

PROBLEMATICA FISCAL EN LAS SOCIEDADES DE GARANTIA RECIPROCA

*Carlos Roberto Antoni Piossek
Dante Fabio Arcas*

1. SECUENCIA DE UNA DESPROLIJA REGLAMENTACION

A. ARTICULO 79 DE LA LEY 24.467 Y DECRETO REGLAMENTARIO N° 908/95.

La ley 24.467, promulgada el 23 de marzo de 1995 y publicada en el Boletín Oficial del 28 de marzo del mismo año, introduce en el Derecho Positivo Argentino una peculiar figura asociativa, bautizada «Sociedades de Garantía Recíproca».

El nuevo tipo de sociedad, híbrido y con pretensiones multifacéticas¹, regula en el título II, a partir del art. 32 al art. 83, tiene como objetivo facilitar a las PYMES el acceso al crédito, permitiendo su llegada al mercado financiero a costos menos onerosos².

A fin de que estas sociedades cumplan con el objetivo de su creación o sea permitir la reactivación de la producción y comercialización -en términos competitivos- de las PYMES, el legislador con todo acierto confirió diversos beneficios impositivos sacrificando la necesidad recaudatoria del Estado Nacional.

Dentro del citado marco, se abre una expectativa en la disminución de la tasa de desempleo; en regulación diferencial de las relaciones de trabajo como la inserción de las Pequeñas y Medianas Empresas en el mercado de consumo, todo en pos del crecimiento y desarrollo de las mismas³.

De esta manera, el art. 79 de la ley regulatoria del nuevo sujeto de derecho, confiere beneficios impositivos de diversa índole que pueden ser resumidos en las siguientes exenciones:

- 1.- Del impuesto a las ganancias por las utilidades que generen.
- 2.- Del impuesto al Valor Agregado (IVA).
- 3.- Los aportes al capital social y al fondo de riesgos de los socios partícipes y protectores serán deducibles de las utilidades imponibles del impuesto a las ganancias, de sus respectivas actividades.

Pero, las buenas intenciones impositivas exteriorizadas por el legislador de esta nueva categoría típica de sociedades anónimas⁴, se vieron frustradas por una inapropiada reglamentación del Poder Ejecutivo canalizada a través del «Decreto 908/95».

El nuevo instrumento reglamentario, publicado en el B.O. del 20/12/95, desprolijamente desvirtuó los beneficios fiscales otorgados a las sociedades de garantía recíproca, provocando un perjuicio indirecto, a las PYMES, transformando en responsables del pago del impuesto a las ganancias y del IVA, a las S.G.R., ante determinadas operaciones.

¹ VERON-NEVA. «Empresa y Derecho Societario», Ed. Depalma.

² Manuel DIAZ, «Sociedades de Garantía Recíproca - Problemas Tributarios», P.E.T. Doctrina 1/4/97.

³ CORTE DE VIRGILIS-TABERNERO. «Reforma laboral en las PYMES - Ley 24.467», Ed. Rubinzal-Culzoni, 1995, pág. 128.

⁴ GAGLIARDI, Mariano. «Las nuevas sociedades de garantía recíproca», La Información T.R., pág. 305.

B. DUDAS Y CONTRADICCIONES

1. Impuesto a las Ganancias

Entrando a un análisis exhaustivo del peculiar decreto reglamentario encontramos que no solo limita las exenciones contempladas en el art. 79 de la ley 24.467 sino también que deja grandes vacíos respecto al gravamen del impuesto a las ganancias y del IVA, en lo referente a las utilidades financieras del «fondo de riesgo» como en la ejecución de los contratos de garantía.

El art. 79, del citado ordenamiento legal, en su inciso a), dispone una eximición al impuesto a las ganancias «por las utilidades que generen ...», surgiendo una duda sobre qué utilidades hace mención la norma. Al no realizar una determinación estimamos que, se engloba a todo tipo de beneficio fundada dicha afirmación en el espíritu general de la ley.

A su turno, el Decreto 908/95 limita dicha exención a las «utilidades que generen los contratos» no así a las «utilidades financieras» obtenidas por la colocación del fondo de riesgo, conforme los alcances del art. 24 del Decreto reglamentario.

La Sociedad de Garantía Recíproca ante el incumplimiento de pago incurrido por el socio partícipe, puede proceder a efectivizar su cumplimiento, en el carácter de fiador, con el fondo de riesgo. Ante dicha situación el acreedor le otorga a la sociedad un recibo por capital e intereses, quedando de tal manera abierto el recupero por la vía de la subrogación.

Dicho pago podrá incluir capital más intereses y, la Sociedad de Garantía Recíproca al interponer la acción de recupero por lo abonado, podría originar una utilidad (intereses). En este caso, acorde a lo dispuesto por el art. 79 del citado instrumento legal, existiría una exención del impuesto a las ganancias pero, no así en virtud de lo dispuesto por el art. 24 del Decreto reglamentario.

Ante la contradicción de la ley con el Decreto reglamentario emergen las siguientes preguntas:

a) ¿ Existe gravamen cuando dicho fondo es destinado a cubrir un contrato de garantía recíproca para el caso de incumplimiento del socio partícipe, toda vez que dicho recupero haya generado utilidad ?

Entendemos, cuando se utiliza el fondo de riesgo para cubrir una garantía recíproca otorgada y se genera una utilidad, que este beneficio financiero está exento del impuesto a las ganancias para las Sociedades de Garantía Recíprocas. Dicha afirmación encuentra su fundamento en el contrato que le dio origen, acorde a lo dispuesto por el art. 79, inciso a) de la ley 24.467, al manifiestar que los mismos están exentos de dicho impuesto.

b) ¿ Se encuentran gravadas las utilidades del fondo de riesgo por otro tipo de operaciones financieras ?

Supongamos que las S.G.R. para el mejor gerenciamiento decide invertir su fondo de riesgo en acciones, títulos públicos y obligaciones negociables.

1. Acciones: El mayor valor que se obtenga en la compra-venta de acciones, se encuentra alcanzado por el impuesto a las ganancias al ser un sujeto incluido en el art. 69 - ley 20.628⁵. Cabe recordar que no se encuentra gravado por el Reglamento 908/95, art. 24, al exceptuar de las exenciones a los rendimientos financieros del fondo de riesgo.

⁵ Impuesto a las Ganancias, t.o. 1997.

2. Títulos Públicos: Las ganancias derivadas de los títulos públicos y demás valores emitidos por el Estado Nacional, provincial y municipal, se encuentran exentas del impuesto a las ganancias, art. 20, inciso k), ley 20.628, no así los sujetos incluidos en el título VI de la ley 20.628 toda vez que la exención no los alcanza por estar obligados a realizar el ajuste impositivo por inflación.

En este estado debemos analizar si las S.G.R. son sujetos obligados al ajuste impositivo por inflación o no.

Entendemos que este nuevo tipo societario no reviste el carácter de sujetos obligados a practicar el ajuste impositivo por inflación en virtud de lo expresamente dispuesto por la ley 24.073⁶. Dicho ordenamiento legal, a través de su art. 39, derogó el denominado «ajuste impositivo por inflación» en el impuesto a las ganancias, a partir del 1º/4/92.

A su vez, con la derogación del art. 97, inciso a) de la ley de Impuesto a las Ganancias⁷ y conforme a los alcances de la ley 24.073, se permite aplicar, a todos los contribuyentes, las exenciones establecidas en los incisos h), k), q) y v) del art. 20 -ley 20.628, t.o. 1997-, a partir del 1º/4/92.

Ante lo manifestado y analizando los alcances del art. 24 del Reglamento 908/95, se estaría creando un nuevo hecho imponible al gravar a los rendimientos financieros de los fondos de riesgos que provengan de la colocación o compra-venta de títulos públicos, originando una nueva contradicción y, manifestándose otro caso de inseguridad jurídica.

3. Obligaciones negociables: El impuesto a las ganancias grava la renta de obligaciones negociables en la tercera categoría para aquellos sujetos comprendidos en los incisos a), b) y c) del art. 49 -ley 20.628- y en la segunda categoría para los restantes casos según lo dispuesto por el art. 45, inciso a) de la ley 20.628.

A su turno la ley 23.962⁸, regulatoria del régimen de emisión de obligaciones negociables y el tratamiento impositivo que son objeto, prevé la exención de la renta y del resultado de su negociación. En consecuencia, el art. 36 bis, de dicho ordenamiento legal, dispone la exención de los resultados provenientes de la compra-venta, cambio, permuta, conversión y disposición de obligaciones negociables, así como los intereses, actualizaciones y ajuste de capital.

Esta exención también rige para beneficiarios del exterior, aún cuando la exención implique una transferencia a fiscos extranjeros, dado que se dispone la no aplicación del art. 21 de la ley del Impuesto a las Ganancias.

Las exenciones quedan condicionadas al cumplimiento de determinadas requisitos, debidamente contemplados en el art. 36 de la ley 23.962⁹, no rigiendo para los «sujetos-empresa», comprendidos en el título VI de la ley de Impuesto a las Ganancias -sujetos obligados a practicar el ajuste impositivo por inflación-.

En el caso, tal como hemos advertido en el punto «títulos públicos», dicho ajuste fue suprimido por el art. 39 de la ley n° 24.073, permitiendo dicha derogación aplicar, a todos los contribuyentes, la exención prevista en el art. 36 bis de la ley n° 23.962. Pero ateniéndonos a la literalidad del art. 24 del Reglamento 908/

⁶ B.O. del 13/4/92.

⁷ Título VI - Sujetos obligados al ajuste impositivo por inflación.

⁸ B.O. 6/8/91.

⁹ Que se trate de obligaciones negociables que sean colocadas por oferta pública, contando para ello con la autorización de la Comisión Nacional de Valores y que tengan determinadas garantías por parte de la emisora, etc.

95, estamos ante la creación de un nuevo hecho imponible en el impuesto a las ganancias, al gravar los rendimientos financieros del fondo de riesgo que provenga de la colocación o compra-venta de las obligaciones negociables.

Nuevamente, encontramos una duda por la contracción manifiesta entre la ley 23.962 con el Reglamento 908/95, puesto que el primero otorga una exención amplia a las obligaciones negociables, en tanto el segundo crea un nuevo hecho imponible, en el impuesto a las ganancias.

2. Impuesto al Valor Agregado

Las Sociedades de Garantía Recíproca quedan eximidas del IVA, por expresa disposición del art. 79 inciso b) de la ley 24.467, puesto que alcanza a «toda la operatoria que se desarrolle con motivo de los mismos».

La deficiente redacción del inciso b) del citado artículo, origina una gran incertidumbre al generalizar el tipo de operatorias sin identificar o por lo menos especificar cual es el alcance de la frase «toda la operatoria que se desarrolle con motivo de los mismos».

Por intermedio de un contrato de garantía recíproca se pueden concretar distintas operaciones, entre muchas otras, las siguientes:

- a) Retribución por garantías otorgadas.
- b) Retribución por asesoramiento económico-financiero, a sus socios partícipes ya sea en forma directa o a través de terceros.
- c) Las contra garantías otorgadas por los socios partícipe en respaldo de las operaciones garantizadas por las S.G.R.

El Decreto reglamentario, por intermedio del art. 25, limita la exención del IVA, exclusivamente, a las retribuciones que cobren las S.G.R. en el otorgamiento de las garantías, ocasionando un nuevo conflicto ante lo dispuesto por la ley 24.467.

La ley citada dispone, la eximición total del nuevo tipo societario; «de toda la operatoria», pero al momento de contratar bienes y servicios gravados con IVA se produciría un crédito fiscal no trasladable ante la no existencia de un débito fiscal que absorba dicho crédito fiscal.

De esta manera, la S.G.R. al contratar a un tercero responsable inscripto para prestar servicio de asesoramiento técnico, económico, financiero u otro, se generaría un crédito fiscal no trasladable, incrementándose el costo de la garantía recíproca. Esta situación quedaría reflejada en la mayor prima que se cobraría por el contrato otorgado.

3. Dedución a los socios partícipes y protectores

Continuando con el estudio del art. 79, de la ley 24.467, observamos que en su última parte dispone que, «los aportes de capital y los aportes del fondo de riesgo de los socios protectores y partícipes, serán deducibles de las utilidades imponibles para la determinación del impuesto a las ganancias, en sus respectivas actividades», pudiendo ser deducible el 50% de las utilidades atribuibles a los socios partícipes que por ley se destinen al fondo de riesgo.

A partir de que las S.G.R. se encuentra representado su capital con acciones nominativas, su tipo jurídico es el de una sociedad por acciones, cuyos integrantes son personas físicas y/o jurídicas, tal como lo afirmamos en puntos anteriores.

Remitiéndonos al art. 23 del Decreto reglamentario n° 908/95, observamos que, en caso de transferencia de acciones nominativas o recupero de los aportes efectuados y deducidos impositivamente, el mayor valor obtenido estará alcanzado por el impuesto a las ganancias.

No existe observación alguna que efectuar para el caso que, la operatoria descripta anteriormente la ejecute una persona jurídica o sujeto-empresa constituida en el país, por cuanto la compra-venta de acciones, siempre esta gravada. Si dicha operatoria la realiza una persona física, socia de la S.G.R., la compra-venta de acciones esta exenta del impuesto a las ganancias para «los habitualistas», en tanto, para «los no habitualistas» (personas físicas), tampoco están alcanzados por no estar incluidos en el objeto del impuesto a las ganancias.

Para el último caso, (personas físicas) el Decreto reglamentario crea un nuevo hecho imponible dentro del impuesto a las ganancias, al gravar el mayor valor obtenido en la transferencia de las acciones de las S.G.R. o el recupero del aporte al fondo de riesgo, con respecto a las personas físicas que asuman la calidad de socios partícipes o protectores de los nuevos sujetos del derecho.

De esta manera, detectamos una nueva contradicción entre la ley del impuesto a las ganancias y la ley 24.467 con el Decreto reglamentario 908/95, al establecer las primeras una exención general y la segunda al crear un nuevo hecho imponible para este tipo de sociedades, especialmente a los socios que revisten la calidad de «personas físicas», residente o no en el país.

4. Inseguridad jurídica

Dejando al margen cualquier consideración sobre la necesidad fiscal del Estado o bien las bondades, privilegios, ventajas o desventajas de la ley 24.467, causa alarma y llama la atención que el Decreto reglamentario n° 908/95, viciado de tanta irregularidad e improlijidad prosiga impune, causando serios daños a la seguridad jurídica.

El Poder Ejecutivo, una vez más, marginando la necesaria transparencia de una ley y sus reales alcances, aprobó de manera unilateral medidas que favorecen la recaudación de impuesto en irrefrenable perjuicio de una figura asociativa que tiene una clara y no menos dilatada permanencia en países desarrollados de nuestro planeta¹⁰, asestando un duro golpe a la seguridad jurídica.

Quedando afectados los principios de la seguridad jurídica, por parte del Decreto de mención, al modificar los alcances de eximición impositiva fijados en el art. 79 de la ley de Reforma Laboral de las PYMES, se mutiló el incentivo a la conveniencia de constituir Sociedades de Garantía Recíproca. Claro ejemplo es la situación por la cual nos encontramos atravesando en nuestro país, donde son escasos los casos de constitución de este nuevo tipo societario.

¹⁰ El Real decreto de 1978 - España; Societé de Cautión Mutelie, Francia; Smal Business Investment Act de 1958, EE.UU.

Recasens Siches¹¹ al trata el tema de la seguridad jurídica manifiesta: «el derecho surge como instancia determinadora de aquello a lo cual el hombre debe atenerse en las relaciones jurídicas con los demás -CERTEZA-, pero no solo certeza teórica, saber lo que se debe hacer, sino certeza práctica, es decir -SEGURIDAD-, saber lo que esto tendrá forzosamente que ocurrir.

El derecho no es puro dictamen, mera máxima, sino norma cierta y de cumplimiento seguro (de imposición inexorable), norma garantizada por el máximo poder social, por el Estado, a cuyo imperio no podrá escapar.

Al permitir que el Poder Ejecutivo haya alterado los beneficios impositivos de la S.G.R., se deterioró una institución jurídica como «la certeza práctica», generando una serie de dudas innecesarias que causan profundos perjuicios al desarrollo de las PYMES y su acceso al mercado financiero.

En definitiva, el Decreto reglamentario 908/95 al dejar planteada una serie de dudas y contradicciones con lo dispuesto por la ley 24.467, puso en descubierto una abierta alteración a la seguridad jurídica garantizada por el derecho positivo, no dejando duda que deberá ceder el paso a la justicia¹².

¹¹ Vida Humana, sociedad y derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2ª Edición, 1945, pág. 210.

¹² Extractado de Gómez Robledo, Antonio. «Meditaciones sobre la justicia», Ed. Fondo de Cultura, México, 1963, pág. 176 y ss.