República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Informe firma conjunta

Número: IF-2022-83648453-APN-VOCXII#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Jueves 11 de Agosto de 2022

Referencia: SENTENCIA Expte Nº 44.057-I (acumulados Nros. 47.033-I) SCHCOLNIK ALEJANDRO JAVIER s/recurso de apelación - Impuesto al Valor Agregado y a las Ganancias".

En la fecha se reúnen los miembros de la Sala "D" del Tribunal Fiscal de la Nación, Dres. Edith V. Gómez (Vocal Titular de la Vocalía de la 10a. Nominación), y Daniel Alejandro Martín (Vocal Titular de la Vocalía de la 12a. Nominación) para resolver el Expte Nº 44.057-I (acumulados Nros. 47.033-I) SCHCOLNIK ALEJANDRO JAVIER s/recurso de apelación - Impuesto al Valor Agregado y a las Ganancias".

El Dr. Martín dijo:

I.- Que a fs. 67/94 Alejandro Javier Schcolnik interpone recurso de apelación contra las Resoluciones Nº 187/2015 (DV DEOB) y Nº 188/2015 (DV DEOB) de fecha 3 de julio de 2015 dictadas por la Jefa (int.) de la División Determinaciones de Oficio "B" del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Subdirección General de Operaciones Impositivas de Grandes Contribuyentes Nacionales, por las que se determinaron de oficio sus obligaciones impositivas en el Impuesto a las Ganancias por el período fiscal 2008 y al Valor Agregado por los períodos fiscales 03/2008 a 12/2008 con más intereses resarcitorios y se aplicaron multas equivalentes a tres veces los impuestos omitidos por los períodos fiscales mencionados en los términos de los arts. 46 y 47 inc. e) de la ley Nº 11.683 (t.o. 1998 y mod.).

A fs. 225/247 el contribuyente interpone recurso de apelación contra las Resoluciones Nº 85/2016 (DV DEOB) y Nº 86/2016 (DV DEOB) de fecha 14 de junio de 2016 dictadas por la Jefa (int.) de la División Determinaciones de Oficio "B" del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Subdirección General de Operaciones Impositivas de Grandes Contribuyentes Nacionales, por las que se determinaron de oficio sus obligaciones impositivas en el Impuesto a las Ganancias por el período fiscal 2009 y al Valor Agregado por los períodos fiscales 02/2009 a 07/2009 con más intereses resarcitorios y se aplicaron multas equivalentes a tres veces los impuestos omitidos por los períodos fiscales mencionados en los términos de los arts. 46 y 47 inc. e) de la ley Nº 11.683 (t.o. 1998 y mod.).

Manifiesta que en los períodos determinados era accionista y director de LASA Sociedad de Bolsa S.A., dedicada a la intermediación en operaciones bursátiles e integrante del Mercado de Valores de Buenos Aires S.A., y explica que actuó como comitente.

Indica que por tales operaciones se obtuvieron resultados que ahora el ente fiscal pretende gravar en forma ilegitima e irrazonable, por lo que apunta que se encuentra en discusión el tratamiento tributario de las operaciones con títulos públicos y con ADR (American Depositary Receipts) efectuadas en el sistema bursátil.

Hace saber que las transacciones fueron realizadas con fondos provenientes de la venta de títulos públicos en pesos argentinos, acreditados en la cuenta LASA Sociedad de Bolsa S.A. según los boletos de compraventa acompañados. Añade que los fondos fueron transferidos desde dicha cuenta a la caja de ahorro en pesos para la posterior compra de moneda extranjera y transferirlos al exterior con la finalidad de aplicarlos a la cancelación del precio de compra de títulos valores en moneda extranjera en la cuenta bancaria del Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. abierta en la plaza de Nueva York, que hacía de garante de todas las operaciones.

Aclara que adquirió títulos públicos en moneda extranjera, subespecie “c”, única moneda con la cual debía cancelar en el exterior ya que en la cuenta bancaria del Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. en la plaza de Nueva York, la adquisición de los títulos era en dólares estadounidenses. Mientras que en el caso de los llamados ADR (American Depositary Receipts) hace saber que se trata de un instrumento financiero nominativo emitido por un banco de Estados Unidos, que autoriza a los inversionistas a negociar acciones en compañías extranjeras sin necesidad de comprar y vender directamente esa acción en la plaza local donde cotiza dicho título privado. Comenta que las acciones subyacentes a los ADR negociados eran de compañías constituidas en nuestro país.

Menciona las regulaciones bursátiles y cambiarias vigentes a la fecha de las operaciones, para concluir que la compraventa de títulos públicos en moneda extranjera y con ADR constituyó una operación lícita, lo que fue reconocido por el Juez Administrativo debido a que no se invocó incumplimiento alguno a las normas del régimen cambiario.

Luego enumera los artículos de las leyes de los Impuestos a las Ganancias y al Valor Agregado para definir el tratamiento en el régimen tributario al tiempo de las gestiones bursátiles, y advierte que en ese momento el resultado de la compraventa de títulos públicos obtenido por operaciones habituales o no por personas físicas residentes en el país se encontraba exento del Impuesto a las Ganancias, en la medida que las operaciones no fueran atribuibles a empresas o explotaciones unipersonales; mientras que en el restante impuesto afirma que estaban exentas las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelación de las obligaciones negociables y sus garantías, lo que también comprendía a los títulos públicos.

Se agravia de que el organismo fiscal negó que las operaciones se hicieron con una finalidad bursátil y de que se haya recalificado su actividad en la figura que denominó de facilitador de otras sociedades de bolsa y/o sus clientes, para de esta manera gravar la retribución percibida por esa supuesta prestación de servicios.

Aduce que los actos recurridos adolecen de vicios en sus elementos esenciales, en lo que hace al procedimiento para su dictado, la motivación y finalidad al ser producto de la discrecionalidad del Juez Administrativo, a pesar de reconocer que las operaciones fueron efectivamente realizadas con títulos públicos y con ADR de manera lícita, y agrega que cuando fue objeto de inspecciones anteriores por los mismos conceptos éstas culminaron sin cargos. Fundamenta la nulidad en la falta de producción de las probanzas ofrecidas en sede de la Administración y en la indebida aplicación del principio de la realidad económica para negar la vigencia de la exención.

Alega que la ilegitimidad de la pretensión fiscal conlleva a la del reclamo de los intereses resarcitorios y afirma que, en su caso, la complejidad técnica y jurídica de la cuestión demostró también la configuración de la excusabilidad de la demora en el ingreso de los impuestos determinados, cuando se comportó según la diligencia

debida.

Sostiene que las multas devienen improcedentes al no haber cometido la infracción de defraudación que se le imputa, sin que se haya constatado la presencia del elemento subjetivo requerido en la liquidación de los impuestos exigidos para que las mismas le puedan ser atribuidas. En subsidio, pide que se recalifique su conducta según el art. 45 de la ley de procedimiento fiscal y se la exima en razón de la figura del error excusable.

Opone la prescripción de las acciones del ente fiscal para determinar el Impuesto al Valor Agregado de los períodos fiscales 03/2008 a 11/2008 como así también para aplicar la sanción al entender que a la fecha de notificación del acto ya había transcurrido el plazo de 120 días establecido en el art. 65.1 de la ley Nº 11.683 para su dictado.

Por último, ofrece prueba informativa y por los argumentos que desarrolla pide que se revoquen las resoluciones apeladas en todas sus partes, con costas. Hace reserva del caso federal.

II.- Que a fs. 103/127 y a fs. 261/284 el Fisco Nacional contesta los traslados de los recursos deducidos en autos.

Expone que como consecuencia de la verificación del cumplimiento de las obligaciones impositivas del recurrente se detectó que declaró como ganancias exentas con sustento en el inc. w) art. 20 de la ley del Impuesto a las Ganancias, los ingresos provenientes de operaciones bursátiles realizadas bajo la modalidad “contado con liqui”, cuando la realidad económica indicó que se giraron divisas al exterior, al revestir el actor la calidad de facilitador para llevar adelante la operatoria, lo que no resulta compatible con la exención. Ello así, enuncia que la retribución por la prestación se encuentra alcanzada por el inc. e) del art. 49 de la ley del Impuesto a las Ganancias y por el apartado 21 del inc. e) del art. 3 de la ley del Impuesto al Valor Agregado.

Rechaza el planteo de nulidad y asegura que se trata de meros artilugios que en nada invalidan las resoluciones emitidas, con los cuales se pretende distraer la atención de este Tribunal con temas que no hacen al fondo de la cuestión. Asevera que los actos se sustentaron en los hechos verificados y probados y en el derecho vigente.

En lo que hace a la existencia de otras fiscalizaciones expresa que no se observa que se haya acreditado algún perjuicio, cuando en todo momento se preservó la garantía del debido proceso, sin que los informes previos emitidos condicionen al Juez Administrativo, a pesar de lo cual, puntualiza que de los mismos no surgía que la rentas estuvieran exentas.

Opina que si bien las operaciones se llevaron a cabo en un marco lícito y regulado por las autoridades de contralor, a los efectos de validar una exención considera que no se debe analizar únicamente la formalidad jurídica, sino que ésta se debe integrar con una valoración de la realidad económica, lo que condujo a afirmar que la participación del recurrente en las operaciones descriptas constituyó una prestación y su retribución definida por la diferencia de cotización de los títulos entre ambas monedas una renta alcanzada por el inc. e) del art. 49 de la ley del Impuesto a las Ganancias, y su correlato en el IVA en la determinación de los débitos fiscales.

En lo que hace a la prescripción opuesta señala aplicable el art. 44 de la ley Nº 26.476 (B.O. 24/12/2008) al revestir dicha suspensión carácter general, por lo que pide se rechace el agravio.

Remite a las consideraciones expuestas en las resoluciones dictadas para fundar la procedencia de las mismas debido a que el actor reitera los argumentos expuestos en sede administrativa.

Aduce que los intereses resarcitorios fueron calculados en conformidad con el art. 37 de la ley Nº 11.683 (t.o.

1998 y mod.), los que tienen el carácter de resarcitorios de daños y perjuicios, por lo que corresponde su aplicación de pleno derecho.

Señala que de las comprobaciones efectuadas se encuentran acreditados los elementos que hacen a la procedencia de las multas aplicadas, en razón de haberse constatado que el Sr. Schcolnik evadió al vencimiento de los plazos legales los pagos debidos de los impuestos determinados, mediante la liquidación engañosa de los mismos o su ocultación maliciosa, por lo que entiende que las sanciones deben ser confirmadas, sin que exista posibilidad de reencuadre como se pretende.

Por lo expuesto, se opone a la prueba ofrecida y por los argumentos que desarrolla y la jurisprudencia que cita, peticiona que oportunamente se dicte sentencia confirmando las resoluciones apeladas, con costas. Hace reserva del caso federal.

III.- Que a fs. 134 se admitió la producción de la prueba informativa ofrecida en el Expte Nº 44.057-I. A fs. 286 se dispuso acumular la causa Nº 47.033-I, por lo que a fs. 296 se reordenó el trámite. A fs. 344 se cerró el período de instrucción.

A fs. 352 la Dra. Agustina O´ Donnell presentó su excusación con motivo de encontrarse comprendida en la causal prevista en el inc. 7 del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, lo que es aceptado mediante resolución agregada a fs. 353.

Que por PV-2022-47121292-APN-VOCXII#TFN se elevan los autos a conocimiento de la Sala "D" y por IF-2022-49237482-APN-VOCXII#TFN se ponen los autos para alegar, agregándose con RE-2022-54209598-APN-SGAI#TFN y con IF-2022-55088730-APN-DTD#JGM los alegatos producidos por las partes. Por último con IF-2022-79374670-APN-VOCXII#TFN se pasan los autos para dictar sentencia.

IV.- Que cabe abordar en primer lugar la excepción de prescripción invocada por el actor respecto de la facultad del Fisco Nacional para determinar el Impuesto al Valor Agregado de los períodos fiscales 03/2008 a 11/2008 como así también para aplicar la sanción.

Que la ley Nº 11.683 (t.o. 1998 y mod.) dispone que las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos regidos por dicha ley y para aplicar y hacer efectivas las multas y clausuras en ella prevista, prescriben por el transcurso de cinco (5) años en el caso de contribuyentes inscriptos y que su término comenzará a correr desde el 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de declaraciones juradas e ingreso del gravamen o al año en que haya tenido lugar la violación de los deberes formales o materiales legalmente considerados como hecho u omisión punible (cfr. artículos 56, 57 y 58 de la ley citada).

Que a contrario de lo afirmado por la recurrente resulta procedente la aplicación del art. agregado a cont. del art. 65 de la ley N° 11.683 (t.o. 1998 y mod.) al establecer que se suspenderá por ciento veinte (120) días el curso de la prescripción de las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos, y para aplicar y hacer efectivas las multas, desde la fecha de notificación de la vista del procedimiento de determinación de oficio o de la instrucción del sumario correspondiente, cuando se trate del o los períodos fiscales próximos a prescribir y dichos actos se notificaran dentro de los ciento ochenta (180) días corridos anteriores a la fecha en que se produzca la correspondiente prescripción.

Que cabe agregar, que el artículo 4 de la ley de rito fiscal dispone que para todos los términos establecidos en dicha norma se computarán únicamente los días hábiles administrativos.

Que ello así, el organismo fiscal con fecha 18 de diciembre de 2014 emitió la resolución de vista e instrucción de sumario N° 137/2014 (DV DEOB) respecto del impuesto y períodos objeto del presente Considerando, lo que fue notificado a la recurrente el 19 de diciembre de 2014.

Que por lo tanto, las acciones y poderes del Fisco Nacional para determinar el Impuesto al Valor Agregado de los períodos fiscales 03/2008 a 11/2008 y sus accesorios como así también para aplicar la sanción, no se encontraban prescriptos al momento de emitir la resolución determinativa, debiendo rechazarse la excepción de prescripción articulada por la actora, sin que sea necesario computar además el plazo dispuesto por el art. 44 de la ley N° 26.476 (B.O. 24/12/2008) como alega el ente fiscal.

V.- Que en lo que hace al pedido de nulidad formulado por el recurrente debe ser desestimado en razón de que los actos recurridos han sido emitidos en conformidad con las prescripciones de la ley N° 11.683 (t.o. 1998 y mod.) con fundamento en las circunstancias de hecho y derecho, las que fueron debidamente valoradas en claro cumplimiento de las normas que hacen a su dictado, sin que se haya afectado el derecho de defensa. A lo que se agrega que tampoco la circunstancia de que fiscalizaciones anteriores no hayan arribado al mismo resultado que la presente poseía carácter vinculante para el Juez Administrativo, quien resolvió conforme las constancias y elementos colectados por la inspección ahora desarrollada, la que se desempeñó en un todo de acuerdo con las facultades que la ley de procedimiento fiscal otorga al ente fiscal para fiscalizar y verificar las declaraciones juradas que presenten los contribuyentes.

Que no puede pasarse por alto que los motivos expuestos constituyen una discrepancia con el criterio fiscal, y en consecuencia relacionados con la cuestión de fondo aquí debatida. Por lo que, cabe concluir que la nulidad invocada no resulta procedente, correspondiendo su rechazo.

VI.- Que se debe establecer si las resoluciones apeladas se ajustan a derecho.

Que el recurrente tiene como actividad declarada la prestación de servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresarial realizados por integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas.

Que en autos se encuentra bajo análisis la operatoria consistente en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización de dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta también en ese mercado con liquidación en pesos, sin que haya ocurrido en todos los casos en tal orden debido a que por permisiones de la operatoria del mercado, fue posible efectuar la venta antes que la compra -venta en descubierto-.

Que se constató que el Sr. Schcolnik adquirió dólares estadounidenses en el mercado local y los giró a cuentas del exterior con la finalidad de realizar los pagos de los títulos valores adquiridos (liquidación contra cable), y el vendedor de tales títulos recibió los dólares estadounidenses directamente en una cuenta del exterior sin haber sido comprados en el mercado único y libre de cambios, mientras que la venta de los mismos fue efectuada por liquidación en pesos en el país, y ambas operaciones sucedieron con escasa diferencia temporal.

Que el personal actuante entendió que se generó una renta con motivo de las diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas, debido a que el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos por la cantidad de dólares puestos en el exterior y entregados por la compra contra cable, resultó superior al tipo de cambio vigente en el mercado de cambio local.

Se concluyó que ello demostró la cabal intención de las operatorias al indicar la realidad económica que implicó girar montos de moneda extranjera al exterior, habiendo actuado el recurrente como “facilitador” sin que se haya

configurado una “inversión de portfolio en el exterior”, sino el mero envío de divisas al exterior, por lo que la retribución obtenida no resulta abarcada por la exención prevista en el art. 20 inc. w) de la ley del Impuesto a las Ganancias en mérito a su objetivo distinto al bursátil. Por lo cual, la retribución está alcanzada por el art. 49 inc. e) de la ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y mod.) y por el apartado 21 del inc. e) del art. 3 de la ley del Impuesto al Valor Agregado.

VII.- Que en lo que hace a la operatoria ésta se desplegó de la siguiente manera: 1) los fondos ingresaron mediante su acreditación en la Cuenta Comitente Nº 1016 abierta en la firma Lasa Sociedad de Bolsa S.A. y luego transferidos a una caja de ahorro radicada en el Banco de Valores S.A., ambas a nombre del contribuyente, con la intervención de la sociedad mencionada; 2) el cambio en pesos por u$s fue efectuado previo débito de los valores indicados en la cuenta de la citada entidad bancaria; 3) efectuado el cambio de moneda, se giraron los fondos en moneda extranjera al Banco Royal Bank of Canadá Suisse (Ginebra); 4) la posterior compra de títulos públicos fue efectuada mediante la modalidad “contra cable” en u$s utilizando los valores girados al exterior, operación que es efectuada por medio de la firma Lasa Sociedad de Bolsa S.A. y 5) por último, se procedió a la venta de los títulos adquiridos en u$s y se recibió a cambio el importe en pesos.

A ello se agregó que se constató que el Sr. Schcolnik era director y poseía participación accionaria en Lasa Sociedad de Bolsa S.A., que en la mayoría de los meses fiscalizados se realizaron operaciones del tipo “contado con liqui” por sumas que rondaban el límite de u$s 2.000.000 impuesto por el Banco Central de la República Argentina para operar en el Mercado Único y Libre de Cambios sin su previa conformidad, que las transacciones fueron concertadas con una diferencia no mayor a un día hábil pero la liquidación se hacía el mismo día y las operaciones fueron realizadas tanto con fondos propios del apelante como con fondos depositados en cuentas de la sociedad de bolsa, ya que en algunas operaciones los fondos resultaron “pagos” previo a la venta de los valores adquiridos.

Por lo expuesto, se entendió que no había finalidad bursátil dado que las características detalladas ponen de resalto que se trató de una operatoria con fines netamente cambiarios, en la que las partes estaban movilizadas en sortear los controles vigentes en el mercado único y libre de cambios.

VIII.- Que ello así cabe considerar los agravios planteados, junto con las distintas constancias documentales incorporadas a la causa y la prueba informativa producida a los efectos de decidir el tratamiento a dispensar a las operaciones involucradas en los Impuestos a las Ganancias y al Valor Agregado.

Ello teniendo en cuenta que el recurrente manifiesto que actuó como comitente y consignó la retribución obtenida bajo la exención del art. 20 inc. w) de la ley del Impuesto a las Ganancias en razón de su finalidad bursátil, mientras que el ente fiscal consideró que, al haber actuado el apelante como facilitador , el resultado de las operatorias estaba alcanzado por el art. 49 inc. e) de la ley del Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y mod.) y, como consecuencia de ello sujeto al Impuesto al Valor Agregado conforme el apartado 21 del inc. e) del art. 3 de la ley del tributo.

Que entre las probanzas agregadas por el actor en apoyo de su argumento se encuentran el oficio de la Comisión Nacional de Valores en el que se informó respecto de la existencia de una cuenta bancaria en la plaza de Nueva York de titularidad del Sr. Schcolnik para liquidar operaciones en ese mercado, sin que dispongan de otra información (fs. 145). También se incorporó la respuesta dada por el Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. al hacer saber que las operaciones fueron liquidadas por el Agente Merval Nº 158, “Lasa Inversiones S.A.” a través de una cuenta bancaria de su titularidad en el “HSBC Bank USA, N.A.”, de la Plaza de Nueva York (fs. 147), luego a fs. 150/151 y 315/326 la Comisión Nacional de Valores contestó que el recurrente no figuraba en la

nómina de Agentes inscriptos en el Mercado de Valores de Buenos Aires en el año 2008. Asimismo, informó que no se registraban actuaciones iniciadas respecto de operaciones efectuadas por el Sr. Schcolnik ni sanciones impuestas o sumarios en trámite. Con relación al año 2009/2010 manifestó que no constaba que se haya instruido al Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. el inicio de actuaciones respecto de operaciones efectuada en el año 2009, y se aclaró que por dicho período solo se tenía acceso a operaciones a nivel Agente, sin acceso a comitentes. Se indicó que el Sr. Schcolnik no figuraba en las nóminas de Agentes o Sociedades de Bolsa inscriptos en el Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. Por último, Bolsas y Mercados Argentinos S.A. contestó que las operaciones realizadas por el apelante correspondientes al 2009 no fueron concertadas por el ex participante Nº 158 Lasa Sociedad de Bolsa S.A. en ese mercado. Asimismo, se indicó que no se efectuaron en ese mercado, en las fechas consultadas, liquidaciones en la moneda dólar (cable) a través de las cuentas bancarias en la Plaza de Nueva York utilizadas por el participante Nº 158 Lasa Sociedad de Bolsa S.A. (fs. 336).

IX.- Que del análisis de las operaciones propiamente dichas, se advierte que no existió una transacción típicamente bursátil, donde el resultado que exime la ley del Impuesto a las Ganancias -art. 20 inc. w) ley vigente- es el que proviene de la comparación de dos precios fruto de sus cotizaciones, una de compra y otra de venta, en el mismo mercado y en la misma moneda. En el presente caso se observa un resultado fruto de la puesta en práctica de una operatoria compleja –como se señaló en el Considerando VII, primer párrafo está integrado por cinco pasos- que excede las simples transacciones de compra y venta. La operatoria global se compone y se halla incidida por dos tipos de monedas, un tipo de cambio diferente al oficial, un desplazamiento de mercado y un arbitraje que permite que un mismo bono, aún sin movilidad en la cotización dentro de la misma jornada produzca un resultado que claramente no procede de una mera diferencia de cotización que pueda ser calificada como un resultado bursátil, del previsto en la LIG. A ello se suma la conjunción de la utilización de un capital más una labor personal desplegada por el aquí recurrente con un propósito ajeno a una inversión, además de no coadyuvar en favor de la recurrente, la gran cantidad de operaciones que exceden largamente el carácter esporádico o secundario de su actividad.

Que hechos similares recibieron tratamiento ante la Alzada, Sala II, en la causa “Bacqué, Paul c/EN - AFIP-DGI - R. (RNOR) 180/2011 s/DGI” mediante sentencia de fecha 08/10/2015, en la que se entendió que la operatoria realizada no respondía estrictamente a una finalidad bursátil y correspondía catalogarla como una operación que involucraba el manejo de distintos tipos de cambio, mientras que en el caso de autos se reitera y resalta la actividad desplegada por el Sr. Schcolnik, quien asumía la condición de facilitador, como se dijo precedentemente, confluyendo una combinación de capital y trabajo destinado a terceros. Allí se presentan aspectos que, en lo que aquí interesa, cabe traer a colación. En ese sentido se sostuvo “que la operatoria consistió en la adquisición de los mentados títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta también en ese mercado con liquidación en pesos, no habiendo ocurrido necesariamente en ese mismo orden, puesto que en algunas ocasiones -por permisiones de la operatoria- es dable efectuar la venta antes que la compra (“venta en descubierto”).”

“Es decir, el contribuyente adquirió dólares estadounidenses en el mercado local y los giró a cuentas del exterior con el fin de realizar los pagos de los títulos valores adquiridos (operatoria conocida como “liquidación contra cable”), en la que el vendedor de tales títulos recibe los dólares directamente en una cuenta del exterior sin que sean comprados por él en el mercado local, mientras que la venta de los mismos fue efectuada por liquidación en pesos en el país, y ambas operaciones se concertaron los mismos días.”

“Dado lo anterior, se generó una renta a partir de las diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas, en tanto el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos por la cantidad de dólares puestos en el exterior, entregados por la compra contra cable, resulta superior al tipo de

cambio vigente en el mercado de cambios local.”

“… que con la compra de títulos era concertada su venta, de modo que el mecanismo empleado priva del riesgo inherente a toda operación bursátil, por cuanto la compra de los títulos queda neutralizada por la venta de igual valor nominal, especie y oportunidad de liquidación.”

“…que la sociedad que habría adelantado los fondos para concretar operaciones, no obtuvo beneficio alguno, sino que quien aumentó su patrimonio con estas operaciones fue solamente el Sr. Bacqué, para el cual se verificó el incremento de determinados rubros al cierre del período fiscal 2008.”

“Lo expuesto, a juicio del Organismo Recaudador, demuestra la cabal intención de las operaciones bajo análisis, por cuanto la realidad económica indica que se trata de girar montos de moneda extranjera al exterior, siendo el ahora y aquí actor un mero facilitador de dicha operatoria, obteniendo por ello una renta que no resulta compatible con la aplicación de la exención estipulada en el inciso w) del artículo 20 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, en razón a su finalidad distinta a la bursátil.”

“En otras palabras, en cuanto importa al fondo de la cuestión, el actor debió desvirtuar aquello que constituye el núcleo argumental de la decisión administrativa, luego ratificada por la instancia anterior; esto es que la cabal intención de las operaciones bajo análisis, no fue el ejercicio de una actividad bursátil a título personal, sino que el actor actuó como un mero facilitador de la operatoria (giro de montos de moneda extranjera al exterior), obteniendo por ello una renta que no resulta compatible con la aplicación de la exención estipulada en el inciso w) del artículo 20 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, en razón a su finalidad distinta a la bursátil.”

“De lo reseñado anteriormente no se sigue, bajo ningún concepto, que la premisa por la cual fue dictada la resolución administrativa cuestionada resultara incorrecta, en tanto el criterio valorativo expuesto por el Organismo Recaudador no resulta susceptible de objeción si no existen elementos de prueba con entidad suficiente como para controvertir las bases fácticas tenidas en cuenta para resolver del modo en que lo hizo”.

Que también merece mención la sentencia dictada por la Sala A de este Tribunal Fiscal en el expte. “Bacqué, Chantal s/apelación - ganancias e IVA” del 24/10/2016, en la que si bien por el voto de la mayoría integrado por los Dres. Buitrago y Vicchi se resolvió revocar las resoluciones recurridas, en el voto del Dr. Pérez se comparte la línea argumental expuesta anteriormente al señalar que “…la Administración Fiscal finca los ajustes practicados en el principio de realidad económica establecido en el art. 2 de la ley 11.683. Al respecto cabe señalar que la Corte Suprema ha sostenido que en la determinación del hecho imponible se debe atender a la sustancia y no a las formas jurídicas de los actos involucrados, o sea que los artificios usados por los contribuyentes no deben prevalecer sobre la realidad que encubren (Fallos: 271:359, entre otros); que la interpretación judicial debe establecer la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso por medio de una hermenéutica sistemática razonable y discreta que responda a su espíritu para lograr soluciones justas y adecuadas al reconocimiento de los derechos (Fallos: 263:453), debiendo prevalecer la razón del derecho por sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutiva de la sustancia que define la justicia, sea ésta favorable al Fisco o al contribuyente (Fallos: 307:118).”

“…si bien las operaciones cumplían con todas las formalidades para encuadrarlas en la estructura prevista para la compra-venta de títulos públicos argentinos, cabe destacar que la mismas no dan lugar a que los movimientos normales del mercado influyan en el valor del título, minimizando el nivel de riesgo que toda operación bursátil lleva implícito. En efecto, cabe resaltar que los contribuyentes concretaron las operaciones (compra y venta) en el mismo día y con igual plazo de liquidación. En definitiva, la rentabilidad de la operación no estaba dada por la

tenencia de los títulos, sino por la diferencia de cotización entre ambas monedas.

Atento lo expuesto precedentemente no se vislumbran motivos en el caso concreto que lleven a prescindir de la aplicación del principio de la realidad económica, debiendo señalarse que no ha sido desvirtuado por la recurrente que la estructura jurídica adoptada como una operación bursátil ha constituido en realidad un instrumento por el cual …….., resultando los responsables meros facilitadores a tal efecto. Por lo que la retribución definida por la diferencia de cotización de los títulos entre ambas monedas se encontraría alcanzada por el inciso e) del artículo 49 de la Ley de Ganancias y por el apartado 21 del inciso e) del art. 3 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado. De igual modo se expidió la Sala II de la CNCAF en autos "Bacqué, Paul c/EN" con fecha 08/10/2015.”

Que no obstante la sentencia favorable ante esta instancia, la cual había sido apelada por el ente fiscal, la actora se acogió a los términos de la ley N° 27.260 y se la tuvo por desistida de la acción y del derecho.

X.- Que no al advertirse elementos que logren conmover el criterio fiscal y destacando que no se encuentra en debate en esta instancia la licitud de las operaciones llevadas a cabo, sino estrictamente su tratamiento frente al Impuesto a las Ganancias, atento a las consideraciones expuestas, voto por confirmar el ajuste practicado en autos.

XI.- Que teniendo en cuenta que los intereses resarcitorios constituyen una indemnización debida al Fisco como resarcimiento por la mora en que ha incurrido el contribuyente o responsable en la cancelación de sus obligaciones tributarias (cfr. CSJN, Citibank NA el DGI, 01/06/2000), al haber sido calculados según el art. 37 de la ley N° 11.683 (t.o. en 1998) cabe disponer su confirmación.

XII.- Que cabe hacer mención de las multas aplicadas con sustento en los arts. 46 y 47 inc. e) de la ley N° 11.683 (t.o. 1998 y mod.).

Que al analizar la figura del art. 46 y las presunciones enumeradas en el art. 47 de la ley N° 11.683 (t.o. 1998 y mod.), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal sostuvo que del juego armónico de tales preceptos surge que se debe acreditar en forma clara y suficiente la intención de omitir el impuesto, es decir, la existencia de ardid, maniobra o engaño, y no solamente el resultado defraudatorio. Corresponde, pues, al juez administrativo probar fehacientemente los hechos que determinan la aplicación de las presunciones, los que deberán ser ciertos y no meramente conjeturales (Sala I, “Pereda, Francisco (TF 34.603-I) c/DGI” del 12/12/2013 y “Mora y Araujo Manuel c/EN-AFIP- DGI-R. 812/2004 (RNOR) s/DGI” del 08/04/2014).

Que las presunciones previstas en el art. 47 de la norma fiscal admiten prueba en contrario, correspondiendo al recurrente probar la falta del elemento subjetivo doloso en orden a desvirtuar el criterio aplicado por el organismo fiscal.

Que el análisis de las circunstancias de hecho y prueba efectuado en los Considerandos precedentes ponen de resalto que se encuentran configurados los elementos que permiten encuadrar la conducta del aquí recurrente en dicha figura infraccional, consistentes en la presentación de declaraciones juradas engañosas, sin que existan elementos que justifiquen un reencuadre de la conducta, o la consideración de un supuesto de error excusable.

XIII.- Por lo cual, cabe confirmar la resolución apelada en todas sus partes, con costas.

La Dra. Gómez dijo:

Que adhiero al voto del Vocal Instructor.

Que del acuerdo que antecede, **SE RESUELVE:**

1°) Confirmar la resolución apelada en todas sus partes, con costas.

2°) Regular honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional, por su actuación en autos en la suma de $ 104.582 (Pesos ciento cuatro mil quinientos ochenta y dos) por el patrocinio letrado y de $ 41.833 (Pesos cuarenta y un mil ochocientos treinta y tres) por la representación procesal, los que quedan a cargo de la recurrente, teniendo en cuenta a tales fines, el monto del litigio, la primera etapa procesal cumplida y la tarea desarrollada por el ente Fiscal, siendo aplicable al efecto lo dispuesto por ley N° 21.839, modificada por la ley N° 24432).

3°) Regular los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional por su actuación en autos, en la suma de $ 428.644 (Pesos cuatrocientos veintiocho mil seiscientos cuarenta y cuatro) equivalente a 47,62 (cuarenta y siete con 62/100) UMA – Unidad de Medida Arancelaria- y $ 171.458 (Pesos ciento setenta y un mil cuatrocientos cincuenta y ocho) equivalente a 19,05 (diecinueve con 05/100) UMA, respectivamente, los que quedan a cargo de la actora teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio, la actividad desarrollada en la segunda y tercera etapa procesal cumplida y el resultado obtenido, conforme lo dispuesto por los artículos 15, 16, 20, 21, 29 y 51 de la Ley N° 27.423, la Acordada N° 12/2022 (23/05/2022) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Decreto 1077/2017.

4°) Se deja constancia que las sumas reguladas en los puntos precedentes no incluyen el Impuesto al Valor Agregado.

Se hace constar que el presente pronunciamiento se emite con voto coincidente de dos Vocales Titulares, en atención a lo dispuesto por el art. 6 del Reglamento de procedimiento de este Tribunal.

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.08.11 13:21:10 -03:00

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.08.11 14:02:39 -03:00

Daniel Alejandro Martín
Vocal
Vocalía XII Sala D Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2022.08.11 14:02:40 -03:00