Informe firma conjunta

Número: IF-2021-110557303-APN-VOCXI#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Lunes 15 de Noviembre de 2021

Referencia: VOCXI. Expediente N° 48.111-I caratulado “Banco Finansur S.A. s/apelación”. Sentencia.

En la fecha se reúne la Sala D del Tribunal Fiscal de la Nación, integrada por la Dra. Edith Viviana Gómez (Vocalía de la 10º Nominación) y la Dra. Agustina O’Donnell (Vocalía de la 11º Nominación), para dictar sentencia en el Expediente **N° 48.111-I** caratulado “**Banco Finansur S.A.** s/apelación”

La Dra. O’Donnell dijo:

I- Banco Finansur S.A. interpone el recurso de apelación previsto en el art. 76, inc. b) de la ley 11.683 contra la Resolución N° 95/2017, dictada el 19 de junio de 2017 por la División Determinaciones de Oficio “A” del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Administración Federal de Ingresos Públicos por la cual se determina de oficio su obligación en el impuesto a las ganancias del periodo 2009 y se le intima el ingreso de $248.863,89, más intereses resarcitorios. Asimismo, se hace reserva de la eventual aplicación de sanciones en virtud de lo dispuesto por el art. 20 de la ley 24.769.

En dicho acto el organismo fiscal cuestionó el método utilizado por el Banco para el cálculo del prorrateo de gastos vinculados con ganancias gravadas, exentas y/o no gravadas previsto en el art. 117 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, al no haber tomado en consideración como parte integrante del coeficiente de asignación de dichas erogaciones a la renta proveniente de la tenencia de certificados de participación en fideicomisos financieros, lo cual sostiene contradice las normas aplicables. Es así que reformuló el prorrateo incluyendo el referido concepto a los efectos del cálculo del coeficiente, de lo que resultó la impugnación de los gastos consignada por la recurrente en su declaración jurada del período fiscal por un monto de $445.099,76.

Asimismo, se impugnaron otros conceptos deducidos en dicha declaración, tales como “intereses resarcitorios y punitorios” por $110.618,04, “multas fiscales” por $7500, e “intereses punitorios y cargos a favor BCRA” por $147.821,87, al considerarse deducciones no admitidas por la ley del gravamen.

En su recurso, el Banco plantea en primer lugar la nulidad de la Resolución por falta de motivación y por violación a la garantía constitucional del debido proceso. Ello, por cuanto por orden judicial dictada en una causa penal la Administración estaba impedida de concurrir al domicilio fiscal del Banco a requerirle información

respecto del impuesto a las ganancias del período fiscal 2009. Entiende, así que la documentación recabada en la instancia administrativa previa fue a espaldas del Ministerio Público e, inclusive, contra sus expresas instrucciones.

Por otra parte, sostiene que no corresponde la inclusión en el prorrateo de ningún gasto vinculado a las utilidades de los fideicomisos, dado que no se trata de ingresos exentos y/o no gravados como dispone el art. 80 de la ley, sino que constituye una renta no computable, tal como surge de su art. 64, es decir que se trata de una categoría de ingresos que tiene una naturaleza distinta de los exentos y no gravados y, por lo tanto, que tiene un distinto tratamiento legal. Exige así que este Tribunal interprete que los dividendos y la renta de los certificados de participación en los fideicomisos financieros son conceptos no computables y que por analogía no se puede prohibir su deducción.

Agrega, en subsidio, que en virtud del prorrateo se infiere que por la tenencia de los certificados de fideicomiso, que arrojaron una utilidad de $926.480,51, el Banco tuvo gastos de $445.099,76, es decir, equivalentes al 50%, cuando hay gastos que no tienen relación alguna con dicha operación a pesar de lo cual el Fisco Nacional impugnó su deducción incluyéndolos en el prorrateo. Dice también que no debieron tomarse en el prorrateo otros gastos como los de las sucursales, propios de la actividad de la banca minorista, los de la casa central de centros de negocios identificables operativa y contablemente, por ejemplo, los sectores comercial/consumo, comercio exterior, los importes de intereses por los préstamos tomados para solventar unidades de negocios específicas.

Respecto de las restantes deducciones de gastos, que el Fisco Nacional impugnó por considerar que no estaban admitidas por el art. 145 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, asegura que se impugnó la cuenta de intereses resarcitorios suponiendo que se trataba de intereses punitorios, deducibles *como se acreditará con la prueba pericial contable ofrecida, y la cuenta intereses punitorios y cargos a favor del BCRA* por no haber aportado la documentación de respaldo. Agrega, sin embargo, que dicho ente estaba en condiciones de recabar la documentación necesar

Por su parte, al contestar el recurso, la representación fiscal se remite a los

II- El 21 de agosto de 2018, por sorteo efectuado en esa fecha en virtud de la excusación formulada por el Vocal de la 8va. Nominación, resulta desinsaculada para entender en la causa esta Vocalía, quedando radicada ante esta Sala.

A fs. 80/81, el apoderado del banco informa la quiebra declarada el 19 de marzo de 2018 en trámite ante el Juzgado Nacional en lo Comercial N° 12, Sec. N° 23 de esta Ciudad.

A fs. 100 se abrió la causa a prueba y se hizo lugar a la pericial y la informativa ofrecidas; sin embargo, a fs. 111, luego de varias diligencias que incluyeron la sustitución de los peritos designados y el retiro de las actuaciones por parte de personas designadas por la Sindicatura en la quiebra, en atención al tiempo transcurrido sin que se hayan producido, ni instado tampoco su producción, se dio por decaído ese derecho.

A fs. 122 se elevaron los autos a consideración de la Sala y a fs. 125 quedaron en estado de dictar la sentencia.

III- Corresponde resolver en primer lugar el planteo de nulidad formulado por la recurrente, que invoca que la Resolución carece de motivación y que fue dictada en violación a su derecho de defensa.

Sostiene que el organismo fiscal incumplió la orden judicial dispuesta en la causa N° 23258/2012, caratulada “Banco Finansur SA s/infracción ley 27.769”, en la que, según dice, se le prohibió que concurriera al domicilio

fiscal de la sociedad en busca de información y/o documentación referida al impuesto a las ganancias del periodo 2009 y afirma que, en consecuencia, el ajuste es nulo porque se basa en probanzas o antecedentes *malhabidos*, lo que afecta su derecho de defensa en juicio y debido proceso adjetivo.

Sin embargo, no se ha adjuntado ninguna pieza que dentro del proceso penal se hubiera puesto en conocimiento este supuesto incumplimiento a la orden judicial, ni tampoco se informa de qué modo concluyó el proceso en cuestión, lo que resulta cuanto menos llamativo dada la seriedad con la que se esgrime el planteo.

Por otro lado, cabe recordar que la nulidad de un acto no puede invocarse en forma abstracta, sino que es indispensable acreditar la existencia de afectación en algún derecho de quien la pide y un perjuicio concreto, requisitos que en el caso no se han cumplido.

Así lo ha manifestado en forma reiterada y constante la Excma. Cámara que ejerce como tribunal de alzada de este Tribunal al decir que *"…cuando se plantea la nulidad de un acto administrativo debe señalarse, concretamente, cuáles son los vicios que exhibe y qué perjuicio ha provocado (causa "Cooperativa de Trabajo AEI "Colonia Barraquero" LTDA c/ INAES – Resol. 806/08 (Expte. 137/03)", pronunciamiento del 3 de febrero de 2012). También ha sostenido que el interesado debe acreditar la violación de una forma procesal, o la omisión de un acto, que origine el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a su indefensión, por lo que las nulidades son inadmisibles cuando no se indican las defensas de las que se vio privado de oponer el impugnante (causa "EDI Fumigaciones SRL (TF 27564-I) c/ DGI", "Cachape SRL c/ DGI" y "Ángel Russo Combustibles SRL (TF 24979-I) c/ DGI", pronunciamientos del 2 de febrero de 2012, del 12 de julio de 2012 y del 20 de mayo de 2015, respectivamente)"* -conf. "Bringas Raul", sentencia del 1.10.2020, entre muchos otros-.

En el caso la invocación de la nulidad ha sido genérica, sin que la recurrente haya comprobado la existencia de los supuestos vicios invocados y el perjuicio concreto que ellos pudieran haberle causado. Por otra parte, como surge tanto de los antecedentes administrativos, como de lo manifestado por la propia recurrente en su recurso ante este Tribunal, la fiscalización se basó principalmente en la documentación aportada por ella misma en cumplimiento a una medida para mejor proveer ordenada en la instancia administrativa previa, lo que contradice su invocación de nulidad en ese aspecto, por lo que corresponde desestimarla sin más, sin costas ("Bolland", *Fallos* 336:70).

IV- En cuanto a la cuestión de fondo, el ajuste notificado en la Resolución recurrida se originó en la fiscalización efectuada a Banco Finansur S.A., durante la cual el organismo observó que las utilidades recibidas de los fideicomisos financieros no habían sido incluidas para el cálculo del coeficiente a utilizar para el prorrateo de gastos cuya deducción admite la ley del impuesto a las ganancias. En consecuencia, determinó un nuevo coeficiente y recalculó el prorrateo realizado por la recurrente**,** incluyendo dicho concepto; todo ello en virtud de lo dispuesto en el art. 80 de la ley del gravamen y el art. 117 de su decreto reglamentario.

Como precisó en este tema la Excma. Cámara en autos "Banco Mariva S.A.", sentencia del 29 de noviembre de 2018, *"Concretamente, vista la cuestión desde el plano teórico, se reduce a lo siguiente: cuando un sujeto obtiene conjuntamente rentas alcanzadas y no alcanzadas por el IG, los gastos que podrá deducir de la renta bruta deben ser proporcionales a las primeras. Para determinar qué porcentual de gastos se podrá deducir, se aplica un "coeficiente", que se obtiene de una formula aritmética, consistente en la división de los ingresos no alcanzados por el IG -numerador- respecto de los ingresos alcanzados -denominador-"*.

En el caso, el Banco determinó el coeficiente a aplicar en el prorrateo de gastos sobre la base de la relación entre

los intereses de préstamos garantizados -único ingreso exento que consideró- y el total de ingresos del periodo, pero no incluyó en el cálculo a las utilidades provenientes de los fideicomisos financieros, procedimiento que fue impugnado por el Fisco Nacional, invocando los arts. 64 y 69 inc. a) ap. 6) de la ley del gravamen, ya que, según sostuvo, en el numerador debían incluirse los ingresos obtenidos por este concepto por ser ganancias no computables.

El carácter de renta no computable asignada a las participaciones en fideicomisos financieros no se encuentra en discusión en autos, ya que ambas partes coinciden en que si bien no es un concepto idéntico al de "dividendos", se asimila a éstos en virtud de lo dispuesto por el art. 46 de la ley en cuanto a que no se encuentran sujetos al impuesto a las ganancias salvo respecto de personas físicas del país o cualquier sujeto del exterior.

El principal agravio formulado por la recurrente es, entonces, que el carácter de no computable de estas rentas no conlleva su asimilación a las exentas o no gravadas y sobre ello -aunque con referencia a los dividendos, que como se dijo, en lo que aquí importa, participan de similar naturaleza- se expidió la Excma. Cámara en los autos "Banco Mariva S.A.", el 29 de noviembre de 2018, donde dijo que *"...los dividendos efectivamente se encuentran gravados en cabeza del accionista; sin embargo, el legislador dispuso que no sean computados en la determinación de su ganancia neta, ya que la sociedad que los distribuye ya habrá ingresado el gravamen",* y que *"Ello explica la razón por la cual el artículo 69 bis impone a la sociedad el ingreso del 35% de los dividendos que no tributaron el IG, siendo el propósito de la norma "...evitar que ganancias consideradas exentas por la ley del impuesto se trasladen, sin la incidencia del tributo, a los accionistas o socios por vía de dividendos o de la distribución de utilidades." (CSJN - "Cerro Vanguardia SA", 30/6/09 y "HSBC New York Life Seguros de Vida (TF 28.978-I) c/DGI", 11/11/14)*", y concluyó que *"...si bien los ingresos en concepto de dividendos se encuentran gravados en cabeza del accionista, al liquidar el gravamen no los habrá de computar."*

Y a partir de ello, concluyó que *"...a la luz de la estructura sobre la cual se cimienta el IG -en el cual, a las ganancias brutas se le restan los gastos necesarios para obtenerlas, mantenerlas y conservarlas (arts. 17 y 80)-, mal podría admitirse la deducción del gasto en el que se haya incurrido para la obtención de una ganancia no computable por el contribuyente. Tal tesitura derivaría, sin más, en una indebida reducción de la base imponible del impuesto",* ya que *"...las deducciones están, en principio, regidas por el principio de causalidad, es decir que sólo se podrán computar de la renta bruta aquellos gastos que guarden una relación causal directa con la generación de la renta...("Tetra Pak SA (TF 34349-I) c/DGI" -Causa N° 36171/13-, del 18/2/14)"*, doctrina que es también la que este Tribunal considera que debe ser aplicada en estos autos por resultar más acorde al régimen de deducción de gastos que permite la ley del gravamen y al objetivo que con él se persigue.

En un sentido similar se pronunció la Sala A de este Tribunal al fallar en "Swiss Medical S.A.", el 8 de septiembre de 2020, en sentencia confirmada por la Excma. Cámara el 12 de agosto de 2021. Dijo allí que,

"*Concretamente, vista la cuestión desde el plano teórico, se reduce a lo siguiente: cuando un sujeto obtiene conjuntamente rentas gravadas y no gravadas por el Impuesto a las Ganancias, los gastos que podrá deducir de la renta bruta deben ser proporcionales a las primeras. Para determinar qué porcentual de gastos se podrá deducir, se aplica un "coeficiente", que se obtiene de una fórmula aritmética, consistente en la división de los ingresos no gravados por el impuesto -numerador- respecto del total de ingresos (gravados y no gravados) -denominador-, el cual luego aplicado sobre el total de gastos del contribuyente determinará el monto total de Gastos No Computables, que no podrán ser deducidos".*

Y agregó que,

"*Sin pretender agotar el tema del llamado "impuesto de igualación o equiparación", es posible discernir del texto legal expuesto que "los dividendos efectivamente se encuentran gravados en cabeza del accionista; sin embargo, el legislador dispuso que no sean computados en la determinación de su ganancia neta, ya que la sociedad que los distribuye ya habrá ingresado el gravamen" (Fallo "Banco Mariva SA c/EN-AFIP s/DGI", CNACAF, Sala III, 29/11/2018). Y esto explica por qué el artículo 69 bis impone a la sociedad el ingreso del 35% de los dividendos que no tributaron el Impuesto a las Ganancias, siendo el propósito de la norma "...evitar que ganancias consideradas exentas por la ley del impuesto se trasladen, sin la incidencia del tributo, a los accionistas o socios por vía de dividendos o de la distribución de utilidades" (Fallos CSJN "Cerro Vanguardia SA", sentencia del 30/6/09; "HSBC New York Life Seguros de Vida (TF 28.978-I) c/DGI", sentencia del 11/11/14; TFN "Tele Red Imagen SA s/ recurso de apelación", Sala A, sentencia del 08/08/2019). En síntesis: si bien los ingresos en concepto de dividendos se encuentran gravados en cabeza del accionista -Swiss Medical S.A.-, al liquidar éste el gravamen no los deberá computar porque ya fueron incididos por el impuesto en cabeza de la sociedad que los distribuye".*

Para concluir que,

"*Esclarecido entonces el tratamiento dado por el texto de la ley de rito a los dividendos cobrados, corresponde hacer lo propio respecto de los gastos necesarios para obtener, conservar y mantener dicha renta, desde la perspectiva del sujeto-empresa que los cobra. Tomando en cuenta el carácter de "no computable" de la renta "dividendos" en cabeza del accionista y la mecánica de liquidación del impuesto antes indicado, tiene dicho la Sala III de la Alzada, que "mal podría admitirse la deducción del gasto en el que se haya incurrido para la obtención de una ganancia no computable por el contribuyente…[porque]... Tal tesitura derivaría, sin más, en una indebida reducción de la base imponible del impuesto. Dicho en otros términos, si a las rentas gravadas se le detraen los gastos necesarios para alcanzarla, junto con -además- los producidos para obtener aquellas que no se encuentran gravadas, se rebajaría incorrectamente la renta neta y, por ende, la obligación fiscal" (Fallo "Banco Mariva SA c/EN-AFIP s/DGI", CNACAF, Sala III, 29/11/2018)".*

Esta Sala ya ha señalado también, luego de analizar la normativa aplicable, en "Banco Hipotecario S.A.", del 19 de febrero de 2020, que "…contrariamente a lo que expone la recurrente, que los ingresos no computables como los dividendos no dan lugar al cómputo de los gastos que pretende en la liquidación del prorrateo, alcance que surge claramente del texto de las normas aplicable, esto es de los arts. 17 y 80 de la ley del impuesto a las ganancias, que fijan el criterio general en materia de deducción de gastos, y de igual modo del art. 64 que es la norma que BHN especialmente hace valer en la deducción de los gastos asociados a los dividendos objeto de impugnación –siempre del texto vigente en el período fiscal 2013 que es el que aquí importa-".

Los pronunciamientos citados pueden ser consultados en https://jurisprudenciatfn.mecon.gob.ar/ y en www.cij.gov.ar.

A ello cabe agregar que, como resultado de la medida para mejor proveer dispuesta durante la etapa administrativa, de la que da cuenta los Considerandos de la Resolución, la recurrente aportó papeles de trabajo con un método de prorrateo diferente al constatado por la fiscalización y que había dado lugar al ajuste, cambiando el criterio utilizado para la asignación de gastos, aunque no presentó una declaración rectificativa receptando el criterio. Tampoco en su recurso ante esta instancia brindó explicación alguna sobre su actuar en ese sentido, ni esgrimió otros fundamentos; y menos aún produjo pruebas que justifiquen un análisis diferente al ya efectuado por el Tribunal que ejerce como Alzada y que, como ya se dijo, esta Sala comparte, tal como se resolvió en "Banco Patagonia S.A.", sentencia del 30 de mayo de 2019 y "HSBC Argentina Holdings S.A.", sentencia del 17 de diciembre de 2019.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución recurrida en todas sus partes, con costas.

V- Subsidiariamente, la recurrente sostiene que *"…el ajuste es de todos modos improcedente porque el Fisco determinó en forma presunta el nuevo prorrateo de gastos, infiriendo sin asidero alguno que por la tenencia de los certificados de participación en los fideicomisos (que arrojaron una utilidad de $926.480,51) la apelante ha incurrido en gastos por $ 445.099,76, esto es, equivalentes a un 50% de su rendimiento"*.

Asegura así que el Fisco impugnó e incluyó en el prorrateo gastos declarados por el Banco, -tales como gastos de las sucursales, gastos de Casa Central que corresponden a negocios identificables operativa y contablemente, importe de intereses y otros cargos financieros- que no tienen relación alguna con la precepción de la utilidad de un fideicomiso, lo que no refleja la realidad económica de las operaciones analizadas.

Al respecto cabe decir que tampoco respecto de este agravio la sindicatura designada en el proceso falencial de la recurrente produjo prueba alguna con la que pudiera sustentar su pretensión, ya que si bien ofreció en esta instancia prueba informativa y pericial contable, cuya producción fue admitida oportunamente, no realizó esfuerzo alguno para que se llevaran a cabo, por lo que a fs. 111 se dio por decaído su derecho.

A tenor de la presunción de legitimidad que el art. 12 de la ley 19.549 otorga a los actos administrativos, en el caso a los de contenido tributario, las impugnaciones a las deducciones formuladas por el Fisco Nacional que reposan en los elementos colectados en el procedimiento de fiscalización no han sido desvirtuadas y, por ende, también en este aspecto la Resolución debe ser confirmada.

VI- En cuanto a los demás gastos cuya deducción fue objetada, corresponde señalar los de las multas fiscales quedaron consentidos por falta de agravios; mientras que los de "Intereses Resarcitorios y Punitorios Impositivos" e "Intereses Punitorios y Cargos a Favor del BCRA", no sólo no se aportó ninguna prueba al interponer el recurso sino que tampoco produjo las pruebas ofrecidas y admitidas, por lo que tampoco existe elemento alguno para expedirse sobre los mismos. Es que los escasos agravios que formulara sobre tales ajustes ante esta instancia quedaron íntegramente diferidos a la prueba a rendirse, por lo que al no haberse producido prueba por la propia inacción de la recurrente, solo corresponde su confirmación.

VI- Por lo expresado, corresponde confirmar la Resolución, tanto en cuanto al capital, como los intereses resarcitorios intimados en ella por ser accesorios (art. 37, ley 11.683) y porque, además, la recurrente no ha formulado agravios específicos con relación a los mismos. Las costas se imponen a la vencida.

La Dra. Gomez dijo:

Que adhiere al voto precedente.

Atento al resultado de la votación que antecede,

SE RESUELVE:

1°) Confirmar la Resolución N° 95/2017, con costas

2°) Regular en conjunto los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional, fijándolos para la representación procesal en la suma de $ 25.425 y por el patrocinio letrado, en la suma de $63.564, los que quedan a cargo de la recurrente, teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio, la actividad desarrollada en las etapas procesales cumplidas y el resultado obtenido, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 7, 9, 19, 37, 38 y

cc. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432.

3°) Regular los honorarios de la Contadora Pública María Angélica Gattorronchieri en la suma de $ 2000 a cargo de la recurrente, por la aceptación del cargo de perito designada a propuesta del Fisco Nacional, teniendo para ello en consideración las pautas establecidas por el decreto ley 16.638/57.

Las sumas reguladas no incluyen el IVA.

Se hace constar que este pronunciamiento se emite con el voto coincidente de dos Vocales Titulares de esta Sala por encontrarse en uso de licencia el Vocal Titular de la 12° Nominación (conf. art. 184 de la ley 11.183).

Regístrese, notifíquese, devuélvanse los antecedentes administrativos y, oportunamente, archívese.

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.11.15 10:34:50 -03:00

Edith Viviana Gomez
Vocal
Vocalía X Sala D Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.11.15 11:21:35 -03:00

Agustina O'Donnell
Vocal
Vocalía XI Sala D Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2021.11.15 11:21:35 -03:00