República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Informe Firma Conjunta Transferible

Número: IF-2022-111772497-APN-VOCIX#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Miércoles 19 de Octubre de 2022

Referencia: SENTENCIA 47.709-I ROMING SHANE KIMO V.9

TRIBUNAL FISCAL DE LA NACION

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se reúnen los miembros de la Sala “C” del Tribunal Fiscal de la Nación, Dres. Viviana Marmillon (Vocal titular de la 7º Nominación), Claudio E. Luis (Vocal titular de la 8º Nominación) y Juan Carlos Vicchi (Vocal titular de la 9º Nominación) para resolver el expediente **Nº 47.709-I**, caratulado: **“ROMING SHANE KIMO s/ retardo por repetición - impuesto a las ganancias”**.

El Dr. Vicchi dijo:

I.- Que a fs.11/26 el recurrente interpone recurso por retardo en la repetición de la suma de $307.277,05 en concepto de impuesto a las ganancias, período fiscal 2014, con más sus intereses, que la firma Dow Jones Newswires Holdings Inc. Sucursal Argentina le retuviera sobre rubros remuneratorios e indemnizatorios (indemnización sustitutiva del preaviso e indemnización especial) abonados con motivo del cese de su vínculo laboral con la citada firma, encuadrado este último en el marco del Estatuto del Periodista previsto en la ley 12.908.

Expone que en virtud de ello, interpuso reclamo de repetición ante la Agencia Sede N° 16 de la AFIP-DGI, sin que ésta se expida al respecto.

Advierte que la empleadora para el cálculo de la retención consideró como exento, en los términos del art. 20, inc. i de la ley del gravamen, sólo a la indemnización por antigüedad contemplada en el art 43, inc. c) de la ley 12.908, conformando la base imponible el resto de los rubros indemnizatorios.

Destaca que éstos en realidad no deberían estar gravados ya que el ingreso así percibido carece de periodicidad y de permanencia en la fuente circunstancia necesaria para quedar sujeto a impuesto en los términos del art. 2 de la ley del tributo en cuestión, teniendo en cuenta que los pagos fueron efectuados como consecuencia del distracto laboral.

Agrega que se debe tener en cuenta que las sumas retenidas no son tributo sino ingresos de carácter laboral y por lo tanto alimentarios. Considera que el legislador le dio una protección especial al periodista profesional al crear una indemnización especial como la prevista en el art. 43, inc. d, dicho Estatuto.

Asimismo, realiza una descripción de la normativa y de los antecedentes jurisprudenciales que considera aplicables al caso.

En relación a los intereses resarcitorios, solicita que se le devuelva el impuesto retenido más los intereses devengados desde el día 20 de abril de 2016, fecha en la que se interpuso el reclamo. Sostiene que la tasa prevista en la resolución del Ministerio de Economía no cumple su función resarcitoria al ser absorbida íntegramente por la tasa de inflación, con lo cual se estaría evidenciando una confiscatoriedad palmaria.

En este sentido, peticiona que este Tribunal, haciendo uso de la facultad otorgada por el art. 185 de la ley 11.683, declare la inconstitucionalidad de la resolución del mencionado Ministerio que fija los intereses resarcitorios del art. 179 de la ley de rito, dado que al respecto la Corte Suprema de Justicia ya ha declarado su invalidez en el fallo Alubia c/ AFIP-DGI s/repetición.

Subsidiariamente, en caso de que no se haga lugar a lo pretendido, demanda que se aplique la tasa de interés pasiva publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina.

Para concluir, destaca que no es necesario demostrar el eventual empobrecimiento que supuso la retención del impuesto sobre las indemnizaciones percibidas en atención a que no existe causa para el ingreso del mismo.

Por último, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y peticiona que se dicte sentencia haciéndose lugar a su pretensión.

II.- Que corrido el pertinente traslado del recurso de apelación a fs. 29, la representación fiscal lo contesta a fs. 44/55.

Solicita se dicte sentencia rechazando el recurso intentado, con costas, por las razones de hecho y de derecho que expone.

III.- A fs. 82 se abre a prueba las presentes actuaciones haciéndose lugar a la prueba informativa y pericial contable ofrecida por el recurrente.

IV.- Que el recurrente a fs. 100/115 vta. acompaña la Resolución N°21/2018 (DI RNOR) de fecha 16 de febrero de 2018, por la cual la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Norte hizo lugar parcialmente a su reclamo. Asimismo, contra dicho pronunciamiento presentó una nota en sede administrativa rechazando la validez del mismo por considerar que fue dictado mediando incompetencia del organismo fiscal en razón del tiempo, conforme lo dispuesto por el art. 14 inc. b) de la ley 19.549.

Por su parte, a fs. 160/164 vta. el Fisco invoca como hecho nuevo el dictado de la resolución mencionada supra.

Transcribe los párrafos de la citada resolución que considera pertinentes y solicita que se impongan las costas en el orden causado, por cuanto el trámite otorgado al reclamo del contribuyente ha cumplido con pautas razonables de cumplimiento.

A fs. 240 se clausura el período probatorio, a fs.246 se elevan los autos a consideración de la Sala “C” y se ponen los autos para alegar. A fs.251/269 vta. y a fs. 271/273 vta., lucen agregados los alegatos de la actora y del

organismo fiscal, respectivamente. Finalmente, fs. 275 quedan los autos en estado de dictar sentencia.

V.- Que de las actuaciones administrativas acompañadas por la representación fiscal al contestar el recurso interpuesto, surge que con fecha 26/04/16 el recurrente presentó reclamo de repetición ante la Agencia N°16 de la AFIP-DGI, de acuerdo a lo establecido por el art. 81 de la ley 11.683. En dicha presentación, el actor acompañó copia de Formulario F.649 y el detalle de la liquidación final de su indemnización

Que en primer lugar, en virtud de la Resolución N°21/2018 (DI RNOR) por la cual el organismo fiscal decidió hacer lugar parcialmente a la repetición demandada por la aquí apelante y dispuso el reintegro de la suma de $200.965,41 en concepto de impuesto a las ganancias, período fiscal 2014, con más los intereses resarcitorios, monto retenido por el rubro “0215 Indemnización especial c/sac incl.”, corresponde declarar que la discusión planteada ha devenido abstracta respecto de dicho rubro. Las costas se imponen al Fisco Nacional en atención a que la referida resolución fue dictada con posterioridad al recurso por retardo de repetición interpuesto ante este Tribunal.

En segundo lugar, en lo que respecta a la indemnización sustitutiva del preaviso, el art. 20 de la ley del impuesto a las ganancias, en el último párrafo de su inciso i), expresamente establece que no se encuentra exenta, razón por la cual, corresponde rechazar la repetición del impuesto retenido por este rubro, con costas a la vencida.

En cuanto a los intereses resarcitorios, el ente fiscal dispuso que sean liquidados a partir de la contestación de un requerimiento (vide fs. 28 de los antecedentes administrativos), ello es 03/04/17, conforme el art. 179 de la ley procedimental, teniendo en cuenta para el cálculo del interés la Resolución 314/04 del Ministerio de Economía y Producción.

Al respecto cabe destacar que la ley 11.683 dispone que los intereses correrán desde la fecha del reclamo administrativo previo (vide arts. 81 y 179), por consiguiente, los intereses deberán ser calculados desde el día 26 de abril del 2016 y no desde la fecha en que la actora contesta el requerimiento por el cual se le pidió información sobre el rubro citado anteriormente, tal como pretende el Fisco.

En lo concerniente al planteo de inconstitucionalidad de la resolución del Ministerio de Economía que establece la tasa de interés, es preciso resaltar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo Alubia c/ AFIP-DGI s/repetición, traído a colación por el recurrente, no se ha pronunciado sobre ello. En el considerando 7° de dicho pronunciamiento, declaró la improcedencia del recurso extraordinario interpuesto por la sociedad en lo relativo a ese tema; razón por la cual, este Tribunal no puede expedirse al respecto, conforme lo dispuesto por el art. 185 de la ley procedimental. En consecuencia, será de aplicación la tasa de interés pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (conf. fallo plenario en el caso “Dálmine Siderca S.A.I.C.” fecha 27/12/1993).

La Dra. Marmillon dijo:

I.- Que conforme surge de las constancias de autos, Roming Shane Kimo interpone recurso por retardo del organismo fiscal en expedirse respecto de la repetición intentada (conf. art.81, 2° párrafo de la ley 11.683, t.o. 1998 y modif.) en relación con el impuesto a las ganancias del ejercicio fiscal 2014, con más intereses resarcitorios, como consecuencia de la retención que sufriera en relación con los conceptos “indemnización sustitutiva de preaviso” e “indemnización especial”, originados en el cese de su relación laboral con la firma Down Jones Newswires Holdings Inc. Sucursal Argentina.

Que a fs. 102/111 el contribuyente se presenta acompañando la resolución 21/18 por la que el Fisco Nacional

hiciera lugar en forma parcial a la acción de repetición interpuesta, disponiendo el reintegro de $200.965,41 retenidos sobre la “indemnización especial“, liquidada según el Estatuto del Periodista (ley 12.908, inciso 43 inciso d), con más intereses resarcitorios calculados a partir del cumplimiento del requerimiento efectuado (03/04/17) y a la tasa según resolución 314/04 (ME y P).

Al respecto manifiesta que frente a la notificación recibida efectuó una presentación ante el organismo fiscal rechazando dicha resolución (ver fs. 113/114), planteando que a partir de la presentación del recurso ante ese Tribunal la cuestión a resolver es de su exclusivo resorte, por lo que no le corresponde recurrir el acto en cuestión, el que solo restituye una parte del capital y con un interés resarcitorio que no corresponde con lo peticionado, tanto por la fecha de devengamiento como por la tasa aplicable.

A fs. 160/164 la representación fiscal plantea como hecho nuevo el dictado de la resolución 21/18, solicitando que respecto del rubro sobre el que se hace lugar a la repetición se declare que la cuestión devino abstracta. Asimismo entiende que no se encontraba habilitada la vía para acceder a la jurisdicción de este Tribunal, en razón de no haberse presentado pronto despacho en los términos del artículo 10 de la ley 19.549.

II.- Que en primer lugar, cabe dejar sentado que el artículo 81 de la ley 11.683 (t.o. citado), en lo que aquí interesa establece que “Los contribuyentes y demás responsables tienen acción para repetir los tributos y sus accesorios que hubieren abonado de más, ya sea espontáneamente o a requerimiento de la Administración Federal de Ingresos Públicos. En el primer caso, deberán interponer reclamo ante ella. Contra la resolución denegatoria y dentro de los 15 (quince) días de la notificación, podrá el contribuyente interponer el recurso de reconsideración previsto en el artículo 76 u optar entre apelar ante el Tribunal Fiscal de la Nación o interponer demanda contenciosa ante la Justicia Nacional de Primera Instancia.

Análoga opción tendrá si no se dictare resolución dentro de los 3 (tres) meses de presentarse el reclamo” (el destacado es propio).

Por lo tanto, la procedencia del recurso no queda supeditada a la presentación de pronto despacho alguno, dado la existencia de una regulación específica para la materia tributaria que no contempla tal requisito y que, en consecuencia, no permite recurrir por supletoriedad a introducirlo vía aplicación de la ley 19.549, razón por la que procede rechazar la objeción planteada por el Fisco Nacional.

Que asimismo, no cabe duda que el dictado de la resolución bajo análisis implica la introducción de una cuestión sobreviviente a la planteada originariamente ante este Tribunal que debe ser considerada. No debe olvidarse, en tal sentido, la doctrina sentada por nuestro Máximo Tribunal al establecer que los pronunciamientos que se dicten deben ajustarse a las condiciones existentes al momento en que ellos se dictan, aún cuando ellas resulten sobrevinientes y producidas durante la sustanciación del proceso (fallo 311:787).

III.- Toda vez que por el citado acto administrativo se admite la repetición del concepto “indemnización especial”, disponiéndose el reintegro de $200.965,41 retenido oportunamente, corresponde declarar que en este aspecto la cuestión ha devenido abstracta. Sin embargo, subsiste la controversia en relación con el momento desde el que produce el cálculo de los intereses y su quantum, como fuera expuesto por el contribuyente en su presentación de fs. 115/116.

En tal sentido, el art. 179 de la ley de rito fija que en los casos de repetición de tributos, cuando sea obligatoria la reclamación administrativa previa, los intereses correrán desde la fecha de tal reclamo, sin condicionamiento alguno, por lo que le asiste razón en este aspecto al recurrente en su pretensión. Los mismos deberán ser liquidados a la tasa pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina de

acuerdo con lo dispuesto en la doctrina plenaria establecida por este Tribunal en la causa “Dálmine Siderca S.A.I.C.” del 27/12/93 (expte. N°6.031-I), que resulta de acatamiento obligatorio en virtud de lo establecido por el art. 151 de la ley procedimental.

Las costas se imponen al Fisco Nacional, por haberse hecho lugar al reclamo con posterioridad a la interposición del presente recurso.

IV.- Que sentado lo que antecede, cabe expedirse sobre la pretendida repetición de la suma retenida en concepto de impuesto a las ganancias, en relación con el rubro “indemnización sustitutiva del preaviso” como consecuencia del cese del vínculo laboral del recurrente con la firma Dow Jones Newswires Holding Inc. -sucursal argentina-.

Que el artículo 1° de la ley 20.628 aplicable al caso de autos establece que “Todas las ganancias obtenidas por personas de existencia visible o ideal quedan sujetas al gravamen de emergencia que establece esta ley”..., en tanto que su artículo 2 explicita que “A los efectos de esta ley son ganancias, sin perjuicio de lo dispuesto especialmente en cada categoría y aun cuando no se indiquen en ellas: 1) Los rendimientos, rentas o enriquecimientos susceptibles de una periodicidad que implique la permanencia de la fuente que los produce y su habilitación...”

Asimismo, el artículo 20 inciso i) de la ley del gravamen, en lo que aquí interesa, prevé que están exentas “Las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos y las que se reciban en forma de capital o renta por causas de muerte o incapacidad producida por accidente o enfermedad, ya sea que los pagos se efectúen en virtud de lo que determinan las leyes civiles y especiales de previsión social o como consecuencia de un contrato de seguro.

“No están exentas las jubilaciones, pensiones, retiros, subsidios, ni las remuneraciones que se continúen percibiendo durante las licencias o ausencias por enfermedad, las indemnizaciones por falta de preaviso en el despido...” (el destacado es propio).

Por otra parte el artículo 43 inciso b) del Estatuto del Periodista (ley 12.908), contempla que “En caso de despido sin preaviso, el empleador abonará a su dependiente una indemnización sustitutiva equivalente a dos o cuatro meses de retribución, según sea la antigüedad del agente, menor o mayor de tres años a la fecha de la cesación en el servicio”.

En consecuencia, surgiendo del juego armónico de los referidos artículos de la ley del tributo la gravabilidad del concepto bajo análisis, en el entendimiento que la suma que se percibe reemplaza la retribución que el trabajador debió haber recibido de haberse otorgado el preaviso, corresponde rechazar la repetición intentada por el contribuyente. Costas a la vencida.

El Dr. Luis Dijo:

Que adhiere al voto de la Dra. Marmillon.

En virtud de la votación que antecede, por mayoría, **SE RESUELVE**:

1.- Declarar abstracta la cuestión venida en recurso respecto de la suma de $200.965,41,con costas al Fisco Nacional.

2.- Los intereses deberán ser calculados desde la fecha del reclamo administrativo previo y deberán ser liquidados

a la tasa pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina (conf. doctrina plenaria en el caso “Dálmine Siderca S.AI.C.” fecha 27/12/1993).

3.- Rechazar la repetición intentada por el contribuyente, costas a la vencida.

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.10.12 15:51:27 -03:00

Viviana Marmillon
Vocal
Vocalía VII Sala C Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.10.13 16:05:33 -03:00

Claudio Esteban Luis
Vocal
Vocalía VIII Sala C Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.10.19 18:51:07 -03:00

Juan Carlos Vicchi
Vocal
Vocalía IX Sala C Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.10.19 18:51:08 -03:00