



ENAJENACION INDIRECTA DE BIENES RADICADOS EN EL PAÍS

**SIMPOSIO TRIBUTARIO DEL
CPCECABA - AÑO 2018**

ALBERTO MASTANDREA



ENAJENACIÓN INDIRECTA DE BIENES RADICADOS EN EL PAÍS

Por Alberto Mastandrea

INDICE:

1. INTRODUCCIÓN.....	3
2. EL ARTICULO 13.1. DE LA LIG	5
3. LA OPERACIÓN ECONÓMICA ALCANZADA.....	6
4. ASPECTO SUBJETIVO: EL SUJETO ENAJENANTE.....	9
5. ASPECTO OBJETIVO: EL VALOR DEL BIEN TRANSADO	11
5.1. TRANSACCIÓN EN EL MARCO DE UN CONJUNTO ECONÓMICO:	16
6. DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA.....	17
7. SUJETOS OBLIGADOS AL PAGO	21
8. EL CASO DE LAS VENTAS DIRECTA DE BIENES.....	22
9. VIGENCIA DE LA NORMA.....	26
10. VERSION DE D.R. TRABAJADO.....	¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

ENAJENACION INDIRECTA DE BIENES RADICADOS EN EL PAÍS

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 27.430 (B.O. 29/12/2017) introdujo ciertas modificaciones en la Ley del Impuesto a las Ganancias, algunas de las cuales consisten en incorporar una serie de medidas antielusivas que tienen por objeto cumplir con el Plan BEPS¹.

BEPS hace referencia a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios, propiciados por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas transnacionales. El propósito del plan, consiste en hacer desaparecer la posibilidad de trasladar ganancias hacia países o jurisdicciones donde existe escasa o nula actividad real y se goza de un imposición mínima o inexistente.

El plan BEPS fue desarrollado por la OCDE por mandato del G20 y bajo aquel contexto se diseñaron un plan compuesto por un grupo de acciones, específicamente QUINCE, las cuales fueron presentadas en la reunión del G20 del 5/9/2013.

Tal como lo destaca DARIO RAJMILOVICH², ciertas acciones se refieren a la temática vinculadas a introducir reglas antielusivas, entre otras:

- Acción 2: Entidades e instrumentos híbridos.
- Acción 3: Reforzar los regímenes CFC.
- Acción 4: Limitar la erosión de base vía la deducción de conceptos.
- Acción 6: Prevenir el abuso de CDI.

Como señala el autor citado, las acciones 3 y 4 poseen base doméstica, aunque a partir del diagnóstico del BEPS se requiere consensuar determinadas reglas coordinadas a nivel multilateral para asegurar el objetivo de nivelar el campo de juego del sistema tributario internacional.

Entre las medidas antielusivas incorporadas por la reforma introducida por la Ley 27.430 (B.O. 29/12/2017), podemos citar el artículo bajo análisis, el cual

¹ Base Erosion and Profit Shifting.

² RAJMILOVICH, DARIO. Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición. Revista de Tributación Nro. 30 de la AAEF. Errepar. Año 2014.

crea una nueva presunción de ganancia de fuente argentina para una serie de supuestos que serán analizados a lo largo de la presente colaboración.

En efecto, el artículo 13.1 de la Ley del Impuesto a las Ganancias (en adelante, LIG), tiene como propósito definir una nueva presunción de ganancia cuando se transen ciertos bienes en el exterior, que otorguen derechos indirectos sobre bienes localizados en nuestro territorio.

En esa línea, cabe citar que los primeros antecedentes de la norma que nos convoca, lo hallamos en el caso **VODAFONE**. Justamente, en ese caso, se discutió la existencia de ganancia gravada en una operación de venta indirecta de acciones.

La operación consistía en la venta que realizó el GRUPO HUTCHINSON en el año 2007, de las acciones de CGP INVESTMENT (Isla Caimán), la cual poseía indirectamente (a través de una sociedad constituida en Islas Mauricio) el 67% de participación de **HUTCHINSON ESSAR LTD. (India)** a favor de la empresa VODAFONE INTERNATIONAL HOLDINGS BV (Holanda).

La controversia radicó en determinar si la ganancia de capital obtenida por el GRUPO HUTCHINSON como consecuencia de la venta de las acciones de la filial de Hutchinson constituida en Islas Caimán a favor de VODAFONE, se encontraba gravada con el Impuesto a la Renta de la India. Ello, sin perjuicio que ninguna de las partes (comprador y vendedor) se encontraban domiciliadas en la India.

En una primera instancia, la CORTE SUPERIOR de Bombay resolvió a favor del fisco y concluyó que la referida ganancia de capital se encontraba gravada en la India. Sin embargo, dicho pronunciamiento fue revocado por la Corte Suprema la que resolvió que la India no poseía potestad tributaria para gravar las referidas rentas.

Luego de ese caso, tan resonante, por cierto, países del referido continente tales como Uganda, Mozambique, Liberia, Tanzania, entre otros, incorporaron normas otorgando potestad tributaria para su país para el caso de ventas indirectas de bienes localizados en su territorio.

Por otra parte, respecto de los modelos de convenios para evitar la doble imposición internacional, cabe tener en consideración que la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, ONU) incorpora por primera vez en su artículo 13, el supuesto de ganancia de capital por la enajenación indirecta de acciones.

Respecto de la ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (en adelante, OCDE), la misma no contempla una regla particular. La única regla que podría aproximarse se encuentra en la sección 4, referida a las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una empresa cuyo valor derive en un 50% o más del valor de

mercado, de manera directa o indirecta, de bienes inmuebles. En estos supuestos, la OCDE otorga la potestad tributaria al Estado donde se sitúan tales bienes raíces.

Vale decir, mientras que ONU posee una norma abarcativa a todos los supuestos, OCDE sólo lo limita para el caso que el bien indirectamente transado se refiera a inmuebles.

Así, países como MEXICO, CANADÁ y ESPAÑA, han incorporado normas considerando los lineamientos de OCDE, es decir, limitándolo al caso de inmuebles. Mientras que existen otros Países como -por ejemplo- CHILE, PERÚ, PANAMÁ y CHINA que han incorporado normas bajo los lineamientos ONU.

En ese contexto internacional, nuestro país aprovechó la reforma tributaria, para incorporar el artículo bajo análisis. Siendo ello así, el objeto de la presente colaboración consiste en realizar un análisis pormenorizado de la norma y destacar los aspectos que resulten sensibles de la misma.

2. EL ARTICULO 13.1. DE LA LIG

El artículo 13.1. incorporado por la Ley 27.430 (B.O. 29-12-2017), dispone:

“Se consideran ganancias de fuente argentina las obtenidas por sujetos no residentes en el país provenientes de la enajenación de acciones, cuotas, participaciones sociales, títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o cualquier otro derecho representativo del capital o patrimonio de una persona jurídica, fondo, fideicomiso o figura equivalente, establecimiento permanente, patrimonio de afectación o cualquier otra entidad, que se encuentre constituida, domiciliada o ubicada en el exterior, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- a) El valor de mercado de las acciones, participaciones, cuotas, títulos o derechos que dicho enajenante posee en la entidad constituida, domiciliada o ubicada en el exterior, al momento de la venta o en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, provenga al menos en un treinta por ciento (30%) del valor de uno (1) o más de los siguientes bienes de los que sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras entidades:

- (i) acciones, derechos, cuotas u otros Títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo, fideicomiso u otra entidad constituida en la República Argentina;

(ii) establecimientos permanentes en la República Argentina pertenecientes a una persona o entidad no residente en el país; u

(iii) otros bienes de cualquier naturaleza situados en la República Argentina o derechos sobre ellos.

A los efectos de este inciso, los bienes del país deberán ser valuados conforme su valor corriente en plaza.

- b) Las acciones, participaciones, cuotas, títulos o derechos enajenados — por sí o conjuntamente con entidades sobre las que posea control o vinculación, con el cónyuge, con el conviviente o con otros contribuyentes unidos por vínculos de parentesco, en línea ascendente, descendente o colateral, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive- representen, al momento de la venta o en cualquiera de los doce (12) meses anteriores al de la enajenación, al menos el diez por ciento (10%) del patrimonio de la entidad del exterior que directa o indirectamente posee los bienes que se indican en el inciso precedente.

La ganancia de fuente argentina a la que hace mención el presente artículo es aquella determinada con arreglo a lo dispuesto en el segundo acápite del cuarto párrafo del cuarto artículo sin número agregado a continuación del artículo 90 pero únicamente en la proporción a la participación de los bienes en el país en el valor de las acciones enajenadas.

Lo dispuesto en este artículo no resultará de aplicación cuando se demuestre fehacientemente que se trata de transferencias realizadas dentro de un mismo conjunto económico y se cumplan los requisitos que a tal efecto determine la reglamentación”.

3. LA OPERACIÓN ECONÓMICA ALCANZADA

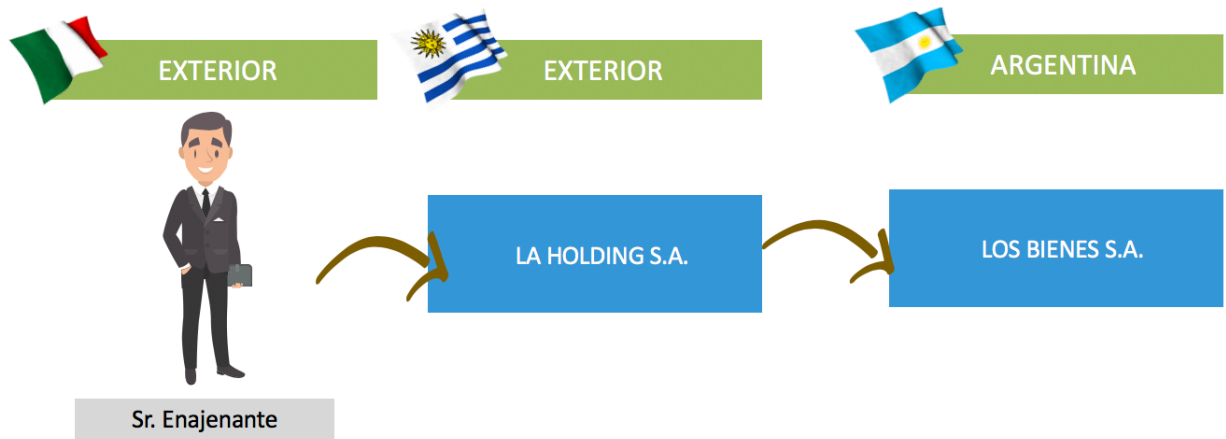
Como lo hemos adelantado, la norma incorpora una nueva presunción de ganancia de fuente argentina, aún cuando en la operación económica definida (i) se estén transando bienes que se encuentren directamente localizados fuera de los límites de nuestro país y (ii) la operación se perfeccione entre dos sujetos radicados en el exterior.

Supongamos el siguiente ejemplo:

El **SR. ENAJENANTE** -radicado en Italia- posee participación en una sociedad denominada **LA HOLDING S.A.**, la cual se encuentra radicada en Uruguay y que posee como único activo, una participación mayoritaria en una sociedad

argentina, denominada **LOS BIENES S.A.**, la cual posee como patrimonio exclusivo, ciertos inmuebles radicados en los principales centros turísticos argentinos.

Siendo ello así, la situación puede ser graficada de la siguiente manera:



CUADRO: Estructura Internacional

En el supuesto que el SR. ENAJENANTE decidiera vender los inmuebles radicados en los principales centros turísticos de nuestro país, las opciones son:

- a) Que la sociedad **LOS BIENES S.A.** enajene los inmuebles existentes en su patrimonio.
- b) Que la sociedad **LA HOLDING S.A.** enjene las acciones de la sociedad **LOS BIENES S.A.**
- c) Que el **SR. ENAJENANTE** transfiera las acciones de la sociedad **LA HOLDING S.A.**

Previo a la reforma bajo análisis, la tributación en nuestro país hubiera sido la siguiente, a saber:

Operación Económica	Tributa en Argentina	Ganancia Neta	Alícuota
SUPUESTO A Venta de Inmuebles radicados en el país por Sociedad Argentina.	SI	RESULTADO NETO de la operación, considerando el costo histórico de los inmuebles	35%
SUPUESTO B Venta de Acciones de una Sociedad Argentina por un Beneficiario del Exterior (LA HOLDING).	SI	RESULTADO NETO O PRESUNCIÓN de ganancia equivalente al 90% del precio de venta, a opción del enajenante	15%
SUPUESTO C Venta de Acciones de una Sociedad Uruguaya por un Beneficiario del Exterior (SR. ENAJENANTE)	NO	No aplicable	0%

Si la transacción se hubiera perfeccionado previo a la reforma y el único costo fiscal que hubiera decidido el camino a seguir es el correspondiente a la Argentina, queda claro que la opción a escoger hubiera sido la del SUPUESTO C.



CUADRO: Supuesto escogido

Precisamente, frente a ese escenario, el artículo 13.1 de la LIG tiene por objeto reaccionar contra tales prácticas, incorporando una cláusula especial tendiente a alcanzar operaciones como la ejemplificada.

En ese contexto y a partir de la reforma tributaria, el **SUPUESTO C** también estará sometido a imposición en nuestro país.

Sin perjuicio de la importancia y de la equidad que incorpora la figura, debemos advertir que una situación que la nueva presunción deberá superar es el flujo de información sobre la materialización de tales operaciones.

En efecto, frente a transacciones de ventas significativas o de mayúsculo impacto para la opinión pública, es altamente probable que la noticia fluya a través de los medios periodísticos; sin embargo, en aquellas operaciones en la cuales no se encuentran presente ninguno de los dos atributos, es poco probable que la AFIP tome conocimiento de tal circunstancia, salvo que comience a generalizarse el régimen informativo de entidades multinacionales.

Dicho esto, resta por considerar los requisitos que deben verificarse en *forma concurrente* para quedar comprendido en las disposiciones del artículo bajo comentario, a saber:

- Aspecto subjetivo : El sujeto enajenante.
- Aspecto objetivo: El valor del bien transado.
- Aspecto cuantitativo: El límite relativo de la transacción.

Siendo ello así, en los puntos siguientes nos abocaremos a analizar cada uno de los requisitos que viabiliza la aplicación de la norma.

4. ASPECTO SUBJETIVO: EL SUJETO ENAJENANTE

Uno de los requisitos establecidos por la norma antielusiva consiste en que el sujeto que realiza la operación de venta posea la calidad de “no” residente de nuestro país, ya sea que se trate de una persona física, jurídica o cualquier otro ente.

Nuestra ley del Impuesto a las Ganancias define a los residentes en su artículo 119; siendo ello así, en tanto el sujeto enajenante no se encuentre recogido por el artículo recién citado, se estará cumpliendo con el primer requisito que exige la presunción bajo análisis.

El artículo 119 de la LIG, considera residente:

- a) Las personas humanas de nacionalidad argentina, nativas o naturalizadas, excepto las que hayan perdido la condición de residentes.
- b) Las personas humanas de nacionalidad extranjera que hayan obtenido su residencia permanente en el país o que, sin haberla obtenido, hayan permanecido en el mismo con autorizaciones temporarias otorgadas de acuerdo con las disposiciones vigentes en materia de migraciones, durante un período de

DOCE meses, supuesto en el que las ausencias temporarias que se ajusten a los plazos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación, no interrumpirán la continuidad de la permanencia.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo precedente, las personas que no hubieran obtenido la residencia permanente en el país y cuya estadía en el mismo obedezcan a causas que no impliquen una intención de permanencia habitual, podrán acreditar las razones que la motivaron en el plazo forma y condiciones que establezca la reglamentación.

- c) Las sucesiones indivisas en las que el causante, a la fecha de fallecimiento, revistiera la condición de residente en el país.
- d) Las empresas constituidas, ubicadas o domiciliadas en nuestro país.

Respecto de las personas humanas, recordemos que el artículo 120 de la LIG dispone que perderán la condición de residentes en el país, cuando adquieran la condición de residentes permanentes en un Estado extranjero.

También perderán la calidad de residentes cuando, no habiéndose producido esa adquisición con anterioridad, permanezcan en forma continuada en el exterior durante un período de DOCE meses, caso en el que las presencias temporales en el país que se ajusten a los plazos y condiciones que al respecto establezca la reglamentación no interrumpirán la continuidad de la permanencia.

Sin embargo, las personas que se encuentren ausentes del país por causas que no impliquen la intención de permanecer en el extranjero de manera habitual, podrán acreditar dicha circunstancia en el plazo, forma y condiciones que establezca la reglamentación.

La pérdida de la condición de residente causará efecto a partir del primer día del mes inmediato subsiguiente a aquel en el que se hubiera adquirido la residencia permanente en un Estado extranjero o se hubiera cumplido el período que determina la pérdida de la condición de residente en el país, según corresponda.

A su vez, no perderán la condición de residentes por la permanencia continuada en el exterior, las personas humanas residentes en el país que actúen en el exterior como representantes oficiales del Estado nacional o en cumplimiento de funciones encomendadas por el mismo o por las provincias, municipalidades o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

5. ASPECTO OBJETIVO: EL VALOR DEL BIEN TRANSADO

El segundo requisito que debe verificarse de manera concurrente con los restantes, consiste en que la transacción tenga por objeto enajenar alguno de los siguientes bienes:

- acciones,
- cuotas,
- participaciones sociales,
- títulos convertibles en acciones o derechos sociales,
- cualquier otro derecho representativo del capital o patrimonio.

Ello así, en tanto tales títulos sean adicionalmente representativo de un **ente del exterior**, o lo que es lo mismo, de una persona jurídica, fondo, fideicomiso, figura equivalente, establecimiento permanente, patrimonio de afectación o cualquier otra entidad constituida, domiciliada o ubicada fuera de los límites de la República Argentina.

Por lo tanto, no sólo se requiere que se trate de algunos de los bienes citados precedentemente, sino además que tales bienes otorguen derechos sobre un **Ente del Exterior**.

Ahora bien, para que la transferencia de acciones, cuotas, participaciones sociales, etc. del **Ente el Exterior**, cumpla acabadamente con lo previsto por la norma, es condición que el valor de mercado de tales instrumentos provenga, **como mínimo en un 30%**, de bienes radicados en Argentina de los que sea propietario, en forma directa o indirecta, el **Ente del Exterior** transado.

Respecto de los bienes radicados en Argentina, la norma es lo suficientemente amplia para “no” dejar fuera de su espectro caso alguno. Así, cita:

- acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo, fideicomiso u otra entidad constituida en la República Argentina;
- establecimientos permanentes en la República Argentina pertenecientes a una persona o entidad no residente en el país; u
- otros bienes de cualquier naturaleza situados en la República Argentina o derechos sobre ellos.

Vale decir, para determinar el cumplimiento de la regla vinculada al 30%, “no” corresponde analizar el “**precio de venta**” adjudicado a los bienes a enajenar;

sino por el contrario, **el valor corriente de plaza** de los mismos.

Dado que debe definirse y atribuirse un valor corriente en plaza de los bienes a enajenar, consideramos que en la práctica se presentarán innumerables situaciones que requieren ser reglamentadas con profuso cuidado.

En efecto, si los bienes a valorar poseen un valor de plaza objetivamente determinable (vgr. inmuebles, portafolios, etc.) estaríamos en presencia de un supuesto claramente administrable; lo mismo sucede si se tratara de bienes con cotización transparente o conocida.

Sin embargo, cuando los bienes a valorar se refieren a supuestos en los cuales la cotización no es transparente o no es conocida (por ejemplo, participaciones sociales), la cuestión adquiere ribetes que deberán resolverse.

En esos supuestos, surgen DOS interrogantes: **(i) ¿Quien deberá acreditar el test vinculado al porcentaje del 30%, la AFIP o el contribuyente?; y (ii) cómo debiéramos determinar el valor corriente en plaza en aquellos supuestos de bienes sin cotización conocida o mercado transparente?**

Por ejemplo, piénsese el supuesto en el cual se enajenan compañías radicadas en nuestro país y en el exterior, el método seleccionado para valorar cada una de ellas (valor de flujos descontados, múltiplo de EBITDA, valor mínimo de patrimonio, etc.) y las premisas que se adopten para llevarlo a cabo, podrían ser decisivas para arribar al porcentaje mínimo requerido.

Supongamos el siguiente caso:



CUADRO: Estructura Internacional

Imaginemos que el Sr. Enajenante transfiere el 100% de la Compañía “LA HOLDING ESPAÑOLA S.A.”. Para estar recogido en las previsiones del artículo 13.1 de la LIG, el valor del paquete accionario de la Compañía “LA

ARGENTINA S.A.” -considerando para ello, su valor corriente en plaza- debiera representar, al menos, el 30% del valor de plaza patrimonio total consolidado en la Compañía “LA HOLDING ESPAÑOLA S.A.”.

Frente a ese supuesto, se nos generan los siguientes interrogantes:

- ¿Estaremos obligados a que la valuación de todas las Entidades (LA ARGENTINA S.A., LA URUGUAYA S.A. y LA CHILENA S.A.) se realicen siguiendo métodos homogéneos y explicitando con el mayor grado de detalle posible las premisas adoptadas?
- ¿Qué seguridad jurídica puede generar la norma, cuando las premisas que se adopten sean sensibles para determinar el valor corriente en plaza?
- ¿Se establecerán pautas concretas para valorar las Entidades de cada país -por ejemplo: tasa de descuento a aplicar a los flujos futuros de fondos-?
- ¿Cómo ponderar y homogeneizar variables tales como RIESGO PAÍS, VALOR ESTRATÉGICO DEL MERCADO, etc.?
- ¿Será necesario documentar el resultado de due diligence cuando el valor adjudicado en la transacción se hubiera disminuido como consecuencia de existir contingencias laborales o fiscales? ¿hasta que punto ello no implicará auto incriminarse?

Entendemos que en los supuestos en los cuales estemos muy cercanos al 30%, cualquiera sea el sentido, este aspecto puede resultar muy controvertido.

Así, por ejemplo, Perú, que desde el año 2011 posee una norma de similar naturaleza, en primer lugar ha adoptado un porcentaje equivalente al 50% y, en segundo término, el decreto reglamentario ha establecido que a los efectos de determinar el valor de las Compañías se podrá considerar, entre otros, el valor patrimonial proporcional cuando la misma no coticen en mercados transparentes.

Por el contrario, Chile, incorporó normas de enajenación indirecta desde el año 2002 (con diferentes modificaciones al día de hoy) y optó por definir un porcentaje aún menor que la Argentina, estableciéndolo actualmente en el 20%.

En nuestro país, el valor patrimonial proporcional no es revelador del valor razonable. La inflación existente en los últimos 15 años, sumado a la imposibilidad de ajustar por inflación, hizo que actualmente los Estados Contables no revelen información razonable de la verdadera situación patrimonial de las Compañías.

En ese contexto, si bien generaría muchísima seguridad jurídica la definición de adoptar el Valor Patrimonial Proporcional para el caso de enajenarse indirectamente participaciones societarias, Argentina debiera primeramente aceptar que con tal procedimiento podría estar resignando recaudación.

Otro aspecto controvertido del requisito bajo análisis, consiste en que el referido parámetro del 30% debe verificarse (i) al momento de la venta, o (ii) en cualquiera de los DOCE MESES anteriores a tal evento.

La norma fija el plazo de los DOCE MESES previos a la operación, como medida antielusiva. Es decir, lo que se busca es evitar que existan movimientos patrimoniales susceptibles de ahuecar el porcentaje definido previo a llevar a cabo la operación.

Sin embargo, lo que debiera aclararse es que, si corresponde retrotraer la medición a un período anterior al momento de la venta, la medición del 30% debiera ser homogénea en cuanto a la fecha para todos los activos involucrados y, por lo tanto, considerar los valores de TODOS los bienes comprendidos en el análisis a una misma fecha. De lo contrario, podrían existir distorsiones derivadas de tomar diferentes fechas para su medición.

Otra cuestión que merecerá aclaración se vincula con el requisito que establece que las acciones, participaciones, cuotas, títulos o derechos enajenados -por sí o conjuntamente con entidades o personas vinculadas- representen, al momento de la venta o en cualquiera de los DOCE meses anteriores al de la enajenación, al menos 10% del patrimonio de la entidad del exterior que directa o indirectamente posee los bienes dentro del territorio de nuestro país.

Tal requisito, intenta definir el umbral a partir del cual se pone operativa la presunción. Vale decir, si el porcentaje de participación de la empresa del exterior que se está enajenando se encuentra por debajo del 10%, entonces no cabría ingresar impuesto alguno.

Claro está, que para determinar si dicho porcentaje se supera -o no-, no sólo cabe realizar la medición al momento de la venta, sino además en los últimos DOCE meses anteriores al momento de la transacción.

Una primera duda que se presenta, es si ese 10% es por enajenante o por conjunto de enajenantes, en este último caso, cuando no fueran sujetos vinculados o no estuvieran unidos por algún grado de parentesco.

Nos inclinamos por sostener que es por “cada” enajenante, salvo que se trate de sujetos vinculados o exista cierto grado de parentesco, en cuyo caso corresponde analizarlo en su conjunto.

Veamos el siguiente caso: supongamos que se vende el 100% de la participación de una sociedad del exterior cuyo patrimonio se encuentra representado en un 100% por bienes radicados indirectamente en nuestro país.

Sin embargo, la sociedad del exterior posee 20 accionistas que poseen el 5% de participación cada uno y entre ellos, no existe ningún tipo de vinculación o

parentesco. En este supuesto, consideramos que la presunción bajo análisis no resulta de aplicación.

Ahora bien, supongamos otro caso. Pensemos en que la participación de un solo sujeto es equivalente al 12% y vende el 100% de su participación en diferentes tramos (por ejemplo, en dos tramos del 6% cada uno), aún cuando ambas operaciones tengan lugar en un período que no supere los DOCE meses en total, tampoco cabría aplicar la presunción.

En efecto, desde nuestra perspectiva, cuando la norma ordena revisar los últimos doce meses, lo hace exclusivamente para testear que cada porcentaje enajenado no represente otro mayor en los últimos doce meses, pero no con el objeto de realizar una sumatoria de las ventas perfeccionadas en los últimos DOCE meses, sino con el propósito de chequear que fluctuaciones patrimoniales hubieran alterado el porcentaje mínimo de la norma.

Sobre el particular, debemos poner de manifiesto que nuestra interpretación no resulta pacífica. Por ejemplo, Chile si bien posee una disposición similar, la claridad de la norma en este punto permitió que las autoridades fiscales de aquel país se inclinaran por sostener que era procedente sumar todas las participaciones sociales enajenadas durante los últimos doce meses.

En efecto, dicho temperamento surge de la CIRCULAR 14 - 04.2013 – 17.2013 ID, del Departamento Emisor: Impuestos Directos, al sostener:

“(...) el contribuyente no domiciliado ni residente en el país, enajene el 10% o más del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que posea a cualquier título en la sociedad o entidad extranjera.

Para estos efectos se considerarán todas las enajenaciones efectuadas directa o indirectamente por el contribuyente enajenante y por otros miembros de su grupo empresarial que no tengan domicilio ni residencia en Chile, realizadas a la fecha de enajenación o dentro del periodo de 12 meses anteriores a la última de ellas. En este contexto, se entenderá por enajenación el cambio de titular en el derecho de propiedad sobre los títulos respectivos, computándose el plazo de 12 meses señalado, desde cualquiera de las enajenaciones que se efectúen.

De esta manera, en caso que las enajenaciones individualmente consideradas dentro de dicho plazo, no superen el 10%, pero la suma de todas ellas sí lo supere, se tiene como consecuencia que la condición se cumple”.

En suma, respecto de este acápite las cuestiones que consideramos deberán ser abordadas por una futura reglamentación, son:

1. Definir una metodología de valuación homogénea para bienes que no posean cotización conocida o fácilmente determinable -ejemplo, participaciones sociales-.
2. Disponer que para el caso que la medición del umbral del 30% deba retrotraerse a alguno de los DOCE meses anteriores, deberá procederse en igual sentido con el 100% de los bienes indirectos existentes.
3. Establecer que el 10% debe medirse por enajenante o, por el contrario, por conjunto de enajenantes, cuando éstos últimos no fueran sujetos vinculados o estuvieran unidos por algún grado de parentesco.
4. Aclarar que para el caso de testear la medición de cualquiera de los dos porcentajes citados por la norma (10% ó 30%), no tiene como propósito realizar una sumatoria de operaciones previas sino analizar el impacto de eventuales cambios patrimoniales que pudieran afectar el porcentaje que arrojen.

5.1. Transacción en el marco de un conjunto económico:

Dado que la norma busca captar verdaderas transferencias de riqueza, ha exceptuado de la presunción aquellos casos en los cuales se pueda acreditar fehacientemente que se trata de transferencias realizadas dentro de un mismo conjunto económico.

Se trata de un agregado que pone de manifiesto la evolución de la norma, pues no todos los países que poseen disposiciones similares han exceptuado las ventas dentro de un mismo conjunto económico. En efecto, Perú no ha contemplado una excepción de tal naturaleza, mientras que Chile -por ejemplo- sí.

Así, el proyecto de decreto reglamentario que ha trascendido, dispone que se entiende que la transferencia se realiza dentro de un conjunto económico cuando el **enajenante** de las acciones participa, directa o indirectamente, en el ochenta por ciento (80%) o más del capital social de la **adquirente**, o viceversa; o cuando una tercera entidad participa, directa o indirectamente, en el ochenta por ciento (80%) o más del capital social tanto de la entidad enajenante como de la adquirente.

Las participaciones mencionadas en el párrafo precedente deberán acreditarse durante un lapso de dos años inmediatos anteriores a la fecha en que se lleve a cabo la transferencia.

Tal disposición guarda semejanza con el inciso c) del artículo 105 del decreto reglamentario, aplicable para las reorganizaciones libre de impuestos. Sin embargo, debe advertirse que la norma bajo análisis circunscribe la condición exclusivamente al enajenante y no al grupo de socios o accionistas enajenantes en su conjunto.

De esta forma, no cualquier transferencia entre empresas que forman parte de un grupo económico, estará libre de la presunción bajo análisis. Sin perjuicio de lo expuesto, celebramos que la norma Argentina hubiera contemplado la citada excepción.

6. DETERMINACION DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA

Conforme al penúltimo párrafo del artículo bajo análisis, se dispone que la ganancia de fuente argentina a la que hace mención el presente artículo es aquella determinada con arreglo a lo dispuesto en el segundo acápite del cuarto párrafo del cuarto artículo sin número agregado a continuación del artículo 90, pero únicamente en la proporción a la participación de los bienes en el país en el valor de las acciones enajenadas.

El segundo acápite, del cuarto párrafo, del cuarto artículo sin número agregado a continuación del artículo 90, establece, al definir la ganancia bruta derivada de su enajenación, que:

“En el caso de los valores comprendidos en el inciso c) del primer párrafo de este artículo, deduciendo del precio de transferencia el costo de adquisición actualizado, mediante la aplicación del índice mencionado en el segundo párrafo del artículo 89, desde la fecha de adquisición hasta la fecha de transferencia. Tratándose de acciones liberadas se tomará como costo de adquisición aquél al que se refiere el cuarto párrafo del artículo 46. A tales fines se considerará, sin admitir prueba en contrario, que los valores enajenados corresponden a las adquisiciones más antiguas de su misma especie y calidad”.

Dada la remisión normativa, pareciera que para la determinación de la base imponible se deberá considerar el precio de venta (en la proporción a la participación de los bienes en el país en el valor de las acciones enajenadas) menos el costo de adquisición actualizado.

Sin embargo, el párrafo siguiente al mencionado, establece una cláusula con aplicación específica para el artículo 13.1 de la LIG, a saber:

“Lo dispuesto en el presente artículo también será de aplicación cuando el sujeto enajenante revista la condición de beneficiario del exterior, que no resida en jurisdicciones no cooperantes o los fondos invertidos no provengan de jurisdicciones no cooperantes. En dicho caso la ganancia —incluida aquella a que hace referencia el artículo agregado sin número a continuación del artículo 13 de esta ley— quedará alcanzada por las

disposiciones contenidas en el inciso h) y en el segundo párrafo del artículo 93, a la alícuota de que se trate establecida en el primer párrafo de este artículo”.

Esto significa que, para determinar de la base imponible será de aplicación las siguientes normas, a opción del contribuyente:

Inciso h) del artículo 93	Segundo párrafo del artículo 93
<p>El NOVENTA POR CIENTO (90 %) de las sumas pagadas (...).</p>	<p>Los beneficiarios de dichos conceptos podrán optar, para la determinación de la ganancia neta sujeta a retención, entre la presunción dispuesta (...) o la suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación, como así también las deducciones que esta ley admite, según el tipo de ganancia de que se trate y que hayan sido reconocidas expresamente por la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.</p>

Siendo ello así, las opciones que se presentan son, (i) o bien aplicar la presunción del 90% sobre el precio de venta asignado los bienes que motivan el análisis, o (ii) tributar sobre la suma que resulte de deducir del beneficio bruto pagado o acreditado, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación, como así también las deducciones que esta ley admite, según el tipo de ganancia de que se trate y que hayan sido reconocidas expresamente por la DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA.

Sobre el particular, debemos precisar que la posibilidad de aplicar la alícuota del tributo sobre el resultado de la transacción, debe complementarse con el artículo 157 del Decreto Reglamentario, el cual establece:

“La opción prevista en el penúltimo párrafo del artículo 93 de la ley, para declarar los beneficios a que se refieren los incisos f) y g) del mismo, sólo podrá ejercitarse en la medida en que los distintos conceptos a considerar estén respaldados por comprobantes fehacientes a juicio de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS”.

Conforme lo destaca el Dr. ADOLFO ATCHABAHIAN³, pareciera que la ley sólo consintiera la deducibilidad de gastos realizados “en” el país y demás deducciones admitidas por la ley según el tipo de ganancia de que se trate. Sin

³ ADOLFO ATCHABAHIAN, Ganancias de fuente argentina obtenidas por beneficiarios del exterior frente al Impuesto a las Ganancias, Derecho Fiscal, T.XXX, Pág. 25.

embargo, este autor sostiene adicionalmente la aplicación de lo dispuesto por el artículo 116 del Decreto Reglamentario, el cual admite la deducción de gastos realizados **en el exterior**, si se comprueba debidamente que están destinados a obtener, mantener y conservar ganancias de fuente argentina.

Coincidimos con la opinión del autor citado precedentemente, por lo que, desde nuestra perspectiva, podría no sólo deducirse los gastos vinculados y realizados en el país, sino también los realizados en el exterior.

Vale decir, de acuerdo con las disposiciones vigentes, los gastos que podrán considerarse son “todos” los vinculados con la adquisición de las acciones -por ejemplo- o del bien que se enajene y con el mantenimiento de las mismos, tanto los efectuados “en” el país como los realizados “en” el exterior, siempre que sobre éstos últimos se pueda acreditar debidamente su unívoca vinculación. En tal carácter, enumeramos entre otros, a los siguientes:

- Costo de adquisición.
- Valor llave pagado.
- Honorarios vinculados al proceso de compra.
- Comisiones pagadas en la transacción.
- Costos de la financiación.
- Gastos de viajes y estadías.
- Impuesto de sellos.
- El impuesto sobre los bienes personales argentino pagado anualmente.
- Etc.

Reiteramos, para deducir tales conceptos, los mismos deberán estar respaldados con documentación comercial fehaciente de la que se pueda acreditar su estrecha vinculación con la operación que nos ocupa.

Si bien se trata de una norma que aún no fue reglamentada por el Poder Ejecutivo y, por lo tanto, tampoco ha sido trabajada por la Administración Federal de Ingresos Públicos, podemos mencionar -en esta instancia- cierta disposición del Organismo Recaudador orientada a un caso similar al que nos convoca y en la que fijó una serie de lineamientos que resultan útiles considerar en esta instancia.

Nos referimos en particular a la R.G. (AFIP) 4227 (11/04/2018), que precisa los aspectos a considerar -entre otros supuestos- en aquellas operaciones en las que se enajenen acciones de empresas del país entre dos sujetos extranjeros.

En la citada disposición, se reiteró que para determinar la ganancia neta, el beneficiario podrá deducir del beneficio bruto, los gastos realizados en el país necesarios para su obtención, mantenimiento y conservación -en los términos dispuestos por el segundo párrafo del Artículo 93 de la ley del gravamen- y para ello, deberá informar tal situación al agente de retención o a su representante legal -según corresponda en función de lo indicado en el Artículo 6º-, poniendo a su disposición los boletos correspondientes a las operaciones u

otra documentación fehaciente que acredite la adquisición y posterior enajenación de los títulos valores, así como la determinación del costo computable incluyendo, de corresponder, su respectiva actualización (cfme. Artículo 8).

En suma, somos de la opinión que de optarse por tributar considerando como base sujeta al gravamen la ganancia neta de la transacción, los gastos que podrán considerarse son “todos” los vinculados con la adquisición del bien que se enajene y con el mantenimiento de los mismos, tanto los efectuados “en” el país como los realizados “en” el exterior, siempre que sobre éstos últimos se pueda acreditar debidamente su unívoca vinculación.

No obstante ello y en pos de otorgar seguridad jurídica, sería óptimo que el reglamento recoja tal situación en los términos enunciados.

Otro aspecto que retomamos en este acápite, se vincula con la adjudicación del precio de venta entre los distintos bienes indirectamente enajenados.

Queda claro que, de tratarse de la venta indirecta de un único bien radicado en Argentina, la discusión se torna inexistente. La cuestión precisamente apunta al supuesto de estar frente a una operación como la siguiente, a saber:



CUADRO: Estructura Internacional

Desde lo que resulta la inteligencia de la norma, entendemos que el precio de venta debe distribuirse considerando la proporción del valor corriente en plaza de todos los bienes indirectamente involucrados. En vista de ello, la problemática apuntada en la página 12 y páginas siguientes, no sólo estará presente al momento de realizar el test de enajenación indirecta, sino, además, al momento de distribuir el precio de venta entre los distintos bienes enajenados.

Por último, con relación a la alícuota, el último párrafo, del cuarto artículo sin número agregado a continuación del artículo 90, establece: “(...) A tales efectos

resultará de aplicación la alícuota de que se trate, establecida en el primer párrafo de este artículo (...).”

Si bien la redacción del párrafo transcrito es un tanto confusa, entendemos que la alícuota aplicable será el 15%. En efecto, la falta de claridad se debe a que el primer párrafo del artículo al que se remite dispone dos tipos de alícuotas, una del 5% para ciertos casos específicos y otra del 15% para los restantes casos.

7. SUJETOS OBLIGADOS AL PAGO

El último párrafo, del cuarto artículo sin número agregado a continuación del artículo 90, establece:

“En los supuestos, incluido el caso comprendido en el artículo agregado sin número a continuación del artículo 13 de esta ley, en que el sujeto adquirente no sea residente en el país, el impuesto deberá ser ingresado por el beneficiario del exterior a través de su representante legal domiciliado en el país”.

De lo dispuesto en la norma transcrita, se extraen las siguientes conclusiones:

Adquirente no residente del país: El impuesto deberá ser ingresado por el enajenante a través del representante legal domiciliado en la República Argentina.

Adquirente residente del país: El impuesto deberá ser retenido -conforme las disposiciones que se emitan- por el sujeto adquirente.

Similar temperamento surge de la R.G. (AFIP) 4227 (11/04/2018), ya citada, que precisa los aspectos a considerar -entre otros supuestos- en aquellas operaciones en las que se enajenen acciones de empresas del país entre dos sujetos extranjeros.

La única aclaración adicional que efectúa el artículo 6 de la resolución citada, es que cuando el beneficiario del exterior no posea un representante en el país, dicho ingreso lo efectuará el propio beneficiario, mediante transferencia bancaria internacional.

Esto último, seguramente será incorporado por la resolución que reglamente los requisitos y la forma a considerar para el ingreso de las sumas.

Por último, consideramos muy valioso que la norma no haya designado a la entidad local como responsable solidario en el ingreso del tributo, toda vez que

en la mayoría de los supuestos le resulta difícil acceder a la información de las transferencias internacionales que se producen.

8. EL CASO DE LAS VENTAS DIRECTAS DE BIENES

Un aspecto que no refiere exclusivamente al tema bajo análisis, pero se vincula a él, tiene que ver con el supuesto de las ventas directas de bienes localizados en el territorio de la Nación.

Queda claro que si dos sujetos no residentes llevan a cabo una operación de compraventa en el exterior, sobre bienes localizados indirectamente en el país, corresponderá analizar todas las disposiciones mencionadas precedentemente, salvo que la transacción se perfeccione dentro de un mismo conjunto económico.

Ahora bien, si dos sujetos no residentes, llevan a cabo una operación de compraventa en el exterior, en la cual se enajenen bienes directamente localizados en el país, no caben dudas que existe ganancia de fuente argentina, aún cuando tal circunstancia hubiera tenido lugar antes de la reforma introducida por la Ley 27.430.

El problema que se suscita en esta última transacción y de ahí su inclusión en nuestra colaboración, es que tal obligación de pago no posee una excepción vinculada a que la transacción se perfeccione dentro de un mismo conjunto económico, como si ocurre para el caso de las ventas indirectas.

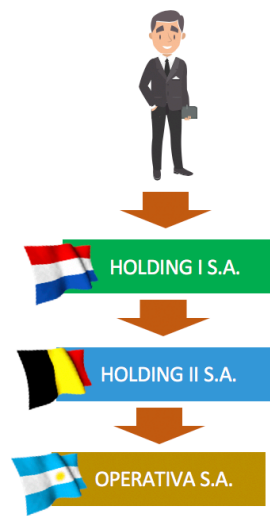
En efecto, supongamos que como consecuencia de un proceso de reorganización internacional, las acciones de una empresa local -por ejemplo- pasan a estar en manos de una sociedad diferente a la que era titular previo al proceso.

En ese contexto, la pregunta que se impone es: **¿Ese cambio de titularidad que se produce en el exterior y posee impacto en nuestro país, obliga a ingresar impuestos en Argentina aún cuando la operación se haga en el marco de un grupo económico?**

Para hacer más gráfico el planteo, supongamos el siguiente escenario: Una persona física radicada en el exterior, llevo a cabo inversiones en nuestro país creando una sociedad argentina denominada OPERATIVA S.A.

Al diseñar la estructura internacional, creó DOS holdings. La primera en Holanda y la segunda en Bélgica.

En ese contexto, para nuestro país, el accionista directo de la OPERATIVA S.A. es HOLDING II S.A.



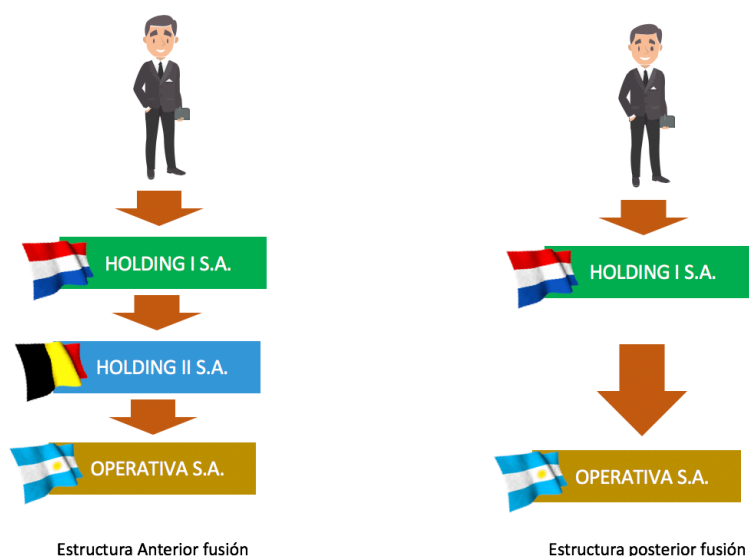
CUADRO: Estructura Internacional

Ahora bien, dado los costos operativos que representa mantener ambas sociedades HOLDING I S.A. y HOLDING II S.A., decide fusionar ambas sociedades, más concretamente decide que HOLDING I S.A. adquiera el carácter de continuadora, motivo por el cual HOLDING II S.A. se disuelve sin liquidarse.



CUADRO: Reorganización Internacional

Pese a que la transacción se celebra dentro de un conjunto económico y tiene por objeto optimizar los costos de estructura, en Argentina debe notificarse el cambio de accionista, pues el accionista deja de ser HOLDING II S.A. y pasa a ser HOLDING I S.A.



CUADRO: Reorganización Internacional

Ahora bien, dado que las transacciones alcanzadas por el impuesto a las ganancias local son aquellas que se realizan a título oneroso, cabe preguntarse si las fusiones por absorción participan de tal naturaleza, supuesto en el cual una sociedad ya existente, incorpora a otras que, sin liquidarse, son disueltas.

De acuerdo con la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en la causa PAPELERA PEDOTTI⁴, estamos frente a un caso de transmisión patrimonial a título universal, toda vez que el ente absorbente asume la totalidad de los derechos y obligaciones de la absorbida y es sucesor a título universal, de todos los créditos del causante, existiendo en realidad una prolongación y una supervivencia jurídica.

Esta circunstancia, junto a fallos posteriores que sostuvieron la misma línea⁵, abonan la postura en quienes ven en la fusión una sucesión, a título universal, con iguales efectos que la sucesión por causa de muerte⁶.

Siguiendo el paralelismo, no es válido sostener que el causante transfiera sus bienes a título oneroso. En esa misma línea, tampoco resultaría sólido considerar que, en una fusión por absorción, la entidad absorbida transfiera a título oneroso los bienes de su propiedad, pues ella no recibe contraprestación alguna. Obsérvese que jurídicamente una fusión por absorción no puede interpretarse de manera análoga a un rescate de capital.

⁴ CSJN, PAPELERA PEDOTTI, 26/04/71.

⁵ CNCom, Sala B, DE CARABASSA, I c. CANALE", 6/12/1982.

⁶ Texto citado por RUBEN ASOREY y FATIMA ASORES. OTAGUEGUI, J.C., Fusión y escisión de Sociedades Comerciales, ED. Abaco, 1976, pág. 43

Piénsese que, en nuestro caso, la sociedad absorbente posee el rol de accionista de la sociedad absorbida, motivo por el cual, tampoco existen canje de acciones entre accionistas que merezca ser analizado.

En igual sentido, SOLARI COSTA⁷ ha destacado *“(...) estrictamente no existe contraprestación a favor de los socios, pues no son ellos quienes se fusionan, sino las sociedades, tampoco son ellos quienes por entregar un patrimonio reciben como contraprestación acciones o cuotas o partes de interés, sino que es la sociedad en la cual los socios tienen participaciones el sujeto activo y centro del proceso. Lo que ocurre en realidad es que, si bien el patrimonio lo transfiere la sociedad, son sus integrantes quienes continuarán como titulares, junto con los de las otras sociedades partícipes, de ese nuevo patrimonio fusionado (...)”*.

A la misma conclusión arriba ALEJANDRO N. HALADJIAN⁸, quien sostiene que en tales procesos se produce una fragmentación de la obligación, desde que el sujeto “enajenante” nada recibe a cambio de la enajenación, sino que la contraprestación es recibida por uno o más sujetos distintos. Por lo tanto, concluye, la prestación y la contraprestación, en tanto elementos constitutivos de la obligación, se encuentran subjetivamente disociados dentro de una estructura triangular.

En suma, de acuerdo con nuestra interpretación, y en línea con la doctrina citada, somos de la opinión que en estos casos estamos frente a un acto de disposición que “no” puede considerarse oneroso, pues la Entidad que lo realiza no recibe contraprestación alguna.

En contra de nuestra posición cabe citar a la de RUBEN ASOREY y FATIMA ASOREY⁹, quienes se inclinan por la onerosidad del proceso. Sin embargo, a nuestro juicio, lo hacen al pensar en una fusión por absorción en la que los accionistas de las antecesoras son personas distintas a la sociedad absorbente, lo cual no es el caso que planteamos.

En efecto, los autores citados sostienen: *“en nuestra opinión, con prescindencia de nuestra aceptación de la teoría de la sucesión patrimonial a título universal, se produce en la fusión una suerte de contraprestación que es recibida por los socios de la sociedad o sociedades absorbidas, que origina la calificación de oneroso del proceso de fusión”*.

Desde nuestra perspectiva, los prestigiosos autores citados sostienen la existencia de la onerosidad en un supuesto donde la fusión por absorción se lleva a cabo entre dos Compañías que se encuentran vinculadas por compartir los mismos accionistas, lo cual no es nuestro caso.

⁷ SOLARI COSTA, OSVALDO: “Fusión y escisión nacional y trasnacional de sociedades” Ed. AdHoc pág. 151. El resaltado nos pertenece.

⁸ ALEJANDRO N. HALADJIAN, Tratados de las reorganizaciones fiscales de empresas, La Ley, Pág. 397.

⁹ RUBEN O. ASOREY y FATIMA ASOREY, Reorganizaciones empresariales libres de impuestos. 2da. Ed. actualizada, La Ley, pág.345.

En igual sentido a tales autores, se expide GUSTAVO A. KRAUSE MURGUIONDO¹⁰, quien sostiene: “cabe observar que muchas veces las sociedades que se reorganizan no reciben ellas mismas compensación por los bienes transferidos, ya que las acciones en compensación no las reciben los transfirentes de los bienes sino los titulares del capital de las empresas transmitentes. Esta situación deja un margen de indefinición, o ciertamente de duda, sobre si la reorganización tiene el carácter de oneroso (...)”.

Este autor, ya no circunscribe la onerosidad a un sólo supuesto de fusión por absorción, lo cual pone de manifiesto que la existencia -o no- de onerosidad de estos procesos, es un aspecto altamente debatido en estos procesos.

Como corolario de todo lo expuesto, si bien somos de la opinión que en tales procesos no se encuentra presente uno de los elementos constitutivos de la obligación tributaria (onerosidad), somos conscientes que tal situación resulta altamente controvertida.

En vista de ello, se debiera contemplar la excepción al ingreso del gravamen cuando se pueda acreditar fehacientemente que la venta directa de bienes se trata de transferencias realizadas dentro de un mismo conjunto económico.

De lo contrario, no existirían razones fundadas para tratar en mejores condiciones las ventas indirectas de bienes con relación a las directas, las cuales no poseen excepción alguna cuando nos enrolemos en la posición que sostiene que en los procesos reorganizativos se encuentra presente la onerosidad.

9. VIGENCIA DE LA NORMA

En cuanto a la vigencia de la norma, la reforma intentó preservar de tales disposiciones las estructuras internacionales creadas con anterioridad a la reforma. En ese contexto, es llamativo que la incorporación de una norma antielusiva garantice derechos adquiridos.

En efecto, conforme surge del inciso b) del artículo 86 de la Ley 27.430, las operaciones relacionadas con las participaciones en las entidades del exterior a que se refiere el primer párrafo del artículo agregado a continuación del artículo 13 de la ley de impuesto a las ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, estarán alcanzadas por el impuesto en tanto se adquieran a partir de la vigencia de esta ley.

¹⁰ GUSTAVO A. KRAUSE MURGUIONDO, Régimen Impositivo de las Reorganizaciones Empresariales, LexisNexis, pág.290.

Vale decir, todas las enajenaciones indirectas de bienes localizados en nuestro país que tengan origen en la comercialización de acciones, títulos, participaciones, etc., cuya titularidad era anterior a la reforma, estarán libre de impuestos.

Coincidimos con los Dres. GUSTAVO SCRAVAGLIERI, PABLO BAROFFIO y JUAN M. IGLESIAS¹¹ que una cuestión que deberá aclarar la reglamentación consiste en definir si a los efectos de la vigencia se considerará -o no- las transferencias realizadas dentro de un mismo grupo económico que pudieran existir con posterioridad.

Esto significa que, desde una perspectiva formal, puede tratarse de una adquisición realizada a partir del 1 de enero de 2018 y por ende alcanzada por la norma frente a una eventual venta ulterior, pero desde una perspectiva más amplia, puede originarse como consecuencia de una reestructuración realizada dentro del marco de un conjunto económico. Si fuera ese el caso, somos de la opinión que no correspondería tributar impuesto alguno aún cuando la ulterior venta se realice a personas ajenas al grupo.

10. A MODO DE CONCLUSION

Entre las medidas antielusivas incorporadas por la reforma introducida por la Ley 27.430 (B.O. 29/12/2017), podemos citar el artículo analizado, el cual crea una nueva presunción de ganancia de fuente argentina para una serie de supuestos que fueron abordados en la presente colaboración.

En efecto, el artículo 13.1 de la LIG, tiene como propósito definir una nueva presunción de ganancia cuando se transen ciertos bienes en el exterior, que otorguen derechos indirectos sobre bienes localizados en nuestro territorio.

En esa línea, hemos citado que los primeros antecedentes de la norma lo hallamos en el caso **VODAFONE**. Justamente, en ese caso, se discutió la existencia de ganancia gravada en una operación de venta indirecta de acciones.

Los requisitos que deben verificarse en *forma concurrente* para quedar comprendido en las disposiciones del artículo bajo comentario son tres, a saber:

- Aspecto subjetivo : El sujeto enajenante.
- Aspecto objetivo: El valor del bien transado.

¹¹ Dres. GUSTAVO SCRAVAGLIERI, PABLO BAROFFIO y JUAN M. IGLESIAS. Limitación en la deducción de intereses y transferencia de acciones. Reforma Tributaria. Hugo Kaplan y Mario Volman. Buenos Aires. Errepar. Pág.239.

- Aspecto cuantitativo: El límite relativo de la transacción.

Con relación al valor del bien transado, para determinar el cumplimiento de la regla vinculada al 30%, “no” corresponde analizar el “**precio de venta**” adjudicado a los bienes a enajenar; sino por el contrario, **el valor corriente de plaza** de los mismos.

Dado que debe definirse y atribuirse un valor corriente en plaza de los bienes a enajenar, consideramos que en la práctica se presentarán innumerables situaciones que requieren ser reglamentadas con profuso cuidado, en particular cuando estemos frente a supuestos en los cuales la cotización no es transparente o no es conocida (por ejemplo, participaciones sociales).

Por lo tanto, respecto de este aspecto las cuestiones que consideramos deberán ser abordadas por una futura reglamentación, son:

1. Definir una metodología de valuación homogénea para bienes que no posean cotización conocida o fácilmente determinable -ejemplo, participaciones sociales-.
2. Disponer que para el caso que la medición del umbral del 30% deba retrotraerse a alguno de los DOCE meses anteriores, deberá procederse en igual sentido con el 100% de los bienes indirectos existentes.
3. Establecer que el 10% debe medirse por enajenante o, por el contrario, por conjunto de enajenantes, cuando éstos últimos no fueran sujetos vinculados o estuvieran unidos por algún grado de parentesco.
4. Aclarar que para el caso de testear la medición de cualquiera de los dos porcentajes citados por la norma (10% ó 30%), no tiene como propósito realizar una sumatoria de operaciones previas sino analizar el impacto de eventuales cambios patrimoniales que pudieran afectar los porcentajes que arrojen.

Con respecto a la determinación de la ganancia neta, somos de la opinión que de optarse por tributar considerando la misma, los gastos que podrán imputarse son “todos” los vinculados con la adquisición del bien que se enajene y con el mantenimiento de los mismos, tanto los efectuados “en” el país como los realizados “en” el exterior, siempre que sobre éstos últimos se pueda acreditar debidamente su unívoca vinculación. No obstante ello y en pos de otorgar seguridad jurídica, sería óptimo que el reglamento recoja tal situación en los términos enunciados.

En relación a los sujetos obligados al pago, se requiere aclaración en aquellos casos en los cuales intervengan dos sujetos del exterior. En tales casos, el obligado al pago debiera ser el representante local del beneficiario del exterior y para el caso que no posea, consideramos que el ingreso lo debiera efectuar el propio beneficiario mediante transferencia bancaria internacional.

Por último, para el caso de venta directa de bienes en el marco de un conjunto económico, si bien somos de la opinión que en tales procesos no se encuentra presente uno de los elementos constitutivos de la obligación tributaria (onerosidad), somos conscientes que tal situación resulta altamente controvertida.

En vista de ello, se debiera contemplar la excepción al ingreso del gravamen cuando se pueda acreditar fehacientemente que la venta directa de bienes se trata de transferencias realizadas dentro de un mismo conjunto económico. De lo contrario, no existirían razones fundadas para tratar en mejores condiciones las ventas indirectas de bienes con relación a las directas, las cuales no poseen excepción alguna cuando nos enrolemos en la posición que sostiene que en los procesos reorganizativos se encuentra presente la onerosidad.