

Los hechos y el derecho: la exportación  
de commodities y la elusión fiscal en el  
derecho argentino

Trabajo Final de la Maestría en Derecho  
Tributario de la Universidad Torcuato  
Di Tella

Gustavo Enrique Cristofani

Legajo 09G1012

Julio de 2014

# Indice

I.	Introducción.....	1
II.	El campo y los riesgos de mercado.....	5
III.	La exportación de materias primas: el caso argentino.....	7
IV.	Los instrumentos financieros derivados y los precios de transferencia..	16
V.	Los riesgos de mercado y los contratos derivados en la doctrina judicial.....	21
VI.	Los instrumentos financieros derivados en la legislación fiscal argentina y en la contabilidad.....	25
VII.	La exportación de commodities y el riesgo de la elusión fiscal.....	31
VIII.	La planificación fiscal y los costos de transacción: la razón de negocios.....	40
IX.	Conclusiones.....	47

# Los hechos y el derecho: la exportación de commodities y la elusión fiscal en el derecho argentino

## Resumen

El plan de negocios en análisis es la exportación de materias primas por el contribuyente argentino en operaciones de venta sucesivas de materias primas a través de derivados financieros para su posterior comercialización a otros sujetos vinculados del mismo grupo económico y consumidores finales. La participación de un trader en el mercado internacional de commodities, siempre que la intermediación tenga sustancia económica, encontraría su justificación en reducir los costos de transacción. Por los riesgos de mercado para el productor y el exportador, las condiciones de la operación comercial pactadas entre las partes (el precio) y el tratamiento impositivo a los resultados de las transacciones en los mercados financieros resultan un incentivo a la planificación fiscal descrita, puesto que el régimen legal vigente exime a los sujetos del exterior del gravamen impuesto, desde que – para la ley argentina - la localización del riesgo sigue al criterio de la residencia. También se observa que si el derivado contratado está relacionado con las actividades del contribuyente que son fuentes de sus ganancias, las pérdidas - por una interpretación sistémica de la ley - deberían ser deducibles cuando los contratos se realizaron con el fin de preservar la fuente de las ganancias, puesto que la incertidumbre respecto a la posible interpretación a los resultados económicos de los derechos y obligaciones emergentes de instrumentos derivados, por su actual reglamentación, podría afectar los principios de legalidad, de defensa en juicio y de propiedad al sujetar a imposición resultados distintos a la capacidad contributiva que legitima el impuesto. El objetivo del trabajo es analizar si ese modelo de negocios entre partes vinculadas es el resultado de una planificación fiscal con fundamento en el derecho argentino.

## **I. Introducción:**

La Argentina es un país que se posiciona entre los primeros del mundo en la producción, procesamiento y comercialización de materias primas agrícolas<sup>1</sup>.

El crecimiento de la demanda mundial de soja y sus derivados, tras la incorporación de China, ha incrementado la participación de nuestro país en el comercio mundial. Este factor, sumado a las dificultades de otros países productores, a la volatilidad de los precios y los riesgos de los distintos mercados, originaron nuevas estrategias comerciales con la participación de nuevos actores o players: los intermediarios o traders.

Las operaciones de compraventa internacional de mercadería entre dos partes y con la participación - al menos - de un intermediario internacional, modificó la estructura de los negocios y sus consecuencias fiscales.

En Argentina las operaciones sucesivas de commodities entre sujetos vinculados y con la participación de intermediarios o traders radicados en países de baja tributación, generó modificaciones en leyes<sup>2</sup>, decretos<sup>3</sup>, reglamentos<sup>4</sup>, fiscalizaciones<sup>5</sup> y procesos

---

<sup>1</sup> El informe de la Mesa de Enlace sobre el potencial del agro revela que las oportunidades de crecimiento están a la vuelta de la esquina, siempre que haya condiciones de previsibilidad y políticas de Estado que acompañen. De acuerdo con el trabajo, presentado por el especialista de CREA Ricardo Negri (h.), hacia 2020 el consumo de trigo a nivel mundial va a crecer a un equivalente de 6,1 veces la producción argentina de este cereal que revela que la oportunidad para el sector está presente. En efecto, para 2020 los países emergentes van a ser protagonistas en la suba de la producción mundial. "El desafío es de los países emergentes", expresó Negri. (publicado en el diario La Nación 14-12-2013 "La producción espera una señal de largada").

<sup>2</sup> La ley N° 25.784 incorporó al art 15 de la ley el sexto párrafo (denominado "sexto método") "Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto cereales, oleaginosas, demás productos de la tierra, hidrocarburos y sus derivados, y, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería —cualquiera sea el medio de transporte—, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado con el intermediario internacional". "No obstante lo indicado en el párrafo anterior, si el precio convenido con el intermediario internacional, fuera mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para valorar la operación.

<sup>3</sup> Decreto 904

administrativos y judiciales<sup>6</sup>. La incorporación del denominado “sexto método” (vía incorporación de una regla antielusión contra la subfacturación) amplió el régimen legal de los precios de transferencia. La AFIP mediante una nota externa reaccionó a la comercialización con “ventas sucesivas” (triangulaciones)<sup>7</sup> ante la posible configuración de planificaciones fiscales con el único objeto de reducir el precio y, en consecuencia, la base imponible del impuesto. El organismo realizó inspecciones y fiscalizaciones a las más importantes compañías multinacionales (aquellas que concentran la exportación de cereales y otros commodities agrícolas) e impugnó, respecto a algunas de ellas, las declaraciones del impuesto a las ganancias por entender que la participación de un trader en la comercialización de granos carecía de sustancia económica y facilitaba la evasión de las obligaciones fiscales<sup>8</sup>. La cuestión fue llevada a tribunales administrativos y judiciales por entender que las declaraciones eran falsas e instrumentos de una estrategia de evasión fiscal<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Resolución AFIP 3142/2012

<sup>5</sup> Empresas Cargill, Nidera y Toepfer

<sup>6</sup> TFN Alfred C Toepfer International S.A. TF 27014-I c. DGI, CNCAF Sala II Alfred C Toepfer International S.A. c. DGI, Juzgado Penal Económico N° 4 respecto a Cargill S.A.C.E.I s/ inf. Ley 24.769”, TFN Sala D Nidera S.A.

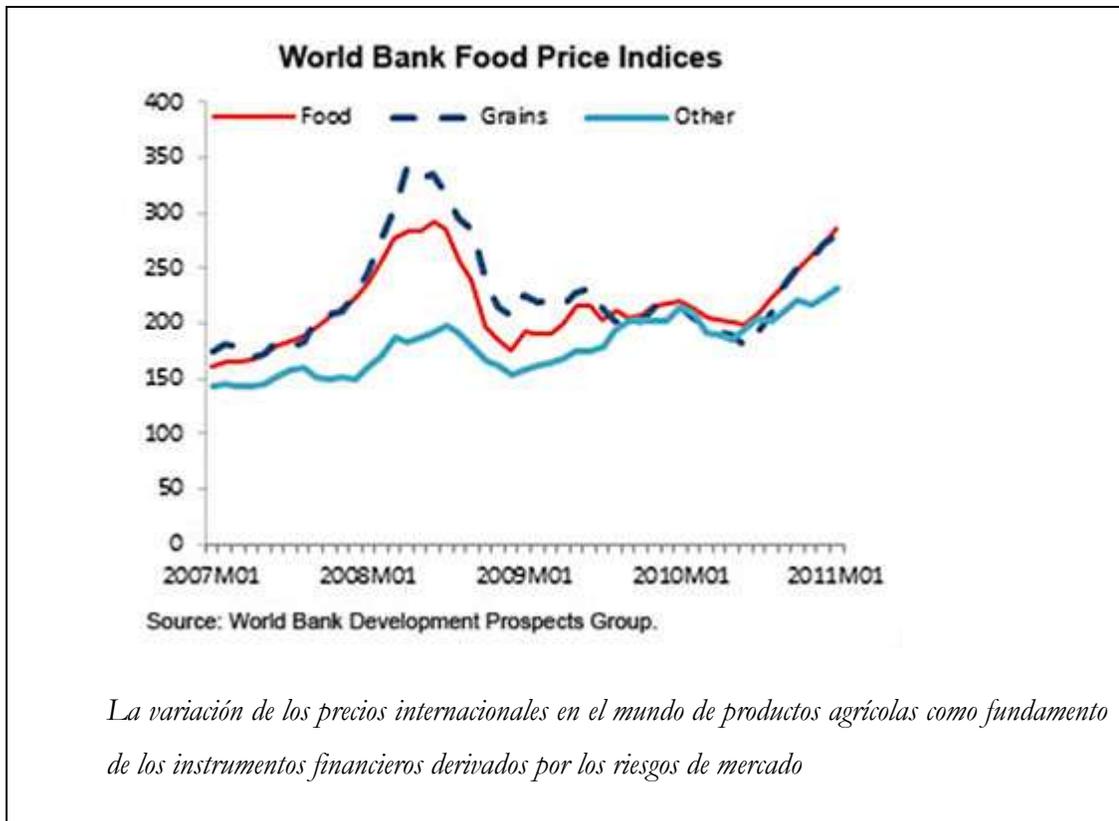
<sup>7</sup> Nota Externa AFIP 75/2009 que trata sobre la investigación que Aduana realizaría en las operaciones de exportación con triangulación o “ventas sucesivas”, dictada con motivo de la verificación en las operaciones de exportación de mercadería la existencia de una serie de ventas consistentes en contratos sucesivos concertados para la venta de la misma mercadería. El creciente incremento del comercio internacional en operaciones en las que intervienen grupos internacionales ha provocado la utilización cada vez más frecuente del denominado “principio de ventas sucesivas” como elemento de planificación fiscal que puede reducir considerablemente el costo fiscal como consecuencia de la minoración del precio.

<sup>8</sup> Distintos medios publicaron información respecto a los procedimientos iniciados por la AFIP y ordenados por los tribunales contra empresas exportadores. Así las compañías Bunge, Cargill, Molinos y otras del Grupo Navilli fueron inspeccionadas por el organismo recaudador en relación a las declaraciones juradas presentadas por la comercialización de materias primas mediante ventas sucesivas vía un trader o filial en la República Oriental del Uruguay. (Página 12)

<sup>9</sup> El juzgado federal de Villa María (Córdoba), el Juzgado Federal N° 4 de Rosario, El Juzgado Federal N° 1 de San Isidro (B) y el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 4 de esta ciudad resultaron tribunales que han ordenado procedimientos e intervenido en causas en que fueron denunciadas las empresas por la presunta evasión de impuestos. (Página 12)

La operatoria de las multinacionales es objeto de estudio por el volumen de operaciones y por el impacto fiscal que tienen para la administración la comercialización de productos agrícolas y el ingreso divisas.

La implementación de las retenciones al sector agropecuario, la inflación, la relación del tipo de cambio, la pérdida de competitividad de los productos argentinos y la volatilidad de los precios de los commodities en el mundo, incentivaron planes de negocios con instrumentos financieros derivados de acuerdo a una planificación fiscal que habilitase trasladar los riesgos propios de la entrega de la mercadería y los resultados por la fluctuación de los precios futuros a otros participantes en la cadena de comercialización.



La ley del impuesto exime de imposición al sujeto del exterior y le confiere un procedimiento especial a las pérdidas de derivados financieros puesto que habilita su deducción sólo respecto a ganancias obtenidas por esos instrumentos (quebrantos específicos). Como excepción,

faculta al contribuyente a deducir, únicamente, las pérdidas de los resultados de contratos financieros con fines de cobertura según el régimen general del impuesto<sup>10</sup>.

El trabajo demostrará los impactos fiscales de la aplicación del sexto método, del régimen legal a los resultados de los derivados y que la actual reglamentación puede dar lugar a un equívoco reconocimiento de los resultados según la clasificación que se realice a las operaciones con derivados, y de la implicancia de los costos de transacción en la planificación fiscal. Pero estas incidencias obligarían al contribuyente a tributar sobre una capacidad contributiva que no es real<sup>11</sup>.

El concepto legal y reglamentario a las operaciones de cobertura (hedging) se limita “a las que tienen por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado sobre los resultados de la o las actividades económicas principales”<sup>12</sup>. La ley se refiere a las operaciones que tienen por finalidad cubrirse de los riesgos de mercado. En el caso del mercado de materias primas agrícolas, la inflación, las variaciones del tipo de cambio y las tasas de interés, son riesgos que justifican la planificación fiscal analizada. Por esta razón, la imprecisión legal respecto a la calificación de las pérdidas aumenta los costos de transacción;

---

<sup>10</sup> La ley 25.063 incorporó al art. 19 de la LIG el tratamiento a las pérdidas generadas por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, a excepción de las operaciones de cobertura, estableciendo que sólo podrán compensarse con ganancias netas originadas por este tipo de derechos, en el año fiscal en el que se experimentaron las pérdidas o en los cinco (5) años fiscales inmediatos siguientes.

<sup>11</sup> En particular, por el criterio de proporcionalidad que debe regir la imposición y en relación a los resultados de los derivados financieros, desde el momento en que la pérdida registrada no sea deducible por la recalificación del contrato derivado, la liquidación del impuesto se realizaría sobre una base imponible mayor a la real.

<sup>12</sup> El art. 9 del DR de la LIG establece que “A los fines de lo dispuesto en el párrafo precedente, una transacción o contrato de productos derivados se considerará como “operación de cobertura” si tiene por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales”. Igual concepto reproduce la reglamentación El Anexo VII de la RG 3421/2012 de la AFIP delimita el alcance de la disposición legal y establece que a los efectos de constatar si un instrumento y/o contrato derivado implica una “operación de cobertura”, se verificará que -en forma concurrente- dicha operación: “Tenga por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado sobre los resultados de la o las actividades económicas principales, es decir, cuando el perfil de posibles resultados de un instrumento y/o contrato derivado o una combinación de ellos, se oriente a compensar el perfil de posibles resultados emergentes de la posición de riesgo del contribuyente en las transacciones respectivas” (Título II A.-).

uno de esos costos es el pago en exceso de la obligación tributaria del contribuyente tras la determinación de aquella por la eventual recalificación a las pérdidas registradas de los derivados.

## II. El campo y los riesgos de mercado

Según un informe publicado, en la Argentina, durante esta última década, el productor pudo tomar la ventaja del mejor tipo de cambio a la salida de la convertibilidad - en el primer quinquenio 2002-2007 -, pero la nueva relación cambiaria produjo un nuevo reacomodamiento de las variables de mercado, empezando por la relación “peso-dólar”.<sup>13</sup> En el segundo período 2007-2012, al fuerte aumento en los precios internacionales se agrega un proceso inflacionario en la Argentina que termina por impactar en los costos de producción medidos en dólares<sup>14</sup>.

Al momento en que se implementaron las retenciones a las exportaciones agrícolas, incluyendo cereales, granos forrajeros y oleaginosos, todavía no se sentía en la Argentina “la inflación en dólares”. Según el análisis económico publicado, a medida que van pasando los años con tasas de inflación en pesos del 25% y devaluación del dólar del 10%, se produce una inflación en dólares del 15% cada año.<sup>15</sup> Aun para el supuesto de un ingreso de divisas mayor<sup>16</sup> - analiza el

---

<sup>13</sup> La tendencia que consolidó el negocio agrícola durante esta última década tiene lógica si consideramos que la fuerte suba registrada en los precios internacionales, la mejora en el tipo de cambio postconvertibilidad y la suba en los márgenes de rentabilidad empujaron la frontera agrícola a nuevas tierras del NOA y NEA. Por la “*dolar-inflation*” que está erosionando el margen del negocio, muchos productores de trigo, soja y girasol tendrán resultados negativos muy fuertes. Veamos un ejemplo de lo sucedido con el girasol, fiel reflejo de cómo la “inflación-dólar” está poniendo en serio riesgo el margen del negocio. en Pablo Adreani LA ARGENTINA AGROPECUARIA ENFRENTA UN FUTURO DIFÍCIL en CONSULTOR AGROPECUARIO FEBRERO 2013 - AÑO I EDICIÓN LANZAMIENTO Ed. Errepar pag. 109 y ss.

<sup>14</sup> El hecho de tener una tasa de inflación del 20/25% anual y un ritmo de devaluación del dólar del 5/10%, termina por provocar una “inflación en dólares” del 10/15% real. Como consecuencia de la tasa de inflación en pesos, se produce un aumento en los costos de bienes, servicios, fletes, que terminan por impactar en la estructura de costos de producción; en Pablo Adreani, ob. cit.

<sup>15</sup> Como consecuencia de ello, los gastos directos aumentaron mientras que los gastos variables también lo hicieron. Si analizamos lo sucedido con los gastos de estructura donde la presión impositiva se lleva buena parte de estos gastos, para poder compensar este aumento de costos el precio de los commodities deberían aumentar pero esa suba de precios no sería suficiente para compensar la inflación dólar que tiene nuestro país en Pablo Adreani ob. cit.

<sup>16</sup> El análisis teórico indica que, en 2013, el ingreso de divisas será de u\$s 36.000 millones, un aumento de u\$s 6.000 millones con respecto a la campaña 2012. Pero este ingreso está basado en una cosecha de soja de

autor del informe -, con la suba de precios no alcanza para compensar el fuerte incremento de la estructura de costos en dólares. Se anotó que dependemos de un fenómeno climático adverso en algún lugar del planeta, durante 2013, que afecte la producción en algún país clave en el balance de oferta y demanda global, como puede ser Estados Unidos, China, Rusia, Brasil o la Argentina, para que se pueda volver a tener buenos márgenes brutos en la actividad.<sup>17</sup>

El impacto de la inflación en la estrategia de la empresa es que ocasiona problemas financieros por la reducción del margen de rentabilidad real; los mayores costos y gastos debido al incremento continuo de los precios de los bienes y servicios; y las necesidades crecientes de efectivo para financiar el capital de trabajo<sup>18</sup>. La inflación genera un aumento de la presión tributaria desde el momento de la siembra hasta la cosecha puesto que la inflación generada en ese período incide en el impuesto a pagar; también aumenta la presión tributaria cuando es el propio fisco quien obliga a la empresa a pagar impuestos sobre utilidades ficticias, convirtiéndose la tributación en confiscatoria<sup>19</sup>.

---

50 millones de toneladas y una cosecha de maíz de 27 millones. Entonces, lo que suceda con el clima durante el trimestre diciembre-enero-febrero definirá el tamaño final de la cosecha y el ingreso de divisas realmente obtenido, en Pablo Adreani ob. cit.

<sup>17</sup> Pablo Adreani ob. cit. También se publicó que es un año para moverse de manera defensiva. El riesgo de no poder conseguir financiamiento, al menos a tasas razonables, va a ser probablemente el más alto de los últimos años. El economista Juan Manuel Garzón alertó que existe un escenario "bastante probable" de baja en los precios internacionales, mientras hay certeza de que los costos crecerán al menos al ritmo de la inflación. "Lo que puede mejorar los márgenes es un reacomodamiento de precios relativos producto de la suba del tipo de cambio, pero debe advertirse que el Gobierno puede demorar la suba del tipo de cambio si logra acomodar el frente externo y resolver favorablemente el conflicto con los tenedores de bonos. El consultor Fernando Aftalión opinó que "en un país convulsionado, con alta volatilidad y sin reglas claras de juego, pareciera que sobrevivir es la regla. Sin embargo, productores con liquidez, inteligencia de mercado y buen *timing* podrían aprovechar oportunidades a través de arbitrajes que se presentan por distorsiones puntuales por períodos muy cortos", contó. "Defensivo o agresivo, ésa es la cuestión" diario La Nación Sábado 05 de julio de 2014

<sup>18</sup> Caceda, Alejandro "La Gestión Financiera en inflación" en Revista Universidad Eafit N° 87

<sup>19</sup> Doctrina del fallo "Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo" del 3 de julio de 2009 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

### III. La exportación de materias primas: el caso argentino.

La exportación de materias primas agrícolas tuvo un particular incremento en esta última década. Las operaciones cross border han sido especialmente consideradas en el mundo por las consecuencias fiscales en los Estados que participan del intercambio de capitales, bienes y servicios entre países desarrollados; las consecuencias también se extienden a las economías emergentes.

La OECD emitió algunos documentos con recomendaciones a los Estados con el fin de adaptar sus legislaciones internas para combatir de evasión fiscal mediante el traslado ficticio de beneficios a jurisdicciones con menor tributación<sup>20</sup> o por el traslado de las pérdidas a Estados con un beneficio fiscal al reducir la base imponible del impuesto a pagar por tener tasas de imposición mayores<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La situación es, en la actualidad, objeto de preocupación en las administraciones fiscales de algunos países desarrollados en los que operan importantes empresas multinacionales.

<sup>21</sup> State aid: Commission investigates transfer pricing arrangements on corporate taxation of Apple (Ireland) Starbucks (Netherlands) and Fiat Finance and Trade (Luxembourg) European Commission Brussels, 11 June 2014 . “Bruselas estudia que las tasas se paguen donde se produce la actividad” publicado en el diario EL PAIS, diciembre de 2012. Antonio Hugo Figueroa opina que un país –ejerciendo su soberanía– puede gravar las rentas generadas en su territorio, derecho indiscutible porque el Estado tiene derecho a gravar cualquier actividad realizada en su jurisdicción. Es dable asumir que toda actividad desarrollada en su jurisdicción se integra a la organización económica del lugar de origen, de tal modo que la persona participa del esfuerzo económico conjunto y el pertinente punto de contacto se establece entre esa persona, su propiedad y su trabajo con la estructura económica, conformando el lugar de origen de la renta. “Ejercer la potestad impositiva sobre rentas originadas en el territorio, rentas integradas a un circuito económico y cuya obtención se fundamenta en razón del ambiente político, jurídico y social existente, es un derecho soberano”. Autores de la talla de Ramón Valdés Costa (Uruguay) y, entre otros, Giuliani Founrouge (Argentina), defendieron la aplicación del principio de territorialidad de la fuente como método para evitar la doble imposición. Klaus Vogel, reconocido profesor de la Universidad de Hamburgo, Alemania, se pronunció también a favor del “principio de fuente”, poniendo en tela de juicio, con sólidos argumentos, la postura de P. Musgrave relativa a la equidad en la exportación de capitales. Asimismo, Hugh Ault, de la Boston College Law School; Zolt y Kowal, ambos de Harvard Law School, y, entre otros, Michael McIntyre, de la Universidad Wayne, en documentos presentados a la reunión de 2002 convocada por la OCDE y la Universidad de Harvard, realizada en el ámbito de dicha universidad en Boston, Estados Unidos, en la que participamos unos 30 expertos y académicos de diversos países, opinaron a favor del “principio de fuente”; en ¿TRATADOS TRIBUTARIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL O PARA TRANSFERIR RECURSOS DE PAÍSES EN DESARROLLO A PAÍSES DESARROLLADOS?

El documento BEPS<sup>22</sup> contiene ciertas recomendaciones con el objeto de desincentivar aquellos objetivos de las prácticas comerciales de las multinacionales; también el organismo intenta incentivar a los Estados a realizar las adaptaciones de su derecho interno de manera de permitir que los Estados desarrollen su competencia fiscal. Ese documento fue seguido de otro similar<sup>23</sup> en el que se establecen planes de acción para poner en práctica las recomendaciones del BEPS.

Las implicancias del trabajo del organismo internacional, en el presente trabajo, resultan de interés por las consecuencias fiscales al plan de negocios de las empresas extranjeras que concentran la actividad de exportación. Las multinacionales exportan las materias primas agrícolas y sus derivados a empresas intermediarias en el exterior que venden a futuro, para su posterior comercialización a otros sujetos vinculados del grupo económico o consumidores finales en los mercados financieros.

Uno de los pilares que estructura el trabajo de la OECD, para evitar las consecuencias del traslado de beneficios y pérdidas a otras empresas del grupo, es la exigencia de la sustancia económica de la filial o subsidiaria que participa del comercio con su casa matriz o sociedad controlante<sup>24</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea realizó importantes consideraciones, caso por caso, respecto a las condiciones que exigen los jueces para decidir si un esquema o planificación fiscal puede constituir un supuesto de evasión fiscal para el derecho comunitario. A partir de esos precedentes se desarrolló, en Europa, la doctrina

---

<sup>22</sup> OECD Base Erosion Profit Shifting

<sup>23</sup> OECD ACTION PLAN ON BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING. Los precios de transferencia son la materia que ha sido objeto, en opinión de García Novoa, de regulación por medio de instrumentos de *soft law* y ha servido para atribuir relevancia al *derecho blando* en el sistema de fuentes, que es uno de los signos de distinción del poder tributario en el siglo XXI. La más genuina expresión de este fenómeno se sitúa en lo que se viene llamando *soft law* o *weak law* o *derecho blando* o *flexible*; formas de producción del Derecho que no se traducen en normas imperativas pero que suelen cumplirse por los Estados e incluso desarrollarse en sus ordenamientos internos, ante el temor de éstos de quedarse al margen de las reglas del juego de la política económica internacional. Se trata, en suma, de instrumentos que contienen reglas de conducta que no resultan jurídicamente obligatorias para sus destinatarios pero que están concebidas para influir en la conducta de los Estados; en GARCIA NOVOA, César I Congreso Internacional de Derecho Tributario, Panamá, junio de 2012

<sup>24</sup> Action 5 – OECD 2013

judicial del abuso del derecho<sup>25</sup>. En nuestro país, todavía, no hay precedentes de la Corte Suprema respecto a las consecuencias de planificaciones fiscales como la analizada en este ensayo.

Sin embargo, la jurisprudencia del tribunal europeo elaboró la doctrina de los “montajes puramente artificiales” - aquellos carentes de todo contenido económico real - contra el derecho de los contribuyentes a la libertad de establecimiento. Particularmente, se exponen las doctrinas de las sentencias dictadas por el tribunal europeo que resultarían de aplicación al modelo de negocios antes descripto, y que podrían ser material de análisis para los casos que sirven al propósito de este trabajo: la elusión fiscal en las ventas sucesivas de materias primas en la exportación de commodities.

En punto a la cuestión analizada, la legislación fiscal argentina reconoce la legitimación de los intermediarios en operaciones de venta de materias primas condicionada a determinados requerimientos<sup>26</sup>. Contra esquemas distintos, el legislador prevé un tratamiento diferente de

---

<sup>25</sup> Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea precedentemente analizada, se propuso el siguiente concepto de abuso del Derecho en el ejercicio de la libertad de establecimiento: «aquella práctica consistente en la creación de montajes puramente artificiales, carentes de todo contenido económico real, que están destinados, únicamente, a eludir la aplicación de la normativa tributaria que, en circunstancias normales, hubiera sido de obligado cumplimiento, con la única finalidad de obtener una ventaja tributaria ilícita», en Márquez Lasso, Daniel Eduardo “El concepto de abuso del Derecho Comunitario en materia tributaria” Universidad de Santiago de Compostela

<sup>26</sup> El método dispuesto en el sexto párrafo del presente artículo no será de aplicación cuando el contribuyente demuestre fehacientemente que el sujeto intermediario del exterior reúne, conjuntamente, los siguientes requisitos: a) Tener real presencia en el territorio de residencia, contar allí con un establecimiento comercial donde sus negocios sean administrados y cumplir con los requisitos legales de constitución e inscripción y de presentación de estados contables. Los activos, riesgos y funciones asumidos por el intermediario internacional deben resultar acordes a los volúmenes de operaciones negociados; b) Su actividad principal no debe consistir en la obtención de rentas pasivas, ni la intermediación en la comercialización de bienes desde o hacia la República Argentina o con otros miembros del grupo económicamente vinculado, y c) Sus operaciones de comercio internacional con otros integrantes del mismo grupo económico no podrán superar el treinta por ciento (30%) del total anual de las operaciones concertadas por la intermediaria extranjera. *(Párrafo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.784 al art. 15 de LIG)*

manera tal de impedir que, por vía de precios de transferencia, el Estado pierda su derecho a gravar los resultados<sup>27</sup>.

Respecto a las operaciones con derivados financieros la misma ley ofrece un incentivo para eludir la imposición: que el sujeto perceptor no sea residente<sup>28</sup>. No obstante y con el fin de prevenir abusos, el legislador faculta a la administración y a los jueces a revertir las posibles consecuencias a la pérdida de ingresos fiscales por aplicación del principio de la realidad económica cuando los diferentes componentes de uno de los mencionados instrumentos o un conjunto de ellos que se encuentren vinculados, indiquen que el instrumento o el conjunto de instrumentos no expresan la real intención económica de las partes. También para el caso en el que el conjunto de transacciones con instrumentos y/o contratos derivados, sea equivalente a otra transacción u operación financiera con un tratamiento establecido expresamente en la ley; supuesto en el que se aplicarán, a tal conjunto de operaciones, las normas de las transacciones u operaciones de las que resulte equivalente.

El principio de la realidad económica y el principio de integración son normas antielusión (la primera general, la segunda particular), que resguardan el derecho del Estado a gravar los resultados de las operaciones de exportación de materias primas y las transacciones con derivados financieros, ante prácticas elusivas o estrategias de planificación que tengan por único objeto la obtención de un beneficio fiscal<sup>29</sup>. Las disposiciones de la ley, en materia de precios de transferencia (el sexto método), reglamentaron las consecuencias fiscales de las operaciones entre empresas vinculadas con la participación de un trader con similares condiciones a las establecidas por la jurisprudencia del tribunal europeo.

---

<sup>27</sup> Los Estados miembros tienen que lograr sus objetivos en materia fiscal y, a fin de proteger sus ingresos tributarios, pueden recurrir a la aplicación de medidas antiabuso que impidan su erosión a través del ejercicio, por parte de los interesados, de las libertades y derechos que ampara el Tratado de la Unión.

<sup>28</sup> Artículo sin número agregado al art. 7 de LIG

<sup>29</sup> La competencia fiscal “perniciosa” aparece cuando se usa el elemento fiscal para atraer capitales o bases imponibles; cuando surgen ventajas fiscales injustificadas o exorbitantes, que acaban siendo el fundamento o, al menos, uno de los fundamentos esenciales, en la localización de una actividad o renta. VALLEJO CHAMORRO J.M.: La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea, cit., pág. 148. cit en Márquez Lasso, Daniel Eduardo “El concepto de abuso del Derecho Comunitario en materia tributaria” Universidad de Santiago de Compostela

En este sentido, utilizando los términos del tribunal europeo, la medida antielusiva sería aplicable ante la comprobación de un “establecimiento puramente artificial”, sin sustancia económica y cuando sólo se persiga el traslado de beneficios y pérdidas a otras empresas del grupo, en el sentido expuesto por las directivas de la OECD<sup>30</sup>. La doctrina del tribunal europeo en relación al concepto de sustancia económica puede ser aplicable al modelo de negocios analizado en nuestro país; así califica como una práctica abusiva de las libertades comunitarias la estrategia de obtener la elusión de un determinado régimen jurídico perjudicial<sup>31</sup>. Por esta razón, el tribunal europeo analizó, en sus sentencias, la relación del concepto con el derecho a la “libertad de establecimiento”<sup>32</sup>.

En la sentencia *Factortame II*<sup>33</sup>, señaló que el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica por medio de una instalación permanente en otro Estado miembro. Con carácter general, el ejercicio efectivo de una actividad económica supone “ofrecer bienes y servicios en el mercado”<sup>34</sup>, lo que incluye la producción y comercialización de

---

<sup>30</sup> Pero también es importante destacar que toda norma antiabuso debe fijar, necesariamente, una conexión entre el objetivo perseguido por la norma eludida y el perseguido por quien ejerce su derecho dirigido a la obtención de un beneficio o ventaja; en Márquez Lasso ob. cit.

<sup>31</sup> En el caso *Centros* [Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros*, Asunto C-212/97], asunto cuyo objeto principal se centra en un matrimonio danés, y residente en Dinamarca, que decide realizar actividades empresariales en ese Estado operando como una sociedad inglesa (*private limited company*) y con plena sujeción al Derecho inglés, con la pretensión de evitar la aplicación de las normas sobre capital mínimo del Derecho danés. Pese a que tanto la dirección efectiva de dicha sociedad como sus actividades principales se localizaban en Dinamarca, los socios prefirieron operar bajo una *private limited company* sometida a Derecho inglés y con domicilio social en Inglaterra. El litigio surge al solicitar la inscripción de una sucursal de dicha sociedad en Dinamarca (sucursal que, de hecho, iba a ser el establecimiento principal de la sociedad ya que ahí se localizaban la dirección efectiva de la sociedad y sus actividades principales). Las autoridades danesas denegaron esta solicitud de inscripción usando como argumento principal que la sociedad interesada tiene su centro de actividades económicas en Dinamarca y no realiza ninguna actividad económica en el Reino Unido; su única intención al constituirse como sociedad del Derecho inglés es *eludir* las normas danesas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada; en Márquez Lasso ob. cit.

<sup>32</sup> Para calificar de abusivo el ejercicio de la libertad de establecimiento se trata de discernir entre la libertad de establecimiento, en un primer nivel de protección, y la realización efectiva de un objeto económico real y válido, que entraría en una segunda esfera de análisis, en Márquez Lasso ob. cit.

<sup>33</sup> Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame II* y *otros*, Asunto C-221/89. Se explica que deben darse simultáneamente los requisitos de desarrollo de una actividad económica real, a través de un establecimiento permanente que cuente con medios materiales suficientes, que se desarrolle por tiempo indefinido y que, obviamente, se realice en un Estado miembro distinto del de origen; en Márquez Lasso ob. cit.

<sup>34</sup> Sentencia de 16 de junio de 1987, *Comisión Italia*, Asunto 118/85, apartado 7.

productos, la prestación de servicios y la explotación de bienes materiales o inmateriales para la obtención de rendimientos, mientras que la exigencia del establecimiento permanente conduce a examinar la existencia y disponibilidad de los locales, el personal y los equipos necesarios para la realización de los servicios prestados<sup>35</sup>, aunque se manifieste en la simple existencia de una oficina<sup>36</sup>.

En la sentencia del caso *Cadbury Schweppes* el tribunal afirmó que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica y con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado por las actividades que el interesado lleva a cabo en el Estado de origen, llegando a equiparar las actividades carentes de realidad

---

<sup>35</sup> Conclusiones del Abogado General LEGER en el Asunto *Cadbury*, apartado 112. Así, en el asunto *Cadbury*, el Abogado General LEGER va a elaborar un *test* basado en tres elementos que deben servir para diferenciar cuando estamos ante un montaje artificial y cuando ante un verdadero ejercicio de la libertad de establecimiento: *i) la realidad de la implantación de la filial* en el Estado de acogida, y conduce a examinar si ésta dispone de los locales, el personal y los equipos necesarios para la realización de los servicios prestados a la sociedad matriz; *ii) el carácter efectivo de los servicios prestados por la filial*, debiéndose examinar la competencia del personal de la misma con relación a los servicios prestados, así como el nivel de toma de decisiones en la realización de dichos servicios. Si la totalidad de decisiones se adoptan fuera de la filial, ésta resulta ser tan sólo un mero instrumento de ejecución, lo que equivaldría a considerarla un montaje artificial; y *iii) el valor añadido por la actividad de la filial*, es sin duda más delicado de aplicar si los servicios prestados por ésta corresponden efectivamente al ejercicio de actividades reales en el Estado de acogida: este criterio permite tomar en consideración la situación objetiva en la que los servicios prestados por la filial carecen de todo interés económico con relación a la actividad de la sociedad matriz, lo que posibilitaría admitir que existe un montaje puramente artificial en tanto el pago por la sociedad matriz de las prestaciones de que se trata carece, de algún modo, de contrapartida pudiéndose, por tanto, considerar una transferencia pura y simple de beneficios de la sociedad matriz a la filial. Dicho requisito puede resultar de aplicación a aquellas operaciones complejas que tienen, como única finalidad, dotar de unidad a los actos jurídicos aislados que en su conjunto cobran sentido en relación con la ventaja fiscal que se pretende. En todo caso el Tribunal, en su resolución, no acogerá la totalidad de requisitos expuestos por el Abogado General LEGER para la constatación de la existencia de un montaje artificial, sino que se limitará a valorar la *realidad de la implantación* de la filial en el Estado de acogida determinándola por la disposición de locales, personal y equipos necesarios para la realización de los servicios prestados a la sociedad matriz.

<sup>36</sup> Sentencia de 4 de diciembre de 1986, *Comisión Alemania*, Asunto 205/84, apartado 21: “A este respecto, conviene reconocer que una empresa de seguros de otro Estado miembro que mantenga una presencia permanente en el Estado miembro de que se trate se regirá por las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento, y ello aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o agencia sino que se ejerza por medio de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente por cuenta de ésta como lo haría una agencia”. Podemos concluir que para que pueda considerarse que existe un establecimiento real y efectivo, mediante la creación de filiales o sucursales, es necesario que éste se encuentre capacitado para ofrecer los bienes o el servicio con una gestión más o menos autónoma, aunque el control último se realice desde una matriz situada en otro Estado; en Márquez Lasso ob. cit.

económica como filiales «fantasma» o «pantalla». Definir la expresión “montaje puramente artificial” es el requisito esencial para discernir cuándo el ejercicio de la libertad de establecimiento puede estar siendo abusivo por parte del interesado. Además, se sostuvo que existe un elemento fundamental que sirve para diferenciar los montajes puramente artificiales de aquellos que no lo son: el valor económico de esta actividad para la sociedad matriz y al conjunto del grupo<sup>37</sup>.

No obstante, una cuestión a considerar es el elemento procesal relativo a la carga de la prueba y el criterio de proporcionalidad<sup>38</sup>; pero en esa distribución de la carga de la prueba el contribuyente tiene que estar facultado para oponerse a la aplicación de la norma antiabuso aportando elementos relativos a los posibles motivos válidos por los que se celebró dicha transacción<sup>39</sup>. La razón principal que subyace al reconocimiento de esa justificación es que los contribuyentes intenten organizar sus planificaciones fiscales internacionales de la forma más ventajosa para ellos siempre que tal organización se conforme a la realidad; es decir, que no se trate de un montaje puramente artificial dirigido a abusar de la legislación fiscal nacional o a

---

<sup>37</sup> Conclusiones presentadas el 2 de mayo de 2006, *Cadbury Schweppes*, Asunto C-196/04 en Márquez Lasso ob. cit. En *Cadbury*, asunto en el que se somete a cuestión la compatibilidad con el ordenamiento comunitario de determinada legislación sobre las denominadas “sociedades extranjeras controladas”, el Gobierno del Reino Unido sostendrá que dicha normativa tiene, como objetivo, luchar contra una forma especial de evasión fiscal consistente en que una sociedad residente transfiera artificialmente beneficios del Estado miembro en el que éstos han sido obtenidos hacia un Estado con un nivel de tributación reducido mediante la creación de una filial en éste y la realización de operaciones destinadas principalmente a efectuar dicha transferencia en beneficio de la referida filial. El Tribunal, dando respuesta al planteamiento del Reino Unido, admitirá que, efectivamente, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate. El segundo análisis consiste en estudiar si la medida antiabuso adoptada es adecuada para conseguir el objetivo legítimo perseguido. En *Cadbury*, el Tribunal se refiere a ello en el apartado 59 de la sentencia al afirmar que “al prever la integración de los beneficios de una SEC sujeta a un régimen fiscal muy favorable en la base imponible de la sociedad residente, la legislación sobre las SEC permite contrarrestar prácticas que no tendrían otro objetivo que eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades realizadas en el territorio nacional. (...) tal legislación puede alcanzar, por tanto, el objetivo para el que fue adoptada”.

<sup>38</sup> Este principio presupone la existencia de dos intereses que son relevantes para el ordenamiento jurídico y que se encuentran en conflicto, siendo el objetivo de este principio hacer efectivo uno de los intereses en la manera que menos afecte al otro, siempre en el plano de un caso concreto; no solo la aplicación de la medida antiabuso debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo así perseguido sino que, además, no puede ir más allá de lo necesario para alcanzarlo; en Márquez Lasso ob. cit.

<sup>39</sup> Márquez Lasso ob. cit.

eludirla<sup>40</sup>: “tales comportamientos pueden, sin duda alguna, menoscabar el derecho de los Estados miembros a ejercer su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y poner de este modo en peligro el equilibrio en el reparto de la potestad tributaria”<sup>41</sup>.

En nuestro país, algunas notas a las justificaciones de los contribuyentes a la planificación fiscal y la realidad económica de las operaciones comerciales de venta de materias primas a través de intermediarios vinculados y no vinculados residentes en el exterior, fueron las siguientes: *i*) la intermediación (conectar el origen de los granos con los consumidores finales) tiene por objeto colocar mejor la mercadería en el exterior y que la diferencia de los precios es propia de la contratación de compras y ventas a futuro en un mercado mundial en el que la oferta y demanda de los productos inciden en la fluctuación de precios; *ii*) las operaciones se hacen a precio de mercado y los traders, al tomar posiciones a futuro, requieren de una alta financiación de sus operaciones por la cobertura de los riesgos, la empresa toma fondos en los mercados financieros para financiar sus operaciones y define la venta de sus productos; *iii*) el trader puede comprar sin tener demanda, o comprar granos sin estar sembrados en muchos casos, es decir compra a futuro según su conocimiento de los mercados y con el objetivo de generar una ganancia (no siempre coincide temporalmente la necesidad de venta en un origen con la necesidad de compra en un destino); *iv*) los precios en el mercado internacional de commodities es transparente e independiente de cada uno de los actores que intervienen en una operación de este tipo; *v*) que en este rubro exportador no existe la “remarcación” de

---

<sup>40</sup> Ante esta necesidad de definir el término «artificial», el Tribunal ha identificado una serie de factores que no constituyen, por sí mismos y de forma aislada, un montaje puramente artificial: por ejemplo, el mero hecho de que una filial se establezca en otro Estado miembro no implica en sí una evasión fiscal, y el hecho de que las actividades llevadas a cabo por un establecimiento secundario en otro Estado miembro puedan ser desarrolladas asimismo por el sujeto pasivo desde el territorio de su Estado miembro de origen no permite llegar a la conclusión de que exista un montaje puramente artificial. De igual manera, es plenamente lícito tener en cuenta consideraciones de tipo fiscal a la hora de decidir el lugar de establecimiento de una filial ya que *el objetivo de reducir la propia carga fiscal es, en definitiva, un argumento legítimo en tanto en cuanto las operaciones dirigidas a lograrlo no equivalgan a una transferencia de beneficios artificial* lo que nos lleva, irremediablemente, al análisis del concepto positivo de montaje puramente artificial que el Tribunal ha considerado como esencial en su construcción de la doctrina en materia de abuso. Las prácticas mencionadas en la sentencia *Marks & Spencer* (apartado 49), que consisten en organizar transferencias de pérdidas, dentro de un grupo de sociedades, a sociedades establecidas en los Estados miembros que apliquen los tipos impositivos más elevados y donde, en consecuencia, el valor fiscal de dichas pérdidas sea mayor, en el que el Tribunal fijará su umbral de justificación; en Márquez Lasso ob. cit. (el resaltado me pertenece)

<sup>41</sup> En Márquez Lasso ob. cit.

precios sino que el precio viene impuesto por el mejor precio del mercado internacional al día de la venta; vi) que las “trading companies” o “traders” radicados en el exterior están siempre disponibles para adquirir la mercadería aún cuando no exista demanda del consumidor y dispuesto a vender a los que demanden los bienes, es decir, que generalmente dispone de *commodities* de diversos orígenes que no vende simultáneamente, sino que dispone de ellos conforme a las reglas y demandas que le fijan los países consumidores al tiempo que realiza posiciones de cambio en diversas monedas para evitar también efectos de fluctuaciones negativas; y vii) los precios de los “commodities” son establecidos en mercados transparentes con varios cientos de operadores comerciales en los que no influye el “trader”, cualquiera sea el lugar de su localización, sea un paraíso fiscal o no.<sup>42</sup>

Independientemente de las estrategias de las empresas, interpretando la jurisprudencia del tribunal europeo y las directivas de la OECD, la justificación en el ámbito fiscal a operaciones de ventas sucesivas con intermediarios en otro país, sólo serían oponibles al Fisco cuando la intervención del trader responda a la realidad del establecimiento de la sucursal en otro país; que disponga de los locales, personal y los equipos necesarios para la realización de los servicios prestados a la sociedad controlante (el ingreso efectivo de la mercadería en puertos,

---

<sup>42</sup> La información surge de las actuaciones del Juzgado Nacional en lo Penal Económico Nro. 4 causa Nro. 11.991 caratulada “CARGILL S.A. S/INF. LEY 24.769”, octubre de 2010 y del Tribunal Fiscal de la Nación, sala D Partes: Nidera SA v. DGI Fecha: 26/09/2011. A éste propósito, en las Conclusiones del Abogado General GEELHOED en el Asunto *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, apartado 67. se afirma que: *no obstante, se debe cumplir también las exigencias de proporcionalidad. A su juicio, ello significa que: ” a) el contribuyente tiene que estar facultado para demostrar que, aunque las condiciones de la operación difieran de las que se pactarían entre partes independientes, la operación respondía sin embargo a motivos comerciales reales distintos de la obtención de una ventaja fiscal; b) si el contribuyente alega tales motivos comerciales, su validez tiene que apreciarse casuísticamente, para comprobar si las operaciones deben calificarse como montajes puramente artificiales dirigidos sólo a obtener una ventaja fiscal; c) la información que el contribuyente esté obligado a proporcionar a fin de desvirtuar la presunción no debe ser desproporcionada ni significar que esa prueba contraria sea excesivamente difícil o imposible; c) en los casos en los que se estimen abusivos los pagos (distribuciones encubiertas) en el sentido expuesto, sólo la parte de los pagos que exceda de lo que se habría pactado entre partes independientes debe recalificarse como distribución y someterse en consecuencia a gravamen por el Estado de residencia de la filial, y; d) el resultado de ese examen debe ser susceptible de control jurisdiccional”*. De igual modo se pronuncia el TJUE en el asunto *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* cuando afirma que “para que la legislación sobre las SEC sea conforme al Derecho Comunitario, la aplicación del régimen de tributación previsto por la citada legislación debe quedar descartada cuando, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la constitución de una SEC responda a una realidad económica. Dicha constatación debe basarse en elementos objetivos y verificables por terceros, relativos, en particular, al nivel de existencia física de la SEC por lo que a locales, personal y equipos se refiere”[ Auto de 23 de abril de 2008, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, Asunto C-201/05, apartado 79.]; en Márquez Lasso ob. cit.

depósito, almacenamiento, y exportación al comprador de la mercadería); que los servicios sean efectivamente realizados en el país extranjero (la celebración de los contratos derivados), que el personal de la sucursal sea competente con relación a los servicios prestados y a la toma de decisiones en la realización de dichos servicios; y el valor agregado por la actividad de la sucursal que se corresponda efectivamente con el ejercicio de actividades reales en el país extranjero con interés económico para el grupo de empresas (por ej. reducir los costos de transacción). De cumplirse supuestos como los mencionados se justificaría la ventaja fiscal que se pretende con esa estrategia y respondería a la intención del legislador al reglamentar el régimen de precios de transferencia en la exportación de commodities con la participación de un intermediario.

#### **IV. Los instrumentos financieros derivados y los precios de transferencia**

La comercialización de materias primas se realiza en distintos mercados que comparten, particularmente, un riesgo: la variación de los precios.

Así el productor y el exportador aseguran las consecuencias a la volatilidad de los precios con la utilización de instrumentos financieros derivados (o la combinación de ellos) en distintos mercados (bursátiles o extrabursátiles).

La producción y comercialización de materias primas (*commodities*) participa de estos mercados y han sido las empresas multinacionales que concentran la exportación de cereales las que, con el objeto de protegerse de los riesgos de mercado, comercian el cereal al exterior en el mercado de futuros con la participación de intermediarios o traders (sujetos vinculados, en algunos casos) quienes venden el commodity a los compradores finales.

El mercado de derivados es un mercado de transferencia de riesgos, lo que conlleva a la transferencia de flujos (unos lo transfieren y se cubren; otros los toman y especulan)<sup>43</sup> como solución a los problemas de incertidumbre financiera, la que se traduce en riesgos<sup>44</sup>.

Un derivado, afirman, es un instrumento cuyo valor depende o “deriva” del valor de otro bien que se denomina subyacente; y un subyacente puede ser cualquier activo, como pudieran ser materias primas o instrumentos financieros (instrumentos de deuda, tasas de interés, índices bursátiles, instrumentos del mercado monetario, divisas, etcétera).

En el caso en estudio, los contratos forwards negociados en los mercados OTC son acuerdos de comprar o vender un determinado activo (materias primas, por ejemplo) a una fecha futura y a un precio especificado<sup>45</sup>. En materia de precios de transferencia y con el fin de mitigar riesgos o de concentrarlos en una sola entidad de un grupo, los derivados son ampliamente utilizados en transacciones entre sujetos vinculados y su uso se ha incrementado siguiendo la tendencia global<sup>46</sup>.

---

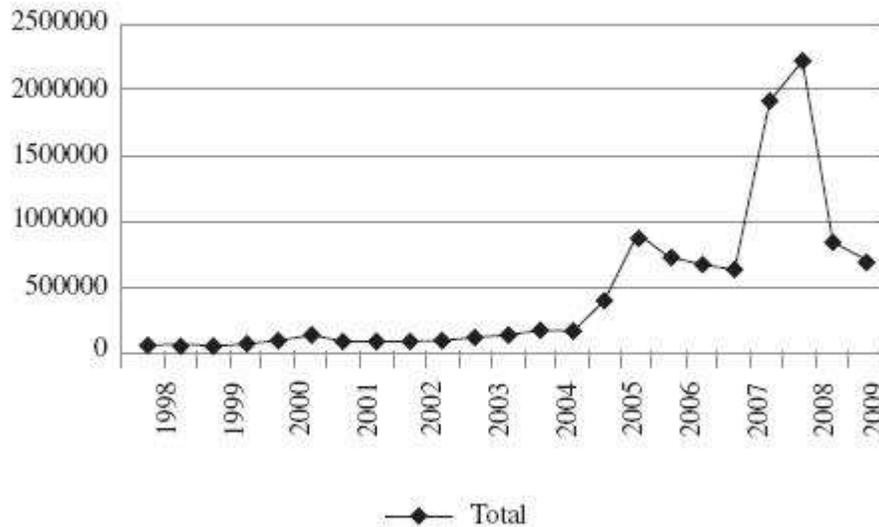
<sup>43</sup> M.E. Jaime Heredia Montejano, Socio L.E. Augusto César Montoya Zirate, Coautor “Derivados y precios de transferencia” Rev. No. 162. 1a. PricewaterhouseCoopers. Publicaciones fiscales. Enero 2009

<sup>44</sup> En primer lugar, los autores del informe califican a los productos financieros derivados que se pactan entre partes relacionadas que pertenecen al mercado OTC – como es el modelo de negocios que se analiza en este trabajo por operar esos instrumentos fuera de los mercados organizados-, con la característica de ser “trajes a la medida”. No interviene una cámara de compensación, no presenta el cobro de comisiones por el acceso a este tipo de instrumentos y, además las posiciones son liquidadas al vencimiento de la transacción, es decir, no se va revisando la postura dentro de la transacción día a día y, por lo mismo, no se requiere cubrir con recursos líquidos las posibles pérdidas generadas a través de esa postura en Heredia Montejano. Jaime en obra citada.

<sup>45</sup> Una de las partes asume una posición *long* (compradora) por la que acuerda comprar el activo subyacente en un determinado momento futuro y a un precio determinado, mientras que la otra parte asume una posición *short* (vendedora) y acuerda vender el activo el mismo día y al mismo precio, en Estrella Perotti “Contratos forward” Investigador Senior de la Bolsa de Comercio de Rosario .

<sup>46</sup> En Heredia Montejano. Jaime en obra citada .Además del informe de pwc ya citado, ver KPMG INTERNATIONAL Commodity trading companies Centralizing trade as a critical success factor October 2012 kpmg.com y McKinsey Working papers on risk N 39 Commodity trading as strategic crossroad December 2012

Gráfica 1  
Valor del mercado mundial de derivados de físicos, 1998-2009  
(millones de dólares)



Fuente: Bank for International Settlements (2010).

Con motivo a que estas transacciones con instrumentos derivados se llevaban a cabo con entidades no relacionadas que dejaban “un retorno fuera del grupo de interés” se generaron estructuras eficientes para así obtener el beneficio de “capitalizar al grupo de interés” en tanto no se presente el evento por el cual se busca limitar el riesgo relativo<sup>47</sup>; es que las entidades prefieren en ocasiones que dicha transferencia se realice a una parte relacionada con el fin de que el posible beneficio por asumir un riesgo se encuentre dentro del grupo.

La fundamentación a la estrategia de negocios a la transferencia de riesgos a la contraparte que pertenece al mismo grupo - explican los autores del informe -, es que cuando una entidad decide adoptar una postura de cobertura está protegiéndose ante cambios adversos en el precio

<sup>47</sup> Heredia Montejano Jaime, ob. citada

(ingreso o costo), decide no renunciar a los cambios favorables que podrían también presentarse<sup>48</sup>.

El uso de derivados<sup>49</sup> con el fin de reducir el riesgo de exposición a los cambios de las tasas de interés y el tipo de cambio, pueden generar una mayor certidumbre sobre los distintos derechos (activos) u obligaciones (pasivos) a las que se enfrentará una compañía; es decir, mayor certidumbre sobre los ingresos y costos que puede presentar esa compañía<sup>50</sup>.

Para realizar coberturas uno de los principales sustentos para la existencia de derivados es el “contar con una posición primaria”, esto es, “tener una obligación o derecho ligada al comportamiento de un bien subyacente”, sea éste una divisa, una tasa de interés, una acción o algún commodity<sup>51</sup>. Al contar con una posición primaria “el uso de derivados permite limitar la posible pérdida dentro de la misma”.

Yendo conceptualmente al fundamento económico del uso de los derivados, “las partes relacionadas que se encuentran en disposición de pactar un instrumento financiero derivado buscan, con el objetivo de transferir un riesgo, pactar el nivel de un derivado a partir de los

---

<sup>48</sup> Informe “Derivados y precios de transferencia” citado

<sup>49</sup> De acuerdo a la literatura especializada en la materia, el uso de los instrumentos financieros derivados - los más comunes son los futuros, *forwards*, opciones y *swaps* - se concentran en contratar coberturas. Estos instrumentos son muy útiles en la administración de riesgos de las entidades cuando se llevan a cabo de manera adecuada, dado que permiten mitigar las pérdidas que pudiera enfrentar una compañía por su exposición a los cambios en el nivel de variables con las que interactúan día con día. Las variables más comunes sobre las cuales se busca reducir el riesgo de exposición son las tasas de interés y el tipo de cambio, así como los *commodities* en que los precios tienen inestabilidades relevantes.

<sup>50</sup> Los asesores de pwc explican que cuando se trata de *coberturas sobre tasa de interés*, el derivado puede convertirse en la llave para obtener un financiamiento efectivo más barato. En el caso de estudio, la explicación ofrecida por la sociedad residente en nuestro país y controlante de su filial en el país vecino fue que la operatoria de Cargill ROU requería de un financiamiento por el volumen de operaciones y que la estrategia del grupo económico se orientaba también en facilitar ese financiamiento a la empresa del grupo.

<sup>51</sup> Informe Derivados y precios de transferencias antes citado. La existencia de una posición primaria no asegura una buena cobertura sino que debe realizarse de manera adecuada y cuidando todos los aspectos bajo los cuales se celebra la transacción. Al respecto, en muchas ocasiones se presenta la duda acerca del tamaño que debe tener una cobertura; es decir, si se debe cubrir el total del monto que se encuentra en exposición, lo cual en algunos casos no sería del todo correcto pues se renunciaría a los cambios favorables que pudieran presentarse en el mercado. Esto es importante sobre todo cuando la herramienta de cobertura utilizada son contratos de opciones (contrato financiero que confiere el derecho, pero no la obligación, de comprar o vender un instrumento o activo subyacente a un precio determinado), los cuales implican el pago de una prima y cubrir la totalidad de la exposición pudiera no sólo ser administrativamente incorrecto, sino también demasiado oneroso.

niveles observados para el bien subyacente en los pronósticos, o bien, toman el nivel existente en los mercados de derivados como un pronóstico”<sup>52</sup>. Pero “un pronóstico tiene una naturaleza distinta al nivel que presenta un derivado”; en términos generales, “un pronóstico se basa en el comportamiento histórico de la variable a pronosticar y su interacción, también histórica, con otras variables, por lo que no resulta aplicable su utilización para efectos de determinar el nivel al que debe establecerse un derivado que depende del valor del dinero en el tiempo medido a través de una tasa de interés”<sup>53</sup>.

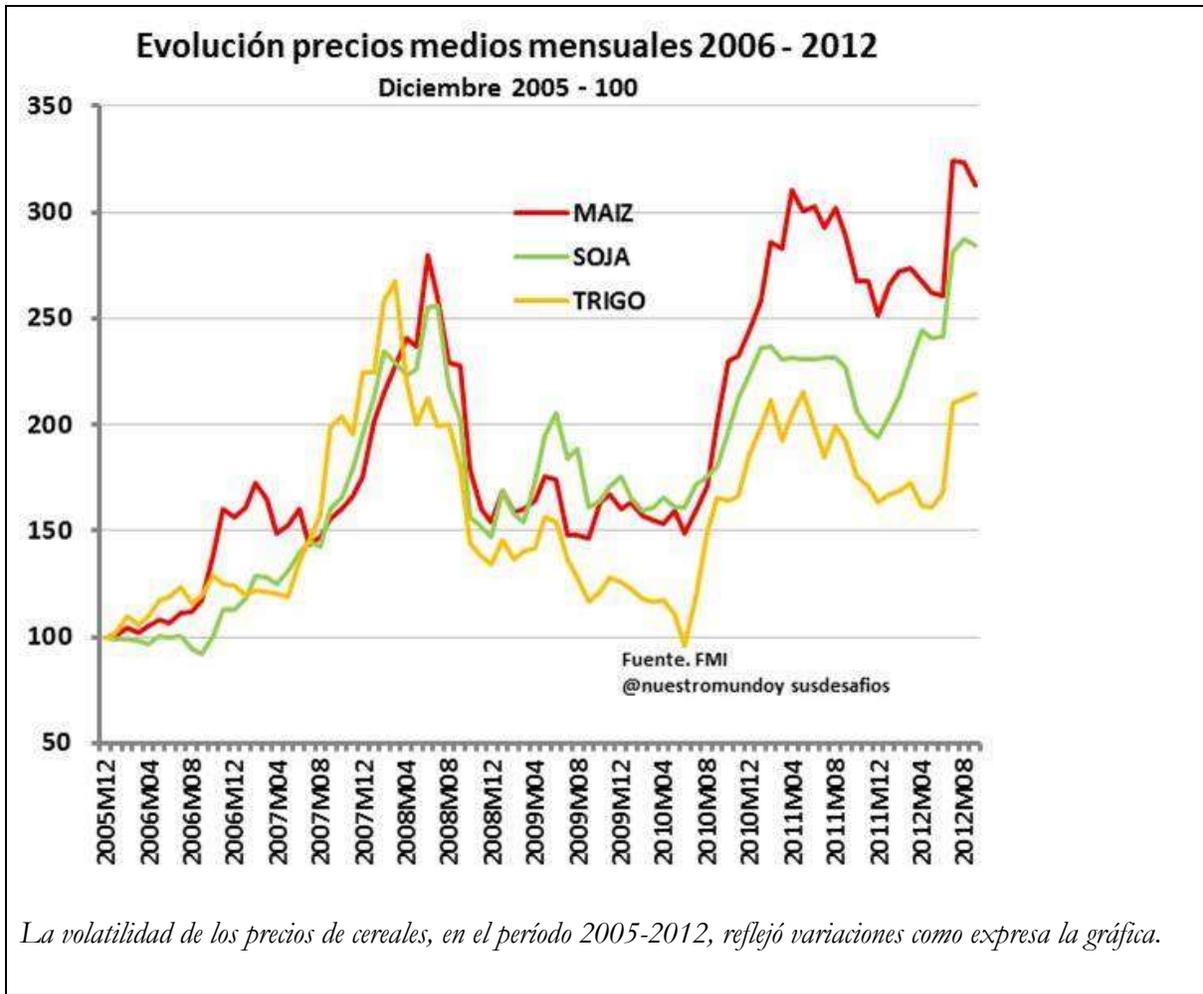
Los derivados reflejan “el costo por determinar hoy, el valor que tendría una variable en el futuro, si las condiciones se mantuvieran constantes”. Elementos como “la oferta y la demanda no tienen una repercusión directa sobre los pronósticos a diferencia de lo que pueden representar estos factores sobre los niveles de los derivados”.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Esta diferencia es básica pero en muchas ocasiones desconocida, explican que el error se presenta dada la confusión que se muestra por los participantes al no ser capaces de distinguir la diferencia entre *el nivel requerido de un derivado y un pronóstico*.

<sup>53</sup> Heredia Montejano y Montoya Zirate en “Derivados y precios de transferencia”. Los autores previenen respecto a algunos efectos al análisis de los niveles de las variables utilizando esas mismas variables al momento de la documentación, lo cual “no capta la esencia de la operación en su concepto de valor de mercado, dada la naturaleza de los derivados y en estos casos dada la volatilidad de los mercados financieros. Un comparativo a través del uso de transacciones que se operan en los mercados organizados, mencionan Heredia Montejano y Montoya Zirate, presentan diferencias sustanciales con respecto a las transacciones del tipo OTC. Sobre este punto, es cierto que la utilización de transacciones estandarizadas no sería del todo incorrecto si se llevaran a cabo ajustes con el fin de incrementar la comparabilidad; sin embargo, dadas las amplias diferencias existentes, esta situación resulta altamente compleja, dentro de la cual quizá la más compleja de ajustar y de cuantificar sería el riesgo, contraparte que presentan las transacciones OTC ante la inexistencia de una cámara de compensación que asuma la responsabilidad de liquidar las posiciones.

<sup>54</sup> Heredia Montejano y Montoya Zirate “Derivados y precios de transferencia” citado



## V- Los riesgos de mercado y los contratos derivados en la doctrina judicial

La Corte Suprema definió a los contratos a término o forward —que integran el género de contratos derivados— como “convenios bilaterales, consensuales y onerosos por los cuales una de las partes se obliga a comprar y la otra a vender un determinado bien en una fecha futura y a un precio establecido desde el comienzo. Su carácter aleatorio (art. 2051 del Código Civil), connota que las ventajas y pérdidas para ambas contratantes o para una de ellas dependen de un acontecimiento incierto. La contratación tiene como finalidad la distribución del riesgo inherente a la evolución de una determinada variable subyacente, en el caso, el valor de la moneda extranjera, lo que se traduce en que una de las partes asume el riesgo a cambio

del cobro de un precio (prima) o, a la inversa, una de las partes, paga un precio por trasladar ese riesgo a la contraparte. Es lógica consecuencia de ello, que sobrevengan beneficios o perjuicios para una u otra de las partes contratantes según cuál sea el valor del bien subyacente a la fecha prevista para la liquidación. De tal modo, surge con evidencia que en los contratos de forward de moneda extranjera, el valor de esa moneda constituye el objeto mismo del contrato»<sup>55</sup>.

El concepto que la Corte Suprema realiza del instrumento financiero derivado en cuestión, individualiza los elementos jurídicos sujetos a interpretación: la finalidad perseguida por las partes que es la distribución de riesgos de una determinada variable subyacente (subyacente); una parte asume un riesgo a cambio de un precio y la otra paga un precio para trasladar ese riesgo; y que los beneficios o perjuicios para una u otra parte dependen de cuál sea el valor del bien subyacente porque las ventajas y las pérdidas dependen de un acontecimiento incierto.

El Tribunal Fiscal de la Nación definió al contrato de futuro o forward y resolvió que la finalidad específica que se persigue con la celebración de los derivados puede consistir en: a) la obtención de cobertura frente a la cual se encuentra expuesta la empresa o individuo; b) la especulación con el objeto de obtener una ganancia; o c) el arbitraje, donde el objetivo buscado es la obtención de una ganancia a partir de la compra y venta de un mismo producto por diferencias de cotización en diferentes mercados o en diferentes momentos de la rueda de negociación, o de productos distintos pero que presenten precios vinculados. Desde un punto de vista jurídico define al contrato de futuro o forward como aquel contrato alternativo en virtud del cual una de las partes o un tercero tiene el derecho a determinar la concertación del contrato en una compraventa a plazo con precio cierto, o una operación en virtud de la cual las partes se pagarán entre ellas, según corresponda, una suma de dinero equivalente a la diferencia entre el valor de mercado del bien determinado como subyacente y el precio fijado en el contrato.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Corte Suprema “Johnson & Johnson de Argentina S.A. CEI c/ Deutsche Bank S.A. s/ cumplimiento de contrato”.(consid. 5º) mayo de 2011..

<sup>56</sup> TFN Sala Expediente: 19.553-I ECIM S.R.L (diciembre 13 de 2007).

No obstante la clasificación de los instrumentos derivados según su finalidad de cobertura o especulación, el punto es que, depende las operaciones que se realicen podrían ser calificados indistintamente.

Esta situación fue planteada por un contribuyente tras argumentar que “los derivados fueron creados con el fin de facilitar el manejo del riesgo al que está expuesta toda empresa, y se trata siempre de cubrir una posición tomada anteriormente. La distinción acerca del propósito en el uso de los derivados es materia de preocupación también a los fines contables, pues las reglas que se aplican para exponer los resultados generados por los instrumentos de cobertura se enlazan necesariamente con la variación que a su vez es imputable a la posición que se cubre, en tanto que cuando la ganancia o pérdida tiene origen en una operación de tipo especulativo entonces el resultado incide en el ejercicio económico como cualquier otro resultado. La definición acerca de la calidad del derivado, especulativo o de cobertura, cobra entonces importancia central para definir el tratamiento impositivo, dado que la ley no limita en el caso de estos últimos la posibilidad de deducción, y en este aspecto la norma parece ser excesivamente amplia, pues considera que la operación es de cobertura si tiene por objeto reducir el efecto de las fluctuaciones en precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales, sin mencionar las condiciones que deben cumplirse para verificar el objeto de la cobertura”<sup>57</sup>. Sostuvo que los derivados no tuvieron un fin especulativo sino que fueron afectados a la obtención y conservación de la propia fuente productora de ganancias, dado que permitió la posibilidad de continuar la actividad empresarial pagando menores tasas de interés por financiamiento, entre otras cosas.

El Tribunal Fiscal al tratar la cuestión - determinar si el quebranto resultante de operaciones generadas como consecuencia de un contrato con derivados puede ser deducido del resultado por operaciones ordinarias en el Impuesto a las Ganancias, o por el contrario debe considerarse con las limitaciones de la ley y deducirse contra ganancias que posean el mismo origen -, entendió que del análisis de la situación financiera del contribuyente no revelaban dato alguno que justifique el ahogo financiero invocado y la necesidad de recurrir a **otros**

---

<sup>57</sup> TFN Sala C expediente 21.309-I caratulado "Servicios de Desinfecciones Fulminal S.A. s/recurso de apelación- Impuesto a las Ganancias".

**negocios** para lograr el desarrollo de la actividad principal y conservar la fuente de ganancia.<sup>58</sup> (el resaltado me pertenece).

Entonces, si el Tribunal Fiscal admitió la validez al reconocimiento de las pérdidas registradas de contratos derivados respecto a otros negocios distintos a la actividad del contribuyente (siempre que pruebe debidamente los extremos de la situación que invoca), podemos concluir que la disposición legal no ofrece certidumbre al contribuyente respecto a las consecuencias fiscales de los resultados de los contratos celebrados por el distinto tratamiento a las pérdidas registradas por derivados financieros. Más aún, si el tribunal no encontró una justificación al ahogo financiero y la necesidad de recurrir a otros negocios para lograr el desarrollo de la actividad principal y conservar la fuente de ganancias, pareciera que la interpretación no se dirige al instrumento en sí mismo sino al fundamento económico para su utilización.

En otras palabras, si el instrumento financiero derivado contratado está relacionado con las actividades del contribuyente que son fuentes de sus ganancias, son deducibles en tanto las pérdidas se realizaron para preservar la fuente de las ganancias. Pareciera, entonces, que lo relevante no es si el instrumento puede ser calificado de cobertura o especulativo según la finalidad pretendida por el contribuyente; lo relevante es si económicamente los contratos derivados, sean de cobertura o de inversión, tienen justificación en los negocios del contribuyente. Resulta de seguir esta interpretación que el tratamiento legal vigente debería seguir el criterio del legislador establecido en el art. 80 de la ley del impuesto en tanto son deducibles los gastos para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas por este impuesto.

Esta observación, tal vez, podría ser adoptada por los tribunales a través de una interpretación sistémica de la ley. Si bien el legislador consideró “renta financiera” a los resultados de los derivados financieros, también estableció la legitimidad de las deducciones por los gastos y quebrantos que hagan al giro de los negocios. Así independientemente de la calificación del

---

<sup>58</sup> Finalmente, el TFN resolvió que al no tratarse de una operación de "cobertura" y teniendo en cuenta que la alegada finalidad de financiamiento expuesto por la actora no pudo ser probada, confirmó la determinación de impuesto apelada.

derivado, es la vinculación del resultado de la operación financiera o comercial con su actividad la que permite deducir las pérdidas (quebrantos) para la determinación de la ganancia neta sujeta a impuesto.

La cuestión adquiere más relevancia aún desde el momento que la calificación de las pérdidas de los derivados, conforme a la actual reglamentación, corresponderá siempre que se relacionen con las actividades principales de la empresa; pero en el supuesto analizado en este ensayo, los productores o las compañías exportadoras reconocen más de una actividad en el giro de sus negocios. De esta forma, las pérdidas de las transacciones resultantes de sus actividades formalizadas mediante contratos derivados serían diferidas al momento de generar ganancias por esos derechos si la operación calificase de especulativa, cuando resultarían deducibles según el régimen general (art. 80 LIG), ante el supuesto de no haber sido, algunas de ellas, formalizadas mediante contratos derivados.

La dificultad a la que se enfrentan los jueces es la falta de un criterio legal que permita resolver, por aplicación de la norma, las consecuencias fiscales a la utilización de los derivados. Más aún, clasificaciones como las previstas por el legislador en el art. 19 respecto a los instrumentos financieros derivados, obliga a los jueces a juzgar la intención del contribuyente en la administración de sus negocios, aspecto que difícilmente pueda ser evaluado con certeza desde que la evaluación de los riesgos y oportunidades no encuentra disposiciones legales específicas.

## **VI. Los instrumentos financieros derivados en la legislación fiscal argentina y en la contabilidad**

Un instrumento derivado es un instrumento cuyo valor cambia frente a los cambios en las variables subyacentes que se liquidará en fecha futura. Pueden agruparse en: contratos a término, contratos a futuro, contratos de opciones y contratos de canjes o permutas (RT 18)<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Todos los instrumentos financieros derivados constituyen nuevas figuras negociables de contratación. Dichos instrumentos se celebran con el objeto de crear nuevos derechos y obligaciones a las partes y cuyo propósito es transferir entre las mismas uno o más riesgos asociados con un bien o valor subyacente; en Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS Marco contable de las operaciones de cobertura de Riesgos Financieros (Ed. Errepar julio 2013)

Los fundamentos económicos, expresa Casal, son las necesidades de financiamiento e inversión y de administración de riesgos.

En su opinión, el proceso de contabilidad de derivados (y más de la contabilidad de cobertura), es verdaderamente sofisticado porque son más riesgosos que los instrumentos financieros primarios. La contabilidad con fines de cobertura brinda, a los usuarios, una señal de los estados financieros en cuanto al manejo prudencial asociado a los derivados<sup>60</sup>.

El régimen fiscal de los instrumentos financieros derivados encuentra su regulación en los arts. 7 y 19 de la ley del impuesto; y el art. 9 del decreto reglamentario. El primero establece que para la ley argentina son ganancias de fuente argentina los resultados originados por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, cuando el riesgo asumido se encuentre localizado en el territorio de la República Argentina, localización que debe considerarse configurada si la parte que obtiene dichos resultados es un residente en el país o un establecimiento estable. El art. 19, en tanto, reglamenta el régimen de quebrantos específicos; establece que las pérdidas generadas por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, a excepción de las operaciones de cobertura, sólo podrán compensarse con ganancias netas originadas por este tipo de derechos y que una transacción o contrato de productos derivados se considerará como "operación de cobertura" si tiene por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en los precios o tasas de mercado, sobre los resultados de la o las actividades económicas principales.

El reconocimiento de los resultados depende de la naturaleza del instrumento financiero derivado, sea de cobertura o especulativo. Los derivados con fines de *cobertura* aplican cuando se han contratado con la finalidad de cubrir una posición de riesgo existente o futura; los derivados con fines *especulativos*, tienen por objeto al momento de la transacción, concretar un beneficio en el corto plazo con el movimiento de precios de los activos subyacentes<sup>61</sup>. Los derivados deben reconocerse en los estados contables, conforme lo explica Casal,

---

<sup>60</sup> Las NIC 39 reglan el cumplimiento de la presentación y revelación de la información. Un instrumento financiero es un contrato que da lugar, simultáneamente, a un activo financiero en una empresa y a un pasivo financiero en la otra empresa (NIC 32). Un derivado es un instrumento financiero o contrato, según la NIC 39, que: a) su valor cambia en respuesta al cambio en una variable subyacente; b) no requiere inversión inicial neta o una pequeña inversión; y c) se liquida a fecha futura; en Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS Marco contable de las operaciones de cobertura de Riesgos Financieros (Ed. Errepar julio 2013)

<sup>61</sup> Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ob. cit.

clasificándolos como activo o pasivo dependiendo de los derechos y obligaciones emergentes de los respectivos contratos cuando el ente tenga derechos contractuales o se convierta en parte obligada y hasta que los derechos se hayan realizado, cedido a un tercero o expirado; o la obligación se haya extinguido<sup>62</sup>. La contabilidad de cobertura, afirma Casal, reconoce los efectos de la compensación que los cambios en el valor razonable del instrumento de cobertura y del elemento cubierto, producen en la ganancia o pérdida neta del ejercicio.

Explica el autor que “la operación de cobertura se diseña, contablemente, para que el cambio que experimente su valor razonable compense, en todo o en parte, el cambio en el valor razonable o en los flujos de efectivo futuros de un elemento (ítem o partida). La contabilidad de cobertura está relacionada al tratamiento contable del activo o el pasivo generador del riesgo (partida cubierta) y el instrumento de la cobertura (el derivado). El elemento cubierto es un activo, pasivo, compromiso en firme o transacción esperada en el futuro que expone a la empresa a un riesgo de cambio en el valor razonable o en los flujos de efectivo futuros y que a efectos contables ha sido designado como objeto de cobertura”.<sup>63</sup>

El riesgo puede derivarse de elementos patrimoniales cuyo valor depende de la evolución en el mercado de sus precios (commodities, acciones); la exposición al riesgo también puede consistir en la variación de flujos de efectivo que conllevan los elementos patrimoniales<sup>64</sup>.

La reglamentación vigente (RG 3421/2012), a los efectos de constatar si un instrumento y/o contrato derivado implica una "operación de cobertura", exige la verificación -en forma concurrente-, que dicha operación: a) tenga por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado sobre los resultados de la o las actividades económicas principales y b) posea vinculación directa con la o las actividades económicas principales del contribuyente y que el elemento subyacente también guarde relación con la o las actividades aludidas. (el destacado me pertenece)

---

<sup>62</sup> El criterio general es que la empresa debe cesar de aplicar la contabilidad de cobertura a partir del momento en que ocurra y para el futuro. Se abandona la contabilización de cobertura si el instrumento de cobertura se extingue (vence, vende, cancela o se ejerce); deja de cumplir con los criterios para la calificación de cobertura y, para cobertura de riesgos de flujo de efectivo, si la transacción proyectada no tiene alta probabilidad de ocurrencia; un “instrumento financiero combinado” incluye al derivado y a un contrato principal; en Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ob. cit.

<sup>63</sup> Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ob. cit.

<sup>64</sup> Casal, Armando INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ob. cit.

El régimen legal es aplicable al supuesto en estudio: los intermediarios – sean vinculados o no al contribuyente residente -, operan con instrumentos derivados y sus resultados quedan fuera del alcance de la ley argentina.

La regla general que en el derecho comparado se conoce como "the separate transaction principle", explica Baistrocchi<sup>65</sup>, establece un tratamiento tributario que favorece “-sin una justificación evidente-“ a los sujetos no residentes en Argentina por sobre los residentes en el país, pues los resultados obtenidos por no residentes de instrumentos derivados (en la que la contraparte sea un sujeto residente) no se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias. Julián Martín afirma, como consecuencia de la disposición que los sujetos domiciliados en el exterior están exceptuados del gravamen<sup>66</sup>.

No obstante, el decreto reglamentario reconoce dos excepciones a la regla establecidas en el tercer y cuarto párrafo del inciso "b" del artículo 9: el principio de la realidad económica y el principio de integración contra una planificación fiscal con el fin de evitar manipular el principio de la fuente allí contenido y de ese modo reducir sus obligaciones tributarias<sup>67</sup>. Ambas disposiciones recurren a los principios de la realidad económica y el principio de integración como normas antielusivas; la primera de alcance general<sup>68</sup> y la segunda de alcance particular<sup>69</sup>, pues sólo rige para operaciones con instrumentos o contratos derivados.

---

<sup>65</sup> Baistrocchi, Eduardo AAEF “OPCIONES: SUS ENFOQUES FISCALES EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO”. (última parte).

<sup>66</sup> Julián Martín Los aspectos controvertidos en instrumentos financieros derivados (IFD) y la resolución general (AFIP) 3421 Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) Marzo 2013

<sup>67</sup> Baistrocchi, Eduardo AAEF “Opciones..” En efecto, la ley dispone que cuando los diferentes componentes de uno de los mencionados instrumentos o un conjunto de ellos que se encuentren vinculados, indiquen que el instrumento o el conjunto de instrumentos no expresan la real intención económica de las partes, la determinación de la ubicación de la fuente se efectuará de acuerdo con los principios aplicables a la naturaleza de la fuente productora que corresponda considerar de acuerdo con el principio de la realidad económica, en cuyo caso se aplicarán los tratamientos previstos por esta ley para los resultados originados por la misma. El segundo, reglamenta la disposición anterior y establece que cuando un conjunto de transacciones con instrumentos y/o contratos derivados, sea equivalente a otra transacción u operación financiera con un tratamiento establecido en la ley del tributo, a tal conjunto se le aplicarán las normas de las transacciones u operaciones de las que resulte equivalente.

<sup>68</sup> El art. 2 de la ley de procedimiento establece que “para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a

En el tratamiento fiscal a los resultados de operaciones con instrumentos financieros derivados, la ley del impuesto establece la regla según la cual las pérdidas resultantes de los contratos comercializados sólo pueden ser deducidas de ganancias obtenidas con esos mismos instrumentos financieros; pero reconoce una excepción a la regla: las pérdidas resultantes en las operaciones realizadas con instrumentos derivados con fines de cobertura.

Sin embargo, la ley no define, con precisión, cuándo un derivado financiero debe ser reconocido como instrumento de cobertura o especulativo. La reglamentación exige – para calificar como instrumento de cobertura - que los instrumentos derivados tengan por objeto reducir el efecto de las futuras fluctuaciones en precios o tasas de mercado sobre los resultados de la o las actividades económicas principales, que posean vinculación directa con la o las actividades económicas principales del contribuyente y que el elemento subyacente también guarde relación con la o las actividades aludidas. Pero la reglamentación no resuelve si las tres condiciones deben cumplirse simultáneamente o si basta alguna de ellas para cumplir con la calificación pretendida.

Esa inconsistencia puede dar lugar a recalificaciones por impugnaciones a los registros contables de operaciones de cobertura cuando, a criterio del Fisco, sean reconocidos con una finalidad especulativa.<sup>70</sup>

---

formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

<sup>69</sup> El art. 45 - En tanto no corresponda incluirlas en el artículo 49 de esta ley, constituyen ganancias de la segunda categoría:... j) Los resultados originados por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados. Asimismo, cuando un conjunto de transacciones con instrumentos y/o contratos derivados, sea equivalente a otra transacción u operación financiera con un tratamiento establecido en esta ley, a tal conjunto se le aplicarán las normas de las transacciones u operaciones de las que resulte equivalente.

<sup>70</sup> En la Argentina, las sospechas del organismo fiscal a la pérdida de ingresos fiscales como consecuencia del registro de coberturas a los resultados de los instrumentos cuando, según el fisco corresponderían a operaciones de trading, justificó el dictado de la Resolución 3421/2012 de la Administración Federal de Ingresos Públicos que reglamentó - vía administrativa - los requerimientos de información al registro de esas operaciones. Hasta ese entonces, los criterios utilizados eran los contables con fundamento en la doctrina del fallo *Industrias D'Accord*, en Julián Martín “Instrumentos Financieros Derivados” pág. 99 Ed. Errepar

Así, la ley grava las ganancias de los instrumentos financieros que sean de fuente argentina o extranjera pero sólo habilita la deducción de las pérdidas siempre que se compensen con ganancias de esa misma fuente; excepto que los contratos celebrados tengan por objeto cubrirse de riesgos de mercado. La incertidumbre respecto a la aplicación de la excepción (la deducción de las pérdidas por coberturas) puede significar el diferimiento de la reducción de la base imponible, trasladando al contribuyente el costo de las pérdidas del resultado de su actividad financiera.

Los riesgos aplicables a la actividad agropecuaria se relacionan con los cambios de precios, el riesgo de tipo de cambio y tasas de interés. Todos esos riesgos tienen directa relación con los costos de los participantes en la actividad (productor, exportador, intermediario) que pretenden cubrir esos riesgos suscribiendo contratos derivados. Pero los resultados de otros contratos podrán no ser calificados de cobertura porque los subyacentes pueden no tener vinculación directa con las actividades de la empresa (precios, monedas, tasas de interés). Pero en este caso, también los derivados financieros reconocen su origen en las actividades económicas del contribuyente, razón por la cual configurarían los requerimientos de la reglamentación vigente; aunque el contrato no tenga vinculación directa con las actividades económicas principales del contribuyente y que el elemento subyacente no guarde relación con las actividades aludidas. Si el contrato tiene por objeto reducir el efecto de los riesgos de mercado sobre los resultados de las actividades económicas principales, y se oriente a compensar el perfil de posibles resultados emergentes de la posición de riesgo del contribuyente en las transacciones respectivas, debería calificarse como una operación de cobertura, aun cuando pueda no cumplir uno de los dos requisitos de la reglamentación [(inc. a) y b) del Título II A- de la AFIP RG 3421/2012].

Los argumentos demuestran, en principio, que la aplicación de las reglas establecidas por la reglamentación puede dar a lugar a una incorrecta determinación de la obligación tributaria según la deducción o no de las pérdidas de los contratos derivados, con afectación a la real capacidad contributiva del contribuyente.

En un contexto como el descrito, la legislación y la actuación del organismo recaudador podrían afectar los principios de legalidad, de defensa en juicio y de propiedad al sujetar a imposición resultados distintos a la capacidad contributiva que legitiman el impuesto; lo que puede resultar un incentivo para las compañías a localizar el resultado de los riesgos en otro país.

## **VII. La exportación de commodities y el riesgo de la elusión fiscal.**

En el año 2003, como afirma Goldemberg, la exportación de commodities - particularmente la soja y sus derivados - con sus precios internacionales crecientes, atrajo la atención de la Administración y la convicción de la AFIP respecto a la necesidad de reformar la ley del impuesto a las ganancias para contar con una herramienta técnica que iba a permitir captar la renta del sector exportador de productos primarios, objeto de maniobras de deslocalización de ingresos. Las primeras inspecciones, observa la autora, apuntaron a la modalidad de comercialización de la industria que se vale de intermediarios internacionales (también identificados como traders o brokers), rol que asumían empresas vinculadas económicamente al exportador, lo que “despertó sospechas como posible modalidad de triangulación de las operaciones”<sup>71</sup>.

Las modalidades propias que adquirió la exportación y comercialización de materias primas agrícolas sumadas a la sospecha de evasión fiscal por la administración originó la modificación parcial al entonces régimen de precios de transferencia previstos en la ley del impuesto. Sin modificaciones el art. 8 de la ley, el legislador resolvió agregar nuevas disposiciones en el art. 15 de la ley. Se agregó un nuevo párrafo al régimen legal de precios de transferencia, el sexto, al que se lo denominó “el sexto método”.<sup>72</sup> La administración presume que la exportación de

---

<sup>71</sup> GOLDEMBERG, CECILIA E. PRECIOS DE TRANSFERENCIA. ¿QUÉ NOS DEJÓ EL SEXTO MÉTODO? Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) junio 2014

<sup>72</sup> El proceso denominado “zebra fiscal” por Paulus Merks resulta del cambio de la legislación vigente cuando nuevas estrategias de planificación fiscal internacional son cuestionadas por autoridades fiscales y los contribuyentes pueden demostrar que su estrategia está respaldada y no es violatoria de la legislación local vigente; y este procedimiento se repite nuevamente cuando un nuevo esquema de planificación fiscal

commodities de contribuyente local a un intermediario puede implicar la transferencia de beneficios que deben ser gravados por el país. Esta situación fue causa de la reforma al régimen de precios de transferencia mediante la incorporación del sexto párrafo al art. 15. La propia AFIP alertó respecto a la fiscalización a una nueva categoría de contribuyente: “el contribuyente global”<sup>73</sup>.

La maniobra de “triangulación” desarrollada por las grandes grupos concentrados exportadores, principalmente vinculados al sector de granos, aceites y oleaginosas, hidrocarburos, minería y pesca, implica facturar los bienes a un destino pero enviar la mercadería a otro, utilizando para esto intermediarios (traders) radicados en jurisdicciones de baja o nula tributación o algún régimen impositivo preferencial (opacidad fiscal)<sup>74</sup>.

Horacio Curien expuso la situación en estos términos: “El objetivo de esta maniobra es atribuir arbitrariamente parte de la renta a un intermediario mediante la concertación artificial de operaciones a futuro entre el exportador local y el trader internacional para de esta manera reducir la carga impositiva en nuestro país”<sup>75</sup>.

---

internacional es cuestionado en Gutierrez, Marcelo Tema: Elusión vs Planificación Fiscal Internacional 5º Encuentro Regional Latinoamericano IFA – 2013 Mayo 15 al 17 Ciudad de México

<sup>73</sup> Curien, Horacio MÉTODOS ESPECÍFICOS PARA EL CONTROL DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA en 47ª. Asamblea General del CIAT - Buenos aires, Argentina 2013 El concepto permite conocer la fiscalidad integral de los contribuyentes y grupos económicos concentrados, tanto a nivel local como internacional, y en relación también a los distintos tributos que impactan en la actividad del contribuyente

<sup>74</sup> 47ª. Asamblea General del CIAT - Buenos aires, Argentina 2013 MÉTODOS ESPECÍFICOS PARA EL CONTROL DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA pág. 145

<sup>75</sup> AFIP detectó que estos sectores vinculados a la comercialización de bienes con cotización internacional conocida en un mercado transparente tenían un común denominador: las exportaciones estaban facturadas en su gran mayoría a intermediarios o traders y la mercadería nunca era destinada al domicilio de ese comprador internacional si no otro sujeto ubicado en otro país, y la operación es cobrada desde un país distinto, en Curien, Horacio MÉTODOS ESPECÍFICOS PARA EL CONTROL DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA en 47ª. Asamblea General del CIAT - Buenos aires, Argentina 2013.

La expresión refiere, justamente, a las cuestiones tratadas en este trabajo: la planificación fiscal de exportaciones de materias primas a un intermediario utilizando derivados financieros en las operaciones comerciales.

Para la administración tributaria, la aplicación del “sexto método”<sup>76</sup> (método a fecha de embarque) es la herramienta para valorizar el precio de transferencia de las operaciones de commodities. En definitiva, afirma Curien, “lo que busca la aplicación de la norma es que el contribuyente no utilice, para la determinación de la base imponible del impuesto a las ganancias, el precio pactado con el trader internacional dado que presume que este no merece retribución alguna por ser un simple intermediario sin sustancia<sup>77</sup> que no agrega valor al producto ni efectúa esfuerzo alguno de comercialización, salvo prueba en contrario”.

Así el derecho argentino reaccionó a estos esquemas con adaptaciones en su legislación ante los resultados de las estrategias de negocios de las empresas por transacciones vinculadas con la exportación de materias primas y operaciones con instrumentos financieros derivados. Primero grava las ganancias de la exportación tomando como base imponible el precio del bien en los mercados transparentes al momento del embarque o el concertado por las partes; el que sea mayor.<sup>78</sup> Segundo, la regla es que las pérdidas resultantes de operaciones financieras

---

<sup>76</sup> Para la aplicación del “sexto método”, explica Curien, deben darse las siguientes condiciones:

- a. La exportación debe estar triangulada: debe intervenir un intermediario (trader) internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, es decir no es una operación directa entre el sujeto local y el cliente final;
- b. El intermediario –no destinatario efectivo de la mercadería– no cumple con las condiciones que establece la norma para considerar que tiene sustancia económica (actividad real que justifique el incremento de valor a la operación). Para la aplicación de este método, no se requiere la existencia de vinculación formal ni funcional con el intermediario.
- c. Los bienes exportados deben ser commodities, bienes con cotización conocida en mercados transparentes.

<sup>77</sup> El criterio de la AFIP respecto a la ausencia de “sustancia económica” es que los intermediarios eran siempre simple revendedores, no agregaban valor al producto ni desarrollaba una tarea o “esfuerzo” de comercialización.

<sup>78</sup> La modificación al régimen de precios de transferencia incorporó en el sexto párrafo del art. 15 una cláusula legal cuando se trate de exportaciones realizadas a sujetos vinculados, que tengan por objeto, en general, bienes con cotización conocida en mercados transparentes, en las que intervenga un intermediario internacional que no sea el destinatario efectivo de la mercadería, y establece que se considerará como mejor método a fin de determinar la renta de fuente argentina de la exportación, el valor de cotización del bien en el mercado transparente del día de la carga de la mercadería, sin considerar el precio al que hubiera sido pactado

especulativas sólo podrán deducirse contra ganancias de esos derechos. El legislador sólo permite la deducción de las pérdidas - según el tratamiento general que la ley de impuesto a las ganancias - para el caso de operaciones de cobertura con instrumentos financieros derivados.<sup>79</sup>

Baistrocchi hace referencia a las preguntas clave que el sistema legal debiese alcanzar respecto a la imposición a los resultados de los derivados financieros: a) ¿Cuál es la clase de contratos a ser gravado?; b) ¿Cuándo tal clase de contrato debe ser gravado?; y c) ¿Qué país tiene jurisdicción para gravar esa clase de contratos?<sup>80</sup> . Advierte que las dos primeras preguntas no encuentran respuesta en la actual legislación<sup>81</sup> , sino que aborda solamente la tercera pregunta: ¿Qué país tiene jurisdicción para gravar esa clase de contratos?, y se desprende que sólo se refiere a cross-border derivatives; es decir, instrumentos en los que una de las partes es residente en Argentina y la otra no lo es<sup>82</sup>.

La regla general, explica Baistrocchi, es que los resultados obtenidos por no residentes de instrumentos derivados pues los sujetos domiciliados en el exterior están exceptuados del gravamen ("the separate transaction principle"). El modelo de negocios analizado encuadra en este supuesto: los intermediarios – sean vinculados o no al contribuyente residente -, operan con instrumentos derivados y sus resultados quedan fuera del alcance de la ley argentina.

No obstante, los dos institutos legales establecidas en el tercer y cuarto párrafo del inciso "b" del artículo 9 - el principio de la realidad económica y el principio de integración -, ofrecen

---

con el intermediario internacional. No obstante, si el precio convenido con el intermediario internacional, fuera mayor al precio de cotización vigente a la fecha mencionada, se tomará el primero de ellos para valuar la operación [Párrafo incorporado por art. 2º de la Ley N° 25.784]

<sup>79</sup> El art. 9 del DR prevé que las pérdidas generadas por derechos y obligaciones emergentes de instrumentos y/o contratos derivados, a excepción de las operaciones de cobertura, sólo podrán compensarse con ganancias netas originadas por este tipo de derechos, en el año fiscal en el que se experimentaron las pérdidas o en los cinco (5) años fiscales inmediatos siguientes [párrafo incorporado por Ley N° 25.063, Título III, art.4º, inciso e). ]

<sup>80</sup> Baistrocchi, Eduardo AAEF OPCIONES: SUS ENFOQUES FISCALES EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO. (última parte)

<sup>81</sup> Mas aún propone la eliminación de la distinción entre los "instrumentos derivados" de los "contratos derivados" porque no se explica en qué consiste tal diferencia; además, en algunos párrafos se alude a ambos conceptos y en otros a uno de ellos

<sup>82</sup> Baistrocchi; Eduardo AAEF "Opciones..."

incertidumbre al contribuyente desde el momento que posibilitan la excepción a la regla. En efecto, el criterio de residencia que sigue al riesgo asumido para gravar los resultados de los instrumentos derivados puede ser alterado por la aplicación de esas fórmulas por la administración tributaria como por los jueces. A ambas disposiciones Julián Martín<sup>83</sup> le agrega una inconsistencia más, puesto que la normativa no clarifica para sujetos del país que un ingreso o pérdida sea de fuente extranjera según la posición cubierta por el contrato (si el riesgo cubierto es la variación de un título extranjero, o una tasa internacional (LIBOR), una divisa internacional, un bien situado en el exterior, se trataría en todos los casos de riesgos situados en el exterior; y por esta razón podemos estar frente a ganancias de fuente argentina o extranjera dependiendo del lugar de localización del riesgo asumido. Si bien ambas tributan – afirma – la diferencia es que el quebranto que generen tiene afectación específica contra ganancias de fuente extranjera<sup>84</sup>.

Gotlib destaca que las doctrinas y los principios, como el de la realidad económica, pretenden sustituir el arduo trabajo de entender los hechos e interpretar la ley por fórmulas retóricas amplias que pueden ser utilizadas en cualquier supuesto<sup>85</sup>. El contribuyente también puede alegar a su favor el principio de realidad económica – así lo sostuvo la jurisprudencia de la Corte Suprema – razón por la cual la cuestión se reduce a probar los derechos que cada parte sostiene en el pleito. Una de estas teorías es el propósito negocial que no se ha consagrado en la legislación<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Julián Martín Los aspectos controvertidos en instrumentos financieros derivados (IFD) y la resolución general (AFIP) 3421 Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) Marzo 2013

<sup>84</sup> Julián Martín, “Los aspectos controvertidos “ Errepar. En su opinión, sería útil una definición del organismo fiscal al respecto

<sup>85</sup> Gotlib, Gabriel “El examen del propósito negocial” en Interpretación Económica de las leyes tributarias pág. 611. Ed. Abaco 1998. La esencia de la democracia, afirma, es la división de poderes y si se permite a los jueces resolver en base a criterios generales es darles, de alguna manera, las atribuciones de un legislador. En igual sentido Madison, Allen D. “The Tension Between Textualism and Substance Over Form”, Doctrines in Tax Law 43, Santa Clara Law Review, 699 cit. en Gotlib, Gabriel “Procedimiento Tributario” pág.522 Ed. Errepar 2012

<sup>86</sup> El caso Gregory v. Helvering es un ejemplo de aplicación de este principio en la jurisprudencia de los Estados Unidos. Desde 1986 y con la incorporación del justice Scalia la Corte Suprema no ha pronunciado fallos basados en el criterio de la realidad económica.

No se puede usar el test para cuestionar el método, ni se puede cuestionar al contribuyente elegir el camino menos gravoso<sup>87</sup>. Tarsitano<sup>88</sup> enumera interrogantes como pautas para diferenciar entre fraude a la ley y economía de opción; en el caso en estudio y para el análisis del presente trabajo, resultan interesantes las siguientes: *i*) existen condiciones económicas, comerciales o de mercado, ajenas a las tributarias, que pueden haber influido en la elección de una vía en lugar de otra?; *ii*) se considera que la conducta ha sido guiada por el interés individual de una empresa o se computa el interés del conjunto económico al que ella pertenece? y *iii*) la elección de determinada forma tuvo el único propósito de evitar el pago del impuesto?. El test del propósito comercial no cuestiona la validez de la figura sino el propósito de su uso<sup>89</sup>. Por esa razón si el contribuyente logra probar la intención de realizar los actos que fundamentan su planificación, el contribuyente confirmará su derecho.

En el supuesto en estudio la aplicación del principio de la realidad económica<sup>90</sup> puede ser utilizada en los mismos términos que el test del propósito comercial. El Fisco exigiría, entonces, al contribuyente no sólo la validez de los actos jurídicos realizados (ventas entre los sujetos vinculados) sino el propósito de estructurar las operaciones utilizando esquemas de ventas sucesivas<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Isembergh, Josephla afirma la teoría de la equivalencia económica, por la cual una operación debe ser necesariamente gravada de igual forma a otra por ser equivalente económicamente a pesar de su diferente estructuración, es inconsistente porque el propio sistema tributario claramente incentiva el uso de algunas estructuras en desmedro de otras; citado por Gotlib, Gabriel en “El examen del propósito comercial” citado.

<sup>88</sup> Tarsitano, Alberto “Tratado de Tributación”, Tomo I, Derecho Tributario, Capítulo V, “Interpretación de la ley tributaria” págs., 512 y 513 cit. en Gotlib, Gabriel “Procedimiento Tributario” págs. 535 y 536 Ed. Errepar 2012

<sup>89</sup> Por ejemplo, en el caso “Eurnekian, Eduardo s/ inf. Ley 24.769”, en opinión de Gabriel Gotlib, se podría cuestionar al contribuyente porque en los hechos la estructura jurídica utilizada difiere de la que invocó, pero no por haber realizado la operación que realmente invoca porque pudo haberlo hecho de otra forma.

<sup>90</sup> Por ejemplo en el equity swap que pueda tener por único propósito el eludir el impuesto a las ganancias originado por la venta de acciones de una firma nacional, parece razonable – en opinión de Baistrocchi - aplicar el principio de la realidad económica de modo tal que dicho equity swap sea gravado con el mismo régimen establecido para la venta de acciones (este mecanismo es llamado "linked approach" porque el instrumento derivado -el equity swap- recibe el tratamiento fiscal de la operación que el contribuyente pretende ocultar -la compraventa de acciones-), en Baistrocchi, Eduardo AAEF “Opciones...”.

<sup>91</sup> En el informe de pwc, los autores aconsejan, para evitar impugnaciones de las administraciones tributarias, contar con los elementos que sustenten que los derivados pueden formar parte de las transacciones naturales o necesarias que requieren llevar a cabo las compañías que pertenecen a grupos transnacionales y que en cualquier caso existe una razón de negocios para operar con una entidad del grupo, independientemente de

Los sistemas legales, expresa Baistrocchi, deben proveer de información acerca de las normas legales en una sociedad; los gobiernos pueden dar el contenido de sus normas ex-ante (vía reglas)<sup>92</sup> o ex-post (vía principios)<sup>93</sup>. Así, la regla es la que establece ex-ante cuál debe ser la conducta a seguir por el contribuyente, afirma Baistrocchi.

Sin embargo, determinar la intención del contribuyente en el uso de los instrumentos derivados para calificar sus resultados y dar el tratamiento fiscal establecido en la ley, siguiendo el criterio de Baistrocchi, sólo puede ser estipulado ex-post vía un caso legal. Lo expuesto encuentra fundamento en tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema ha interpretado, en relación a la aplicación del principio de la realidad económica, que de lo que se trata es de la necesaria prevalencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea ésta favorable al fisco o al contribuyente<sup>94</sup>.

La interpretación judicial encuentra en la razón del derecho (el Fisco a cobrar su crédito o el contribuyente a no estar obligado al pago del impuesto), el fundamento para resolver controversias por las argumentaciones y justificaciones de las partes y que guiarán la resolución de los casos.

---

que las compañías podrían acceder a otras contrapartes no relacionadas, como lo son los bancos o los mercados organizados, en M.E. Jaime Heredia Montejano, Socio L.E. Augusto César Montoya Zirate, Coautor “Derivados y precios de transferencia” Rev. No. 162. 1a. PricewaterhouseCoopers. Publicaciones fiscales. Enero 2009

<sup>92</sup> Un sistema de reglas es el establecido, en el supuesto de exportación de materias primas vía un intermediario, por el cual el legislador estableció que el impuesto se determina sobre el precio publicado a la fecha del embarque o aquel concertado por las partes, el que fuere mayor. También aquél que establece la imposición de los resultados financieros por el criterio de residencia del contribuyente.

<sup>93</sup> Baistrocchi, Eduardo “The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications”. El autor sintetiza las diferencias entre las reglas y los estándares en la diferencia de los costos de promulgación (los costos incurridos en la creación de las normas) y de cumplimiento (enforcement); en la implicancia en la distribución de los poderes institucionales (la legislatura para la creación de las reglas y los tribunales para la creación de los estándares); y en los diferentes supuestos institucionales. En este supuesto, afirma, los estándares presuponen un sistema legal capaz de establecer jurisprudencia estable.

<sup>94</sup> Kellogg Co. Argentina, S. A. • 26/02/1985 Publicado en: LA LEY 1985-B , 414 con nota de Arístides Horacio M. Corti • DJ 1985-2 , 289 • IMP 1985-A , 1037 • JA 1985-II , 300

Así la intención del contribuyente en las transacciones con instrumentos derivados sólo podrá ser determinada por los tribunales. A modo de ejemplo, la inflación – en pesos o en dólares – es un factor importante en la gestión empresarial por su implicancia en los costos y, en consecuencia, en los precios. Un contrato puede ser concertado con el objeto de obtener un rendimiento pero con el fin de cubrir una contingencia, como puede ser compensar los efectos de la inflación en los activos y las operaciones de la empresa. Así, la finalidad tenida por el contribuyente como criterio para calificar el contrato puede ser equívoca. La finalidad del derivado puede ser obtener una ganancia pero con el fin de compensar la devaluación de la moneda o cubrir una eventual pérdida en una operación o respecto a otro derivado. Por esta razón, cuando los hechos no son debidamente alcanzados por el derecho, la aplicación del derecho puede modificar los hechos y esta consecuencia afecta la seguridad jurídica.

En efecto, al no encontrarse establecidas, por el legislador, reglas específicas para cada instrumento financiero y respecto a las cuales los contribuyente deban ajustar sus estrategias para la determinación de las obligaciones fiscales a los resultados de los derivados, los principios de la realidad económica y de integración serán, en definitiva, los que determinen – caso por caso – la fuente de los resultados y la finalidad de cobertura o de inversión de los derivados financieros del contribuyente antes fiscalizado. Esta norma, explica Baistrocchi, busca gravar instrumentos financieros sintéticos cuando el contribuyente los emplea con el único propósito de minimizar su carga fiscal; la AFIP está habilitada a gravar la serie de posiciones que sean equivalentes a determinado instrumento, con el régimen fiscal previsto para éste<sup>95</sup>.

Teniendo en cuenta los términos y los alcances de las disposiciones legales, particularmente en cuestiones financieras, la doctrina advierte que se recurre al test del propósito comercial con el siguiente alcance: “no sólo la operación tiene que ser real sino que tiene que tener otra

---

<sup>95</sup> Baistrocchi, Eduardo AAEF “OPCIONES: SUS ENFOQUES FISCALES EN EL DERECHO FEDERAL ARGENTINO”. (última parte). Con ese fin, explica el autor, “se faculta al ente recaudador a "integrar" aquellas posiciones cuyo funcionamiento conjunto reproduzca el cash flow de algún instrumento previsto en el sistema tributario, y a gravar dicho grupo de posiciones con el mismo régimen que tal instrumento”.

motivación además de la potencial ventaja impositiva<sup>96</sup>. Y reducir los costos de transacción tiene un fundamento económico con efectos jurídicos<sup>97</sup>.

De los hechos del modelo de negocios en estudio se interpreta que las empresas exportadoras del cereal concentraban las operaciones con derivados en *brokers* o *traders* ubicados en una jurisdicción extranjera (Uruguay).<sup>98</sup>

El tratamiento legislativo en nuestro país a la utilización de esos instrumentos derivados en comparación con el marco regulatorio en Uruguay, es uno de los fundamentos de los contribuyentes en la planificación fiscal de sus operaciones como consecuencia de la

---

<sup>96</sup> Gotlib, Gabriel “El examen del propósito comercial” en Interpretación Económica de las leyes tributarias pág. 632 . En opinión del autor las teorías no hacen más que replantear viejos problemas de interpretación sin realizar aportes sustanciales. Ahora, el principio de integración establece que debe dispensarse el tratamiento que tiene la totalidad de una serie de operaciones adaptadas en conjunto cuando éste es distinto del de sus partes componentes. Para integrar, explica el autor, se requiere más de una operación , más de un acto jurídico.

<sup>97</sup> El informe de Pablo Adreani (cit.) alertó en los siguientes términos: “si los precios no suben para compensar la inflación dólar, iremos indefectiblemente a una quiebra generalizada del sector productor”. Y la inflación es un riesgo de mercado.

<sup>98</sup> La legislación de la República Oriental del Uruguay no contiene tratamientos jurídicos diferentes a los resultados de las operaciones comerciales con instrumentos financieros. Además es reducida la alícuota en la imposición a las ganancias de los derivados financieros, lo cual resulta un fuerte incentivo a operar con estos instrumentos desde aquel país. No se encuentran gravadas las operaciones realizadas en las zonas francas del territorio uruguayo. También se permiten las *cross border trading* por las que no es necesario que la mercadería ingrese en territorio uruguayo para formalizar las transacciones comerciales. El régimen fiscal uruguayo presenta similitudes y, a la vez, diferencias con las instituciones legales argentinas; en particular, en relación al tratamiento de los resultados a las operaciones de derivados financieros. En efecto, el IRAE grava las ganancias obtenidas por el exportador de materias primas con idénticas condiciones al previsto en el régimen legal argentino; sin embargo, adopta el precio publicado en los mercados transparentes a la fecha de embarque como referencia para la base imponible. A diferencia de la ley argentina, en Uruguay es indistinto si el precio concertado por las partes es mayor o menor al precio de mercado pues siempre será éste el que determinará la imposición. Así, no hay una diferencia siempre a favor del fisco ya que es indiferente para la DGI del país vecino, si el exportador celebró un contrato con un precio mayor o menor al que resulta de la cotización del activo en los mercados transparentes a la fecha de embarque. También es indiferente la calificación resultante de los instrumentos financieros. En la República Oriental del Uruguay los resultados de los contratos de derivados financieros no reconocen un régimen legal especial; las pérdidas serán deducibles según el régimen general del IRAE. Este sistema facilita la previsión de resultados para el contribuyente y, como consecuencia, la localización del modelo de negocios en jurisdicción extranjera. Además es representativo de la realidad económica de las operaciones pues grava las ganancias pero asume las pérdidas que puedan resultar para el contribuyente.

denominada competencia fiscal nociva<sup>99</sup>. El distinto régimen fiscal de las leyes de Uruguay es un incentivo para obtener mejor rentabilidad al giro comercial de la empresa multinacional y esa mejor rentabilidad gravada con una alícuota menor al régimen impositivo local (o nulo en el caso de establecerse la sucursal en zona franca), genera un ahorro fiscal en la jurisdicción extranjera que hasta que la filial distribuya dividendos, no surge para el contribuyente argentino la obligación legal del pago del impuesto<sup>100</sup>.

En resumen, la venta de mercaderías entre sujetos vinculados tiene reconocimiento legal y las operaciones son legítimas, según el régimen legal de precios de transferencia, siempre que las operaciones se realicen en condiciones de mercado. El propósito del grupo económico de transferir los resultados de los derivados financieros a un sujeto vinculado resulta válido, siempre que el intermediario tenga sustancia económica y realice efectivamente transacciones que se pacten en condiciones de mercado con independencia del tratamiento tributario de la jurisdicción residente de la contraparte.

En definitiva, el régimen legal vigente ofrece a las corporaciones una verdadera economía de opción que, siempre que no sea abusiva, encuentra amparo en las disposiciones de la ley del impuesto. Pero las disposiciones legales respecto al tratamiento fiscal a los resultados de los derivados plantea dos situaciones influenciadas por asimetrías e inconsistencias al distinto tratamiento fiscal a las pérdidas: a) el contribuyente tiene la posibilidad de manipular la base imponible del impuesto según las pérdidas sean de cobertura o especulativa y b) el Fisco puede recalificar los actos y los registros que realice el contribuyente para aumentar esa base imponible.

### **VIII. La planificación fiscal y los costos de transacción: la razón de negocios**

La forma en que el derecho argentino reglamenta la imposición de los resultados de los derivados resulta un incentivo al contribuyente a realizar una planificación fiscal con una

---

<sup>99</sup> Baistrocchi, Eduardo “The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications” La interacción estratégica de países en vías de desarrollo en el área de inversiones extranjeras directas, ha inducido a los países a entablar una competencia fiscal nociva.

<sup>100</sup> El art.140 LIG establece que constituyen ganancias de fuente extranjera incluidas en el artículo 45, las enunciadas en el mismo que generen fuentes ubicadas en el exterior - excluida la comprendida en el inciso i)-, con los agregados que se detallan seguidamente: a) Los dividendos distribuidos por sociedades por acciones constituidas en el exterior,...

previsión suficiente respecto a los “costos de transacción”. El término – en este trabajo - contempla no sólo los riesgos de mercado sino también al tratamiento fiscal que las autoridades harán a los resultados de los contratos realizados con motivo de la exportación y la comercialización de los cereales. Y, en definitiva, serán los costos de transacción los que estructuran las transacciones y el sistema de precios.

El contribuyente debe prever un resultado negativo si al momento del embarque el precio del commodity es mayor al concertado por las partes<sup>101</sup>. Esta situación regulada por el sexto párrafo del art. 15 de la ley del impuesto expone al contribuyente a una contingencia (modificación de la base imponible) y a asumir un costo: la diferencia entre el precio pactado y el precio a la fecha de embarque que, eventualmente, podría resultar un riesgo del cual cubrirse en los mercados financieros o transferirlo a un tercero.

A su vez, por aplicación de los principios de la realidad económica y de integración el contribuyente debe pronosticar el tratamiento fiscal a las pérdidas resultantes de la comercialización de materias primas con derivados, los que dependerán del criterio adoptado por el fisco: si ellas son consideradas como resultado de contratos de cobertura, serán deducidas por el contribuyente de sus ganancias; pero si son consideradas especulativas no podrán ser deducidas según el régimen general. Esta situación lo coloca frente a un nuevo riesgo que es la posibilidad de no poder deducir la pérdida originada por el criterio del organismo fiscal y así tener que liquidar el impuesto sobre una base imponible mayor a la

---

<sup>101</sup> Como afirma Rosso Alba, Cristian en LA EXPORTACIÓN AGROPECUARIA Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA el sistema tributario está capturando la “competitividad” generada por la devaluación con la introducción del sexto párrafo y la regulación de los precios de transferencia. Si bien Uruguay reglamentó el llamado “sexto método” , a criterio del autor, es un sistema menos arbitrario que el de nuestro país puesto que sólo establece la base imponible del impuesto en el precio publicado al momento del embarque con independencia del precio acordado entre partes. Además, el CUP implica comparar directamente los precios de operaciones vinculadas con precios de operaciones independientes en condiciones comparables. La aplicación del método, para Goldemberg, exige un riguroso análisis de comparabilidad pero el sexto método es un método rústico para cuya aplicación no se tienen en cuenta todos los elementos comparables antes señalados, especialmente las condiciones de venta relativas a los plazos de entrega y volúmenes negociados, ni mucho menos las circunstancias del negocio. El precio de mercado a la fecha de fin de carga es un dato que no refleja las condiciones pactadas entre terceros, toda vez que el precio se fija al concertar la transferencia, ocasión previa al embarque, cuya implementación lleva días. El precio al que se refiere el sexto método ignora las prácticas del mercado, por lo cual no tiene entidad de precio arm’s length, en PRECIOS DE TRANSFERENCIA. ¿QUÉ NOS DEJÓ EL SEXTO MÉTODO? Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE) junio 2014 .

real<sup>102</sup>. En este sentido, el contribuyente debe prever el tratamiento administrativo que el fisco realizará de esos resultados y el pronóstico a la resolución de los tribunales ante una impugnación judicial.

En definitiva, el tratamiento legal a operaciones comerciales como la analizada en este ensayo, con sesgo siempre a favor del fisco, le impide al contribuyente anticipar su ecuación económica. A las contingencias propias de los riesgos de mercado en relación a la producción y comercialización de materias primas agrícolas se debe agregar las características propias del régimen tributario de nuestro país. Al costo financiero (tasa de interés), se agrega la relación del peso/dólar (tipo de cambio) y la inflación que junto a las retenciones a las exportaciones, el impuesto a las ganancias a esas exportaciones – según el actual método regulado en el sexto párrafo de la ley -, a las ganancias obtenidas en los mercados financieros ( junto a la imposibilidad de deducir las pérdidas – según el régimen general - si los contratos no son calificados de cobertura), y a la pérdida de competitividad, generan un aumento en los costos de transacción que, además de las condiciones económicas propias de las operaciones, conllevan una carga tributaria que incentiva al contribuyente a planificar sus negocios con especial atención a estos costos<sup>103</sup>.

---

<sup>102</sup> Rosso Alba, Cristian en ob. citada opina que “si el fisco fuera congruente con la partida doble fiscal, debiera permitir al sujeto del país contabilizar los gastos de cobertura o *hedge* incurridos por la parte afiliada del exterior, ya que si se apropia del ingreso (incremento de precio entre la fecha de concertación y la de embarque) debiera paralela y congruentemente permitir la apropiación local del gasto de cobertura, asociado a tal fluctuación de precio” y por esa razón, la norma de fondo resultará cuestionable con base constitucional por arbitrariedad”. Comentarios respecto al sexto método, ver Goldemberg, Cecilia “OPERACIONES CON COMMODITIES. LAS INCONSISTENCIAS DEL SEXTO METODO” Errepar – Doctrina Tributaria N° 381 – Diciembre 201.

<sup>103</sup> El economista senior de la Sociedad Rural Argentina (SRA), Ernesto Ambrosetti opinó sobre estas cuestiones respecto al agro. Afirmó que el agro siempre tuvo mayor presión fiscal que el resto de los sectores de la economía con la pérdida de posibilidad de recuperar ingresos y mayor competitividad. Los derechos de exportación se han llevado 6 mil millones de dólares desde su implementación de transferencia del campo al Estado. “Los impuestos y la inflación agotaron la ventaja competitiva”. Ambrosetti explicó que los motivos de esa pérdida de competitividad son los derechos de exportación y el tipo de cambio; otra es la inflación que está creciendo a valores que ronda el 30% este año también, lo que incide en los costos de insumos y servicios porque afecta el tipo de cambio efectivo; es decir, el poder de compra efectivo del productor. El otro problema es el costo del dinero (costo financiero), ya que suben las tasas de interés para sacar créditos. Todos estos factores restan rentabilidad. LA NACION Opinión “La carga tributaria afecta la competitividad” Por Ernesto Ambrosetti . Otras entrevistas realizadas al economista “LA SEQUÍA Y LA FALTA DE COMPETITIVIDAD” ANÁLISIS ECONÓMICO” y “Los productores del NOA son los más eficientes del mundo”

En términos simples, “costo de transacción es todo aquello que encarece la realización de una transacción”<sup>104</sup>. En términos generales, y a nivel de cada transacción, el derecho de propiedad es el conjunto de derechos sobre un activo que en una transacción se puede ceder a cambio de una suma de dinero<sup>105</sup>.

La gestión de estos costos y riesgos al reconocimiento de derechos justifica esquemas de planificación fiscal que eliminen la incertidumbre y reduzcan esos costos. La transferencia del riesgo asociado al comercio internacional de materias primas es legítima, y también lo es que los resultados de esos riesgos sean localizados en una sucursal o una filial que pertenezcan al grupo económico, que realice actividades económicas ciertas y que aporten valor.

La exigencia de una correspondencia entre el objeto del contrato y el subyacente con las actividades económicas principales del contribuyente puede tener como consecuencia la modificación a la real capacidad contributiva del contribuyente. Es que las actividades económicas principales incluyen no sólo aquellas descritas en el objeto social de la empresa sino también aquellas que hagan al financiamiento de esas actividades o sirvan, con independencia a aquellas, al logro de las mismas.<sup>106</sup>

En este sentido, el error en la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias puede afectar la proporcionalidad que debe regir la imposición y la equidad horizontal pues se grava de manera distinta a quienes se encontrarían en igual situación.

Pero la cobertura y la especulación son dos aristas del mismo fenómeno económico: la transferencia del riesgo.

---

<sup>104</sup> Jorge Claro M. “FUNDAMENTOS ECONÓMICOS RELACIONADOS CON LOS ACTOS JURÍDICOS ELECTRÓNICOS” TEMA I : COSTOS DE TRANSACCIÓN, ASIMETRÍAS DE INFORMACIÓN Y SELECCIÓN ADVERSA. Santiago, 22 de noviembre de 2001

<sup>105</sup> Depetris, E.; López, R.; Quagliani, A.; Qüesta, T. “Cambios Institucionales y costos de transacción en el mercado de granos” La diferencia entre los mercados relativamente eficientes de los países desarrollados y los de los no desarrollados reside en la incertidumbre respecto a la seguridad de los derechos.

<sup>106</sup> Respecto a los derivados pueden ser financieros (opciones, swaps) o no financieros (commodities) y de la variedad de instrumentos o combinación de ellos resulta de difícil acreditación para el contribuyente demostrar, en los términos de la resolución, que el elemento subyacente también guarde relación con la o las actividades aludidas.

En el informe citado en este trabajo, y según sus autores, la volatilidad en diversos mercados ha ocasionado incertidumbre financiera la cual se traduce en riesgos y el mercado de derivados le ha dado solución a estos problemas: la transferencia de flujos<sup>107</sup>.

Sin olvidar que las variaciones del precio de la materias primas son un riesgo en sí mismo que se mantiene en el tiempo y en distintos mercados (mercado spot y en el mercado de futuros), la necesidad de preservar los costos y prever los resultados en el mercado de producción y comercialización de materias agrícolas obliga al productor y al exportador a cubrirse de toda variación a las condiciones del mercado en un momento dado.

Los instrumentos previstos por el mercado tienen como causa los riesgos financieros y como consecuencia el ejercicio de derechos con el fin de obtener la cobertura de ese riesgo. En este sentido es difícil determinar con precisión cuándo un contrato financiero participa en el mercado para cubrir un riesgo o especular con aquel. Porque, tal vez, un riesgo asumido pueda cubrir otras contingencias propia del giro de los negocios o efectos económicos en las actividades de la empresa (el impacto de la inflación en los costos).

Un riesgo a una eventual recalificación por el Fisco, se presenta, por ejemplo, con las opciones<sup>108</sup>. Si bien los motivos para adquirir una opción pueden ser inversión (trading) o seguro (cobertura), la acción a seguir estará vinculada directamente con las expectativas respecto del comportamiento del mercado (realidad económica)<sup>109</sup>.

---

<sup>107</sup> M.E. Jaime Heredia Montejano, Socio L.E. Augusto César Montoya Zirate, Coautor “Derivados y precios de transferencia”, citado. Los participantes en el mercado de producción y comercialización de commodities, generalmente, intercambian riesgos financieros. Están quienes pretenden protegerse de eventuales riesgos del mercado – principalmente mediante los típicos contratos de forwards, futuros, swaps y opciones – y están quienes asumen esos riesgos con el objetivo de especular respecto a las variaciones que pueda sufrir ese riesgo en el mercado en período de tiempo (tiempo de ejercicio).

<sup>108</sup> Baistrocchi, Eduardo AAEF “Opciones...” cit. (primera parte) La opción, explica Baistrocchi, “es un contrato por el cual una parte (tenedor) mediante el pago de una suma de dinero (prima) adquiere el derecho, pero no el deber, de obligar a la otra parte (lanzador) a que le compre o le venda determinada cantidad de un bien (bien subyacente), a determinado precio (precio de ejercicio), antes de que se extinga dicho contrato (plazo de expiración); esta clase de contratos es útil para lograr distintos propósitos”; entre los que se encuentran el de especular con el fin de obtener una ganancia y/o el de asignar riesgos entre distinta clase de inversores

<sup>109</sup> Julián Martín y Armando Casal, ob. cit . Por ejemplo, en el caso de las opciones, el lanzador tiene la obligación de comprar o vender mientras que el comprador tiene el derecho a comprar o vender. De no realizarlo, se pierde la prima que retribuye al lanzador de la opción el riesgo potencial de que el activo subyacente varíe de manera adversa a su interés antes de la fecha de vencimiento y por el capital inmovilizado

El ejercicio de ese derecho es opcional para su titular puesto que la característica del contrato es esa; no obliga a la parte a actuar en determinado sentido<sup>110</sup>. Esa opción de ejercer el derecho bien puede obedecer a una política de cubrir un determinado riesgo pero también puede ser el resultado de una oportunidad ofrecida por las condiciones del mercado en ese momento que hace conveniente el ejercicio de esa opción que otorga el contrato, con independencia del riesgo a cubrir. Es difícil anticipar el propósito que va a tener el ejercicio de los derechos otorgados por el contrato cuando su utilización está directamente relacionada con las circunstancias propias del mercado o con motivos en la administración de los negocios de la empresa y de las oportunidades en un momento determinado.

Un ejemplo ilustrativo podría ser la respuesta del mercado a la compra por un fondo de inversión de una importante cantidad de la producción de un commodity. La consecuencia económica natural de una operación comercial así es el aumento en la demanda del producto; y con ella, su precio. En este caso, cambian las estrategias de los participantes en ese mercado. Esas reacciones condicionarán el ejercicio de la opción contratada que estará limitada por las condiciones del mercado. Las condiciones de los precios de materias primas pueden ser alteradas por decisiones políticas de países (por ej. restricciones a la producción, proteccionismo o intervencionismo, regulaciones legales), por fenómenos naturales (sequías,

---

en los activos subyacentes mientras la opción se encuentra vigente. En este supuesto, de no ejercer el comprador la opción (el derecho), podría ser considerado una acción especulativa; sin embargo debería ser analizada la situación según los hechos al momento de concertar el contrato. Siguiendo el análisis de la situación para el comprador de la opción, el riesgo está limitado a la pérdida de la prima pagada y para el emisor de una opción cubierta (el dueño del ítem [en el caso el productor y el trader]), el riesgo se limita a la falta de correlación entre el ítem y la opción. Para el supuesto de tratarse de un emisor de “una opción desnuda” (no está el activo) el riesgo no es limitado y en los mercados OTC tiene el riesgo adicional de incumplimiento.

<sup>110</sup> Para el supuesto que el Fisco no reconozca las pérdidas por las operaciones con derivados, en tanto no califiquen como instrumentos de cobertura, obligan al contribuyente a tener que suscribir nuevos contratos derivados para poder, eventualmente, compensar o “cubrir” las pérdidas registradas y no reconocidas por la administración, con la consecuente afectación al principio de capacidad contributiva al liquidar el impuesto sobre una base imponible distinta y el aumento en los costos de transacción.

inundaciones) o por cuestiones del mercado (aumento de oferta o demanda de productos, inflación, aumento de las tasas de interés o del tipo de cambio).<sup>111</sup>

En cuanto al riesgo regulatorio, por la implementación de normas antielusivas, y por la creciente complejidad técnica del ordenamiento tributario, se afirmó que “a veces se ignora si estamos ante normas destinadas a aplicar el impuesto al contribuyente o a evitar que éste consiga que no se le aplique el impuesto”; como así también se ha apuntado que se hará cada vez más necesario acudir a regulaciones en las que los presupuestos de hecho sean fundamentalmente económicos y en las que la calificación se centre en la sustancia económica del objeto imponible<sup>112</sup>.

Respecto al sector agropecuario y con fundamento en la inflación, para el supuesto de incrementos de gasto sin que sea acompañado por la rentabilidad, la diferencia (pérdidas)

---

<sup>111</sup> Julián Martín y Armando Casal en “Instrumentos Financieros Derivados” Ed. Errepar Armando Casal identifica la clasificación básica de los riesgos en: 1) riesgo de mercado (riesgo cambiario, riesgo en la tasa de interés, riesgo de precio); 2) riesgo de crédito (crediticio); 3) riesgo de liquidez; 4) riesgo operacional; y 5) el riesgo regulatorio. Se ha publicado, recientemente, que la actualidad exige manejarse con mucha prudencia en materia de financiamiento. Es que el contexto no luce sencillo. Aumento de costos, encarecimiento del crédito, alta inflación, incertidumbre cambiaria y una economía que está pendiente sobre si hay default o acuerdo con los fondos buitres por la deuda impaga son temas que, directa o indirectamente, influyen en el financiamiento. El productor Santiago del Solar explicó: "Según Rofex, el dólar a junio 2015 estará a 10,80 \$/US\$, versus el valor actual de 8,15 \$/US\$, dando una devaluación implícita del 32% en el período. Cubriéndose en ese mercado a futuro se puede acotar la tasa de interés en dólares sobre un préstamo tomado en pesos. De esta manera, tomando la cobertura Rofex la tasa en pesos del 30/40% se puede transformar en una tasa en dólares de 4% a un 10% anual, acotando los riesgos. No tomar esta cobertura y quedar abierto se corre el riesgo que la devaluación real no acompañe la tasa de interés del crédito en pesos". La próxima cosecha gruesa, 2014/2015, va a concluir cuando esté a pleno la campaña electoral para la carrera a la Casa Rosada. Para Horacio Busanello, CEO de Los Grobo, el contexto electoral es otro condimento que se suma en el análisis al precio de los granos, el tipo de cambio, la tasa de interés y la inflación. Sobre el financiamiento, para Busanello, es "recomendable tomar posiciones en insumos por anticipado con pago diferido en pesos, porque es una manera de fijar tipo de cambio y asegurar costos". Por Fernando Bertello “Casino agrícola: altos riesgos para financiar la próxima siembra” publicado en el diario La Nación Sábado 05 de julio de 2014

<sup>112</sup> Fernando Salas Bernalte “LAS MOTIVACIONES FISCALES EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS: Legalidad tributaria y control de la causa negocial” con citas de ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, C., “Notas retrospectivas de los preceptos de la Ley General Tributaria relativos a la aplicación de las normas”, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 16/2000, págs. 271 a 279; asimismo vid. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “La evasión legal impositiva”, Revista de Economía Política, núm. 56, 1970, pág. 40.

podría ser cubierta tras la concertación de instrumentos derivados - instrumento de financiación para cubrir los gastos que la actividad implica -, aunque no tenga un riesgo que cubrir. En este caso no hay contratos de coberturas respecto a operaciones principales, sino que la suscripción de contratos derivados son instrumentos de compensación de pérdidas. No surge, así, una diferencia nítida para calificar al instrumento especulativo o de cobertura de riesgos.

La sequía no es un riesgo de mercado pero es un evento que afecta la sensibilidad de precios porque el riesgo climático altera la oferta y demanda de productos. Las posibilidades de una modificación de políticas económicas que pueda afectar las tasas de interés o el tipo de cambio también varían los precios. Y esos riesgos sí deben ser cubiertos por la modificación de los precios porque son riesgos de mercado. El productor o empresario que pueda prever esa contingencia sólo puede asumir o transferir un riesgo: los instrumentos financieros son una herramienta útil para esas situaciones en las que un acontecimiento probable puede modificar los resultados de las actividades económicas.

Todas estas condiciones modifican la estrategia de los operadores del mercado (productores, brokers, traders, exportadores). Por esta razón, la legislación no puede aprehender esa realidad para calificar, con certeza técnica, a las operaciones de cobertura y especulativa. El mismo impedimento se extiende a la administración y el contribuyente. Y la dificultad se extiende a los jueces quienes deberán analizar, caso por caso y según los argumentos de las partes, si las pérdidas registradas pueden ser deducibles por el régimen general de las ganancias de la compañía.

## **IX. Conclusiones**

En un mercado global los individuos y las empresas de distintos países intercambian bienes y servicios. Las compañías multinacionales también participan de este proceso que, a través, sus filiales y subsidiarias se localizan en distintas regiones no sólo por motivos fiscales; también

por cuestiones estratégicas en la necesidad de abrir un nuevo mercado o para reducir los costos de transacción.

El comercio entre países generó, a su vez, conflictos en la imposición de los tributos. Las diferencias en los criterios legales de imposición obligaron a los países a adoptar regímenes fiscales para resguardar, en la medida correcta, el derecho al crédito por los resultados a la actividad o negocios desarrollados en cada país. Es muy difícil distinguir entre elusión y planificación fiscal<sup>113</sup>.

El sistema de precios de transferencia intenta resguardar el derecho de cada Estado a percibir los impuestos debidos. Según el criterio de imposición de cada jurisdicción (criterio de la fuente o de renta mundial), los resultados económicos alcanzados por cada uno de los regímenes legales pueden derivar en doble imposición jurídica, doble imposición económica o ambas.

El comercio internacional de granos en el que nuestro país participa activamente exportando al mundo productos agrícolas, no es ajeno a generar efectos como los señalados. Conforme a la planificación de los negocios de las compañías multinacionales que exportan nuestras materias primas y productos a distintos países de la región y otros del mundo, optaron por transferir los riesgos de mercado propios de la actividad de producción y comercialización a intermediarios localizados en distintos países. El supuesto que analizamos es un ejemplo en el cual la comercialización de las commodities, en el mercado de futuros y a otros sujetos vinculados o

---

<sup>113</sup> Gutierrez, Marelo Tema: Elusión vs Planificación Fiscal Internacional 5° Encuentro Regional Latinoamericano IFA – 2013 Mayo 15 al 17 Ciudad de México. En el Informe de la OECD DE 1987: “International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies” se menciona lo siguiente: “La dimensión de lo que se entiende por elusión fiscal puede variar de país en país dependiendo (...) en la actitud de los gobiernos (...) quienes pueden variar en el mismo país en el tiempo...” Los detalles de los esquemas de elusión fiscal varían de acuerdo a las leyes de un país en particular(...), Hoy en día, más de 20 años después, los países miembros de la OECD están de acuerdo que la definición de elusión fiscal no es clara.

A modo de ejemplo, en el trabajo de Celina Tamietti “ La Corte y una realidad ¿económica? “ de la Universidad Torcuato Di Tella se sostuvo la hipótesis por la cual, en la etapa comprendida desde 1960 a 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido a favor de la aplicación del instituto de la “realidad económica” en aquellas oportunidades donde el contexto económico ha sido de déficit fiscal, favoreciendo así la recaudación, y en contra en situaciones de superávit fiscal.

consumidores finales, se realiza por la intermediación de una sucursal de la empresa exportadora ubicada en otra jurisdicción<sup>114</sup>.

En un contexto de apertura al comercio internacional y a la libre movilidad de personas y capitales, no es extraño que la producción de un producto se realice en un país, la comercialización en otro y el consumo en un tercer país. Todo ello implica evaluar los costos de esas transacciones en los que la cuestión fiscal no es ajena. Así las diferencias en las legislaciones y los distintos regímenes fiscales obligan a las empresas, en ese análisis de costos, a evaluar las ventajas y desventajas de cada una de las jurisdicciones en las que se desarrollarán, total o parcialmente, las actividades y negocios de aquella.<sup>115</sup>

Pero la administración comenzó a observar que las compañías multinacionales que concentraban el comercio exterior de granos redujeron los importes del impuesto a pagar en sus declaraciones juradas<sup>116</sup> tras instalar sus filiales en zona franca del territorio uruguayo

---

<sup>114</sup> Al igual que el régimen legal de precios de transferencia en nuestro derecho, Uruguay reglamenta los precios de transferencia entre sujetos vinculados; también Argentina y Uruguay gravan las ganancias obtenidas en el mercado financiero. Sin embargo, Uruguay ofrece ventajas fiscales en la exportación de esos mismos productos y alícuotas ventajosas aún para el caso de que se graven iguales bases imponibles. Otra diferencia, además, es el criterio de imposición entre ambos países. Mientras que la Argentina adopta el criterio de la renta mundial (grava todas las ganancias obtenidas en el país como en el exterior), Uruguay utiliza el criterio de la fuente razón por la cual sólo grava a las ganancias obtenidas por actividades desarrolladas dentro del territorio del país. Ley 18.083 de la Rep. Oriental del Uruguay – en su art. 7° - establece que “... se considerarán de fuente uruguaya las rentas provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones y del lugar de celebración de los negocios jurídicos”.

<sup>115</sup> Así los criterios de imposición a la renta, los regímenes de precios de transferencia, los impuestos al comercio exterior, los impuestos a la actividad financiera y a las ganancias de capital, la existencia de convenios para evitar la doble imposición internacional, son aspectos a tener en cuenta al momento de planificar el impacto fiscal de los negocios de manera tal de reducir los costos de los sujetos participantes.

<sup>116</sup> En la reunión de la Comisión de Agricultura y Ganadería del día 02/11/2010 , el administrador federal expuso: “La idea es abordar dos o tres aspectos vinculados con la evasión de los grandes grupos concentrados y cómo se comporta en el sector agrícola el último eslabón de la cadena y algunos eslabones intermedios. El contribuyente global que tomamos como ejemplo pagó aproximadamente 400 millones de pesos en concepto de impuesto a las ganancias hasta el año 2007. Abrió una oficina en la zona franca de Uruguay, entendió que ésta tenía sustancia y de un día para el otro consideró que esa ganancia era generada por dicha oficina en ese país. Recientemente hemos lanzado un operativo sobre 890 contribuyentes que triangulan exportaciones a esos destinos nocivos y estamos verificando realmente *la sustancia* que dicen tener respecto de las oficinas que han instalado en las zonas francas o en los paraísos fiscales. Estamos trabajando sobre mecanismos de contención de la triangulación de exportaciones con motivos fiscales. Una cosa es el derecho de exportación y otra muy distinta es el impuesto a las ganancias. Es decir que son precisamente las grandes compañías, los grupos concentrados, los que utilizan la plataforma y planificación fiscal destinada a volcar la base imponible de ganancias y pagar menos en la Argentina. lo que más cuestionamos son las maniobras, que no son de

aprovechando las ventajas fiscales ofrecidas en el país vecino mediante un régimen legal especial. Una ventaja adicional del régimen legal argentino es el tratamiento tributario que favorece a los sujetos no residentes en Argentina por sobre los residentes en el país, pues los resultados obtenidos por no residentes de instrumentos derivados (en la que la contraparte sea un sujeto residente) no se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias, ya que el criterio adoptado por la legislación argentina para gravar los resultados es la residencia del sujeto perceptor de aquellos.

Se afirmó que de conformidad con el principio de libertad de contrato, el punto de partida generalmente es que los contribuyentes son libres de arreglar sus negocios de forma tal de poder ahorrar impuestos pero el contribuyente no debería abusar de su derecho; también los contribuyentes deberían poder confiar que sus transacciones, a las cuales entraron de forma legal, serán respetadas por las autoridades fiscales y por los tribunales de su país<sup>117</sup>.

El análisis realizado al supuesto planteado, en este ensayo, permite concluir en las siguientes hipótesis:

- Para el productor de materias primas agrícolas y para el exportador, las condiciones de la operación comercial pactadas entre las partes (el precio), los riesgos de mercado, la

---

planificación sino de evasión del pago del impuesto a las ganancias con diferencia de precios". En el diario británico *The Guardian* se publicó: "Argentina accuses world's largest grain traders of huge tax evasion" *Grain traders ADM, Bunge, Cargill and Dreyfus deny charges by Argentine government of substantial tax evasion* "These companies have gone into criminality," Echegaray said. "2008 was when agricultural commodities prices spiked and was the best year for them in prices, yet we could see that the companies with the biggest sales showed very little profit in this country." En <http://www.theguardian.com/>

<sup>117</sup> Gutierrez, Marelo Tema: Elusión vs Planificación Fiscal Internacional 5° Encuentro Regional Latinoamericano IFA – 2013 Mayo 15 al 17 Ciudad de México. Las tres conclusiones en relación a la elusión y planificación fiscal:

1. Lo que para un país es Elusión fiscal, puede ser considerado Planificación Fiscal en otro. La diferencia en el concepto generalmente depende del grado de desarrollo que el proceso encima mencionado tenga en los países; 2. Una segunda conclusión es que en países donde este proceso no está desarrollado es posible aplicar estrategias de Planificación Fiscal Internacional sólo con analizar las estrategias de los países más desarrollados. Del mismo modo, el trabajo para las Autoridades Fiscales de estos países es más fácil al poder emular legislaciones más avanzadas; y 3. Por último, las regulaciones anti-elusión surgen como consecuencia de estrategias de planificación fiscal que salen a la luz, o también puede decirse que los asesores fiscales internacionales desarrollan ideas siempre antes que las autoridades fiscales.

cobertura de esos riesgos y el tratamiento fiscal a los resultados de las transacciones en los mercados financieros, son un incentivo a la planificación fiscal descrita. La participación de un trader en el mercado internacional de commodities encontraría su justificación económica en reducir los costos de transacción, siempre que el intermediario tenga presencia real en el país extranjero y desarrolle una actividad comercial cierta para obtener un beneficio económico.

- Las fluctuaciones de precios producto de las variaciones entre oferta y demanda de la mercadería transada (riesgos de mercado), incentivan a los participantes del mercado a trasladar esos riesgos puesto que el uso de derivados financieros puede generar mayor certidumbre sobre los derechos u obligaciones; es decir, sobre los ingresos y costos para la empresa multinacional en el comercio internacional; y estas condiciones son propias de los distintos mercados que compran y venden materias primas.
- La razón de negocios a las operaciones definidas en el sexto párrafo del art. 15 de la ley, en el supuesto analizado, encuentra justificación en la planificación del grupo económico en la cobertura de los riesgos a las variaciones de los precios de la mercadería transada y la transferencia al sujeto vinculado de los cambios favorables (ganancias) que pudieran resultar de las alteraciones de precios siempre que las transacciones sean regidas por las condiciones del mercado en situación similar a la que llevarían a cabo con terceros o partes independientes.
- Las disposiciones de la ley respecto a la ubicación de fuente de resultados de originados por derechos y obligaciones de instrumentos derivados (en tanto el gravamen sigue al riesgo) y la reglamentación vigente al tratamiento fiscal a las pérdidas resultantes a las operaciones con esos derivados (según las operaciones sean calificadas de cobertura o especulativa), también incentivan a transferir los resultados de los contratos a un sujeto del exterior.
- Al no encontrarse establecidas por el legislador las reglas específicas para cada instrumento financiero, respecto a las cuales los contribuyentes deban ajustar sus estrategias para la determinación de las obligaciones fiscales, los principios de la realidad económica y de integración serán, en definitiva, los que determinen – caso por caso - la finalidad de cobertura o de inversión de los derivados financieros. El riesgo

derivado por la incertidumbre al tratamiento fiscal a los resultados económicos de los contratos que pueden sobrevenir a la interpretación y aplicación de las normas legales respecto a la determinación de la fuente y al reconocimiento de pérdidas de las operaciones con derivados financieros, motivan la planificación descripta porque reducen los costos de transacción. Es que cuando los hechos no son debidamente alcanzados por el derecho, la aplicación del derecho puede modificar los hechos. Esta consecuencia menoscaba la seguridad jurídica con el riesgo de afectar la proporcionalidad que debe regir la imposición y la equidad horizontal, pues se grava de manera distinta a quienes se encontrarían en igual situación.

- La ley grava las ganancias de los instrumentos financieros derivados que sean de fuente argentina o extranjera pero sólo habilita la deducción de las pérdidas siempre que se compensen con ganancias de esa misma fuente; excepto que los contratos celebrados tengan por objeto cubrirse de riesgos de mercado. La incertidumbre respecto a la aplicación de la excepción (la deducción de las pérdidas por coberturas) puede significar el diferimiento de la reducción de la base imponible, trasladando al contribuyente el costo de las pérdidas del resultado de su actividad financiera.
- Si el derivado contratado está relacionado con las actividades del contribuyente que son fuentes de sus ganancias, son deducibles en tanto las pérdidas se realizaron con el fin de preservar la fuente de las ganancias; lo importante no es si el instrumento puede ser calificado de cobertura o especulativo según la finalidad pretendida por el contribuyente, lo relevante es si económicamente los contratos derivados, sean de cobertura o de inversión, tienen justificación en los negocios del contribuyente. Resulta de seguir una interpretación sistémica de la ley que se debería seguir el criterio del legislador establecido en el art. 80 de la ley del impuesto en tanto son deducibles los gastos para obtener, mantener y conservar las ganancias.
- La incorrecta aplicación de las reglas establecidas por la reglamentación puede dar a lugar a una inexacta determinación de la obligación tributaria según la deducción o no de las pérdidas de los contratos derivados por la calificación del Fisco, con afectación a la real capacidad contributiva del contribuyente. En un contexto como el descrito, la legislación y la actuación del organismo recaudador podrían afectar los principios de legalidad, de defensa en juicio y de propiedad al sujetar a imposición resultados

distintos a la capacidad contributiva que legitiman el impuesto; lo que puede resultar un incentivo para las compañías a localizar el resultado de los riesgos en otro país.

Gustavo Enrique Cristofani

Leg. 09G1012