

**Voces:** IMPUESTO ~ IMPUESTO A LAS GANANCIAS ~ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA ~ DETERMINACION DE OFICIO ~ RETENCION DEL IMPUESTO ~ SOCIEDAD ANONIMA ~ IMPUESTO DE IGUALACION ~ ESTABILIDAD FISCAL ~ DIVIDENDOS ~ EXENCION TRIBUTARIA ~ ACCIONISTA ~ SOCIO ~ DERECHO ADQUIRIDO ~ ACTIVIDAD MINERA ~ MINERIA ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

**Título:** La estabilidad fiscal en la actividad minera y el impuesto de igualación

**Autores:** Mazzinghi, Marcos Saravia Frías, Inés

**Publicado en:** LA LEY 09/09/2009, 09/09/2009, 9 - LA LEY2009-E, 459

**Fallo comentado:** [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) CS ~ 2009-06-30 ~ Cerro Vanguardia S.A. c. DGI](#)

**Cita Online:** [AR/DOC/3326/2009](#)

**Sumario:** **SUMARIO: I. Introducción. II. Los hechos. III. Breve referencia al impuesto de igualación. IV. Los argumentos invocados por la CSJN. V. Nuestra opinión. VI. Conclusión.**

#### I. Introducción

El propósito del presente trabajo es comentar la sentencia recientemente dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") en la causa "Cerro Vanguardia c. DGI", [\(1\)](#) a través de la cual el Máximo Tribunal estableció un criterio hermenéutico amplio respecto del beneficio de la estabilidad fiscal previsto en la Ley de Inversiones Mineras 24.196 ("LIM") (Adla, XLIII-B, 2577), en oportunidad de analizar la aplicación del impuesto a la igualación creado por la ley 25.063 (Adla, LIX-A, 5). [\(2\)](#)

#### II. Los hechos

La Administración Federal de Ingresos Públicos ("AFIP") determinó de oficio la obligación de la Sociedad Cerro Vanguardia S.A. por las sumas adeudadas en concepto de retenciones del impuesto a las ganancias por distribución de dividendos correspondientes al período fiscal 2000, y la intimó a ingresar dicho tributo más los intereses y multa.

La empresa impugnó el acto administrativo de determinación e inició demanda, argumentando que al encontrarse amparada por el beneficio de estabilidad fiscal consagrado por la LIM, no le resultaba de aplicación el denominado "impuesto de igualación o equiparación", creado con posterioridad a la obtención de la citada estabilidad fiscal.

El Tribunal Fiscal de la Nación ("TFN") rechazó el argumento vertido por la sociedad —siendo dicha sentencia confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal—, en el entendimiento de que el régimen de estabilidad fiscal comprende únicamente a las empresas inscriptas que desarrollan los emprendimientos mineros, abarcando todos los tributos que tengan como sujetos pasivos a tales personas jurídicas, pero no se extiende a los accionistas de aquella, quienes son los beneficiarios de las rentas objeto de imposición.

Contra el pronunciamiento de la Cámara, la sociedad interpuso recurso extraordinario de apelación ante la CSJN, que fue concedido. En un fallo a nuestro juicio elogiable, el Supremo Tribunal revocó la sentencia apelada y dejó sin efecto la determinación de oficio oportunamente impugnada, esgrimiendo los fundamentos que se desarrollarán en el apartado IV de esta nota.

#### III. Breve referencia al impuesto de igualación

El denominado impuesto de igualación fue creado a través de la ley 25.063, la que entre múltiples modificaciones de índole impositiva incorporó un artículo a continuación del artículo 69 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, que prevé que:

"Cuando los sujetos comprendidos en los apartados 1, 2, 3, 6 y 7 del inciso a) del artículo 69, así como también los indicados en el inciso b) del mismo artículo, efectúen pagos de dividendos o, en su caso, distribuyan utilidades, en dinero o en especie, que superen las ganancias determinadas en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago o distribución, deberán retener con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, la ganancia a considerar en cada ejercicio será la que resulte de traer a la ganancia determinada en base a la aplicación de las normas generales de esta ley, el impuesto pagado por el o los períodos fiscales de origen de la ganancia que se distribuye o la parte proporcional correspondiente y sumarle los dividendos o utilidades provenientes de otras sociedades de capital no computados en la determinación de dicha ganancia en el o los mismos períodos fiscales.

Si se tratara de dividendos o utilidades en especie, el ingreso de la retención indicada será efectuado por el sujeto que realiza la distribución o el agente pagador, sin perjuicio de su derecho a exigir el reintegro por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen."

Existe cierta coincidencia doctrinaria y jurisprudencial [\(3\)](#) en el sentido de que el impuesto de igualación tiene como objetivo gravar aquellas utilidades societarias que no hubieren estado sujetas al impuesto a las

ganancias. Es decir que el gravamen aspira a que el pago de dividendos que efectúa una sociedad sea realizado con fondos que hayan estado gravados con el impuesto a las ganancias (es decir que los dividendos correspondan a la obtención de una ganancia gravada o en otras palabras que no se distribuyan dividendos con fondos que no pagaron previamente el impuesto a las ganancias). (4)

De conformidad con lo previsto en los artículos 46 y 64 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, los dividendos distribuidos a favor de los accionistas son "no computables" para la determinación de la ganancia sujeta a impuesto, siendo el fundamento que la sociedad que los distribuye ya soportó el impuesto. (5) Sin embargo, cuando los sujetos enumerados por el artículo 69.1 de la ley del gravamen distribuyen dividendos o utilidades (en dinero o en especie) que superen las ganancias determinadas de acuerdo a las normas generales de la ley, acumuladas al cierre del ejercicio inmediato anterior a la fecha de dicho pago, deberá retenerse con carácter de pago único y definitivo el 35% sobre el excedente (impuesto de igualación o equiparación). (6)

La aplicación de este gravamen ha dado lugar a numerosas dudas y vacilaciones, entre las que pueden destacarse las siguientes:

¿Lo que se retiene es el propio impuesto a las ganancias o un tributo autónomo? (7)

¿Quién es el sujeto pasivo del gravamen, la sociedad que distribuye los dividendos o su perceptor?

Estos son sólo algunos de los interrogantes que plantea este instituto —y por cierto no los más complejos (8) —, por lo que nos abocaremos únicamente a intentar dilucidar el último de los mismos, por tener una íntima conexión con lo resuelto en el fallo aquí anotado.

De la lectura del artículo arriba transcrito parecería que el sujeto pasivo de la obligación tributaria es el perceptor de los dividendos distribuidos, ya que la norma inviste a la persona jurídica de la calidad de agente de retención, imponiéndole la obligación de ingresar "con carácter de pago único y definitivo, el treinta y cinco por ciento (35%) sobre el referido excedente".

Si la entidad que distribuye los dividendos está obligada a "retener" el importe del impuesto de igualación, cabe presumir que el sujeto pasivo del gravamen es el beneficiario de dichos dividendos, ya que no sería lógico que la sociedad se auto-retuviera un impuesto propio. En apoyo de esta misma tesis parece venir la última parte del tercer párrafo del artículo en cuestión, en cuanto confiere al sujeto que distribuye los dividendos el derecho de "exigir el reintegro por parte de los beneficiarios y de diferir la entrega de los bienes hasta que se haga efectivo el régimen."

Parece evidente que si la Ley instituye a la persona jurídica como agente de retención del impuesto y le confiere expresas facultades para repetir lo pagado contra el beneficiario de los dividendos, estaríamos en presencia de un impuesto que recae sobre éste último. (9)

Sin embargo, en el sentido contrario podría sostenerse que el hecho de que la alícuota aplicable sea del 35% —propia de los sujetos empresa (10)— permite inferir que —independientemente de las palabras empleadas en el artículo en cuestión— el sujeto gravado por el impuesto es la persona jurídica, ya que de lo contrario podría estársele aplicando la alícuota máxima a una persona física que tal vez no reúne los requisitos para dicha escala, conforme a lo previsto en el artículo 90 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Desde nuestro punto de vista el sujeto pasivo del impuesto de igualación es el beneficiario de los dividendos, lo que no implica que estemos en desacuerdo con lo resuelto por la CSJN en el fallo aquí comentado, sino todo lo contrario.

#### **IV. Los argumentos invocados por la CSJN**

Los argumentos esgrimidos por la CSJN para fundamentar su sentencia, descansan sobre dos pilares fundamentales: (i) la finalidad o propósito de la LIM y (ii) el principio de seguridad jurídica, el que ostenta jerarquía constitucional, circunstancia que el Máximo Tribunal se encarga especialmente de destacar en el fallo. (11)

Compartimos en su totalidad los fundamentos vertidos por la CSJN.

En efecto, el régimen de estabilidad fiscal fue instaurado por la LIM sancionada en el año 1993 y modificado posteriormente en el año 1994 y 2001.

El espíritu de esta norma tiene por objeto garantizar un marco de estabilidad y previsibilidad fiscal, a fin de promover en el país la inversión en la actividad minera, concebida ésta como una actividad de alto riesgo y con retornos a largo plazo.

A tal fin, la LIM prevé en su artículo 8 que los emprendimientos inscriptos en su régimen gozarán de estabilidad fiscal por el término de 30 años a partir de la fecha de presentación de su estudio de factibilidad.

Establece expresamente que: "... la estabilidad fiscal alcanza a todos los tributos, entendiéndose por tales los impuestos directos, tasas y contribuciones impositivas, que tengan como sujetos pasivos a las empresas inscriptas, así como también a los derechos, aranceles u otros gravámenes a la importación o exportación" y que: "...las empresas que desarrollen actividades mineras en el marco del presente régimen de inversiones no podrán ver incrementada su carga tributaria total, considerada en forma separada en cada jurisdicción

determinada al momento de la presentación del citado estudio de factibilidad, en los ámbitos nacional, provinciales y municipales, que adhieran y obren de acuerdo al artículo 4º, última parte de esta ley".

Asiste razón al fallo de la CSJN, en cuanto resuelve respetar y hacer prevalecer el propósito de la LIM, sosteniendo que: "...las normas que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben interpretarse necesariamente con el sentido más restringido que su texto admita, sino antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, ... pues su inteligencia debe determinarse teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que la informan".

En este caso, precisamente el fin que informa la norma es la promoción de inversiones en el sector minero a través de un régimen estable y previsible que torne atractivo y facilite la viabilidad de este tipo de emprendimientos de alto riesgo y largos plazos de recupero de la inversión realizada. (12)

Esta clase de decisiones judiciales refleja afortunadamente un claro propósito de hacer respetar y cumplir las reglas de juego existentes, transmitiendo un mensaje alentador hacia cualquier inversor que desee apostar por un proyecto de estas características en nuestro país.

El Máximo Tribunal fortalece aun más su postura, al tildar de incorrecta la conclusión de los tribunales de instancias anteriores que pretende hacer recaer el denominado impuesto de igualación, sobre los accionistas de la sociedad inscripta bajo el régimen de estabilidad fiscal.

Para así resolver, entendió que: "... tal argumento prescinde de considerar la significación económica del llamado "impuesto de igualación" así como el propósito de promover las inversiones mineras —perseguido por la ley 24.196— asegurando la estabilidad fiscal de los respectivos emprendimientos, con el que no se concilia la aplicación de una figura tributaria que, aunque recae sobre los dividendos que la sociedad debe pagar a los accionistas, tiene el efecto equivalente al de un aumento de la tasa efectiva del impuesto sobre las ganancias del ente social".

Entiende que el impuesto de igualación extendido a los accionistas no se condice con el beneficio de estabilidad fiscal adquirido por la empresa, en tanto implica un aumento del impuesto sobre las ganancias de la sociedad, incrementando la carga tributaria total de la sociedad. De este modo, mediante el voto mayoritario de sus miembros, se dan señales claras y contundentes sobre la importancia del respeto al principio de la seguridad jurídica como herramienta indispensable para incentivar y atraer inversiones a nuestro país, reactivar la actividad minera y planificar a largo plazo.

## **V. Nuestra opinión**

Lo interesante del fallo radica en que la CSJN deja a un lado el rigorismo del principio de la personalidad jurídica diferenciada entre la sociedad y sus accionistas, para hacer prevalecer el espíritu de la estabilidad fiscal consagrada en la LIM, que no es otro que dotar a las inversiones mineras de certidumbre y previsibilidad con el objeto de que puedan proyectarse a mediano y largo plazo.

De esta manera se produciría una suerte de penetración de la personalidad jurídica a la inversa, (13) a los efectos de preservar la intención del legislador, que al dictar la LIM quiso reconocer a los proyectos mineros una estabilidad fiscal que se mantuviera inalterada durante un plazo de 30 años a partir de la fecha de presentación de su estudio de factibilidad.

El sujeto pasivo del impuesto de igualación es el receptor de los dividendos y no la propia sociedad que los distribuye, mientras que el beneficiado por la estabilidad fiscal es el proyecto o emprendimiento minero en cuestión, (14) por lo que parecería que ésta última no puede ser invocada como justificativo para negarse a pagar el primero. Esta conclusión es racional y lógicamente correcta, pero lo que a nuestro criterio constituye un acierto del Máximo Tribunal es el haber forjado una interpretación superadora que trasciende el mero tecnicismo, para proteger y dar primacía a la intención contenida en la LIM, que podría verse desvirtuada mediante la aplicación de un razonamiento puramente mecánico.

Las sociedades anónimas son instrumentos jurídicos (15) de los que se vale el hombre para emprender los proyectos comerciales modernos, por lo que si la LIM quiso proteger estos últimos en el campo de la minería, resulta razonable no introducir nuevos impuestos que alteren la ecuación económico-financiera prevista en el estudio de factibilidad, aun cuando los mismos no recaigan directamente sobre la persona jurídica que lleva adelante el proyecto, sino sobre sus accionistas.

Aun cuando las sociedades gocen de personalidad jurídica propia y diferenciada de la de los miembros que la componen (art. 2º Ley de Sociedades Comerciales y art. 39 del Código Civil) la realidad indica que detrás de esa estructura se ubican los verdaderos interesados en el negocio o proyecto desplegado por la entidad, por lo que gravar los dividendos recibidos por los accionistas equivale a afectar la estabilidad fiscal reconocida a favor de la sociedad, y es por eso que coincidimos con el fallo de la CSJN.

## **VI. Conclusión**

El fallo comentado es acertado, ya que en el mismo la CSJN realiza una interpretación amplia y superadora del beneficio de estabilidad fiscal previsto en la LIM, a fin de respetar el espíritu y la finalidad que inspiraron su dictado, para lo cual no hesita en dejar a un lado el principio de la personalidad jurídica diferenciada entre la

sociedad y sus miembros. Aun cuando queda claro que la estabilidad fiscal está reconocida a favor de la persona jurídica mientras que el impuesto de igualación recae sobre los accionistas, el Máximo Tribunal hace prevalecer la intención contenida en la LIM, protegiendo la seguridad jurídica y ponderando la significación económica del impuesto.

En un contexto en el que no es posible ignorar los sistemáticos ataques hacia la minería, cabe celebrar una sentencia como la que comentamos en el presente, en la cual se resuelve una cuestión de manera objetiva, y se da adecuada protección a una rama de la economía que por sus características la necesita especialmente.

Decisiones de este calibre redundan en un fortalecimiento a la seguridad jurídica, benefician la reactivación económica del país y, fundamentalmente, transmiten un mensaje claro y alentador que trasunta en el cumplimiento de la ley, respeto al principio de la seguridad jurídica y reglas de juego claras para atraer inversiones al país.

El fallo es trascendente en tanto constituye un fuerte precedente que deberá ser tenido en cuenta al resolver temas fiscales relacionados con la actividad minera y ayudará a dilucidar cuestiones tributarias controvertidas tales como las retenciones aplicadas a la exportación de minerales.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) El fallo completo fue publicado en LA LEY del 12 de Agosto de 2009.

(2) Boletín Oficial 30/12/1998.

(3) Ver entre otros, LORENZO, Armando, CAVALLI, César, "Las distribuciones de utilidades en la reforma tributaria y su reglamentación." ERREPAR, N° 231, Junio, 1999, t. XX, p. 162. DI CHIAZZA, Iván G., VAN THIENEN Pablo Augusto, "El impuesto de igualación y la remesa de utilidades de sucursales, el adelanto de dividendos y la distribución de utilidades acumuladas", LA LEY, 27/07/2009.

(4) En este sentido, de la parte pertinente del debate parlamentario surge que el impuesto persigue el "... objetivo de gravar las ganancias contables no alcanzadas por el impuesto." (Senador LÓPEZ) y que con la norma "... se procura evitar que los beneficios impositivos derivados de exenciones o tratamientos preferenciales para las empresas se trasladen a los accionistas o participantes en el capital de las mismas en el momento de distribuirse las utilidades que están exentas en cabeza de tales sujetos" (Senador VERNA), "Antecedentes Parlamentarios", LA LEY, 1999-A, 1060.

(5) DIEZ, Gustavo A., Impuesto a las Ganancias, Buenos Aires, La Ley, 2009, 5ª edición actualizada y ampliada, p. 366.

(6) A los efectos de este cálculo debe partirse de la ganancia determinada según las normas generales de la Ley, deducirle el impuesto a las ganancias pagados por esos períodos y sumarle los dividendos y otras utilidades de otras sociedades no computados en los mismos períodos fiscales.

(7) Esta cuestión tiene su importancia sobre todo en lo que respecta al impuesto a la ganancia mínima presunta.

(8) LORENZO, Armando, BECHARA, Fabián y CAVALLI, César han remarcado algunos de los problemas puntuales surgidos de la aplicación del "impuesto a las ganancias de igualación", identificando a los siguientes: (i) Aparición de quebrantos impositivos en ejercicios posteriores al pago del impuesto a las ganancias, (ii) Supuestos de fusión de sociedades, (iii) Distribución de dividendos en base a utilidades exentas en cabeza de la sociedad emisora, y (iv) Distribución de primas de emisión, en "Algunos problemas de aplicación del impuesto a las ganancias de igualación", ERREPAR N° 253, Abril, 2001, t. XXII, p. 136. Otro de los problemas que se generan en relación con este impuesto está vinculado con la imposibilidad de practicar el ajuste por inflación, lo que lleva a que "...la norma comentada carezca de racionalidad, al compararse peras con manzanas por la falta de ajuste por inflación, el impuesto de igualación afecta en mayor medida a quienes tienen resultados históricos sustancialmente diferentes a los resultados parcialmente ajustados", tal como han destacado GARCÍA, Fernando D., y PANTANALI, Omar A. en "Impuesto a las ganancias de igualación, Su problemática actual y necesaria reformulación", IMP, 2008, p. 461.

(9) De conformidad con lo previsto en el artículo 6 inciso (f) de la ley 11.683 (t.o. 1998) (Adla, LVIII-C, 2969), el agente de retención es responsable del cumplimiento de la deuda ajena, en este caso del accionista.

(10) Art. 69 inciso (a) de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

(11) Considerando 12 de la sentencia.

(12) Para una ampliación sobre los fundamentos en los que se basa la estabilidad fiscal recomendamos la lectura del trabajo "La Minería. ¿contaminación o progreso?", de SARAVIA FRÍAS, Carlos, publicado en El

Derecho, 24 de Octubre de 2007.

(13) Un razonamiento de alguna manera análogo fue utilizado por la Sala "D" del TFN al fallar en la causa "Fiat Concord S.A." (16/10/2002), en la que —en oportunidad de analizar la aplicación del instituto previsto en el artículo 73 de la ley de impuesto a las ganancias— el tribunal interpretó que cuando una empresa era controlada en un 99,9962% por otra no podría sostenerse que resultaba un "tercero", lo que obsta a la aplicación de la presunción prevista en este último artículo. En este sentido, en el fallo se sostiene (con una cita al precedente de la CSJN "Kellogg Co S.A.C.I. y F" del año 1985) "Que ello así, corresponde hacer aplicación al caso del principio de la realidad económica consagrado en los artículos 11 y 12 de la ley 11.683, aún cuando se trate de dos sociedades con personería jurídica propia. La realidad muestra que el mismo grupo decide operar válido de sociedades separadas, en virtud de estrategias económicas que no están ahora en tela de juicio, pero que de ninguna manera supone hallarse frente a terceros." Este fallo fue revocado por la sala IV de la Cámara Contencioso Administrativo (21/03/2006), la que sostuvo que más allá de la relación controlante-controlada, las empresas son terceros entre sí. En el mismo sentido, TFN, Sala "A", "Akapol", 08/07/2003, posteriormente revocada por sentencia de la Sala V de la Cámara Contencioso Administrativo en sentencia del año 2005.

(14) SARAVIA FRÍAS, Carlos, "Liquidación forzada de divisas para la minería y el petróleo", LA LEY, 2003-E, 1017.

(15) Sobre el carácter funcional ("medio técnico" en palabras de HALPERÍN) de las sociedades a los distintos designios comerciales, puede verse, "CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Introducción al Derecho Societario, Derecho Societario, Parte General, Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 46 y ss. Por su parte, NISSEN, sostiene al respecto que: "La personalidad jurídica es la vestidura orgánica con la que cierto grupo de hombres o establecimientos se presentan en la vida del derecho; es la configuración legal que asume para participar en el comercio", Ley de Sociedades Comerciales, Abaco, Buenos Aires, segunda edición, 1993, p. 61.