

**LIMITACION A LA DEDUCCION DE INTERESES:
Análisis de la nueva reglamentación y de su compatibilidad con los convenios para
evitar la doble imposición internacional suscriptos por la Argentina.¹**

**Silvia G. Catinot
Norberto P. Campagnale**

El 23 de julio pasado se publicó en el Boletín Oficial el Decreto N° 916/04 (el “Decreto”), por medio del cual se introducen modificaciones a la norma reglamentaria de la Ley de Impuesto a las ganancias (“LIG”), a efectos de adecuarla a aquéllas introducidas por la Ley N 25.784².

Recordemos que a través del dictado de la citada norma legal se introdujeron importantes modificaciones en la LIG, entre ellas, las relativas a las disposiciones que limitan la deducción de los intereses de la base imponible del gravamen.

El presente trabajo tiene por finalidad comentar los aspectos más relevantes que contempla el Decreto respecto de dicha limitación. Para una mejor comprensión también efectuaremos un breve comentario de las normas que se reglamentan.

I. Limitaciones a la deducción de intereses

A) Régimen anterior.

La subcapitalización se puede definir como aquella situación en la cual una empresa, aparentemente financiada mediante el acceso al crédito, es en realidad financiada a través de capital social.

La doctrina nacional³ también suele denominarla “*capitalización exigua*” (o “*capitalización encubierta*”), puesto que implica que la proporción del patrimonio societario financiado mediante deuda es anormalmente alta con relación a la proporción financiada con capital propio.

Por su parte, Lete⁴ conceptualiza a la subcapitalización como “*la situación financiera de una sociedad residente en la que el volumen de recursos ajenos respecto de los recursos propios de aquélla supera la proporción que puede considerarse normal respecto de las operaciones que se efectúan en libre concurrencia, buscándose tal situación a través de préstamos con entidades vinculadas no residentes con un fin de reducción a efectos fiscales del beneficio gravable de la primera sociedad*”.

A efectos de contar con instrumentos legales adecuados destinados a evitar prácticas de subcapitalización, la Ley N° 25.063⁵ introdujo ciertas modificaciones en la LIG, que

¹ Este artículo se encuentra a disposición de los suscriptores en la página web de Errepar S.A. (www.errepar.com.ar) y será publicado en la Revista Doctrina Tributaria del mes de Enero de 2005.

² Publicada en el Boletín Oficial de fecha 22 de octubre de 2003.

³ Figueroa, Antonio, “Precios de Transferencia. Implicancias y Recomendaciones”, pág. 1245.

⁴ El concepto vertido por este autor es citado por León de Rojas, en el trabajo presentado en el marco de las XIX Jornadas Latino-Americanas de Direito Tributario, “Aspectos tributarios de la subcapitalización internacional de las empresas en Venezuela, Libro 3, Lisboa en 1998, pág. 157.

⁵ Boletín Oficial del 30 de diciembre de 1998.

derivaron en la constitución de un esquema mixto complejo⁶. Por un lado, se incrementaron las tasas de retención en la fuente sobre los intereses girados a sujetos radicados en el exterior, y por el otro, se establecieron límites para la deducción de intereses.

Respecto de esa última cuestión, se dispuso que los sujetos que obtengan rentas de la tercera categoría (excluidas las entidades financieras) no podrían deducir la parte proporcional de intereses cuando se presentaran simultáneamente dos requisitos:

- 1) Monto del pasivo generador de intereses sea superior a 2,5 veces el patrimonio neto.
- 2) Monto de intereses sea superior al 50% de la ganancia neta sujeta a impuesto (antes de la detracción de los mismos).

Quedaban incluidos en la limitación, el 60% de los siguientes pasivos generadores de intereses:

- 1) Préstamos contraídos con entidades financieras residentes en el país.
- 2) Préstamos otorgados por entidades financieras radicadas en países que cumplieran con los estándares internacionales del Comité de Bancos de Basilea.
- 3) Deudas financieras contraídas con empresas locales.
- 4) Financiaciones otorgadas por proveedores del exterior de bienes muebles amortizables (excepto automóviles). (ESTE PUNTO SE ELIMINA)

Los pasivos que se encontraban excluidos de la limitación eran aquellos originados en:

- 1) Préstamos otorgados por sujetos residentes en el exterior alcanzados por la retención del 100% de presunción de renta neta.
- 2) El 40% de las restantes deudas.

B) Régimen actual.

La Ley N 25.784 modificó el inciso a) del artículo 81 de la LIG introduciendo importantes adecuaciones al régimen vigente. Tal como se reconoce expresamente en los Considerandos del Decreto, las normas que se reglamentan *“... tienden a evitar que por la relación existente entre las partes contratantes, el residente en el país contraiga deudas financieras con el objeto de reducir su base imponible en el impuesto a las ganancias a través de la deducción de los intereses que las mismas generen.”*

Conforme se desprende del nuevo precepto, los sujetos que obtengan rentas de tercera categoría (excluidas las entidades financieras incluidas en la Ley 21.526) no podrán deducir del balance impositivo al que corresponda su imputación, los intereses originados en deudas contraídas con personas no residentes que los controlen, según los criterios previstos en el artículo incorporado a continuación del artículo 15 de la LIG⁷.

⁶ Para un mayor análisis del tema se recomienda la lectura del libro “El Impacto de la Tributación sobre las Operaciones Internacionales”, Editorial La Ley, marzo de 2000.

⁷ Conforme se desprende de los Considerandos del Decreto, la Ley N° 25.784 sustituyó el inciso a) del Artículo 81 de la ley del tributo con el único objeto de modificar el régimen denominado de capitalización exigua a efectos

En tal sentido, en los Considerandos del Decreto se expresa que dicha norma sólo refiere a tomadores del país controlados por responsables del exterior, circunscribiéndose de este modo el alcance de la norma a los prestatarios que cumplan con dicha condición.

El artículo 81, inc. a) de la LIG utiliza la expresión “...*personas no residentes que los controlen...*”, restringiendo su aplicación a los supuestos de relación por control, previstas en el art. agregado a continuación del artículo 15 de la LIG⁸. Nótese que dicho precepto establece cuándo se configura una relación de vinculación entre un sujeto local y un sujeto del exterior, excediendo esta definición el alcance del término “control”. En otras palabras, si bien la norma no es clara al respecto, consideramos que existen razones para sostener que dicha norma no resultaría de aplicación en los casos en que se verifique una mera vinculación entre las partes, materializada a través de alguno de los supuestos definidos por la AFIP en la Resolución General N° 1.122 (artículo 7° y Anexo III).

Ello por cuanto (i) cuando el legislador quiso ser preciso respecto del alcance de la aplicación de una norma -como la contenida en el artículo 14 de la LIG- utilizó expresamente el término “vinculación”, quedando por ende sujeta su aplicación a la definición contemplada por el artículo agregado a continuación del artículo 15 de la LIG, y (ii) cuando quiso restringir la aplicación de una disposición a sociedades respecto de las cuales se verifica una relación de “control” -como la prevista en el artículo 130 de la LIG- lo hizo expresamente definiendo a tales efectos que debe entenderse por “sociedades controladas constituidas en el exterior”.

Como puede apreciarse la norma no es clara respecto de cuál es el alcance del término “personas no residentes que lo controlen”. Entendemos que una interpretación razonable sería adoptar una definición simétrica a la prevista en el artículo 130 de la LIG, por lo que se entendería que se verifica control cuando un sujeto no residente en el país posee, directa o indirectamente, más del 50% del capital de la sociedad constituida en el país o cuente, directa o indirectamente, con la cantidad de votos necesarios para prevalecer en las asambleas de accionistas o reuniones de socios. En este sentido, cabe destacar la opinión vertida recientemente por el TFN⁹ sobre la inexistencia de una relación de control, en cuanto a que “...*si bien la apelante tiene una participación del 50% en el capital de la otra, no reviste el carácter de controlante de la misma, ni ambas conforman un grupo económico.*”

La mencionada limitación a la deducción de los intereses opera en la proporción correspondiente al monto del pasivo que los origina, existente al cierre del ejercicio, que exceda a dos (2) veces el importe del patrimonio neto a la misma fecha, debiéndose considerar como tal lo que al respecto defina la reglamentación. El Decreto aclara que los intereses a que alude la dicha norma son los devengados que resulten deducibles por deudas de carácter financiero.

de que el mismo se aplique únicamente a sujetos comprendidos en el Artículo 49 de esta última ley — excluidas las entidades regidas por la Ley N° 21.526 y sus modificaciones — que resulten controlados por sujetos no residentes.

⁸ Dicho precepto establece que la vinculación quedará configurada cuando “... *una sociedad comprendida en los incisos a) y b) del primer párrafo del artículo 49, un fideicomiso previsto en el inciso agregado a continuación del inciso d) de dicho párrafo del citado artículo o un establecimiento contemplado en el inciso b) del primer párrafo del artículo 69 y personas u otro tipo de entidades o establecimientos, domiciliados, constituidos o ubicados en el exterior, con quienes aquellos realicen transacciones, estén sujetos de manera directa o indirecta a la dirección o control de las mismas personas físicas o jurídicas o éstas, sea por su participación en el capital, su grado de acreencias, sus influencias funcionales o de cualquier otra índole, contractuales o no, tengan poder de decisión para orientar o definir la o las actividades de las mencionadas sociedades, establecimientos u otro tipo de entidades.*”

⁹ Causa “Entretenimientos S.A. s/recurso de apelación - impuesto a las ganancias”, TFN, Sala D, 28/6/2004.

1. Conceptos excluidos.

La norma legal excluye de la citada limitación a los intereses de deudas originados en los préstamos comprendidos en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93. En efecto, no resultan alcanzados por la restricción aquellos intereses de deudas que están sujetos a la retención, con carácter de pago único y definitivo, a la tasa del 35% sobre el 100% de tales rendimientos.

Sin embargo, el Decreto limita esta exclusión sólo a aquellos intereses a los que, en forma concurrente, les sea aplicable (i) la presunción de ganancia neta dispuesta en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93 mencionado en el párrafo arde la ley -100%- y (ii) la retención que surja por aplicación de la tasa indicada en el primer párrafo del artículo 91 de la LIG -35%-.

Entendemos que esta norma procura evitar la deducción de la base imponible del gravamen de aquellos intereses que, si bien quedan comprendidos en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93 de la LIG, no están sujetos a la retención efectiva del 35%, en razón de gozar de un tratamiento preferencial por aplicación de convenios para evitar la doble imposición internacional suscriptos por la Argentina¹⁰. Recordemos que antes de la reforma introducida por la Ley N 25.784, no existían previsiones de esta índole, por lo que podían presentarse supuestos en los que, en virtud de cláusulas convenidas en dichos tratados, no procedía la retención del 35% sobre los intereses y sin embargo, la deuda que los originaba no debía considerarse a efectos de la determinación del coeficiente de endeudamiento.

De esta forma, el Decreto mantiene una simetría entre el impacto de la deducción en la base imponible del IG de la sociedad local y la gravabilidad de dichos intereses en cabeza del beneficiario del exterior.

Asimismo, el Decreto establece que los préstamos que se hayan contraído con personas no residentes que controlen al tomador y que devenguen intereses que no estén sujetos a la tasa efectiva del 35%, deberán considerarse a efectos de determinar el monto del pasivo a efectos del cálculo de la relación contenida en el cuarto párrafo del inciso a) del artículo 81 de la LIG.

2. Sujetos excluidos.

El Decreto mantiene la exclusión que se contemplaba en el texto vigente respecto de las empresas que tengan por objeto la realización de operaciones de leasing, pero agrega a aquellas que efectúen en forma secundaria exclusivamente actividades financieras.

Asimismo, el Decreto establece que la reglamentación podrá determinar la inaplicabilidad de la referida limitación cuando el tipo de actividad que desarrolle el sujeto lo justifique.

Conforme lo expuesto en los apartados 1. y 2. precedentes, se encuentran sujetos a la limitación los intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, otorgados por sujetos controlantes del exterior cuando **(i)** el tomador sea un sujeto empresa -excepto entidades financieras-, una persona

¹⁰ La Argentina ha suscripto convenios para evitar la doble imposición internacional con diversos países en los cuales se prevé que los intereses estarán sujetos en el estado de la fuente -en este caso Argentina- a tasas de retención reducidas (12%, 12,5%, 15% ó 20%)

física o una sucesión indivisa y el acreedor sea una entidad bancaria o financiera radicada en jurisdicciones no consideradas de nula o baja tributación o se trate de jurisdicciones que hayan suscripto con la Argentina convenios de intercambio de información y además que por aplicación de sus normas internas no pueda alegarse secreto bancario, bursátil o de otro tipo, ante el pedido de información de la AFIP y (ii) dichos rendimientos no se encuentren sujetos a una retención efectiva del 35%. Las entidades financieras mencionadas son las que están bajo supervisión del respectivo banco central u organismo equivalente.

3. Determinación de los conceptos incluidos como pasivos.

Respecto de las deudas que se incluirán dentro del pasivo computable, el Decreto establece que serán aquellas que tengan carácter financiero, excluyéndose las deudas generadas por adquisiciones de bienes, locaciones y prestaciones de servicios relacionados con el giro del negocio.

Por otra parte, se incluyen como pasivo las deudas que han sufrido algún tipo de descuento financiero, o en su caso, la colocación se haya realizado bajo la par.

A diferencia de la norma reglamentaria anterior y a fin de adecuar su texto a las nuevas disposiciones, el Decreto elimina la referencia a las deudas laborales, fiscales y previsionales.

4. Determinación del monto del pasivo.

El Decreto establece que el monto del pasivo, considerado según el punto precedente, será el establecido al cierre del ejercicio comercial o del año calendario, según el caso. Sin embargo cuando éste haya sufrido variaciones que hicieren presumir una acción destinada a eludir la aplicación del coeficiente se deberá computar, a los efectos del cálculo del límite, el promedio obtenido mediante la utilización de los saldos mensuales, excluido el correspondiente al mes de cierre. La presunción antedicha procederá salvo prueba en contrario, frente a variaciones del 20% respecto al promedio mencionado. Esta norma mantiene el criterio adoptado por la reglamentación hasta entonces en vigor.

Asimismo, el Decreto prevé que cuando la realidad económica indique que una deuda financiera ha sido encubierta a través de la utilización de formas no apropiadas a su verdadera naturaleza, dichas deudas también deberán incluirse dentro del monto total del pasivo.

5. Patrimonio Neto Computable.

El Decreto establece que el patrimonio neto al cierre del ejercicio será el que surja del balance comercial o, para el supuesto de no confeccionarse libros, la diferencia entre el valor total de los bienes -valuados según las normas del impuesto a la ganancia mínima presunta incluyendo los bienes exentos y no gravados- y las deudas, computando dentro de estas últimas, en caso de corresponder las utilidades diferidas.

Asimismo, el Decreto incorpora expresamente el tratamiento que cabe dispensar a los aportes irrevocables para futuras suscripciones de acciones. En efecto, el Decreto prevé en qué casos los aportes o anticipos a cuenta de futuras integraciones de capital deberán considerarse integrantes del patrimonio neto. Al respecto, se prevé que se considerarán integrantes del patrimonio neto los aportes o anticipos recibidos a cuenta de futuras integraciones de capital cuando existan compromisos de aportes debidamente

documentados o irrevocables de suscripción de acciones, que en ningún caso devenguen intereses o cualquier tipo de accesorios a favor del aportante.

6. Tratamiento del excedente

La Ley 25.784 dispuso que los intereses que, por aplicación de la disposición legal analizada no resulten deducibles, tendrán el tratamiento previsto en la LIG para los dividendos. Por lo que, en una primera interpretación podría sostenerse que la intención del legislador ha sido que el excedente de los intereses no deducibles no queden sujetos a retención en oportunidad de su pago al beneficiario del exterior.

Consecuentemente, dichos intereses no serán deducibles de la base imponible del IG y no estarán sujetos a retención en oportunidad de su pago, en la medida en que no resulten alcanzados por las normas del impuesto de igualación previstas en el artículo agregado a continuación del artículo 69 de la ley del gravamen.

Sobre el particular, en los Considerandos del Decreto se señala que “Que en atención a que los intereses que de conformidad al régimen indicado, no resulten deducibles serán tratados como dividendos, a cuyo efecto la ley ha previsto que el cálculo pertinente debe efectuarse al cierre del ejercicio, es menester establecer que la determinación de la relación pasivo/patrimonio neto se efectúe con carácter provisorio al inicio del ejercicio, ello a efectos de que los responsables comprendidos en la normativa, establezcan al momento del pago el monto provisorio sujeto a retención, debiendo ajustarse las diferencias a la fecha de cierre del período en cuestión.”

En efecto, la nueva reglamentación prevé que la determinación de la relación pasivo computable/patrimonio neto deberá efectuarse de manera provisorio a la fecha de inicio del ejercicio a liquidarse, correspondiendo ajustar las diferencias que se produzcan respecto de dicha relación a la fecha de cierre del ejercicio en cuestión. La AFIP deberá establecer la forma, plazo y condiciones para el ingreso de las mencionadas diferencias, así como también para la acreditación de las sumas retenidas en exceso.

7. Disposición transitoria.

El Decreto aclara que los intereses que, por aplicación de las normas del artículo 81, inciso a), según texto anterior al dispuesto para dicho inciso por la Ley N° 25.784, no hubieran sido deducidos en los ejercicios cerrados con anterioridad a la fecha de su entrada, podrán computarse en los períodos sucesivos de conformidad a las normas legales y reglamentarias que regían cuando se generaron.

II. Vigencia.

Las disposiciones del Decreto comentadas rigen a partir de la vigencia de las normas que reglamentan y deben considerarse a los fines de la determinación del impuesto correspondiente a los períodos fiscales que finalicen a partir de dicha fecha, inclusive.

III. La subcapitalización y los Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional

Al analizar la problemática de la subcapitalización, corresponde analizar si las medidas objetivas adoptadas para combatirla son compatibles con lo establecido en los modelos de convenios para evitar la doble imposición internacional, en particular el confeccionado por la OCDE (en adelante el MCOCDE). El informe emitido por dicho organismo en 1987 sobre la

subcapitalización admitía la compatibilidad de normas referidas al establecimiento de coeficientes máximos de endeudamiento, en la medida que el contribuyente pudiera probar que el nivel de endeudamiento asumido era similar al que hubieran obtenido empresas independientes en condiciones similares.

Las observaciones vertidas en el documento de 1987 fueron incorporadas a los comentarios del MCOCDE durante la revisión de éstos realizada en el año 1992. Por ello, el artículo 9º del citado Modelo no impide la aplicación de normas en los Estados contratantes relativas a la subcapitalización, siempre y cuando dicha práctica tenga por finalidad igualar los efectos fiscales de las operaciones de préstamo entre empresas vinculadas a los que hubieran tenido lugar operaciones entre empresas independientes. Asimismo, habilita a las autoridades de los Estados contratantes a ajustar el beneficio sometido a gravamen de las empresas residentes, hasta el nivel que se hubiera generado en condiciones de mercado abierto.

Así, los citados comentarios al MCOCDE exponen que *“el artículo permite determinar no sólo el tipo de interés previsto en el contrato de mutuo como un tipo de plena concurrencia, sino también si el que se expone como deuda puede ser considerado como tal o debe considerarse como aportación de fondos de otro carácter, y más especialmente como una participación en el capital social”*. Sin embargo, también contemplan como limitación que *“las disposiciones que tratan de reducir la subcapitalización no deberían tener normalmente como efecto elevar el importe de los beneficios sometidos a imposición de la empresa nacional considerada, hasta un nivel superior al que habrían alcanzado esos mismos beneficios en condiciones de plena concurrencia”*.

Sobre el particular Carlos Palao¹¹ señala que *“el informe trata la subcapitalización como una aplicación del principio arm’s length, y rechaza todo ajuste que lleve a un impuesto superior al resultante de este principio, y condena las normas anti-subcapitalización basadas en el método de la ratio del endeudamiento siempre que no se admita la prueba de que en el caso concreto el endeudamiento corresponde al propio de una situación de independencia”*.

Por su parte, el artículo 11 del MCOCDE, referido a las rentas consistentes en intereses por préstamos acordados entre empresas residentes en los Estados contratantes, permite el ajuste del monto de intereses pactado a efectos de adecuarlo a condiciones “arm’s length”, pero no dispone observación alguna respecto de su posible recalificación como dividendos. No obstante, los comentarios a este artículo aclaran dicha cuestión, expresando que en determinados casos conviene considerar como dividendo un pago que haya sido caracterizado bajo dicho concepto por la legislación interna, estableciendo que deben incluirse en el artículo 10 no sólo los dividendos sino también el interés de los préstamos, *“en la medida en que el prestamista comparta efectivamente los riesgos de la sociedad, es decir, la devolución dependa en gran medida del éxito o fracaso de la empresa”*¹².

Asimismo, los comentarios al artículo 23 del MCOCDE, referido a los métodos para atenuar la doble imposición, aclaran que el Estado de residencia del prestamista es competente para calificar a los pagos como intereses o dividendos de acuerdo a su derecho

¹¹ PITA GRANDAL, FERNÁNDEZ LÓPEZ Y RUIZ HIDALGO, *“Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España”*. Estos exponen la opinión de este autor al tratar la cuestión de los tratados para evitar la doble imposición y la subcapitalización. Ob. cit. pág. 243.

¹² OCDE. Comentarios al Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y el Patrimonio, párrafos 57 y 58.

interno y en forma independiente a la consideración realizada en tal sentido por el Estado de la fuente.

En este orden de ideas, Palao¹³ interpreta que el Estado de residencia puede aceptar la calificación como dividendo efectuada por el Estado de la fuente, en caso de presentarse alguno de los siguientes supuestos: (i) cuando el ajuste en el Estado de la fuente se haya hecho conforme con el artículo 9 del MCOCDE; (ii) cuando el Estado de residencia tenga normas similares en materia de subcapitalización que el Estado de la fuente y (iii) en cualquier otro caso, siempre que el Estado de residencia considere que es adecuado considerar como dividendos a los intereses abonados.

Por último, cabe mencionar que el artículo 24(4) del citado MCOCDE, al enunciar el principio de no discriminación, establece la obligación del estado de la fuente de admitir la deducibilidad de los intereses pagados a una empresa no residente cuando, se admitiera tal deducción para los pagos realizados en similares condiciones a residentes de ese mismo Estado. El citado precepto establece que *“4. A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9°, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, cánones y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer término. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.”*

Conforme se desprende de la norma transcrita precedentemente, la deducción de intereses, cánones y los gastos abonados o de las deudas contraídas por una empresa de un Estado en beneficio de un residente del otro Estado contratante deben operar en la misma forma que si los pagos o deudas se hubieran efectuado o contraído con residentes del Estado correspondiente a la empresa que se aplica la deducción. En efecto, se impone que tales pagos o deudas resulten deducibles de la base imponible o del patrimonio empresarial en las mismas condiciones que las establecidas para las empresas residentes que no han realizado tales operaciones con no residentes.

Asimismo, cuando dicho precepto subordina su eficacia a lo previsto en el artículo 9.1. no está permitiendo la aplicación de todo tipo de medidas de infracapitalización, sino sólo la de aquellas que no resulten discriminatorias. En otras palabras, para que la normativa nacional respete las prescripciones del artículo 24(4) del MCOCDE, es necesario que ésta sea de aplicación tanto en los casos de pagadores residentes como no residentes. Una prohibición de la deducibilidad –total o parcial- de los pagos de interés a no residentes sólo infringiría el artículo 24.4 del MCOCDE en el caso de que dicho pago fuera deducible en mayor medida cuando se realiza en beneficio de personas o entidades residentes.

Considerando la disposición contenida en el artículo 24(4) del MCOCDE, al aplicarse las normas de subcapitalización únicamente a sujetos no residentes, algunos autores sostienen que éstas entran en conflicto con el referido principio.

¹³ El pensamiento de este autor es nuevamente citado por PITA GRANDAL, FERNÁNDEZ LÓPEZ Y RUIZ HIDALGO. Ob. cit. pág. 242.

Refiriéndose a la contradicción planteada, Pita Grandal, Fernández López y Ruiz Hidalgo¹⁴ señalan que “*si el interés se trata fiscalmente como dividendo de acuerdo con las reglas anti-subcapitalización, en conexión con los artículos 9 y 11 del Modelo de Convenio, no hay vulneración al principio de no discriminación del art. 24*”. Esa misma opinión es compartida por Perez de Ayala, el cual afirma que para salvar el principio de no discriminación en las medidas anti-subcapitalización basta con que alternativamente se cumpla uno de estos dos requisitos: (i) que la norma respete el principio arm's length o (ii) que se aplique indistintamente a residentes o no residentes.

Llegado a este punto cabe analizar si la restricción introducida por el Decreto en cuanto que sólo se excluye de la limitación a la deducción de intereses a aquéllos a los que, en forma concurrente, les sea aplicable (i) la presunción de ganancia neta dispuesta en el apartado 2 del inciso c) del artículo 93 mencionado en el párrafo de la ley -100%- y (ii) la retención que surja por aplicación de la tasa indicada en el primer párrafo del artículo 91 de la LIG -35%- vulnera el principio de no discriminación que prevé la mayor parte de los convenios suscritos por la Argentina.

Al respecto, cabe señalar que en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por la Argentina¹⁵, con excepción de los celebrados con Bolivia, Chile y Australia se contempla una cláusula de no discriminación como la comentada en párrafos precedentes. A modo de ejemplo, el convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito con Francia en su artículo 24(4) prevé que “*Excepto cuando sean aplicables las disposiciones del artículo 9º, del apartado 7 del artículo 11 o del apartado 7 del artículo 12, los intereses, regalías y otros gastos que pague una empresa de un Estado a un residente del otro Estado serán deducibles, a los efectos de la determinación del beneficio imponible de dicha empresa, en las mismas condiciones que si hubieran sido pagados a un residente del Estado mencionado en primer término. De igual forma, cualquier deuda que tenga una empresa de un Estado con un residente del otro Estado será deducible, a los efectos de la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa, en las mismas condiciones que si hubiere sido contraída con un residente del primero de los Estados mencionados.*”

Sin embargo, en los convenios para evitar la doble imposición suscritos con Suecia¹⁶, España¹⁷, Canadá¹⁸, Finlandia¹⁹, Dinamarca²⁰, Noruega²¹, Rusia²² y Países Bajos²³, la aplicación de dicha cláusula de no discriminación se ve limitada ante la existencia de normas de subcapitalización o capitalización exigua en la normativa interna de alguno de los

¹⁴ PITA GRANDAL, Ana María; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Roberto Ignacio; y RUIZ HIDALGO, Carmen. Ob. cit. pág. 243.

¹⁵ Suecia, Alemania, Bolivia, Francia, Brasil, Austria, Italia, Chile, España, Canadá, Finlandia, Reino Unido, Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Suiza, Australia, Noruega, Rusia.

¹⁶ Art. 12 del Protocolo Adicional.

¹⁷ Art. 8 del Protocolo Adicional.

¹⁸ Art. 5 del Protocolo Adicional.

¹⁹ Art. 6 del Protocolo Adicional.

²⁰ Art. 6 del Protocolo Adicional.

²¹ Art. 6 del Protocolo Adicional.

²² Art. 11 del Protocolo Adicional. Se destaca que este convenio fue firmado el 10 de octubre de 2001 pero no se encuentra en vigor a la fecha.

²³ *El art. VI del Protocolo Adicional establece que “Se entiende que las disposiciones de este Convenio, no serán interpretadas de forma tal que impidan a un Estado Contratante aplicar las normas relativas a la capitalización exigua previstas en su legislación interna, excepto en aquellos casos en que las empresa asociadas puedan probar que dadas las características especiales de sus actividades o circunstancias económicas específicas, las condiciones efectuadas o impuestas entre dichas empresas se han producido de conformidad con las condiciones de libre mercado (conurrencia plena).”*

Estados Contratantes. En efecto, disposiciones expresas contenidas en los Protocolos Adicionales de los referidos convenios establecen que las disposiciones de dichos convenios –incluida la relativa a la no discriminación fiscal- no impedirá la aplicación de las normas de capitalización exigua previstas en las legislaciones internas de los Estados parte.

Atento lo expuesto, entendemos que, en la medida que las operaciones de préstamos sean pactadas en condiciones de mercado, la limitación a la deducción de intereses prevista en el inciso a) del artículo 81 de la LIG -cuyas normas reglamentarias hemos comentado- no resulta de aplicación en el caso en que los intereses sean abonados a sujetos controlantes del exterior residentes en algunos de los países con los cuales la Argentina haya suscripto un convenio para evitar la doble imposición internacional, con excepción de los señalados en los dos párrafos precedentes. Ello por cuanto la aplicación de dicha limitación vulnera el principio de no discriminación que contemplan los referidos tratados.

IV. Caso Práctico

A) Datos:

La empresa “EL DIQUE S.A.” es una compañía perteneciente a un grupo multinacional, que se dedica al desarrollo y mantenimiento de bases de datos crediticios. Tiene como fecha de cierre comercial el 31 de diciembre de cada año.

Cuadro de resultados

Ventas	1.440.000
Costo de ventas	-780.000
Utilidad bruta	660.000
Gastos operativos	-355.000
Utilidad operativa	305.000
Costos financieros (*)	-260.000
Resultado del Ejercicio	45.000

(*) *Comprende intereses por financiación.*

Estado de Situación Patrimonial

Disponibilidades	52.500
Créditos por ventas	198.000
Materiales	44.000
Activo Fijo	190.000
Total de Activo	484.500
Deudas comerciales	98.000
Deudas financieras	246.000
Otras deudas	64.500
Total Pasivo	408.500
Capital Social	25.200
Reservas	5.800

Resultado del ejercicio	45.000
Total Patrimonio Neto	76.000

Constitución y composición del pasivo:

1) Deudas comerciales:

Comprende \$ 42.000 por la compra financiada de bienes de uso. El proveedor es una entidad financiera vinculada residente en Madrid, España, que posee el 79% del capital de El Dique S.A.. El valor de la importación incluye una tasa de interés del 3,5% nominal anual.

También se incluyen \$ 35.000 por compra de materiales a una empresa del mismo grupo, radicada en Brasil y \$ 21.000 por compra de materiales a distintos proveedores independientes locales.

2) Deudas financieras:

Corresponde a préstamos obtenidos con las siguientes entidades financieras:

- Préstamo otorgado por el Banco de Alemania – Sociedad Controlante (radicada en Alemania) = \$ 152.000
- Citibank - Islas Cayman = \$ 29.000.
- Casa Perey Taboada (casa financiera uruguaya radicada en la ciudad de Montevideo) = \$ 19.000 (esta entidad no se encuentra habilitada por el Banco Central de la República Oriental del Uruguay para captar fondos de inversores uruguayos).
- Banco Galicia (sucursal constituida en Argentina): \$ 12.000.
- Casa Arredondo Coop. Ltda. (Entidad financiera no incluida dentro de la ley 21.560): \$ 34.000.

3) Otras deudas:

Incluye una deuda con A.F.I.P. por un monto de \$ 10.000 y otra con la Municipalidad Autónoma de Buenos Aires por \$ 19.000. Además, hay una deuda pendiente de cancelación por \$ 20.000 con el Contador por honorarios como perito de parte en un juicio que afronta la empresa, y \$ 15.500 por la indemnización adeudada a dos técnicos despedidos durante el año.

B) Determinación de pasivos y sujetos excluidos

Concepto	Régimen Anterior	Régimen Actual
Compra de bienes de uso	42.000	42.000
Importación de materiales	35.000	35.000
Préstamo Soc Controlante	----- ⁽²⁾	152.000 ⁽¹⁾

Citibank - Islas Cayman	29.000	29.000
Casa Perey Taboada	19.000	19.000
Préstamo Banco Galicia	-----	12.000
Casa Arredondo Coop. Ltda..	-----	34.000
Deuda AFIP	10.000	10.000
Deuda Municipal	19.000	19.000
Honorarios en juicio	20.000	20.000
Deudas laborales	15.500	15.500
Compra de materiales	21.000	21.000
Total Pasivos Excluidos	210.500	408.500

(1) Consideramos que por aplicación de la cláusula de no discriminación prevista en el art. 24(5) del convenio para evitar la doble imposición internacional suscripto entre Argentina y Alemania, no resulta de aplicación la limitación a la deducción de estos intereses en los términos previstos en el art. 81, inc. a) de la LIG.

(2) Tal como lo señalamos en el punto I, apartado A) precedente, quedaban incluidos en la limitación por tratarse de un préstamo otorgado por una entidad financiera radicada en un país que cumple con los estándares internacionales del Comité de Bancos de Basilea.

C) Determinación de parámetros

1) Régimen anterior:

Seguidamente, se establece la proporción existente entre el pasivo computable y el patrimonio de la empresa:

Primer parámetro: relación entre el pasivo que genera intereses sujetos a limitación con dos veces y media el patrimonio neto.

Pasivo que genera intereses sujetos a limitación = \$ 408.500 - \$ 210.500 = \$ 198.000

Patrimonio Neto: \$ 76.000

Dos veces y media el patrimonio neto: \$ 76000 x 2,5 = \$ 190.000

Determinación del porcentaje excedente: $\$ 198.000 / \$ 190.000 = 1,04210 - 1 = 0,04210 \times 100 = 4,210\%$

El pasivo que genera intereses sujetos a limitación excede a dos veces y media el patrimonio neto en un 4,210%.

Segundo parámetro: relación entre intereses sujetos a limitación con el 50% de la ganancia neta antes de la detracción de los mismos.

Intereses sujetos a limitación: \$ 198.000 (importe supuesto)

Ganancia neta sujeta a impuesto antes de la detracción de intereses sujetos a limitación: \$ 365.000

Determinación del porcentaje excedente: $\$ 198.000 / (0,50 \times \$ 365.000) = \$ 1,0849 - 1 = 0,0849 \times 100 = 8,49\%$

Los intereses sujetos a limitación exceden al 50% de la ganancia neta en un 8,49%.

Determinación de los intereses deducibles: Al superarse los dos parámetros no resulta factible deducir la totalidad de los intereses. No son deducibles los que surjan de aplicar sobre el 60% el mayor de los porcentajes determinados, en este caso, el 8,49%.

Intereses cuya deducción se limita: 60% de \$ 198.000= \$ 118.800

No deducible el 8,49% de \$ 118.800: \$ 10.086,12

Intereses deducibles:

- No sujetos a limitación: \$ 50.000 (importe supuesto)

- Sujetos a limitación: 40% de \$ 198.000 + (\$ 118.800 - \$ 10.086,12): \$ 79.200 + \$ 108.713,88: \$ 187.913,88:

- Total: \$ 237.913,88

2) Régimen actual:

Pasivo que genera intereses sujetos a limitación = \$ 408.000 - \$ 408.000 = 0

Patrimonio Neto: \$ 76.000

Dos veces el patrimonio neto: \$ 76.000 x 2 = \$ 152.000

El pasivo que genera intereses sujetos a limitación no excede a dos veces el patrimonio neto. Consecuentemente, los intereses son deducibles en su totalidad.