

IMPUESTO A LAS GANANCIAS - RETENCIÓN DE SOBRE COMISIONES PAGADAS POR CRÉDITOS, PRÉSTAMOS O COLOCACIONES DE FONDOS EXTRANJEROS

Por el Dr. José A. Moreno Gurrea

Las *retribuciones* pagadas por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero, están sujetas al pago de impuestos en nuestro país, según lo dispuesto por el art. 93, inciso c, de Ley del Impuesto a las Ganancias (en adelante "LIG").

No obstante la aparente sencillez de la sentencia del párrafo anterior, la expresión "retribuciones", al hallarse huérfana de definición en el marco que se encuentra inserta, es motivo de controversias interpretativas en cuanto a considerar que la misma podría considerarse como la contraprestación por un servicio prestado en el exterior, en cuyo caso se trataría de una ganancia de fuente extranjera no incida por el impuesto, o por el contrario, que constituiría parte o sería un complemento de la remuneración de un préstamo, junto con los respectivos intereses y, en consecuencia, debería ser considerada una ganancia de fuente argentina y sometida al gravamen.

Hasta la modificación de la LIG por la Ley 25784, con vigencia a partir del 23/10/2003, el inciso c) del art.93 disponía la imposición del gravamen a los *intereses pagados por créditos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero*. A partir de aquella fecha, se sustituyó el inciso por el siguiente texto: *intereses o retribuciones pagados por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier naturaleza, obtenidos en el extranjero*. De modo tal que se explicitó la gravabilidad de las *retribuciones* además de los intereses y se amplió –en realidad se mejoró la redacción– de la base de imposición a préstamos y cualquier otra colocación de fondos en nuestro país.

Concretamente el objeto del presente trabajo está orientado a dilucidar a cuales retribuciones se refiere o deben considerarse incluidas en la normativa citada.

Distinción entre Servicio y Asesoramiento en el Impuesto a las Ganancias

Un servicio es definido en sentido económico como "*una prestación humana que satisface alguna necesidad social y que no consiste en la producción de bienes materiales*". (Diccionario de la Real Academia Española), en tanto *retribuir* es recompensar o remunerar un servicio. De allí podría colegirse que las "retribuciones" a las que alude la LIG consisten en remuneraciones pagadas por un servicio recibido. Sin embargo, pueden identificarse distintas especies de servicios en función de la naturaleza de los mismos: financieros, técnicos, de seguridad, de limpieza, de asesoramiento y cualquier otro tipo.

La ley del impuesto a las ganancias distingue entre aquellos a ciertos servicios para calificarlos como de fuente argentina. En ese sentido, considera sujetos a impuestos a *los honorarios u otras remuneraciones originados por asesoramiento técnico*,

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

financiero o de otra índole prestado desde el exterior (segundo párrafo, art. 12 de la LIG). Contrario sensu, en principio, los servicios que no respondan a esos conceptos no constituyen ganancias de fuente argentina.¹

En ese contexto, se torna fundamental definir cuando nos hallamos frente a un asesoramiento. El tema ha sido objeto de múltiples opiniones doctrinarias, administrativas y jurídicas, dado que ni la ley del impuesto ni su decreto reglamentario contienen directivas o pautas para conceptualizar cuando nos encontramos frente a un asesoramiento (sujeto a retención) o, simplemente a la prestación de un servicio (no sujeto a retención) por parte del no residente. La diversidad y complejidad de las prestaciones que pueden verse involucradas en cada caso particular, hace que, precisamente, el tema deba analizarse minuciosamente caso por caso. Sin perjuicio de la problemática señalada, existe consenso respecto a concepto de asesoramiento, que el fisco ha recogido y expuesto en varios dictámenes, concluyendo que: "...cabe interpretar que la definición de asesoramiento contemplada en el segundo párrafo del descripto artículo 12º, agrupa a todas aquellas prestaciones que signifiquen la transmisión por cualquier medio (dictamen escrito, consejo oral, planos, especificaciones, etc.) de conocimientos científicos y/o empíricos, elaborados especialmente o adquiridos con anterioridad por el dador, siempre que sean antecedentes temporal o inmediato de la realización de actividades o actos económicos en nuestro país, en función de los cuales se elaboran o transmiten, tal como lo sostiene en general la doctrina" (AFIP Dictamen – DAT N°69/96 –26/6/96).

Como primer paso, entonces, descartamos en nuestro análisis a aquellos servicios que implican un asesoramiento, toda vez que éstos quedan sujetos a imposición en forma independiente de su vinculación o relación directa o indirecta con créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero.

En cuanto al resto de servicios, según dijimos, en principio, no constituyen ganancias de fuente argentina. Sin embargo, la existencia de conexidad entre un servicio prestado en el exterior con algún otro concepto que la ley del gravamen identifique como ganancia de fuente argentina –por ejemplo, los intereses de un préstamo- o directamente como un beneficio producto de la colocación de un capital en nuestro país, pueden alterar aquel postulado de exclusión del impuesto.

Las comisiones por servicios financieros o bancarios relacionadas con créditos, préstamos o colocaciones de fondos en nuestro país

En el lenguaje financiero es utilizada usualmente la expresión "comisión" para referirse a la retribución de un servicio efectivamente prestado, como así también a aquellos costos adicionales o complementarios que las entidades cargan a sus clientes, relacionados, por ejemplo, con el otorgamiento de préstamos. Por consiguiente cuando la ley del impuesto a las ganancias se refiere a "retribuciones" puede inferirse que alude tanto a las contraprestaciones por efectivos servicios prestados como a otros costos.

¹ Incluso el art. 127 de la Ley del Impuesto a las Ganancias califica expresamente como de fuente extranjera a las ganancias que provengan de la realización en el extranjero de cualquier acto o actividad susceptible de producir un beneficio o de hechos ocurridos fuera del territorio nacional, excepto los tipificados expresamente como de fuente argentina.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Cabe entonces distinguir a aquellas comisiones que por definición no constituyen ganancias de fuente argentina y que responden a servicios prestados con independencia de la efectiva disposición de fondos de un préstamo. Un ejemplo típico lo constituye la comisión de “apertura de crédito” o de “disponibilidad”, justificada en el costo de oportunidad de la entidad financiera que pone a disposición del cliente los fondos por un tiempo determinado y la percibe hasta tanto aquel haga uso efectivo de la facilidad crediticia, es decir, se produzca el desembolso de los fondos por parte de la entidad; en el ínterin, la apertura de crédito no origina intereses, sino las comisiones mencionadas. La exclusión de tributación es procedente ya sea que se utilice o no la facilidad crediticia acordada toda vez que el servicio fue prestado antes de la utilización económica en nuestro país de un capital.

Respecto a otras comisiones su percepción depende del efectivo otorgamiento del préstamo, ya que, salvo algunas excepciones, no son cobradas por el prestamista. Algunas de aquellas responden a servicios previos, antecedentes inmediatos al otorgamiento del préstamo y son percibidas en forma simultánea al momento de desembolsar los fondos y otras durante el desarrollo del préstamo. Incluso pueden estar previstas específicamente en contrato de préstamo.

Entre las primeras pueden citarse a las comisiones por “estudio”, “evaluación crediticia”, “estructuración”, “consultas a centrales de riesgo”, otorgamiento”, etc., de préstamos; se trata del conjunto de tareas o actividades preparatorias de la operación crediticia, mediante las cuales la entidad financiera “recupera” los gastos y costos reales o presuntos correspondientes a estudios de la situación particular del deudor, la modalidad y desarrollo del préstamo, sus garantías, la preparación de los instrumentos, honorarios legales, etc.². Durante el desarrollo del préstamo también pueden percibirse comisiones por “desembolsos parciales”, “mantenimiento” o “administración”, “cancelación anticipada” u otras. En cualquiera de las situaciones aludidas, el cálculo de las comisiones se realiza aplicando un porcentaje sobre el monto del préstamo acordado o el saldo del mismo a un determinado momento según el tipo de comisión.

A esta altura se impone el interrogante de si las comisiones referidas en el párrafo precedente constituyen ganancias de fuente argentina para el dador del préstamo extranjero o mejor dicho si las mismas, como complemento del costo financiero del préstamo deben considerarse como una modalidad de retribución de aquel y quedar sujetas a impuestos junto con los respectivos intereses. Adelantamos nuestra opinión en el sentido que las comisiones referidas (como consecuencia del otorgamiento y/o durante el desarrollo de un préstamo del exterior) percibidas por el prestamista, constituyen ganancias de fuente argentina y son aquellas, precisamente, las retribuciones a que alude el artículo 93, inciso c) de la ley del impuesto a las ganancias, según demostraremos más adelante.

² Una cláusula “tipo” en ese sentido puede tener el siguiente tenor: *COSTOS Y GASTOS. El prestatario se compromete a pagar a la entidad crediticia, inmediatamente, a petición del acreedor (a) todos los costos y gastos (incluyendo sin limitación honorarios de abogados y gastos razonables) en relación con (i) la preparación de los documentos, o (ii) la aplicación de los documentos o la preservación de los derechos del Prestador bajo el contrato de préstamo.*

El costo financiero total de un préstamo

Es sabido que el costo financiero total de un préstamo está compuesto no solo por los intereses, sino que incluye, también, otros conceptos o cargos vinculados a la operación, que las entidades financieras perciben a sus clientes.

En nuestro país, de acuerdo a la normativa del Banco Central de la República Argentina, el costo financiero total se determina agregando a la tasa de interés el efecto proporcional de los cargos asociados a la operación, cualquiera sea su concepto, en la medida que no impliquen la retribución de un servicio efectivamente prestado o un genuino reintegro de gastos. A tal fin, se considerarán conceptos computables las comisiones de la entidad por intermediación en la compraventa de inmuebles, gastos de apertura, mantenimiento de cuentas asociadas a las financiaciones, seguros, etc; en cambio no integran dicho costo, los reintegros correspondientes a gastos de escribanía, en tanto no superen los valores de plaza y los impuestos y tasas pagadas a entes públicos³.

Ello nos permite visualizar una práctica habitual -a nivel mundial- que llevan a cabo las entidades financieras, consistente en “descomponer” la tasa efectiva (o real) de un préstamo en dos componentes: tasa nominal y otros cargos asociados (comisiones), los cuales no responden a “servicios efectivamente prestados”, sino a un solo costo financiero total del préstamo; de modo tal que, la suma de la tasa de interés nominal y las comisiones le permitan a la entidad recuperar “sus” costos y obtener una ganancia.

Breve reseña de antecedentes relevantes sobre comisiones relacionadas con préstamos del exterior

El conflicto interpretativo sobre las comisiones de préstamos externos no es novedoso. Durante la vigencia del Impuesto a los Réditos, el Tribunal Fiscal de la Nación resolvió un caso emblemático donde se controvertía si constituían o no réditos de fuente argentina las comisiones abonadas por una compañía del país a una institución bancaria alemana perceptora a su vez de intereses por un crédito otorgado al mismo titular. La cuestión central consistía en dilucidar *la existencia o no de correlación económica y tributaria entre dichas comisiones e intereses bancarios*. El Banco prestamista justificó el cobro de una comisión expresando: “*que para compensar nuestros gastos y expensas ocasionados por el estudio de las solicitudes de crédito y expensas, por los corrientes análisis de balances, etc., les hemos cobrado una comisión del 3% anual, aparte de los intereses correspondientes*”, o sea, que se trataba de una compensación por los gastos incurridos por él mismo en el exterior. El Tribunal dejó asentado que no se probó que las comisiones pagadas respondieran a una operación totalmente independiente de la operación de crédito y que no existía desdoblamiento económico ni operativo entre el pago de intereses y el de comisiones, para concluir que en virtud de la complementación entre los intereses y comisiones, por ser formas de retribución complementarias del mismo capital prestado, ambos conceptos deben someterse al régimen retentivo del impuesto⁴.

³ Texto ordenado de las Normas sobre “Tasas de Interés en las Operaciones de Crédito” (30/11/2010) <http://www.bcra.gov.ar/>

⁴ Mercedes Benz Argentina SAFICIM – Tribunal Fiscal de la Nación – Fallo N°B, 367 del 19/03/1970. Réditos de fuente argentina. Conexidad

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

En 1978 el fisco respondió a una consulta efectuada por un consorcio de bancos del exterior que había otorgado un préstamo sindicado (varios bancos participan en un solo paquete crediticio) y acordado: a) comisión de compromiso: por la no utilización del préstamo a partir de la fecha en que los fondos están a disposición de la prestataria, b) Comisión de administración: por el servicio de atención del préstamo durante el plazo del mismo y c) Comisión de agencia: por el servicio que presta el banco que en calidad de agente que organiza y representa el consorcio de bancos del exterior que interviene en la operación, concluyendo que en los tres casos enunciados se trataba de ganancias de fuente extranjera y consecuentemente no sujetos al gravamen. La comisión de compromiso, como dijimos se percibe antes de la disponibilidad de los fondos y por ende, constituye ganancia de fuente extranjera; de igual origen es la comisión de agencia, ya que se trata de un efectivo servicio prestado en el exterior por un banco que representa al resto. En cuanto a la comisión de administración, la vaguedad de su justificación (al menos en los términos de la consulta) resulta difícil de calificar en cuanto a su fuente ⁵.

En un dictamen el fisco consideró como *asesoramiento*, y por ende sujetas al impuesto en función del art.12 de la LIG, a las retribuciones por servicios prestados por consultores independientes del exterior contratados por un Banco, en el marco de las tareas que ese último efectuaba a los fines de garantizar, estructurar y organizar la financiación bancaria de un proyecto a realizarse en el país consistente en la construcción de una planta de generación de electricidad. Concluyó que *el asesoramiento brindado constituye un antecedente temporal e inmediato de la realización de actividades o actos económicos en nuestro país, constituidos éstos por la colocación o utilización económica de un capital en la República*. Aún cuando la financiación no se llevó a cabo, este antecedente resulta útil para visualizar que la mera denominación dada a un tarea (garantizar, estructurar, organizar, etc.) no basta para calificarla como servicio "puro" o asesoramiento ⁶.

En otro pronunciamiento opinó *que los pagos efectuados en concepto de comisión por el servicio de calificación de riesgo prestado desde el exterior constituyen rentas de fuente extranjera, no encontrándose alcanzados por el Impuesto a las Ganancias argentino*. Se trataba del pago a una calificador de riesgo internacional en concepto de Comisión Anual de Mantenimiento, respecto a Bonos públicos argentinos que fueron colocados en el exterior. En esta oportunidad, el fisco calificó al servicio como tal y no como asesoramiento, dado que no implicaba ninguna transmisión de conocimientos y además, la calificación resultaría de utilidad para inversores del exterior ⁷.

Por su parte, el Tribunal Fiscal de la Nación concluyó que las comisiones por la actuación de dos compañías del exterior que actuaron como gestores financieros para obtención de un préstamo en el exterior destinado a una empresa argentina, llevando a cabo todas las negociaciones necesarias a los efectos de que ésta obtuviera el

⁵ Con relación a la comisión "de compromiso", el fisco ratificó la exclusión de imposición a través del Dictamen N° 85/2002 (DI ATEC) del 05/09/2002. Boletín N° 70, 01 de Mayo de 2003, página 974

⁶ Dictamen N° 2/2000 (DI ATEC) del 26/01/2000. Boletín N° 37, 01/08/2000, pág. 1332

⁷ Dictamen N° 29/2002 (DI ATEC) 29 de Abril de 2002. Boletín N° 62, 01/09/2002

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

financiamiento que le fue otorgado, no constituyen ganancias de fuente argentina. Al respecto sostuvo que *la gestión financiera reviste el carácter de una actividad desplegada íntegramente en el exterior y que culmina con la obtención del crédito, es decir una actividad previa, antecedente y necesaria destinada a un objetivo cual es la obtención del crédito y que culmina con su otorgamiento*, descartando en el caso la existencia de asesoramiento⁸.

Si bien las respuestas que brinda la AFIP en las reuniones del Grupo de Enlace AFIP-CPCECABA no revisten carácter vinculante, muestran, en principio, la opinión -aunque sujeta a modificación- del fisco en los temas que se le plantean. En ese marco se consultó al ente fiscalizador respecto al alcance que debía brindarse a la modificación de la LIG dispuesta por la Ley 25784, y específicamente si las *retribuciones* a las que alude son aquellas correspondientes a “servicios” que no implicaban asesoramiento, en cuyo caso, se dijo, se hallarían al margen del tributo por constituir ganancias de fuente extranjera. La amplitud y generalidad del planteamiento obtuvo del fisco una respuesta con iguales características: *Los conceptos comprendidos en el inciso c) del artículo 93 son aquellos que responden a retribuciones por el uso del capital, cualquiera fuera su denominación. En estos casos, estaríamos en presencia de rentas de fuente argentina, atento a que la utilización del capital tiene lugar en el país.* (Acta de la reunión del 10/11/2004)

De los antecedentes reseñados puede colegirse que el tratamiento de las comisiones relacionadas, vinculadas o asociadas en mayor o menor medida con préstamos obtenidos en el exterior depende de las características que presente cada caso; sin embargo, nos permiten extraer algunas conclusiones preliminares: las retribuciones por servicios –distintos a asesoramiento- ejecutados por terceros ajenos al prestamista son de fuente extranjera; en tanto las comisiones cobradas por el propio prestamista no pueden considerarse servicios independientes y escindibles del préstamo y por tanto, deben tener el mismo tratamiento impositivo que aquel.

Ganancias de fuente argentina provenientes de la colocación de capitales foráneos en nuestro país

El concepto de fuente argentina con relación al rendimiento de la colocación de capitales foráneos en nuestro país no ofrece mayores controversias interpretativas, ya que la reglamentación del impuesto, tras citar varios ejemplos incluye residualmente “a las demás ganancias que, revistiendo características similares, *provengan de capitales, cosas o derechos situados, colocados o utilizados económicamente en el país*”. Ello va en línea con el postulado general de rentas de la segunda categoría que somete a tributación a toda suma que sea el producto de la colocación del capital, cualquiera sea su denominación o forma de pago (art. 45, inciso a) y de la misma filosofía del impuesto que alcanza a los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación, preceptos aplicables tanto para personas residentes como para no residentes.

Podemos concluir, entonces, que toda suma que sea el producido de la colocación o utilización de capitales externos en nuestro país, constituye ganancia de fuente

⁸ Tribunal Fiscal de la Nación -Autos Hidroeléctrica El Chocón S.A. – Sala C – 8/03/2007

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

argentina y, salvo la procedencia de alguna exención, quedan sometidos al régimen retentivo del impuesto.

En ese marco se integran las *retribuciones pagadas por créditos, préstamos o colocaciones de fondos de cualquier origen o naturaleza, obtenidos en el extranjero*. Por ello, las comisiones por “estudio”, “evaluación crediticia”, “estructuración”, “otorgamiento”, “desembolsos parciales”, “mantenimiento”, “administración”, “cancelación anticipada”, etc., bajo estudio, percibidas por el propio prestamista no pueden catalogarse, a los fines del impuesto a las Ganancias como “servicios” independientes y desconectados del crédito y excluirlas de tributación; por el contrario son las tareas necesarias e imprescindibles que la entidad prestamista lleva a cabo para el otorgamiento de un préstamo y por tanto, su valoración y percepción por fuera de la tasa de interés nominal pactada implica un mayor rendimiento del capital utilizado en nuestro país, calificando como provenientes de fuente argentina.

Distinto será el tratamiento impositivo si alguna de aquellas acciones son ejercidas por terceros ajenos al prestamista donde, efectivamente, se lleven a cabo servicios independientes –en tanto no corresponda por su índole calificarlos como “asesoramiento” en los términos del artículo 12 de la LIG-, ya se trate de actividades previas a la obtención de un crédito y que culminan con su otorgamiento (estudio, estructuración, gestiones varias, etc.) como las posteriores (administración, gestión de cobranza, etc.); en estas situaciones, donde los servicios son prestados íntegramente en el exterior nos hallaremos ante ganancias de fuente extranjera, excluidas de impuestos en nuestro país.

Retención de Impuesto a las Ganancias sobre comisiones pagadas por créditos, préstamos o colocaciones de fondos extranjeros. Conclusiones

Si bien la actual redacción del art. 93, inciso c.1) de la LIG dispone que las comisiones vinculadas a un préstamo quedan sometidas al mismo tratamiento que los intereses, ya que la norma alude a “intereses o *retribuciones pagadas por créditos*”, se suscitan dudas interpretativas en cuanto su alcance, dado que la norma no aclara si tales retribuciones se refieren a servicios independientes del crédito prestados por terceros (fuente extranjera) o el por el propio financista (fuente argentina). En nuestra opinión, la sustitución legal apuntada, no hizo más que explicitar la gravabilidad de las *retribuciones* además de los intereses y mejorar la redacción de la base de imposición –antes refería solo a créditos- ampliándola a préstamos y cualquier otra colocación de fondos en nuestro país.

A partir del análisis de los antecedentes sobre el tema puede colegirse que las retribuciones por servicios realizados en el exterior –distintos a asesoramiento- ejecutados por terceros ajenos al prestamista revisten como de fuente extranjera; en tanto las comisiones cobradas por el propio prestamista no pueden considerarse servicios independientes y escindibles del préstamo y por tanto, deben someterse el mismo tratamiento impositivo que aquel.

De las disposiciones del Impuesto a las Ganancias y de la propia economía del gravamen surge que toda suma que sea el producido de la colocación o utilización de capitales foráneos en nuestro país, constituye ganancia de fuente argentina y, salvo la procedencia de alguna exención, queda sometida al régimen retentivo del tributo. Tal

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

postulado nos permite sostener, en principio, que todo importe que perciba el prestamista vinculado o con motivo del otorgamiento y/o desembolso de un crédito utilizado en nuestro país cabe ser incluido en el artículo 93, inciso c1 de la LIG.

Sin perjuicio del análisis particular que merezca cada situación, deberá prestarse atención, asimismo, al principio de realidad económica, en el sentido de atender a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan las partes.

Buenos Aires, 11 de Octubre de 2011