

Análisis del impuesto de igualación en las operaciones de rescate, distribución de utilidades, devolución de aportes irrevocables y reembolso de capital: un enfoque societario.

Por:

Pablo Augusto Van Thienen

Director

Colaboradores

Iván Di Chiazza

Florencia Paolini de Vidal

Miguel La Vista

INDICE

I. INTRODUCCIÓN.	
1. Contexto del tributo de igualación.	3
2. La "ratio legis"	3
3. El decreto reglamentario.	4
4. Autonomía conceptual del derecho tributario.	5
II. EL RECATE DE ACCIONES.	
1. Rescate de acciones con cargo a capital.	7
2. Rescate de acciones con cargo a ganancias líquidas y realizadas y reservas libres.	8
3. Rescate de acciones para compensarlas contra un patrimonio universal adquirido	8
4. Rescate de acciones con cargo a ganancias líquidas y realizadas para amortizarlas.	8
5. Devolución de aportes irrevocables.	9
6. ¿El rescate de acciones como permuta?	9
	11
III. ¿DISTRIBUCIÓN DE CAPITAL O DE UTILIDADES?	
1. Las reservas patrimoniales.	12
2. La prima de emisión.	12
3. Distribución del remanente de la liquidación.	13
IV. REFLEXIÓN FINAL.	14

I. Introducción.

1.- Contexto del tributo de igualación.

Es regla general que la ley del Impuesto a las Ganancias (“LIG”) considera a los dividendos como parte integrante de la renta societaria, por ende, no grava el pago de los mismos y los califica como renta no computable para el beneficiario (art. 64 LIG). De esa manera, se evita la doble imposición y se grava una única materia imponible (en el caso, la utilidad societaria) en cabeza de la sociedad.

Sin embargo, para que dicha regla resulte aplicable la sociedad debe tributar sobre las ganancias que originan dichos dividendos; y si ello no ocurre el gravamen revierte sobre el accionista puesto que la distribución de dividendos generados por ganancias sobre las cuales la sociedad no tributa (*vgr.* atento gozar de exenciones fiscales) implicaría trasladar al accionista la exención o beneficio que sólo debe favorecer a la sociedad.

Para neutralizar tal asimetría, la ley 25.063 agregó un nuevo artículo a continuación del artículo 69 de la LIG, incorporando el denominado <<impuesto de igualación>> en estos términos: “...cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1,2,3,6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente...”¹

¹ El artículo Art. 69 de la LIG enumera en sus apartados 1,2,3,6 y 7 del inciso a): “...1. Las sociedades anónimas y las sociedades en comandita por acciones, en

Así, el referido tributo consiste en una retención que las sociedades locales deben aplicar sobre los dividendos a distribuir que correspondan a utilidades contables que superen a las utilidades impositivas. Desde luego, la retención apuntada se efectuará sobre la diferencia entre las utilidades contables y las impositivas que se pretenda distribuir.²

2.- La ratio legis.

En oportunidad de explicar la incorporación del impuesto de igualación en la Cámara de Senadores se sostuvo que: “...se procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones o tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas en el momento de distribirse las utilidades que están exentas en cabeza de tales sujetos. Con ello se intenta eliminar una fuente de elusión, además de que se considera que tales franquicias alteran la equidad horizontal y vertical desde el punto de vista económico. Por esta razón, se incorpora un nuevo artículo al texto de la ley vigente a continuación del artículo 69, estableciendo una retención del 35 por ciento con

la parte que corresponda a los socios comanditarios, constituidas en el país; 2. Las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades en comandita simple y la parte correspondiente a los socios comanditados de las sociedades en comandita por acciones, en todos los casos cuando se trate de sociedades constituidas en el país; 3. Las asociaciones civiles y fundaciones constituidas en el país en cuanto no corresponda por esta ley otro tratamiento impositivo; (...); 6. Los fideicomisos constituidos en el país conforme a las disposiciones de la ley 24.441, excepto aquellos en los que el fiduciante posea la calidad de beneficiario. La excepción dispuesta en el presente párrafo no será de aplicación en los casos de fideicomisos financieros o cuando el fiduciante-beneficiario sea un sujeto comprendido en el título V; 7. Los fondos comunes de inversión constituidos en el país, no comprendidos en el primer párrafo del artículo 1º de la ley 24.083 y sus modificaciones.”

¿Qué motiva la existencia de una diferencia entre las utilidades contables y las impositivas? No es objeto de este trabajo dar respuesta a este interrogante sólo baste señalar que se podría deber tanto a diferencias temporales como definitivas. A este respecto, la ambigüedad en la técnica legislativa empleada ha generado disímiles interpretaciones sobre la norma del tributo que pone en tela de juicio el alcance de la igualación, en particular a si se debe propiciar una interpretación restrictiva que comprenda sólo a las diferencias definitivas o una interpretación amplia que abarque también a las diferencias temporales.

*carácter de pago único y definitivo cuando se abonen dividendos o se distribuyan utilidades, tanto en efectivo como en especie, que superen las ganancias acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha del pago o distribución”.*³

La finalidad perseguida ha consistido en evitar que se trasladen a los accionistas las exenciones impositivas de las que pueden gozar las sociedades por aplicación del artículo 20 de la LIG. De hecho, la denominación del tributo revela su razón de ser: “igualar” la carga fiscal de la renta de la sociedad de capital que goza de exenciones impositivas y la distribuye como dividendos, con la renta generada por sociedades que no gozan de los mismos beneficios.

En consecuencia, queda claro que el impuesto de igualación es un gravamen de utilidades (o rentas en lenguaje tributario).⁴

¿Se refleja ello en la reglamentación respectiva?

3.- El decreto reglamentario.

³ Antecedentes citados en el Dictamen AFIP-DGI N° 40/2003, DAT, 30.06.03

⁴ La jurisprudencia también se ha expedido acerca de cual es el alcance y el sentido del impuesto de igualación. Al respecto se ha sostenido que el propósito del mencionado impuesto consiste en “...neutralizar las exenciones y ahuecamientos en la base de imposición a la renta (...) a través de la ley 25.063 se instrumentó un sistema de retención -con carácter de pago único y definitivo- que procede cuando la utilidad distribuida excede las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de la ley del impuesto a las ganancias. En este sentido, es claro que los sujetos pasivos del aludido gravamen son los accionistas o socios que sufren la retención por parte de la entidad pagadora; esto es así porque la reforma busca gravar a los dividendos o utilidades que se distribuyen y que no pagaron el gravamen en cabeza de la entidad pagadora, haciendo recaer su incidencia en el accionista. (...) Así, en este particular régimen, los accionistas son sujetos pasivos del impuesto a las ganancias diferenciados de la empresa y ésta, en caso de efectuar pagos de dividendos o, en su caso, distribuir utilidades (en dinero o en especie) que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley (acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución), deberá actuar como agente de retención...”. TF, sala A, 18/08/2004, “Cerro Vanguardia S.A.”, IMP 2004-23.

El Decreto Reglamentario de la LIG establece en su artículo 102 que el impuesto de igualación “... será de aplicación a los dividendos que se paguen en dinero o en especie -excepto en acciones liberadas-, cualesquiera sean los fondos empresarios con que se efectúe su pago, como ser: reservas anteriores cualquiera sea la fecha de su constitución -excepto aquella proporción por la cual se demuestre que se ha pagado el impuesto-, ganancias exentas del impuesto, provenientes de primas de emisión, u otras. (...) Asimismo, resultará aplicable (...) para aquellos supuestos en los que se produzca la liquidación social o, en su caso, el rescate de las acciones o cuotas de participación, respecto del excedente de utilidades contables acumuladas sobre las impositivas”.

Como puede apreciarse, si bien la LIG es puntual en cuanto a que el gravamen de igualación aplica al pago de dividendos o distribución de utilidades y ello es conteste con la ratio legis apuntada; para el decreto se extiende su aplicación al pago de dividendos cualesquiera sean los fondos empresarios con los que se efectúe dicho pago, citando como ejemplos a: i) reservas, ii) primas de emisión de acciones, iii) rescate de acciones o cuotas y iv) dividendo de liquidación.

Vale decir que el decreto no sólo incluiría el pago de dividendos con cargo a ganancias líquidas y realizadas del ejercicio; sino además, el pago de dividendos con cargo a otras cuentas del patrimonio social tales como reservas voluntarias, estatutarias y contractuales (*vid.*, art. 63.II.b LSC); utilidades de ejercicios anteriores (*vid.*, art. 63.II.c LSC); prima de emisión de acciones (*vid.*, art. 63.II.b LSC), e incluso con cargo a capital social en el caso del rescate de acciones (*vid.*, art. 63.II.a LSC) y del dividendo de liquidación (*vid.*, art. 109 LSC).

La inclusión reglamentaria de las reservas no despierta mayores controversias puesto que son, generalmente, utilidades no distribuidas (conocido por todos como resultados no asignados). Distinto es el panorama con respecto a la reserva especial de prima de emisión de acciones (*vid.*, art. 202

LSC), al rescate de acciones y a la distribución del remanente patrimonial de la liquidación social (usualmente llamado "dividendo de liquidación").

La reserva por prima de emisión es, jurídicamente, precio de suscripción. Por su parte, el rescate de acciones se realiza total o parcialmente con cargo a capital social en tanto que la distribución del resultante de la liquidación no implica sino el reembolso a los accionistas de su capital o patrimonio. En consecuencia, ninguno de tales supuestos encajan en el concepto de utilidad entendida como ganancia líquida y realizada que surge de un balance aprobado (*vid.*, art. 68 LSC) y sobre el cual se distribuyen los dividendos.

En punto a estas tres situaciones resulta evidente la exorbitancia del decreto dado que ellas pudieran generar una utilidad sujeta al tributo para quien los recibe; lo cierto es que ninguna relación o punto de contacto presenta con el impuesto de igualación y su *ratio legis*.

En efecto, la ley 25.063 ha previsto sólo el pago de dividendos o distribución de utilidades. La desafectación de la prima de emisión, el rescate de acciones y el dividendo de liquidación no son utilidades, sea desde el enfoque societario, sea desde el enfoque económico y financiero.

El dividendo no es otra cosa que la renta del capital invertido por los propietarios residuales. Siendo esto así no vemos cómo la restitución del precio de suscripción (valor nominal + prima), el reembolso del capital invertido mediante un rescate o una liquidación social puedan ser considerados utilidad en los términos de la norma ubicada a continuación del artículo 69 LIG.

¿Podría la autonomía conceptual del derecho tributario identificar a la desafectación de primas, al rescate de

acciones y al reembolso del remanente de liquidación con una <<distribución de utilidades>> contrariando nociones societarias?

4.- *Autonomía conceptual del derecho tributario.*

Es habitual entre nosotros que cuando un decreto reglamentario exige extremos no contenidos en la ley de fondo se pretenda justificar dicho exceso en la autonomía conceptual del derecho tributario. Pero dicha autonomía científica es un privilegio de la ley de fondo, nunca de un decreto reglamentario y menos aún, de un órgano recaudador.

Huelga recalcar que toda aclaración conceptual no formulada legalmente por órgano legislativo competente no debería ser objeto de aclaraciones del órgano ejecutivo (vía reglamentación) que redunden en la dilatación del hecho imponible, en su defecto, la reglamentación devendría en inconstitucional por violación del principio liminar de legalidad tributaria.

Si una ley de fondo de carácter tributario pretendiera elaborar una nueva calificación de prima de emisión de acciones, o de rescate de acciones distinta a la empleada en el ámbito propio y específico del derecho societario; aquella debería enmarcarla conceptualmente. Caso contrario, no corresponde sino apoyarse en los principios societarios que emergen de la Ley de Sociedades Comerciales ("LSC"); ámbito dentro del cual se mueven estos negocios jurídicos (944 del C. Civil y 216 del C. Com).

En razón de lo dicho, proponemos efectuar un análisis de las normas del impuesto de igualación pero a la luz del derecho societario, enfoque que resulta imprescindible para lograr un mínimo de coherencia jurídica. Ello nos permitirá fundar -"...por una nueva cultura tributaria..."- la ilegalidad e inconstitucionalidad de las extensiones formuladas al hecho imponible del impuesto de igualación por parte del decreto reglamentario de la LIG.

Comenzaremos con la operación de rescate de acciones como presupuesto del tributo de igualación, según lo ordena el decreto.

II. El rescate de acciones.

El rescate de acciones no es un negocio jurídico tipificado en la LSC pudiendo encontrarse una breve referencia en el artículo 235.3 LSC.

Este vacío obliga afinar la noción de <<rescate>> para darle su merecido alcance teniendo en cuenta que estamos en el ámbito de las obligaciones tributarias donde las imprecisiones y las analogías no encuentran albergue.

Una aproximación al vocablo rescate estaría graficando la idea de recobrar o recuperar alguna cosa o bien. En igual sentido el vocablo <<reembolso>> estaría dando la noción de entregar, devolver, restituir. Rescate y reembolso son las dos caras de un mismo cuño: porque reembolso (capital) rescato (acciones); porque rescato (acciones), reembolso (capital). Ambos están íntimamente relacionados y mencionados en el artículo 235.2 LSC.

Ahora bien, mientras la amortización es un negocio jurídico cuidadosamente tipificado en la ley societaria puesto que implica la resolución compulsiva del vínculo asociativo (*vid.*, art. 223 LSC), el reembolso y el rescate son solo y en esencia, el efecto material necesario de un negocio jurídico principal: porque decido amortizar rescato; porque decido amortizar reembolso. O sea, el reembolso es hecho y no acto. Podríamos afirmar que tanto el reembolso como el rescate son el objeto de un acto jurídico (*vid.*, art. 953 C. Civil) concibiendo al rescate como hecho voluntario susceptible de producir alguna adquisición,

modificación, transferencia o extinción de derechos (*vid.*, art. 897 C. Civil).

Ahora bien, el reembolso entendido como el hecho jurídico de devolver o reintegrar las sumas invertidas, puede imputarse contablemente con cargo a capital social (*vid.*, art. 203, 204, 220.1 y 235.2 LSC), con cargo a ganancias líquidas y realizadas (*vid.*, art. 223 LSC) y con cargo a reservas libres y ganancias líquidas y realizadas (*vid.*, art. 220.2 LSC).

El rescate de acciones -como hecho imponible del tributo de igualación- estaría indicado en el decreto reglamentario.

Será necesario entonces descifrar a qué tipo de rescate se refiere puesto que tal como lo venimos señalando la decisión de redimir acciones puede ser con cargo a capital social, con cargo a reservas o resultados, e incluso, con cargo a prima de emisión.

Si lo que la sociedad reembolsa es el valor nominal del capital estaremos ante un simple reembolso de capital sin acrecidos, utilidad o renta para el socio. Si el reembolso abarca el valor nominal más la prima de emisión estaremos ante el reembolso del precio de suscripción; o sea, la devolución del monto invertido sin ningún acrecido, utilidad o renta. Si el reembolso implica devolver el valor patrimonial de la acción (p.ej., en el caso del recesso del art. 245 LSC) aquel deberá efectuarse con cargo a las cuentas patrimoniales de la sociedad que incluirán la reserva legal, las reservas libres, estatutarias, voluntarias y contractuales, los resultados acumulados; y todo otro rubro que por su naturaleza corresponda ser incluido en la cuenta de capital, reservas o resultados (*vid.*, art. 63.II d LSC).

Respetando la *ratio legis* del tributo de igualación, el rescate de acciones con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres sería el único negocio jurídico (hecho imponible) que debe habilitar el pago del tributo; puesto que el reembolso de capital a

secas, o el reembolso de precio de suscripción (que incluye la prima) no es utilidad de la sociedad, independientemente de que pudiera generar una utilidad susceptible de ser gravada en cabeza de quien la reciba.

En consecuencia, postulamos la tesis de que cuando el decreto hace mención al rescate de acciones alude al supuesto de rescate con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres; vale decir, a los supuestos de rescate de acciones para mantenerlas en cartera (*vid.*, art. 220.2 LSC) y a la operación de amortización (*vid.*, art. 223 LSC), únicamente.

Decimos esto porque -tal como veremos más adelante- la AFIP ha asimilado el rescate de acciones a la reducción de capital.

¿Es jurídicamente correcta dicha asimilación? La respuesta negativa se impone. Veamos:

1.- *El rescate de acciones con cargo a capital.*

El art. 220.1 LSC alude al negocio de adquisición de acciones propias para cancelarlas, previa reducción voluntaria de capital (art. 235.2 LSC)

Si agudizamos un poco la mirada veremos que desde una perspectiva jurídica y económica el artículo 220.1 no regula un rescate de acciones sino algo muy distinto: el reembolso del capital por cancelación de acciones. La reducción del capital nos lleva a la cancelación de las fracciones ideales de la cifra de retención estatutaria; o sea, la cancelación de la acción, más no un rescate.

El negocio jurídico colegiado de reducción de capital no produce un rescate de la acción, ni éste es su efecto jurídico natural; sino que el efecto propio de la reducción de capital es la cancelación

accionaria respectiva. La sociedad no rescata ni adquiere nada, sólo se procede a cancelar en el libro de registro las acciones representativas del capital social reducido. No es necesario proceder a rescate alguno.

En el llamado <<rescate de acciones con cargo a capital>> no se produce una adquisición en sentido técnico - jurídico, ni tradición de la acción a nombre de la sociedad "*para cancelarlas*", ni transferencia de dominio, sino que simplemente se procede a la cancelación de la acción y consecuente pago del reembolso como resultado de la reducción de capital social. La adquisición no es elemento esencial del negocio jurídico de reducción; como sí lo es, la cancelación.

En otras palabras, el inciso 1º del artículo 220 podría no figurar en nuestra LSC puesto que la cancelación por efecto necesario de la reducción de capital operará *ipso iure et ipso facto*.

Esto nos estaría dando una idea clara de que el artículo 220.1 no agrega nada nuevo y confunde al lector desprevenido.

Para que funcione la cancelación ésta deberá responder, indefectiblemente, a un acuerdo colegiado de reducción de capital social.

La reducción de capital y por lo tanto el reembolso del aporte con cargo a capital social no es sinónimo, ni significa jurídicamente, un rescate de acciones.⁵

⁵ Ciertamente es que generalmente, se identifica dicho rescate de acciones con la acción reclamar (la sociedad) y entregar (los accionistas) los títulos cartulares representativos de las acciones que hubieren sido objeto de la reducción. Aún en tal contexto sería más preciso aludir a rescate de títulos accionarios para cancelarlos ya que las acciones, en cuanto representaciones del capital, han dejado de existir desde el instante mismo en el que la asamblea decidió la reducción de capital.

Dicha acción de reclamo y entrega no procura más que trasladar a los instrumentos respectivos la decisión ya adoptada. Desde el preciso momento de la decisión de reducción de capital, las acciones que representan la porción del capital reducido, jurídicamente ya no existen y sólo resta, que los tenedores devuelvan los títulos accionarios a la sociedad emisora para su cancelación.

Los títulos accionarios ya no son tales. No pueden si quiera ser calificados como títulos. En todo caso, ex - títulos. En efecto, todo título supone un derecho sin el cual, aquel

Esta es nuestra tesis.

2.- *Rescate de acciones con cargo a ganancias líquidas y realizadas o reservas libres.*

Esta operación (conocida en la doctrina española como operación de autocartera) funciona en nuestra ley sólo, para evitar un daño grave al interés social (*vid.*, art. 220.2 LSC); salvo para las sociedades listadas en bolsa donde la hipótesis de daño ha sido descartada por el decreto 667/01 (de muy dudosa constitucionalidad).

En este negocio la sociedad adquiere sus propias acciones sin que opere una reducción de capital, ni cancelación de la acción, ni anulación de los títulos porque las acciones adquiridas son mantenidas en el patrimonio con cargo a reservas hasta su enajenación. O sea, la sociedad adquiere su propio capital con el objetivo de evitar un daño debiendo enajenarlas en un plazo de un año; renovable.

Esta operación jurídica representa un genuino rescate y puede abarcar tanto negocios consensuados (*vrg.*, compraventa de acciones) como negocios forzosos (*vrg.*, exclusión del accionista). ¿Será éste el único supuesto previsto en el decreto?

Si este fuera el <<rescate>> del decreto reglamentario entonces éste no estaría aludiendo a la reducción de capital, sino a otro negocio jurídico bien distinto.

3.- *Rescate de acciones para compensarlas contra un patrimonio universal adquirido.*

En esta operación jurídica (*vid.* art.

deviene en un mero papel más no en un cartular. En el caso, desde el instante en que se ha tomado la decisión de reducir capital y consecuentemente el número de acciones (en tanto no se decidiera reducir el valor nominal de las mismas) los títulos en cuestión ya no representan a las acciones objeto de la reducción, por ende, tampoco son títulos sino mera documentación que se debe retirar de circulación para evitar confusiones innecesarias.

220.3 LSC) tampoco opera un rescate de acciones sino una compensación por efecto de la absorción de un patrimonio en cuyo activo figuran acciones de la sociedad absorbente en el rubro “inversiones permanentes” del activo. Éste es caso de absorción de sociedad o de la adquisición de un fondo de comercio con participaciones accionarias recíprocas (*vid.*, art. 32 LSC).

Aquí tampoco nos encontramos ante una genuina operación de rescate porque lo que se produce es una compensación y consecuente cancelación de las acciones contabilizadas como “inversiones permanentes” en la sociedad absorbida o transferente del fondo de comercio.

4.- *Rescate con cargo a ganancias líquidas y realizadas para amortizarlas.*

El negocio jurídico de amortización de acciones se encuentra específicamente tipificado en el art. 223 LSC; y referenciada en el art. 235.3 LSC.

La doctrina especializada suele emplear la expresión “rescate por amortización de acciones”.⁶

Si bien en este contexto el rescate es la consecuencia jurídica ineludible de la operación de amortización. Atento al enredo conceptual que se genera con respecto al rescate accionario y, considerando además que la amortización implica un rescate, es importante clarificar aquella noción.

La amortización se encuentra regulada en el artículo 223 LSC y consiste en la distribución entre los accionistas de sumas derivadas de fondos constituidos por ganancias reservadas que se efectivizan en

⁶ La amortización de acciones es una operación jurídica sujeta a las siguientes condiciones de validez: (i) autorización en los estatutos sociales; (ii) las acciones deben estar integradas en su totalidad; (iii) la amortización se efectuará con cargo a ganancias realizadas y líquidas; (iv) debe respetarse la igualdad por medio de sorteo; (v) la asamblea establecerá el justo precio; (vi) será resuelta por asamblea extraordinaria y (vi) en caso de que la amortización fuera total, ello generará el canje de las acciones por bonos de goce.

concepto de reembolso total o parcial de los aportes integrados según el justo precio fijado por la asamblea.

De manera tal que la amortización constituye un pago anticipado al accionista de su participación en el patrimonio social; sin que tenga que aguardar a la liquidación.

La amortización puede ser consecuencia de una voluntaria decisión asamblearia o de situaciones ajenas a dicha voluntad como ser en el caso de la pérdida de sustancia del patrimonio social por activos perecibles materialmente (explotación de minas) o financieramente (explotación de servicios públicos con reversión gratuita al ente concedente de los activos afectados a la concesión).

La normativa societaria exige que la amortización de acciones se realice con cargo a ganancias realizadas y líquidas (art. 223 LSC).

El régimen de amortización ha dado lugar a posiciones doctrinarias encontradas en cuanto a si supone o no reducción de capital social. Como veíamos, la amortización de acciones se realiza, indefectiblemente, con cargo a ganancias realizadas y líquidas, con lo cual, parece que de ninguna manera ella implica una reducción de capital.

Sin embargo, la situación dista de ser pacífica.

Se sostiene que si el capital social es la suma del valor nominal de todas las acciones emitidas, ante la amortización parcial, la cifra nominal de capital social no coincidiría y por ello habría que reducirla. Quienes así entienden, lo hacen con base en que aún financiándose la amortización con cargo a ganancias realizadas y líquidas, ésta implica necesariamente una reducción de capital pues los bonos de goce no son acciones y el capital social sólo se representa en

acciones.

No compartimos esta tesis.

Si se trata de mantener el equilibrio formal entre la cifra nominal del capital y las acciones en circulación y aún cuando no se aceptara a los bonos de goce para tal cometido, entonces sería suficiente con modificar el valor nominal de las acciones no amortizadas incrementándolo logrando el equilibrio de balance.

Adherimos a quienes postulan que la amortización no implica reducción de capital ya que dicha operación se realiza con cargo a ganancias realizadas y líquidas y por ello, el capital social resulta inalterado. El equilibrio entre la cifra del capital social y el valor nominal de las acciones se sigue manteniendo inalterado, en caso de amortizaciones parciales, a través de las pertinentes registraciones contables que serán asentadas en dos rubros: i) capital no amortizado y ii) capital amortizado y por tanto, el total de ambos rubros representa el conjunto del capital social. En el supuesto de amortización total, los bonos de goce representan al capital amortizado y ello permite el equilibrio interno y formal del balance al que se aludía anteriormente.⁷

Para resumir: la operación de amortización no implica reducción de capital ya que se realiza con cargo a ganancias realizadas y líquidas.

5.- Devolución de aportes irrevocables de

⁷ Cfr. SASOT BETES, Miguel A. y SASOT, Miguel: "Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables", Depalma, Buenos Aires, 1985. cit., pág. 290.

En este caso, la duda consiste en precisar si dichos bonos de goce son o no un pasivo. En efecto, si se los considerara como un pasivo, la sociedad deberá necesariamente reducir su capital, aunque más no sea para equilibrar formalmente su balance. Por nuestra parte consideramos que los bonos de goce emitidos en reemplazo de las acciones ante el supuesto de una amortización total del capital no son pasivo por la sencilla razón de que no hay un crédito a favor del tenedor de tales bonos, sólo se trata de un derecho en expectativa a un crédito futuro eventual que sólo nacerá cuando la asamblea decidiera distribuir utilidades, situación que por cierto, es idéntica a la que se plantea con respecto a las acciones ordinarias.

capital

A la extensión propiciada del hecho imponible descrito en la LIG por parte del decreto reglamentario, debemos adicionarle la interpretación extensiva que formula la AFIP-DGI postulando que la devolución de aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones es una reducción de capital que debe ser alcanzada por el gravamen de igualación (Nota AFIP 1453/05 (SAGLII)).

En dicha Nota la AFIP se ha referido a las siguientes hipótesis:

(i) DEVOLUCIÓN DE APORTES IRREVOCABLES (CAPITALIZADOS) - por medio de la reducción de capital y consecuente rescate de acciones - : *"...cabe la aplicación de lo establecido en el artículo agregado a continuación del 102, en cuanto determina que el régimen de imposición aquí tratado es aplicable también a los supuestos de rescate de acciones..."*;

(ii) DEVOLUCIÓN DE APORTES IRREVOCABLES (NO CAPITALIZADOS): *"...al asimilarse al mismo a una reducción de capital, correspondería aplicar el tratamiento establecido en el artículo agregado a continuación del 69 (...) y 102 del decreto reglamentario de dicho gravamen..."*;

(iii) DEVOLUCIÓN DE APORTES IRREVOCABLES (COMO PASIVO): *"...de acuerdo a los artículos 5° inc. 1) subinciso a) y 6° de la Resolución N° 25/2004 de la IGJ, (...) debe considerarse al citado concepto como devolución del aporte y en tal sentido se aplicarán las disposiciones del artículo a continuación del artículo 69 de la ley del gravamen..."*

Gracias a una interpretación extensiva del decreto, que raya con la analogía (por cierto prohibida en materia tributaria), la AFIP pretende someter al tributo de igualación a los aportes irrevocables a cuenta de futura suscripción de acciones en sus tres estadios negociales:

(i) pendiente la capitalización, (ii) capitalizado y (iii) transformado en pasivo social.

El sustento argumental de la AFIP consiste en asimilar la devolución de aportes irrevocables a una reducción de capital y dado que el decreto reglamentario extiende el impuesto de igualación al rescate de acciones, a continuación, la AFIP interpreta la expresión <<rescate de acciones>> como una sinonimia de <<reducción de capital>> y concluye aplicando el impuesto de igualación a la devolución de aportes.

Decir que la devolución de aportes irrevocables es una reducción de capital es hacer un giro Copernicano del derecho societario puesto que la devolución de estos aportes en nada altera la cifra nominal del capital estatutario. Sólo se le aplica a la devolución de los aportes el régimen de la reducción de capital en relación a las publicaciones y eventuales oposiciones de acreedores, por efecto de opiniones doctrinarias que así lo han requerido y ciertas normas administrativas de algún órgano de contralor societario (vrg., IGJ para las sociedades radicadas en la CABA). Ello no surge, ni expresa, ni implícitamente de la LSC.

Creemos que la confusión de la AFIP al asimilar la devolución de aportes irrevocables con la reducción de capital debe su origen a una lectura superficial de los antecedentes doctrinarios y regulatorios.

En una reducción voluntaria de capital (arts. 203 y 204 LSC) existen razones por las cuales la LSC exige la publicación de edictos y el régimen de oposiciones de acreedores (art. 204 y 83.3 LSC) y ellas apuntan a resguardar los intereses de los acreedores quienes habrían contratado con la sociedad teniendo en miras un determinado monto de capital que, repentinamente, resulta disminuido por efecto de la reducción y por ello los acreedores que sintieran afectada su garantía de pago podrían oponerse para ser desinteresados o bien garantizados en sus obligaciones.

La doctrina societaria supo advertir que

esas mismas razones se hallaban presentes en el contexto de una restitución de aportes irrevocables y por ello debía aplicarse analógicamente el procedimiento de publicaciones y oposiciones previsto para la reducción voluntaria de capital.

En estricto sentido técnico la restitución de aportes irrevocables no es una reducción de capital; sólo se le aplica analógicamente las normas en materia de publicaciones y oposiciones por mera sugerencia doctrinaria e indicación regulatoria (más no por exigencia legal) y con la única finalidad de tutelar el interés de los acreedores.

Aún cuando se considerase, hipotéticamente, que no se trata de una asimilación de regímenes sino que la devolución de aportes es esencialmente una reducción de capital; semejante conclusión no se encuentra amparada por ninguna ley (en sentido formal) como para que la AFIP pueda sostener jurídicamente la aplicación del impuesto de igualación a ese caso; de lo contrario, resultaría vulnerado la legalidad tributaria.

¿Por qué el decreto reglamentario ha desbordado el marco legal de la manera descripta?

Tal vez, ello se deba a una sinergia de confusiones entre el reglamentador y el órgano recaudador.

En efecto, la AFIP ha desarrollado una teoría más que novedosa con respecto a la naturaleza "*tributaria*" del rescate de acciones, calificándolo nada más y nada menos como una permuta. Tal vez allí podamos encontrar al germen de toda esta gran confusión conceptual respecto al rescate de acciones. Nos explicamos:

6.- ¿El rescate de acciones como permuta?

En reiteradas oportunidades la AFIP ha calificado al rescate de acciones

asimilándolo a la permuta.

Ha dicho la AFIP que "*...la operación de rescate de las acciones importa una transferencia de dominio a título oneroso (...) mientras el inversor entrega a la sociedad el título valor representativo del dominio de las acciones, ésta, en reciprocidad, da a aquel una suma de dinero en concepto de precio. El carácter conmutativo de la operación se apoya en lo dispuesto en la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales que en su artículo 220, refiriéndose a la operación en cuestión, dice textualmente: "La sociedad puede adquirir acciones que emitió sólo en las siguientes condiciones: 1) Para cancelarlas y previo acuerdo de reducción de capital..."*".⁸

También ha señalado - en alusión a la naturaleza del rescate de acciones - que la misma "*...constituye una permuta en los términos del artículo 1485 del Código Civil (...) por cuando una parte se obliga a entregar un bien a cambio de otro bien...*".⁹

Como puede apreciarse la referencia que efectúa la AFIP lo es con relación al supuesto del inc. 1 del art. 220 LSC; y que tal como ya hemos explicado el rescate con cargo a capital no es un negocio jurídico.

El rescate con cargo a capital no es una permuta en los términos del artículo 1485 del Código Civil y menos aún puede considerarse que implique una operación conmutativa. Aquel debe entenderse como: (i) un hecho jurídico, (ii) accesorio y (iii) efecto sustancial y material de un acto jurídico colegiado principal.

En el <<rescate con cargo a capital>> no se produce una adquisición en sentido técnico-jurídico, como así tampoco una tradición de la acción a nombre de la sociedad "para cancelarlas", y menos aún una transferencia de dominio. No es un contrato y tampoco implica el intercambio de bienes. Simplemente se procede la cancelación de la acción y consecuente pago del reembolso

⁸ Dictamen DGI N° 16/1984, 23.03.84.

Mismo criterio en Dictamen AFIP-DGI N° 38/2003.

⁹ Dictamen AFIP-DGI N° 11/2004. Ídem en Dictamen AFIP-DGI N° 71/2004.

como resultado de la reducción de capital social decidida en la asamblea extraordinaria.

Distinto podría ser el escenario en la hipótesis del art. 220.2 de la LSC; por la simple razón gramatical de que dicho dispositivo no alude a “compra” ni a “venta” pudiendo abarcar tanto el negocio jurídico de permuta como compraventa, sin descartar, la adquisición forzosa o compulsiva como opción jurídicamente válida.

III. ¿Distribución de capital o de utilidades?

1.- *Las reservas patrimoniales.*

El decreto reglamentario se refiere a las *reservas anteriores cualquiera sea la fecha de su constitución* como uno de los fondos empresarios empleados para el pago de dividendos.

Así como la sociedad puede declarar dividendos, también podría reinvertir las utilidades, esto es, autofinanciar el desarrollo de su actividad con los resultados contables positivos de cada ejercicio. Podría destinar las ganancias a una reserva especial (art. 70 LSC) o incluso las podría capitalizar emitiendo acciones liberadas.

Si nos detenemos en el primer supuesto se observa que la sociedad podría afectar las utilidades del ejercicio a una reserva especial no declarando dividendos y con posterioridad podría desafectar dicha utilidad reservada y distribuirla entre los accionistas como dividendos.

En tal caso, independientemente de la posibilidad de discutir si ello lleva anexo (desde el punto de vista societario) una declaración de dividendos, lo cierto es que para evitar tales interpretaciones, la LIG no sólo ha incluido el pago de

dividendos sino también la distribución de utilidades. Las cuales, por cierto, pudieron ser oportunamente reservadas y luego desafectadas.

En consecuencia, la mención legal de distribución de utilidades podría comprender dicho supuesto de distribución de utilidades reservadas previamente.

La mención legal del pago de dividendos o distribución de utilidades que efectúa la norma de la LIG tiene un sentido preciso. Refiere a las ganancias contables del ejercicio distribuidas o susceptibles de serlo.

La mención a <<reservas>> parece atendible, por cuanto la ley alude a distribución de utilidades que pudieron ser reservadas previamente; y con ello se evitaría burlar el gravamen de igualación si sólo hubiera contemplado el pago de ganancias líquidas y realizadas del ejercicio.

No se puede decir lo mismo con respecto a la inclusión de las primas de emisión y de la liquidación social.

¿Constituyen distribución de utilidades la desafectación de una prima de emisión de acciones o el pago del remanente de una liquidación social?

2.- *La prima de emisión.*

La prima de emisión de acciones en cuanto precio de las acciones por sobre el valor nominal es llanamente un aporte de capital que efectúa quien debe pagar ante una suscripción. La prima de emisión es y será patrimonio. No renta ni utilidad para la sociedad que ha emitido las acciones con dicha prima.

Sabido es que si se decidiera distribuir la prima de emisión se haría en proporción a las tenencias. La prima de emisión tiene su origen en el precio de acciones y en consecuencia es un aporte de capital.

Entonces, la distribución de una prima de emisión no encaja en la expresión legal de pago de dividendos o distribución de utilidades, supuestos ambos que suponen, necesariamente, la existencia de resultados positivos del ente. Ello no obsta, desde luego, al tributo que eventualmente (y si correspondiera) debería pagar quien recibe dicha prima desafectada. Pero ello es una cuestión totalmente ajena al impuesto de igualación.

En oportunidad de ser consultada la AFIP acerca de la desafectación y distribución de una prima de emisión, el dictamen 69/2005 del 24.11.05 expresó que *"...no caben dudas que la distribución a efectuar en concepto de primas de emisión constituyen utilidades para los perceptores de las mismas, por cuanto, (...) los accionistas que oportunamente suscribieron acciones con prima, a la fecha ya no revisten tal carácter, resultando procedente en autos la aplicación del denominado impuesto de igualación"*.

La afirmación de la AFIP se basa en la literalidad del decreto reglamentario pero contradice el sentido esencial de la LIG.

Independientemente de que como consecuencia de la desafectación y distribución de la prima de emisión pudiera generar una renta gravada en cabeza del accionista que la recibe -situación no analizada ni controvertida- lo cierto es que de ninguna manera puede considerarse que implique una utilidad para la sociedad emisora cuya distribución justifique la aplicación del impuesto de igualación.

Es verdad que la aseveración de la AFIP tiene sustento en la letra del decreto.

Es verdad también que la *ratio legis* de la norma del impuesto de igualación refiere al pago de dividendos o distribución de utilidades; esto es, distribución de resultados contables

positivos de la sociedad que los paga o distribuye.

Si bien la LSC al referirse a la prima establece que la misma es "distribuable" (*vid.*, 202 in fine LSC), ello no significa que sea una utilidad para la sociedad emisora. Al contrario, la prima de emisión, descontados los gastos de emisión de acciones, conforma una reserva especial que integra el patrimonio neto (*vid.*, art. 63.II.b) LSC).

En síntesis, si tenemos presente que el sentido del impuesto de igualación es evitar beneficiar a los socios de sociedades con beneficios fiscales propios de la sociedad, lo cierto es que la desafectación de una prima nada tiene que ver con tales situaciones; y aún cuando la misma pueda reportar una utilidad para el accionista que la recibe (en el específico supuesto del dictamen 69/2005), ello es ajeno al impuesto de igualación que supone la distribución de dividendos o utilidades.

En función de lo expuesto, no es aplicable el régimen de igualación en la hipótesis de desafectación y distribución de primas de emisión, por la sencilla razón que no se trata de dividendos ni utilidades distribuidas que constituye el presupuesto del hecho imponible descrito por la norma legal.

No corresponde -en tanto se desee respetar la legalidad tributaria- la extensión del hecho imponible que enuncia la LIG por parte del decreto reglamentario.¹⁰

3.- Distribución del remanente de la liquidación.

Tal como hemos visto, el decreto reglamentario de la LIG establece que la

¹⁰ En cuanto al tratamiento para la sociedad emisora, el art. 20 inc. p de la LIG exime a las primas de emisión del gravamen. Asimismo, tal como lo ha sostenido la CSJN en un recordado fallo que la prima de valorización, el mayor valor asignado sobre el nominal a las nuevas acciones emitidas, constituye un aumento de capital y no un rédito imponible. CSJN, 25.11.40, "Sedalana S.A.", LL 20-842.

liquidación social quedaría cubierta por la hipótesis del impuesto de igualación.

La liquidación tiene por cometido procurar la realización del activo y la cancelación del pasivo social. Si con motivo de dicho proceso, resultara un remanente positivo el mismo sería objeto de un proyecto de distribución a favor de los socios.

¿Qué recibe un socio en ese caso?, ¿una utilidad generada por la sociedad que se ha liquidado?

Obviamente que no.

El distribución al socio del saldo positivo de la liquidación social no es más que un reembolso o restitución de capital o patrimonio. No un pago de dividendos o distribución de utilidades.

Ello no obsta por supuesto, que dicha distribución genere un resultado e pueda implicar una renta gravada para quien la recibe tal como también lo hemos analizado en cuando a la distribución de primas de emisión. En ese caso, tal situación es absolutamente ajena al impuesto de igualación.

Por lo general, al saldo positivo que surge una vez cancelado el pasivo tras el proceso liquidatorio se lo denomina "dividendo de distribución". Más ello no significa que el objeto de dicha distribución sea, estrictamente, una utilidad en los términos del impuesto de igualación.

En efecto, el llamado "dividendo de liquidación" no es un dividendo, en cuanto todo dividendo importa la existencia de ganancias realizadas y líquidas declaradas como tales.

Desde el punto de vista societario, contable, económico y financiero, el "dividendo de liquidación" no es utilidad generada por la sociedad. Es el saldo

positivo luego de realizados los activos y cancelados los pasivos sociales.

En consecuencia, el comúnmente llamado "dividendo de liquidación" es pura y exclusivamente capital, que se reembolsa o restituye a sus dueños ex - accionistas una vez que ya no restan pasivos por cubrir. Obviamente, ello no empece que dicho reembolso o reintegro represente para el ex accionista que lo recibe (y en cabeza del mismo por supuesto) una renta susceptible de ser gravada por el impuesto a las ganancias, pero ello es tema distinto al que compete al impuesto de igualación.

Desde la perspectiva del tributo de igualación la inclusión del "dividendo de liquidación" por parte del decreto reglamentario contradice la *ratio legis* de la norma ubicada a continuación del artículo 69 de la LIG y con ello vulnera, el principio esencial de legalidad tributario.

IV. Reflexión final.

El artículo incorporado a continuación del 69 LIG sólo alude al pago de dividendos y distribución de utilidades, en tanto que el decreto reglamentario extiende el ámbito de aplicación de impuesto de igualación al pretender aplicarlo al rescate de acciones, a la distribución de primas de emisión y del remanente de la liquidación.

En lo que a estas dos últimas situaciones refiere, cabe concluir que no se adecua a la *ratio legis* de la LIG la inclusión de la prima de emisión y de la distribución del remanente patrimonial de liquidación, toda vez que ninguno de ellos responde a la noción de utilidades o dividendos. En ambos casos se trata de la distribución de capital o de patrimonio.

De igual manera, la devolución de aportes irrevocables tampoco califica como pago de dividendos o distribución de utilidades por lo que la aplicación analógica propugnada por la AFIP del impuesto de

igualación a ese supuesto también es arbitraria.

Finalmente, mayor controversia puede despertar la consideración del rescate de acciones.

La expresión <<rescate>> de acciones aparece asociada a varias normas de la LSC, en particular a las reducciones de capital (arts. 203 y s.s.), a la adquisición de acciones propias (art. 220), a la amortización de acciones (art. 223) y al reembolso por receso (art. 245).

En algunos de estos supuestos existe una necesaria reducción de capital y el rescate (o cancelación como preferimos llamarla) no es más que la obvia consecuencia jurídica de dicha reducción.

En otros supuestos, la reducción es posible, más no inexcusable, tal la hipótesis del rescate por reembolso del capital por ejercicio del derecho de receso (art. 245 lsc).

En tanto que, en el resto de las situaciones contempladas, definitivamente no existe reducción de capital alguno (arts. 220, inc. 2 y 3; 223). Ello así, ya que la ley prevé el rescate de acciones para mantenerlas en cartera y para amortizarlas bajo la operación jurídica de amortización de capital. En ambos supuestos el rescate se debe financiar con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres. No existe reducción de capital en tales negocios jurídicos.

En consecuencia, la expresión <<rescate de acciones>> no se asimila, en un sentido técnico-jurídico, de manera precisa e inequívoca con la <<reducción de capital>> y por lo tanto ello nos permite concluir, que la identificación que realiza la AFIP entre rescate de acciones y reducción de capital es jurídicamente inexacta.

Por otra parte, podemos concluir

que cuando el decreto reglamentario alude a rescate accionario, en punto al tributo de igualación, en rigor de verdad, no se refiere a cualquier rescate de acciones sino, únicamente, a los supuestos de rescates accionarios que se efectúan con cargo a utilidades.

Esta interpretación es coherente con la *ratio legis* de la LIG que contempla el caso del pago de dividendos o distribución de utilidades. Fácil es advertir que esta interpretación concilia la expresión "rescate de acciones" que incorpora el derecho reglamentario con el sentido del gravamen.

Siendo la finalidad de la norma (a continuación del art. 69 de la LIG) gravar dividendos y utilidades, ambas nociones deben guiarnos para desarrollar una hermenéutica jurídicamente precisa y correcta del art. 102 del decreto.

Sin duda que el decreto debió haber especificado la noción de rescate. En tal sentido debió dejar en claro que contemplaba el supuesto del rescate de acciones con cargo a utilidades y no el supuesto del rescate con cargo a capital. El primero, si bien aún se podría discutir su conveniencia tributaria e incluso legalidad tributaria estricta, sería *a priori* coherente con la norma legal que refiere al pago de dividendos o distribución de utilidades; ello así, por cuanto se podría interpretar que el mecanismo del rescate ha sido un procedimiento encubierto para pagar las utilidades contables surgidas por diferencia con las utilidades impositivas.