por cierto, no es una cuestión menor.

Justamente, esta es la debilidad argumental que se aprecia. En su exposición el Tribunal deja en claro que no se ha probado el beneficio de la empresa que ha dispuesto de los fondos y más aún que tampoco corresponde presumirlo por la vinculación de las partes. Pero, el fallo omite ponderar con profundidad otro presupuesto esencial de los intereses presuntos, el carácter o no de terceros de las partes implicadas y cuya inexistencia hubiera bloqueado la presunción legal.

Desde luego que el Tribunal ha apreciado la vinculación de las partes y le asigna un valor en el marco de la causa, tan es así que afirma que aún existiendo dicha vinculación, ello no presupone el beneficio de Fiat Concord. Ahora bien, al respecto nos preguntamos: ¿no es razonable entender que si hubo vinculación entonces las partes no son terceros y por tanto no se cumple con el requisito esencial de que la disposición de fondos sea realiza a terceros?

⁸ Vid., VAN THIENEN, Pablo "El empresario individual y la estructura jurídica societaria. Análisis crítico al fallo *Fracchia*: ¿sociedad de cómodo? Rev., ED, 19 de agosto 2005.

⁹ Cabe destacar que en el expediente administrativo Coca Cola FEMSA de Buenos Aires la participación accionaria de la controlante Administración y Asesoría Integral Sociedad Anónima de Capital Variable ascendía al 99,99% del capital social y votos. En este expediente administrativo la IGJ debatió entre unipersonalidad "simulada" o sucursalización de subsidiaria totalmente controlada. Aún cuando el tema se haya resuelto administrativamente por vía de una pluralidad sustancial (presuntamente simulada), lo cierto es que la subsidiaria argentina totalmente controlada de AAISA integra el mismo grupo empresario: esta es la realidad económica que debe prevalecer por sobre cualquier otra ficción.

El Tribunal ha intentado responder tal interrogante -a nuestro gusto muy superficialmente- al sostener que las partes tienen personalidad propia (e incluso agrega patrimonios e intereses propios) de modo tal que sobre dicha base entiende que las partes, aún cuando la presunta prestataria fuera socia mayoritaria y controlante del 99,9962 del capital social, igualmente es tercera.¹⁰

Desde luego, que a esta altura el lector ya habrá advertido que la controversia en última instancia es más bien semántica que jurídica: ¿qué se entiende (o debe entender) por tercero?, ¿cómo juega el principio de la realidad económica al respecto?

c.- La noción de tercero

Para aproximarnos a una respuesta de aquel interrogante es fundamental a nuestro criterio el fallo Akapol S.A. en el cual la actora realizó préstamos a otras dos sociedades en las cuales disponía de una tenencia accionaria del 95% y 75%, además de que ejercía el control de las decisiones sociales en ambas. En tal circunstancia y contrariando lo decidido en primera instancia por el Tribunal Fiscal la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal estableció que no corresponde afirmar que tal disposición de fondos se haya efectuado a favor de terceros por tratarse de empresas vinculadas que conforman un mismo grupo económico.¹¹

La explicación brindada por la Sala V resulta jurídicamente atinada y conteste con la pacífica doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la 'realidad económica' de los grupos de empresas.¹²

¹⁰ La superficialidad asignada al tratamiento se basa en que la misma LIG ha contemplado la injerencia del conjunto económico aún cuando estuviere compuesto por entidades jurídicamente independientes. Tal el caso, de la noción de reorganización que contempla en el art. 77.

¹¹ CNCont. Adm. Fed., Sala V, 09/03/05, "Akapol S.A.". Se ha sostenido que aún cuando las empresas tengan personería jurídica propia y sean cada una de ellas sujetos directos del impuesto, la relación existente entre ellas al detentar Akapol la mayoría de la tenencia accionaria de ambas empresas y el control de las mismas, impide que pueda considerarse a los préstamos como realizados a favor de terceros.

¹² Ha dicho la Corte Suprema hace casi 33 años: "...la sola existencia comprobada del fenómeno de la concentración de empresas que constituye su base material impone la consideración del fondo real de la persona jurídica y

Por otra parte, la noción de terceros presenta la ambigüedad propia de cualquier concepto jurídico indeterminado y como tal se determinará en función de la significación específica que el intérprete le asigne. Al respecto, nos preguntamos: ¿cómo deshilar el sentido de la referida expresión?, ¿es razonable sostener que la mera existencia de sujetos de derecho diferenciados por disponer de personalidad jurídica propia, tal como menciona la Cámara en el caso Fiat Concord, impide que sean considerados terceros?¹³. Y por otra parte: ¿la existencia de control societario -aún sin conformar un grupo económico- anula el carácter de terceros?, ¿son terceros las empresas que conforman un conjunto económico? Y finalmente: ¿cuál es el alcance que la LIG le concede a la noción de conjunto económico -vgr. art. 77-?, ¿cuál es la relevancia el 80 % de participación al que alude el último párrafo de la LIG?, ¿no implica acaso reconocer un porcentaje mínimo para la configuración del grupo?

Desde luego, no pretendemos dar respuesta a todos estos interrogantes, al menos de una manera explícita y en esta oportunidad.

Además de las consideraciones en torno a la noción de terceros se plantea la duda interpretativa sobre otro de los elementos esenciales de la presunción, este es, el interés del disponente de los fondos (en este caso del prestamista).

d.- La noción de interés

¿A qué alude la norma con la expresión

la estimación sustantiva de las relaciones que auténticamente las vinculan." Vid. CSJN, "Mellor Goodwin Combustion S.A.", 18/10/1973, ED 51-341. De igual manera in re: CSJN, "Parke Davis y Cía. S.A.", 31/07/1973, LL 151-353 y CSJN, "Kellogg Co. Argentina S.A.", 26/02/1985, JA 985-II, 300.

¹³ En otro decisorio del Tribunal Fiscal se hace referencia al propósito seguido por el legislador para introducir la normativa bajo análisis, y que es la de restringir "... la posibilidad de que las sociedades retengan utilidades con el objeto de canalizarlas hacia sus accionistas por vías que no supongan para los mismos una imposición adicional...", no verificándose en los autos dicha situación, visto la neutralidad del citado accionar frente al impuesto (argumento ya considerado en el fallo Fiat Concord S.A.). Vid. TFN, Sala B, "Dragados y Obras Portuarias S.A.", 23/11/2004.

interés?, ¿es un beneficio patrimonial? Sucede que la disquisición se plantea ya que si se presta atención al fallo comentado el mismo menciona el "beneficio" y no el interés. Sin duda la confusión terminológica viene inspirada en la mención que efectúa el decreto reglamentario que incorpora la noción de "beneficio".

Ahora bien cabe preguntarse: ¿la noción de interés de la ley y la de beneficio del decreto son coincidentes?

Para el Tribunal parecería que la respuesta es afirmativa, e incluso restringe la noción de beneficio a uno meramente patrimonial.

En efecto, tal como ya se ha advertido el fallo centra su atención en la inexistencia de prueba del eventual beneficio patrimonial. ¿Es ello relevante? Sin duda que en parte lo es, pero sólo en parte, ya que como exposición argumental presenta un costado débil.

Nos explicamos...

Para el Tribunal el único 'interés' posible es el beneficio patrimonial; así expuso: "...no puede entenderse que la realización de esas operaciones -sin la percepción de un interés equivalente al del mercado- le hubiera podido redundar un beneficio patrimonial...".¹⁴ Ahora bien, nos cuestionamos si no es viable imaginar otro tipo de beneficio no necesariamente patrimonial (o al menos no inmediatamente patrimonial). Supongamos, por ejemplo, que la operación irroge un beneficio operativo u organizativo aún cuando económicamente no redundare en ningún resultado directo e inmediato.

¿Es una interpretación razonable?

Convengamos que en el marco de un grupo (máxime de estas características) en muchas ocasiones las operaciones intra-grupo no reportan un beneficio patrimonial inmediato y directo. Puede tratarse de un beneficio organizativo u operativo derivado de una política de grupo así establecida¹⁵. ¿no son todos ellos beneficios plausibles? A nuestro criterio la respuesta es

¹⁴ Vid. Fiat Concord.

¹⁵ Como enseña Manóvil, la descentralización de actividades, la movilidad de recursos, la delimitación y reducción del riesgo de la inversión son beneficios concretos que inciden en la conformación de los grupos. Vid. MANÓVIL, Rafael M., "Grupos de sociedades", Buenos Aires, Abeledo - Perrot, 1998, pág. 103 y s.s.

afirmativa, para el Tribunal en cambio, es negativa. El punto es que se ha acotado y restringió -injustificadamente- la noción de interés. Obsérvese que la ley utiliza el término interés en general sin aditamento alguno y por su parte el decreto reglamentario emplea la expresión beneficio gravado. Al respecto señala: “A efectos de la aplicación del artículo 73 de la ley, se entenderá que se configura la disposición de fondos o bienes que dicha norma contempla, cuando aquellos sean entregados en calidad de préstamo, sin que ello constituya una consecuencia de operaciones propias del giro de la empresa o deban considerarse generadoras de beneficios gravados.”

Por nuestra parte, consideramos que la mención que efectúa el decreto reglamentario ha sido incorporada en función de la noción de disposición de fondos y no de interés de la empresa. De esta manera se enredan las expresiones ‘interés’ y ‘beneficio’ que realizan la ley y el decreto respectivamente y ello genera, lisa y llanamente, una confusión hermenéutica. Situación que se agrava cuando se exige que el beneficio deba ser patrimonial.

Insistimos con la idea de que el interés de la empresa a la que alude la ley es el concepto único y exclusivo que delinea el hecho imponible. El requisito esencial para la aplicación de intereses presuntos no es la inexistencia de un beneficio patrimonial (lo cual por cierto no encuentra siquiera sustento explícito en ninguna norma) sino más bien, la ausencia del interés de la empresa, el cual desde luego, no es necesariamente patrimonial cuando se está en presencia de un grupo.

Suponiendo que Fiat Concord SA le hubiere cobrado a su deudora Fiat Argentina SA una tasa activa en condiciones de mercado, el interés -como tasa pasiva de la deudora- será deducible como gasto en el balance impositivo de Fiat Argentina SA; del otro lado, este mismo interés -como tasa activa- será ganancia gravada para Fiat Concord SA cuya propiedad pertenece en un 99,9962% a su deudora Fiat Argentina SA. O sea al final del día el beneficio de la operación económica termina siendo de Fiat Argentina SA. Los resultados (ganancias o pérdidas) de su controlada Fiat Concord SA se consolidarán con los resultados de Fiat Argentina SA. ¿Y entonces?

Es precisamente por la eficiencia de costes, la eficiencia administrativa, de gestión y

operativa que se justifica organizar la hacienda empresaria bajo un grupo económico. Esa eficiencia de costes es la que explica la racionalidad de los créditos entre empresas donde el interés o beneficio no es personal sino “grupal”.

Estamos persuadidos que el artículo 73 de la LIG es un dispositivo que ha buscado desalentar operaciones “simuladas” permitiendo al Fisco cobrar impuestos frente a negocios donde la causa fin aparece confusa. Tan es así que la propia norma tributaria impone una cláusula penal del 8% anual. No es sano para nuestro sistema de derecho que semejante dispositivo sea aplicado a una genuina operación de grupo aferrándose el Tribunal al sentido literal de la norma haciendo caso omiso a la realidad económica principio angular del Derecho Tributario.

Con el fallo anotado bastará que la empresa integrante del grupo dadora de los fondos le cobre un interés a la sociedad deudora para así “bloquear” la tesis argumental de la falta de prueba de beneficio patrimonial.

La duda es descubrir cuál será -a partir de este antecedente- el tratamiento para los aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones, negocio jurídico típicamente grupal.¹⁶

¹⁶ En el caso Entretenimientos SA, la sala D del Tribunal Fiscal, el 28 de junio de 2004, confirmó la resolución de la AFIP que determinó intereses presuntos ante la restitución de aportes irrevocables realizados por la recurrente a una sociedad en la que poseía el 50% de participación accionaria. En este sentido, el fallo consideró a las empresas referidas como terceros ya que cada una de ellas disponía de personalidad propia y eran responsables directas del impuesto como personas diferenciadas, aún cuando la apelante gozaba de una participación del 50% en el capital accionario de la otra, pero no disponía del carácter de controlante respecto de la misma, ni ambas conforman un grupo económico. Independientemente del criterio puntual del fallo en cuestión, lo cierto es que cabe efectuar con respecto al mismo, una interpretación *a contrario sensu* por la cual (y empleando las propias palabras del tribunal) si el aportante revistiere el carácter de controlante o formare con la sociedad a la que ha realizado el aporte irrevocable un grupo económico, él no sería considerado tercero y por ende no correspondería determinar intereses presuntos. No obstante, esta interpretación hoy resulta amenazada por el reciente fallo Fiat que aquí comentamos. *Vid.* DI CHIAZZA, Iván G., *¿A quién pertenecen los aportes irrevocables y sus ajustes por inflación? El desconcierto ante la capitalización de los ajustes de aportes y los desatinos que generan las confusiones conceptuales...*, ED, 22 de marzo de 2006.

Hasta aquí, el análisis del aspecto intrínseco al que nos referimos al inicio del trabajo. Corresponderá a continuación aludir al segundo aspecto implicado, el extrínseco, vinculado a la contradicción que el fallo plantea cuando se lo compara con precedentes en la misma materia.

V.

Elemento extrínseco (antecedentes jurisprudenciales)

a.- Los precedentes

Tal como expresábamos al inicio de este trabajo, la mera presencia de criterios jurisprudenciales encontrados sumerge a los contribuyentes en una atmósfera de absoluto desconcierto y patética inseguridad jurídica.

Por una parte, cabe destacar la contradicción existente en el seno del misma Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. Como se ha señalado en marzo de 2005 se expidió la Sala V en el ya referido caso Akapol considerando inaplicable los intereses presuntos a la operación entre partes pertenecientes a un mismo grupo debido a la ausencia del carácter de 'terceros' exigido por la normativa aplicable, criterio que ha sido explícitamente contrariado en el reciente fallo Fiat Concord de la Sala IV.

Ahora bien, sin perjuicio de los criterios discordantes de la Cámara, también existe una copiosa jurisprudencia dictada por el Tribunal Fiscal de la Nación que refleja, con algunos matices, la misma controversia.

En efecto, realizando una muy apretada síntesis expondremos una serie de fallos que se agrupan entre los dos criterios fundamentales, a saber: aquellos que entienden que entre empresas de un mismo grupo no se configuraría el carácter de 'terceros' de las partes involucradas y aquellos otros que entienden, precisamente, lo opuesto.

b.- Fallos que rechazan la aplicación de intereses presuntos

Así por ejemplo, ha juzgado el Tribunal Fiscal de la Nación: "...desde el punto de vista de la realidad económica debe concluirse que se trata de empresas vinculadas que constituyen una unidad económica y que si bien tienen personalidad

jurídica y tributaria propia, integran un conjunto económico, debiendo concluirse que, contrariamente a lo sostenido en las resoluciones apeladas, no ha existido en el caso disposición de fondos a favor de terceros." ¹⁷ Como ya fuera dicho, el mismo criterio también había sido oportunamente sustentado en Fiat Concord S.A.¹⁸

Igual decisorio se aplicó en Agropecuaria KKHA'TU S.A.¹⁹, caso en el cual los mismos accionistas -personas físicas- controlaban las sociedades involucradas, circunstancia que demostraba que no eran 'terceros'. Se ha sostenido: "...en atención al principio de la realidad económica, el tratamiento previsto en la ley de ganancias para la disposición de fondos o bienes a favor de terceros -art. 73- no corresponde que sea aplicado en el caso de empresas vinculadas que constituyen una unidad económica, pues si bien tienen personalidad jurídica y tributaria propia integran un conjunto económico y no revisten entre ellas la calidad de tercero"²⁰. El mismo criterio también ha sido aplicado en las causas Bio Sidus S.A.²¹ y Dragados y Obras Portuarias S.A.²²

En idéntico orden de ideas también se ha pronunciado la Sala B, *in re*: Empresa de Combustible Zona Común S.A., en la cual se afirmó: "...Corresponde revocar la resolución dictada por la AFIP que, aplicando la presunción contenida en el art. 73 de la ley de impuesto a las ganancias

¹⁷ TFN, Sala D, "Lavadero Virasoro SA", 10/07/2003.

¹⁸ TFN, Sala D, "Fiat Concord S.A.", 16/10/2002.

¹⁹ TFN, Sala C, "Agropecuaria KKHA'TU S.A.", 29/06/2004.

²⁰ Considera que, en tales condiciones, y en los términos de conocida jurisprudencia de la Corte Suprema, nunca pudo existir la disposición de fondos a favor de terceros de acuerdo al alcance previsto en el art. 103 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, toda vez que no hubo terceros sino un único centro de interés, una sola voluntad, y por ende, una sola parte, con independencia del número de sujetos físicos o jurídicos intervinientes en la operación.

²¹ TFN, Sala B, "Bio-Sidus S.A.", 19/10/2004. El sustento principal de la resolución fue la acreditación del carácter de acto normal de gestión empresarial. Asimismo, se ponderó prueba aportada en orden a acreditar la exposición del conjunto económico en la información presentada a entidades bancarias y el empleo del criterio de 'caja única'.

²² "Dragados y Obras Portuarias S.A.", *cit.*. En este caso, se apeló a la existencia de numerosos negocios emprendidos en forma conjunta y mancomunada, la toma conjunta de préstamos y la titularidad accionaria, considerándose que la disposición de fondos se realizó en beneficio o interés propio.

determinó la existencia de intereses presuntos, toda vez que la actora y la empresa a la que supuestamente le otorgaba fondos no son terceros, pues se encuentran integradas por las mismas personas físicas y en idénticos porcentuales y, ambas se desenvuelven en actividades análogas y complementarias, por lo que resulta lógico que entre ellas afecten sus fondos alternativamente de acuerdo a las exigencias del mercado y de los proveedores con que operan.²³

Más recientemente, el 30 de agosto de 2005, el Tribunal, pro medio de su Sala B se expide en Petroquímica Río Tercero S.A. y lo hace en el mismo sentido que sus precedentes, recalando que "...en virtud de observarse un otorgamiento de mutuos en el marco e interés de un conjunto económico, en donde tanto la recurrente como las sociedades receptoras de ellos se encuentran controladas, dirigidas y/o conformadas por los mismos accionistas, no resulta procedente la aplicación de la presunción establecida en los arts. 73 de la ley 20.628 y 103 del dec. 1344/1998, toda vez que no queda demostrada la intervención de un tercero."²⁴

Finalmente, un caso relevante ha sido Kasdorf S.A. del 27 de septiembre de 2005 y en el cual la Sala C no aplica intereses presuntos por considerar que no se cumplía con el requisito del beneficio económico e interés directo de la empresa acreedora.²⁵

c.- Fallos que aceptan la aplicación de intereses presuntos

Por el contrario, el Tribunal Fiscal también ha dictado una serie de fallos en sentido contrario a los expuestos precedentemente. Así por ejemplo, la Sala A en Akapol consideró que: "...asiste razón al Fisco cuando afirma que dichas sociedades son terceros respecto de la recurrente y las razones de interés económico y societario alegadas para justificar el

²³ TFN, Sala B, "Empresa de Combustible Zona Común", 23/05/2005.

²⁴ TFN, Sala B, "Petroquímica Río Tercero S.A.", 30/10/2005.

²⁵ TFN, Sala C, "Kasdorf S.A.", 27/09/2005. En este caso, se acreditó que si bien las empresas no formaban parte de un grupo económico, la operación en cuestión (préstamo) redundó en interés directo de la prestamista toda vez que por medio de los mismos la prestataria realizó una serie de inversiones necesarias para incrementar su calidad productiva con la consiguiente mejora del servicio que le proveía a la primera.

préstamo, lejos de probar que tales operaciones fueron realizadas en su interés llevan a la convicción de que respondieron a intereses de las empresas receptoras de los fondos...".²⁶

En otro caso sumamente interesante, la sala D resolvió Juncal Cia. de Seguros, en el cual se sostuvo que a los fines de no aplicar la presunción de los intereses presuntos es necesario acreditar, entre otros extremos, que existió un interés empresario y para tal cometido es fundamental analizar los hechos y las pruebas aportadas a la causa. La compañía involucrada alegó que conformaba parte de un grupo económico pero no acompañó pruebas que convencieran al Tribunal al respecto.²⁷ Cabe tener presente que la misma Sala D en los fallos ya mencionados: Fiat Concord S.A. y Lavadero Virasoro S.A., aplicó el principio de la realidad económica consagrado en los artículos 11 y 12 de la ley 11.683, aún tratándose de sociedades con personería jurídica propia, teniendo en cuenta las particularidades fácticas y las pruebas aportadas por las partes para juzgar acreditada la existencia del grupo. En cambio en Juncal, no se aportaron, a criterio del Tribunal, pruebas idóneas para sostener la existencia de grupo económico.

Con el mismo criterio, se expidió la sala D en Rondo Difusión S.A.²⁸ En este precedente, los préstamos fueron otorgados a favor de sus accionistas (personas físicas), los cuales por vía indirecta detentaban el 100% del capital social de la prestamista y por ello se alegó la existencia de un conjunto económico²⁹. El tribunal consideró que

²⁶ TFN, Sala A, "Akapol", 08/07/2003.

²⁷ Se sostuvo: "...La única prueba que aportara en autos a los efectos de acreditar su vinculación económica con otras sociedades con las que integraría un conjunto económico, consistió en la informativa que se instrumentó mediante un oficio librado a la Asociación Argentina de Compañías de Seguros que informó que en el mercado asegurador se registra la existencia de grupos aseguradores formados por más de una sociedad, pero con rubros específicos de cobertura (...). Evidentemente el informe se expresa en términos amplios sin aportar datos relacionados con la vinculación alegada por la recurrente por lo que no resulta útil para esclarecer tal cuestión." Vid. TFN, "Juncal Cia. de Seguros", Sala D, 06/02/2004.

²⁸ TFN, "Rondo Difusión S.A.", 24/05/2005.

²⁹ La prestamista, Rondo Difusión S.A. tenía su capital social distribuido entre una sociedad mayoritaria, Medigrand S.A., con el 90% y el 10 % restante se encontraba esparcido entre cuatro miembros de una misma familia quienes asumieron el carácter de prestatarios. Por su parte, el 97 % del capital de Medigrand S.A. era de propiedad del presidente de Rondo Difusión y miembro de la misma familia. Sobre dicha base se alegó la presencia de un grupo económico,

sólo se verifica una sociedad que tiene a otra como controlante y recalcó la inexistencia de conjunto económico. Solución del mismo tenor también ha sido concedida en Supercanal Internacional S.A.³⁰

Finalmente, la sala C resolvió Tensioactivos del Litoral S.A. (absorbida por Unilever de Argentina S.A.), aplicando los intereses presuntos, repitiendo casi literalmente los fundamentos brindados en Akapol S.A., de la sala A del Tribunal.³¹

VI. Conclusión

En virtud del desarrollo efectuado cabe concluir que el fallo Fiat Concord de la Cámara Contencioso: i) presenta falencias argumentales marcadas en uno de los aspectos más sensibles y salientes, como ser el referido a la condición de 'terceros' de las empresas con una vinculación accionaria; ii) desdibuja y confunde el sentido adecuado y razonable del 'interés' del disponente al restringirlo injustificadamente a la noción de 'beneficio patrimonial'; iii) contradice una construcción jurídica argumentalmente sólida y precisa, como lo es el fallo Akapol de la Sala V de la misma Cámara y como lo era el revocado fallo Fiat Concord SA del Tribunal Fiscal de la Nación.

pretendiendo la inexistencia del carácter de 'tercero'.

³⁰ TFN, Sala B, "*Supercanal Internacional S.A.*", 20/09/2004. El fallo fue contrario al contribuyente, por no haberse acreditado suficientemente la existencia de interés propio de la disponente en la entrega de fondos a su vinculada.

³¹ TFN, "*Tensioactivos del Litoral S.A. (absorbida por Unilever de Argentina S.A.)*", Sala C, 27/09/2005.

Tensioactivos del Litoral efectuó préstamos a empresas vinculadas, en el caso: Unilever de Argentina S.A. (titular del 55% de la capital) y Llauro S.A. (titular del 45% remanente). Posteriormente, Unilever absorbió a Tensioactivos. Ha dicho el tribunal: "...asiste razón al Fisco Nacional en cuanto afirma que tales empresas son "terceros accionistas" en relación a la aquí recurrente. En efecto, más allá de las relaciones existentes entre ellas, cada sociedad de capital tiene su personalidad propia, cada una es un sujeto de derecho perfectamente individualizado y esencialmente distinto de los restantes y es sujeto directo del impuesto como persona de existencia ideal de conformidad con el art. 1 de la ley del tributo...".