República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Informe firma conjunta

Número: IF-2023-106888704-APN-VOCXI#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Lunes 11 de Septiembre de 2023

Referencia: VOC XI. Expediente N° 49.155-I caratulado " Luz de La Plata SA 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), la Dra. Agustina O'Donnell (Vocalía de la 11º Nominación) y el Dr. Daniel Alejandro Martín (Vocalía de la 12º Nominación), para dictar sentencia en el **Expediente N° 49.155-I** caratulado " **Luz de La Plata SA** s/ apelación",

La Dra. O'Donnell dijo:

I. Luz de la Plata S.A. interpone el recurso de apelación previsto por el art. 76, inc. b) de la ley 11683 contra la Resolución N° 145/2018 dictada el 30 de julio de 2018 por la División Revisión y Recursos -Dirección Regional Mercedes- de la Administración Federal de Ingresos Públicos, mediante la cual se determinó de oficio su obligación frente al impuesto sobre los bienes personales-Participaciones Societarias- de los periodos 2011 y 2012, y se la intimó a ingresar la suma de $1.336.840,94, más intereses resarcitorios (art. 37, ley). En el mismo acto se le aplicó una multa de omisión de $935.788,66 (art. 45, ley).

Al practicar dicha determinación, el juez administrativo tuvo en cuenta que en dichos períodos:

- Luz de La Plata S.A. estaba inscripta en la actividad de Servicios Personales NCP y tenía como objeto la inversión en sociedades y la prestación de servicios de asistencia técnica.

-Tenía el 31,94% del paquete accionario de EDELAP S.A., empresa distribuidora de energía, y el 54,81% de COINELEC S.A., empresa de inversión.

- No tenía empleados en relación de dependencia y no determinó impuesto alguno

- El paquete accionario de Luz de La Plata S.A. pertenecía al 31/12/2011 a: DISVOL ENERGÍA S.L. (96,71%) y ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. (3,29%) - ambas sociedades de capital español- y al 31/12/2012, a: DISVOL ENERGÍA SL (96,71%) y DISVOL INVESTMENT S.A. (3,29%)- esta última constituida en Uruguay- .

- La firma ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. tenía como único socio a la firma ISARKY S.A. también de

Uruguay, no había tenido nunca empleados en relación de dependencia, no tributó en su país impuesto similar al impuesto sobre los bienes personales y se acogió al régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE).

- DISVOL ENERGÍA S.L. tenía como único socio a la firma DISVOL INVESTMENTS S.A. (Uruguay), no tuvo empleados en relación de dependencia, ni participación en ninguna empresa española en 2011 y 2012 y tenía participación en las sociedades argentinas LUZ DE LA PLATA S.A., COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE ELECTRICIDAD S.A. y AES PAMPA ENERGY S.A., por un valor igual a 1 euro. También estaba adherida al Régimen de las ETVE.

- Tanto ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. como DISVOL ENERGIA S.L. estaban exentas en su país por el impuesto similar al impuesto sobre los bienes personales y por ser españolas, exentas en la República Argentina por su participación en Luz de la Plata S.A., es decir que su patrimonio no estaba gravado en ninguno de los dos países.

Sobre esa base de antecedentes, el juez administrativo concluyó que se configuró un "abuso de uso de convenio" mediante la utilización de sociedades interpuestas constituidas en el Reino de España, con el único fin de aprovechar los beneficios del Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (CDI) suscripto con ese país, cuyo art. 22 dispone que "…El patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante del que su titular sea residente…" y, en consecuencia, determinó su obligación como responsable sustituto en los términos del art. agregado a continuación del art. 25 de la ley del impuesto sobre los bienes personales.

En su presentación ante este Tribunal, Luz de La Plata S.A. opone la nulidad de la Resolución por considerar que su motivación es insuficiente ya que, según dice, el ajuste excede el ámbito de aplicación del art. 2 de la ley 11.683 al desconocer las disposiciones de la ley del impuesto sobre los bienes personales y del CDI celebrado entre Argentina y España (en adelante "el CDI").

Sostiene también que la prueba colectada por el Fisco Nacional se basa en documentos obtenidos en una fiscalización iniciada a otro contribuyente, lo que a su entender vulnera el secreto fiscal en los términos del art. 101 de la ley 11.683 y menoscaba garantías y principios constitucionales como el debido proceso y el derecho de defensa.

Por otra parte, plantea la prescripción en relación al periodo fiscal 2011, cuyo plazo asegura que empezó a correr el 1° de enero de 2012 y finalizó el 31 de diciembre de 2017. Afirma que no se produjo a su respecto la suspensión prevista en el art. 17 de la ley 26.860, porque ésta se aplica únicamente a los contribuyentes que se hubieran acogido a sus beneficios, lo que no sucedió en su caso.

En cuanto al ajuste, manifiesta que no se generó para Luz de La Plata S.A. la obligación del responsable sustituto prevista en el art. agregado a continuación del art. 25 de la ley del impuesto, que establece que el gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la ley 19.550 cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior y/o cualquier tipo de persona de existencia ideal domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades de la ley 19.550.

Explica que consideró no alcanzadas por el tributo a las acciones pertenecientes a las sociedades españolas DISVOL ENERGIA S.L. y ZARGAS PARTICIPACIONES S.L., en virtud de que art. 22, inc. 4° del CDI reservaba el poder de imposición patrimonial al Estado de residencia del titular de las acciones y participaciones

en el capital o patrimonio de una sociedad que, en el caso, era España.

Afirma que por eso, su responsabilidad se limitó a constatar elementos externos u objetivos, como corroborar el carácter de accionista de las sociedades españolas. Asimismo, considera que el art. 22 del CDI sólo subordina su aplicación a la acreditación de la residencia del titular de las acciones en el Estado contratante, por lo que la no gravabilidad de la tenencia accionaria en nuestro país requería solamente la constatación de la residencia de su titular en España, verificación que asegura haber efectuado y sostiene que las sociedades fueron constituidas de acuerdo a las normas españolas y en forma totalmente regular.

Sostiene que calificar a dichas sociedades como sociedades conductos implica ampliar los términos de una clausula convencional –el art. 22, inc. 4- al obligarlo a verificar extremos adicionales a la creación de la condición de residencia de las sociedades en el Reino de España.

Asegura que, además, la postura fiscal se aparta arbitrariamente de las disposiciones del CDI, que goza de jerarquía constitucional en nuestra legislación. Sostiene que se trata de una situación enmarcada por un Tratado de jerarquía superior a la norma interna, de conformidad con los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En ese sentido, alega que invocar una cláusula general de derecho interno de la que deriva la negación de un beneficio previsto en un Tratado Internacional, implica el apartamiento de la buena fe que debe prevalecer en la aplicación de este tipo de acuerdos.

Considera que no es aplicable el “principio de realidad económica” del art. 2 de la ley 11.683, según el cual la Administración Fiscal tiene facultades para desvirtuar la forma jurídica utilizada por el contribuyente a fin de dilucidar su cabal intención económica y efectiva, y afirma que en su caso existe una total coincidencia entre la forma jurídica y la económica. Agrega que no puede simplemente impugnarse la forma jurídica adoptada sin acreditarse la supuesta simulación, porque lo contrario equivale a cuestionar decisiones empresarias ajenas a la valoración fiscal.

A continuación, se refiere puntualmente a las sociedades DISVOL ENERGIA S.L. Y ZARGAS PARTICIPACIONES S.L.

Dice que fueron regularmente constituidas conforme a la legislación española, que se encuentran inscriptas ante la Autoridad Tributaria de ese país y que se incluyen entre las denominadas ETVE (entidades de tenencia de valores extranjeros), las que por definición legal poseen un objeto societario limitado exclusivamente a la actividad holding, es decir de tenencia, administración y gestión de acciones y derechos sociales en otros entes no residentes en España. Afirma que ese tipo de actividad es lícita y responde a la decisión empresarial de estructurar los negocios de la manera más conveniente, porque nadie está obligado a organizarlos de forma tal que conlleve una mayor carga tributaria.

En lo que respecta a la multa aplicada, invoca en primer lugar la prescripción de las acciones y poderes fiscales para aplicarla en relación al período fiscal 2011 en virtud de lo dispuesto en el art. 56, inc. a) de la ley y afirma que no se le aplica causal alguna de suspensión al plazo allí establecido.

Sostiene, además, la falta de configuración de la infracción por no darse los elementos legales que la caracterizan. Asegura que no actuó en forma negligente sino de buena fe y con sustento en una interpretación razonable de las normas vigentes.

Se queja, asimismo, de los intereses resarcitorios intimados en la Resolución por no haber existido mora culpable.

Por último, ofrece prueba y solicita que por las razones invocadas se haga lugar al recurso, con costas.

A su turno, contesta el recurso la representación fiscal, que remitiéndose a los argumentos expuestos en la Resolución, pide que se la confirme, también con costas.

A fs. 125 se abre la causa a prueba, se admite la pericial contable propuesta por la recurrente y a fs. 152 se clausura el periodo probatorio. A fs. 156 se elevan los autos a consideración de la Sala. A fs. 157 se ponen para alegar, obrando los respectivos alegatos de la del Fisco Nacional y de la recurrente a fs. 162/166 y fs. 167/178. Por último, a fs.180 quedan en estado de dictar sentencia.

II. Si bien Luz de La Plata S.A. opuso las defensas de nulidad y prescripción con carácter subsidiario, corresponde tratarlas en primer término ya que, de prosperar, se tornaría inoficiosa toda decisión posterior.

a. En cuanto a la defensa de nulidad con sustento en que la Resolución carece de causa y motivación y que se ha vulnerado en su dictado su derecho al debido proceso, debe ser rechazada en tanto se invoca para ello los mismos fundamentos que se esgrimen contra la pretensión de fondo, cual es su disconformidad con el criterio del Fisco Nacional al considerar como inaplicable al caso el art. 2° de la ley 11.683. Tampoco se advierte ningún vicio en el procedimiento seguido en forma previa a su emisión; por el contrario, de las act. adm. surge el estricto cumplimiento a cada una de las etapas del procedimiento previsto en la ley 11.683. En efecto, no se observa que se haya vulnerado su derecho de defensa, prueba de ello constituye la vista conferida en los términos del art. 17 de la ley 11.683 y el descargo presentado por Luz de La Plata S.A. en consecuencia, así como la prueba documental que tuvo oportunidad de aportar en la instancia administrativa, la que obra a fs. 474/617 del Cuerpo Principal N°3.

En ese sentido, vale recordar que la nulidad de un acto no puede invocarse en forma abstracta sino que es indispensable acreditar la existencia de menoscabo en algún derecho de quien la pide y un perjuicio concreto, requisitos que en el caso no se han cumplido, menos aún acreditado por lo que corresponde desestimarla.

Queda referirse, por último, a la supuesta vulneración al deber de secreto fiscal previsto en el art. 101 de la ley 11.683 en la que habría incurrido el juez administrativo al recurrir al fundar el ajuste a documentación obtenida de una fiscalización sustanciada a otro contribuyente que fue agregada como prueba en el marco del cual se obtuvo información de la Agencia Tributaria de España en relación a ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. y DISVOL ENERGIA S.L., los mismos accionistas españoles de la aquí recurrente.

El planteo es improcedente porque la aquí recurrente, Luz de La Plata S.A., aparece mencionada en dichas actuaciones, sustanciadas a partir de la información y la documentación recibida de parte del fisco español en el marco del requerimiento efectuado bajo el procedimiento del art. 26 del Convenio para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión suscripto con nuestro país y el art. 5° de la Convención sobre Asistencia Mutua en Materia Fiscal de la OCDE de la Unión Europea, por lo que la información obtenida en tales condiciones referida a transacciones específicas de empresas españolas acogidas al régimen ETVE era previsiblemente relevante para ser utilizada también en una fiscalización propia a dicha empresa como contribuyente por sus propias obligaciones fiscales.

Cabe recordar que el art. 26 del Convenio, probado por ley 24.258, disponía en lo que aquí interesa que, “Las autoridades competentes de los Estados Contratantes intercambiarán las informaciones necesarias para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio, o en el Derecho interno de los Estados Contratantes relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio, en la medida en que la imposición exigida por aquél no fuera contraria al Convenio. El intercambio de información no está limitado por el artículo 1. Las informaciones recibidas por un

Estado Contratante serán mantenidas secretas en igual forma que las informaciones obtenidas en base al Derecho interno de este Estado y sólo se comunicarán a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos encargados de la gestión o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a estos impuestos o de la resolución de los recursos en relación con estos impuestos. Estas personas o autoridades sólo utilizarán estos informes para estos fines".

Por otro lado, se advierte que carece de agravio la aquí recurrente para plantear una violación al deber de secreto fiscal, ya que no es ella el responsable ni el tercero al que hace referencia el primer párrafo del art. 101 de la ley 11.683, y por ende no es Luz de La Plata S.A. el contribuyente titular de la información tutelada por dicho precepto que se esgrime vulnerada.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar la nulidad opuesta, sin costas (Fallos 336:70, "Bolland").

b. En lo que se refiere a la prescripción opuesta en relación al periodo fiscal 2011, teniendo en cuenta que el plazo de prescripción inició su cómputo el 1° de enero de 2013, el vencimiento de los cinco años se produjo el 1° de enero de 2018. Ello así, teniendo en cuenta la fecha de la Resolución recurrida –del 30 de julio de 2018 - cabe analizar si se han verificado circunstancias que pudieran haber tenido la virtualidad de suspender o interrumpir el curso normal de dicho plazo.

Y en ese aspecto, resulta aplicable lo resuelto por esta Sala en una anterior composición en los autos "Molinari, Carlos Juan", sentencia del 27 de diciembre de 2017 y, más recientemente, en su actual composición en los autos "Ford Credit Compañía Financiera S.A", sentencia del 16 de abril de 2019 y "HSBC Argentina Holdings SA" del 17 de diciembre de 2019 -confirmada en ese aspecto por la Alzada el 1° de julio de 2022-, entre otras, en las que haciendo referencia también al art. 17 de la ley 26.860, reglamentado por el art. 7° de la RG AFIP N° 3509, dijo en lo que aquí interesa, que

"… el plazo de suspensión incorporado por la ley N° 26.860 alcanza a la totalidad de contribuyentes hayan o no optado por hacer uso del régimen de exteriorización de moneda extrajera, resultando plenamente aplicable en el sub examen y por ende, el artículo agregado a continuación del artículo 65 de la ley 11.683 …", constituyendo ésta una decisión del entonces legislador, que no se repitió en su similar posterior ley 27.260 cuyos beneficios en este proceso la actora también invocó, de la cual no corresponde apartarse ya que no existen a la fecha precedentes en la que se haya declarado su inconstitucionalidad (conf. art. 185, ley 11.683).

En virtud de lo expuesto, cabe concluir que en el caso el plazo de prescripción fue suspendido por un año por aplicación del art. 17 de la ley 26.860, por lo que operó el 1° de enero de 2019 para el periodo fiscal 2011. En consecuencia, las acciones del Fisco Nacional para determinar de oficio las obligaciones de la aquí recurrente no habían prescripto, por lo que cabe rechazar la excepción, sin costas (Fallos 336:70, "Bolland").

III. Respecto a la cuestión de fondo, cabe recordar, en primer lugar, que el Tribunal no está obligado a seguir a las partes en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que proponen, sino tan sólo aquéllas que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (conf. Fallos 258:304; 262:222; 265:301; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970).

La ley del impuesto sobre los bienes personales dispone en su art. agregado a cont. del art. 25, que "El gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior, y/o sociedades y/o cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades regidas por la Ley 19.550 […] A los efectos previstos en el párrafo anterior, se presume de derecho

—sin admitir prueba en contrario— que las acciones y/o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la Ley 19.550, cuyos titulares sean sociedades, cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, empresas, establecimientos estables, patrimonios de afectación o explotaciones, domiciliados, radicados o ubicados en el exterior, pertenecen de manera indirecta a personas físicas domiciliadas en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas".

Se trata de la tributación sobre Acciones y Participaciones Societarias que desde el año 2002 rige bajo el régimen de responsabilidad sustituta ampliar Agustina

A su vez, el CDI, aprobado por ley 24.258, en su art. 22, inc. 4º, establecía que "El patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante del que su titular sea residente".

Es decir que si bien la ley del gravamen la sociedad argentina regida por la ley 19.550 tiene el carácter de responsable sustituto por la tenencia del paquete accionario cuya titularidad pertenezca a otra sociedad domiciliada en el exterior, si esta última estuviera radicada en el Reino de España estaría sujeta a tributación en ese país y no en la República Argentina.

En el caso, como se dijo, el juez administrativo consideró que no correspondía aplicar la referida cláusula sobre la base de lo detectado durante la fiscalización, en cuanto a que las sociedades que integraban el capital social de la recurrente al 31 de diciembre de 2011, Disvol Energía S.L y Zargas Participaciones S.L. y al 31 de diciembre de 2012, Disvol Energía S.L. eran sociedades interpuestas al sólo efecto de gozar de los beneficios del CDI, esto es disminuir la carga fiscal debida en Argentina.

En ocasión de contestar el recurso señala la representación fiscal que:

- eran empresas constituidas en los años 2010 y 2011

- que no tenían ningún tipo de actividad registrada, ni empleados en nómina, ni declaran en sus balances operaciones con participaciones propias, tampoco tienen participación en otras empresas españolas.

- reciben asesoramiento externo de entidades en áreas mercantil jurídica, contable fiscal y de auditoria.

- que fueron parte de una serie de traspasos de acciones con intervención de personas físicas coincidentes, llevadas a cabo en un lapso de pocos años que involucraron siempre a las mismas entidades.

Ello es lo que surge del Cuerpo de Antecedentes Empresas del Exterior que forman parte de las act. adm.

En efecto, de allí se desprende que:

- El 28 de noviembre de 2011 el Sr. Macfarlane adquirió el 98 % de DISVOL INVESTMENT S.A. (Uruguay) y casi un mes después, dicha entidad adquirió a la española recién constituida DISVOL ENERGIA S.L., cuyo capital era de 3000 Euros.

- Previo a esa operatoria, se produjo la transferencia a DISVOL INVESTMENT S.A. (Uruguay) de diferentes participaciones accionarias de empresas argentinas, entre ellas la de Luz de La Plata S.A. por el 96,71%.

- El 22 de diciembre de 2011, tras ser adquirida por DISVOL INVESTMENT S.A., la DISVOL ENERGIA S.L. realizó una ampliación de capital aportando a ese fin las acciones de sociedades argentinas, entre ellas las de

Luz de La Plata S.A. en su totalidad.

- Como consecuencia de nuevas transferencias accionarias llevadas a cabo por el Sr. Macfarlane, DISVOL INVESTMENT S.A. recibió el 3% de Luz de La Plata S.A. que estaba en poder de ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. y DISVOL ENERGIA S.L. (España) recibe el 7,1% de EDELAP S.A. –donde también Luz de La Plata S.A. tenía una importante participación accionaria (32%)-.

- Como resultado, la totalidad accionaria de Luz de La Plata S.A. quedó en manos del Sr. Alejandro Macfarlane a través de la titularidad accionaria de las dos accionistas principales.

El juez administrativo no cuestiona la composición societaria de Luz de La Plata S.A., ni la vigencia del Convenio de Doble Imposición suscripto entre ambos países, tampoco que DISVOL ENERGÍA S.L. y ZARGAS PARTICIPACIONES S.L. sean empresas regularmente constituidas en España, su inscripción en registros mercantiles y en el ETVE del fisco español sino la imposibilidad o improcedencia de reconocer sus beneficios y, por ende, su pretensión de gravar el patrimonio por la recurrente por haber actuado de manera abusiva "…, toda vez que las sociedades constituidas en el Reino de España tienen las características de sociedades interpuestas a los fines de gozar de los beneficios del acuerdo…".

Se trata, según el juez administrativo, de sociedades interpuestas entre Luz de La Plata S.A. y las sociedades uruguayas con las que no había Convenios de para evitar la doble imposición.

En el caso de DISOLV INVESTMENT S.A., accionista uruguaya, la pretensión fiscal se funda en la inexistencia de tratado, pero teniendo en cuenta que sobre este aspecto del ajuste la recurrente no ha expresado agravio alguno, corresponde desde ya su confirmación.

Por su parte, Luz de La Plata S.A. afirma que no resulta aplicable el principio de la realidad económica (art 2°, ley 11.683) porque debe prevalecer el contenido del Convenio, ya que a su juicio, se trata de una norma de jerarquía mayor que la interna y por lo tanto, la desplaza. Dice así que lo púnico que tenía que constatar era la titularidad de las acciones y que como responsable sustituto no tenía a cargo la constatación de otras verificaciones , ya que ello no surge de la ley, ni del decreto reglamentario ni de la reglamentación dictada por el propio organismo fiscal.

Así, la residencia es en este criterio, una residencia formal.

Cabe adelantar que el tema en discusión ya fue tratado por este Tribunal y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aunque en relación a la aplicación del impuesto a las ganancias, al fallar en la causa "Molinos Río de La Plata S.A.", en sentencia del 2 de septiembre de 2021, en la que en lo que aquí interesa dijo que "…En un contexto coherente con nuestro diseño constitucional, se reconoce a la buena fe como guía estructural de interpretación de los tratados internacionales; y, con ello, la razonabilidad es el patrón de comportamiento que repele interpretaciones que –so pretexto de la invocación de las cláusulas de un tratado- desvirtúen su naturaleza, objeto o finalidad." Y en esa línea concluyó en que "…el principio de razonabilidad expulsa del ordenamiento jurídico el ejercicio abusivo de derechos en todas sus variantes".

Dijo también la Corte en esa oportunidad, citando el memorándum de la Dirección Nacional de Impuestos del 4 de noviembre de 2010, que "…no existe impedimento alguno para que, en ausencia de normativa específica en el Convenio de doble imposición de que se trate, el país que se considera perjudicado por las prácticas abusivas desplegadas por los responsables pueda hacer uso de su normativa antiabuso interna".

Debe determinarse, entonces, si en el caso las sociedades españolas - DISVOL ENERGÍA S.L. y ZARGAS PARTICIPACIONES S.L.- fueron constituidas a los fines de obtener las ventajas fiscales otorgadas por el CDI o si, como afirma la recurrente, "…resulta perfectamente válida la estructuración de los negocios a través de sociedades holding", para lo cual es necesario examinar la prueba producida, que en esta instancia consistió en la pericial contable que obra agregada a fs. 137/138.

El único punto propuesto a los peritos consistió en solicitarles que "Identifiquen los accionistas de LUZ DE LA PLATA S.A. durante los ejercicios 2011 y 2012, indicando si surge evidencia en las actos y/o libros respectivos de la concreta participación de los mismos en la toma de decisiones de la Sociedad que hacen a su calidad de accionistas".

En respuesta, los expertos informaron que los accionistas de fueron: del 1/1/2011 al 16/11/2011, Inversora Aes Américas Holding España S.L. y Aes Electroinversora España S.L.; del 17/11/2011 al 29/11/2011, Zargas Participaciones S.L. y Foscar Hispano Gestiones S.L.; del 30/11/2011 al 21/12/2011, Zargas Participaciones S.L. y Disvol Investment S.A.; del 22/12/2011 al 17/09/2012, Zargas Participaciones S.L. y Disvol Energía S.L. y del 18/9/2012 al 31/12/2012, Disvol Energía S.L. y Disvol Investment .

Precisaron, además, que las sociedades accionistas tuvieron como representantes legales en el país a las mismas dos personas y que éstos intervinieron en todas las Asambleas Ordinarias y Extraordinarias celebradas por Luz de La Plata S.A.. De ello extrajo el perito designado por la recurrente que los accionistas de Luz de La Plata S.A. participaron en la toma de decisiones societarias, mientras que la perito del Fisco Nacional agregó que de lo contrario, esos actos no hubieran podido realizarse, pues es la única participación activa que según la ley de sociedades tienen los accionistas en las sociedades anónimas.

De lo dicho se concluye en que la prueba producida no aportó elementos relevantes para sustentar lo alegado por la recurrente. Es que Luz de La Plata S.A. hace hincapié en que sus accionistas españolas son sociedades regularmente constituidas, residentes en España, cuyo objeto social es principalmente la "gestión y control de otras empresas y sociedades mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales", lo que considera prueba suficiente de su real actividad como sociedades holding, es decir como inversoras. Sin embargo, si bien acompañó en sede administrativa documentación relativa a la sociedad española Disvol Energía S.L. -Estatutos, Acta de constitución, Acta de decisiones del socio único-, lo que debió y no logró demostrar es la efectiva actividad económica de esas sociedades que pudiera acreditar más allá de su objeto formal, que no eran como lo denominó la Excma Cámara meras estructuras jurídicas sin sustancia económica genuina creadas al sólo efectos de interponerse entre las reales titulares de las acciones –conf. "First Data Cono Sur SRL", sentencia del 31.12.2019-.

Resulta, entonces, acertado el criterio fiscal en cuanto consideró sobre la base de la evidencia recolectada en el procedimiento previamente sustanciado -que no fue refutada en autos por pruebas concretas-, que no correspondía aplicar los beneficios del CDI atento al principio prevalencia de la realidad económica, teniendo en cuenta que las sociedades holding españolas no hicieron más que poseer formalmente la tenencia accionaria de la aquí recurrente actuando como un mero vehículo, a los efectos de hacer prevalecer las disposiciones del Convenio para eludir su obligación como responsable sustituta del gravamen.

Ese accionar, que como surge de las constancias de la causa era el habitual entre las sociedades involucradas, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, no respondió al simple ejercicio de la libertad de comercio "que comprende la de estructurar sus negocios de la forma que juzgue conveniente y dentro del marco de la ley, sin intervención de la autoridad fiscal..", sino que como sostuvo la Corte Suprema en el precedente "Molinos Río de

la Plata” “…el supuesto de hecho en la causa no sería entonces, a partir de la conducta de la actora, evitar la doble imposición sino procurar doblemente una no imposición, por lo que no se encontraría alcanzada por el ámbito de validez material del CDI interpretado de buena fe”.

Cabe destacar que en el mismo sentido se pronunció esta Sala al fallar en la causa “Praxair Arg. S.R.L.” (Expte N°46.119-I), sentencia del 27 de diciembre de 2019, que puede ser descargada de https://jurisprudenciatfn.mecon.gob.ar/.

Por lo tanto, corresponde confirmar la determinación de oficio, tanto en cuanto al capital como a los intereses intimados en la Resolución, que fueron calculados de conformidad con lo dispuesto por el art. 37 de la ley 11.683, sin que se hayan invocado razones de entidad suficiente para que se la exima de su responsabilidad con arreglo a la doctrina de mora inculpable conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al fallar en “Citibak NA”, sentencia del 1° de junio de 2000. Las costas se imponen a la vencida.

IV. En cuanto a la multa de omisión aplicada en la Resolución, corresponde resolver en primer lugar la prescripción opuesta por el recurrente en relación al período 2011 sobre lo cual cabe decir que, conforme lo establecen los arts. 56 y 58 de la ley 11.683, el plazo de prescripción inició el 1°de enero de 2012, por lo que su fenecimiento se produjo el 1° de enero de 2017. En virtud de la fecha de la Resolución -30/7/18- cabe analizar entonces si se han verificado en autos circunstancias que pudieran haber tenido la virtualidad de suspender o interrumpir el curso de dicho plazo, tal como lo plantea el Fisco Nacional.

En tal sentido, la causal prevista en el art. 17 de la ley 26.860 entró en vigencia 3 de junio de 2013, es decir, que el plazo de prescripción ya se había iniciado aún por lo que resulta aplicable el criterio expuesto por la Cámara al fallar en la causa “Acifer S.A.”, el 14 de septiembre de 2004, entre otros, en el sentido que “… la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el eventual y secundario interés fiscal que puede existir en la percepción de la multa no altera la naturaleza principalmente punitiva de dicha sanción tributaria y que ello conduce a la aplicación de los principios del Código Penal (confr. Fallos: 267:457; 287:76, entre otros).” Y cita el art. 2, primera parte del Código Penal, que dispone que "si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitará a la establecida por esa ley. En todos los casos del presente artículo, los efectos de la nueva ley se operarán de pleno derecho". De ello concluye que “Lo expuesto por dicha norma comprende no sólo la nueva ley más benigna, sino también la ultraactividad de la ley anterior más benigna. De tal modo, el principio de irretroactividad de la ley penal, contenido en el art. 18 de la Constitución Nacional debe entenderse en el sentido de que impide la aplicación de una norma más gravosa, posterior al momento de la comisión del hecho (Conf. Sebastián Soler "Derecho Penal Argentino", t. I, pág. 205)”.

Por lo tanto, en razón del principio que postula la no aplicación retroactiva de una ley penal más gravosa para el imputado, en este caso Luz de La plata S.A., el plazo de suspensión incorporado por la ley 26.860 no resulta aplicable al caso autos.

En virtud de lo expuesto, corresponde declarar prescripta multa aplicada en la Resolución N° 145//2018 en relación al periodo fiscal 2011, con costas.

V. Queda expedirse acerca de la legitimidad de la sanción aplicada por el año 2012.

Lo expresado en los Considerandos anteriores da cuenta que se encuentran reunidos en el caso los elementos objetivo y subjetivo del tipo de omisión descripto en el art. 45 de la ley 11.683, ya que Luz de La Plata S.A. ha

omitido declarar su obligación fiscal en el impuesto a los bienes personales de ese período fiscal, sin que haya demostrado la existencia de alguna casual que permita exculpar su conducta negligente, como se exige en la jurisprudencia de la Cámara (conf. “Lorenzo Annecchini S.A.”, del 8 de julio de 2022, entre muchos otros), por lo que corresponde la confirmación de la multa impuesta, con costas.

El Dr. Martín dijo:

I. Que adhiero a la decisión que adopta la Dra. O’Donnell con relación al cargo recaído en el Impuesto sobre los Bienes Personales – Participaciones Societarias correspondiente a los períodos fiscales 2011 y 2012, inclusive al rechazo de la excepción de prescripción opuesta por la actora respecto del período 2011.

II. Que en cuanto al planteo de prescripción para determinar la multa de este último período, considero que el inicio del cómputo del plazo debe ubicárselo en el 1° de enero de 2013, atento que el cierre de sus ejercicios comerciales y fiscales operan en el mes de diciembre de cada año y el vencimiento general de presentación de las declaraciones juradas y pago se produjo durante el año 2012.

Por aplicación de la norma general –Ley N° 11.683 texto ordenado en 1998 y modificatorias, artículos 56 y 57- el término de cinco años para que el Organismo Fiscal pueda ejercer sus facultades se cumplirían el 1° de enero de 2018.

Ahora bien, una vez iniciado el plazo de prescripción se sancionó la Ley N° 26.860 (B.O. 03-06-2013) que en su artículo 17 contempló una suspensión de los plazos, con la siguiente redacción: “Suspéndese con carácter general por el término de un (1) año el curso de la prescripción de la acción para determinar o exigir el pago de los tributos cuya aplicación, percepción y fiscalización esté a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos y para aplicar multas con relación a los mismos, así como la caducidad de la instancia en los juicios de ejecución fiscal o de recursos judiciales”. El resaltado me pertenece.

Resulta indubitable que la suspensión abarca las multas y si bien podría plantearse en el plano teórico una distinción entre aquellas cuyo plazo de prescripción ya comenzó a operar y otras en que no, lo cierto es que la norma resultaría de imposible aplicación a períodos que aún no iniciaron el término de 5 años (p.ej que se iniciaran el 1° de enero de 2014 o 1° de enero de 2015). Por ende el único universo posible que comprendería la decisión adoptada por el Poder Legislativo sería el de las sanciones en las que ya comenzó el cómputo (v.g. 1° de enero de 2013, 1° de enero de 2012). Una opinión en contrario importaría una decisión del Congreso Nacional sobre un universo vacío o que el segundo supuesto se encuentra afectado por una decisión de inconstitucionalidad, cuestión que no ha ocurrido a la fecha.

Sobre esta base, la suspensión bajo análisis lleva la fecha límite para aplicar sanciones por parte del Fisco Nacional hasta el 1° de enero de 2019, criterio que convalida el acto administrativo dictado el 20/07/2018.

III. En base a lo descripto en el párrafo anterior, debe emitirse opinión sobre las multas aplicadas por los períodos fiscales 2011 y 2012. En tal sentido adhiero a los argumentos desarrollados por la Dra. O’Donnell para resolver la multa del período 2012, los que hago extensivos al período 2011.

La Dra. Gómez dijo:

I- Que comparte en lo sustancial los argumentos vertidos en el Considerando II del voto de la Dra. O´Donnell para rechazar los argumentos de la actora para sostener la nulidad del acto apelado y la prescripción para determinar impuesto e intereses para período 2011 del Impuesto a las Ganancias. Asimismo, considerando la

invocación del artículo 17 de la Ley N° 26.860 (BO 3/6/2013), este dispuso expresamente la suspensión con carácter general y por el término de un año del curso de prescripción para aplicar multas, considero que el Fisco se encontraba habilitado al momento del acto determinativo, para imponer sanción por el período 2011.

Cabe señalar que no procede la imposición autónoma de costas como lo pretende el Fisco Nacional (vide fs. 99 vta.), toda vez que en oportunidad de efectuar tales defensas, ni la actora ni este Tribunal le otorgaron el carácter de previo y especial pronunciamiento (conf. Criterio seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver la causa "Bolland y Cía. S.A.", sentencia de fecha 21/02/2013).

II- Que corresponde resolver si la resolución apelada se ajusta a derecho.

Que el Fisco constató que el paquete accionario de la actora para el período 31/12/2011 era para Disvolv Energía SL en un 96,71% y Zargas Participaciones SL en un 3,29%, ambas empresas de capital español. En tanto para el 31/12/2012 el reparto era: Disvolv Energia SL: 96,71 y Disvolv Energia Investment S.A. 3,29%, esta última empresa uruguaya. Cabe destacar que en ninguno de estos períodos, la actora determinó impuesto respecto a lo expuesto.

Que surge del acto apelado, que se observó que la aquí recurrente no justificó la exactitud de los datos contenidos en las declaraciones juradas del Impuesto sobre los Bienes Personales- Acciones y/o Participaciones Societarias correspondiente a los períodos 2011 a 2012, considerando que existió un apartamiento de los términos del Tratado para Evitar la Doble Imposición suscripto entre nuestro país y el Reino de España, aprobado mediante la Ley 24.258.

Oportunamente, el organismo expuso que por aplicación del referido Convenio en los períodos determinados, no se encuentran alcanzadas por el gravamen, las acciones y participaciones en el poder de accionistas residentes en el Reino de España; pero en este caso, se presumió la existencia de un "abuso de uso de convenio" (sic.) mediante la utilización de sociedades interpuestas constituidas en el Reino de España al solo efecto de aprovechar los beneficios del mentado tratado.

Que tales sociedades son Zargas Participaciones SL y Disvolv Energia SL, adheridas al Régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros (ETVE). La primera de las citadas tenía por objeto la dirección y gestión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español; mientras que la segunda, la constitución o participación de sí misma o de forma indirecta en la gestión y control de otras empresas y sociedades, y la gestión y administración de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español. Ambas tienen una firma uruguaya como único socio (Iskary S.A. para Zargas Participaciones SL y Disvolv Investment S.A. para Disvolv Energia SL) y no poseen empleados. Por último, estas empresas se encontrarían exentas en su país por un impuesto similar al del Impuesto sobre los Bienes Personales- Acciones y/o Participaciones Societarias; y por ser españolas, exentas en nuestro país por su participación en Luz de La Plata S.A. En efecto, su patrimonio no estaría gravado en ninguno de los dos países.

Finalmente, respecto a la accionista uruguaya para el período 2012, se consideró que correspondía el ingreso del gravamen como responsable sustituto al no encontrarse vigente en los períodos determinados, ningún tratado internacional que eximiera de ello, lo que no fue controvertido por la actora (vide fs. 21)

III- Que el artículo agregado por la ley 25585 (BO - 15/5/2002) a continuación del Título VI - Del impuesto sobre los bienes personales, artículo 25 de la ley 23966, dispone: "El gravamen correspondiente a las acciones o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la ley 19550 (t.o. 1984; BO 30/3/1984), cuyos titulares sean personas físicas y/o sucesiones indivisas domiciliadas en el país o en el exterior, y/o sociedades y/o cualquier

otro tipo de persona de existencia ideal, domiciliada en el exterior, será liquidado o ingresado por las sociedades regidas por la ley 19550 y la alícuota a aplicar será del 0,50% sobre el valor determinado de acuerdo con lo establecido por el artículo 22, inciso h) no siendo de aplicación en este caso el mínimo exento dispuesto por el artículo 24. El impuesto así ingresado tendrá el carácter de pago único y definitivo".

"A los efectos previstos en el párrafo anterior, se presume de derecho -sin admitir prueba en contrario- que las acciones y/o participaciones en el capital de las sociedades regidas por la ley 19550, cuyos titulares sean sociedades, cualquier otro tipo de persona de existencia ideal, empresas, establecimientos estables, patrimonios de afectación o explotaciones, domiciliados, radicados o ubicados en el exterior, pertenecen de manera indirecta a personas físicas domiciliadas en el exterior o a sucesiones indivisas allí radicadas".

"Las sociedades responsables del ingreso del gravamen tendrán derecho a reintegrarse el importe abonado, incluso reteniendo y/o ejecutando directamente los bienes que dieron origen al pago".

Como consecuencia de la entrada en vigencia de la mentada norma, a partir del año 2002, las sociedades residentes en Argentina que antes no tributaban por las tenencias accionarias o participaciones en su capital por parte de empresas extranjeras debían empezar a hacerlo como responsables sustitutos.

Que, por su parte, cabe analizar el Convenio de Doble Imposición celebrado con España (Ley 24.258) aplicable a los períodos determinados en autos. En efecto, el apartado 4° del artículo 22 establece que el patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad "sólo puede someterse a imposición en el Estado Contratante del que su titular sea residente". Que de acuerdo con el Memorando 70/2008 (DNI), queda claro que la letra del acuerdo otorga el ejercicio de la potestad tributaria de modo exclusivo al Estado signatario en el que el titular de las acciones sea residente, en este caso España conforme la radicación de Disvolv Energía SL y Zargas Participaciones SL.

En tal sentido, no puede dejarse de lado el principio de buena fe que debe regir entre las partes para interpretar los convenios bajo análisis, principio que si bien no aparece mencionado en la mayoría de los tratados, lo cierto es que el mismo se ve reflejado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que, en su Sección Tercera, se refiere a la interpretación, disponiendo en el art. 31.1 que "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

Que tal principio, puede ser invocado para neutralizar la discrecionalidad en el ejercicio del derecho de interpretar el tratado que quisiera poner en práctica uno de los Estados contratantes, con el fin de evitar que una interpretación errónea conduzca a un resultado no previsto en oportunidad de suscribir el tratado. De este modo, de ocurrir un cambio de circunstancias y resultados no previstos, el problema puede expresarse del siguiente modo: por un lado, el principio pacta sunt servanda requiere que el tratado se cumpla sin tener en consideración el planteo de si la situación no prevista puede estar comprendida dentro del ámbito del tratado, pero por otro lado el principio de buena fe indica que dentro de ciertas circunstancias, invocar un tratado para cubrir casos que razonablemente no podrían haber sido contemplados por las partes al momento de pactar, no está de acuerdo con el principio de la buena fe, es decir que no puede admitir que se invoque un tratado a fin de sacar ventaja de una situación que nunca pudo haber estado dentro de la intención de las partes contratantes.

En definitiva, para que sea aplicable en el caso la cláusula de la buena fe, algunos doctrinarios sostienen que deben existir motivos razonables para llevar a cabo el hecho económico para lo cual tal sociedad debiera tener actividad empresarial y, no que su único propósito sea el disfrute de los beneficios del Convenio que se trate.

Que, tal como surge de la letra del Convenio celebrado con España -vigente para los períodos determinados-, éste no previó entre sus cláusulas normas antiabusivas en materia de impuestos patrimoniales como resulta en nuestro país el Impuesto sobre los Bienes Personales.

Frente a la situación descripta, entiendo que corresponde aplicar la normativa interna para evitar el aprovechamiento impropio de las ventajas del Convenio en trato, resultando razonable acudir al principio de la realidad económica plasmado en el art. 2° de la ley de procedimiento tributario que permite prescindir de la estructura jurídica de un acto para adecuarlo a la intención económica y efectiva del contribuyente, como mecanismo ante conductas elusivas.

Que en tal sentido cabe traer a colación lo expuesto por la Dirección Nacional de Impuestos en el Memorando 340/2015 fechado el 22 de mayo de 2015, que aborda una temática análoga a la que aquí nos convoca en relación al Convenio suscripto entre nuestro país y el Reino de España:

“Además, no debe perderse de vista que las medidas “anti-abuso” contenidas en la legislación interna de un Estado, como aquellas que dan prioridad al fondo sobre la forma y la regla de la realidad económica, no son considerados por la OCDE como contrarias a los convenios, en razón de que: “(...) hay pues acuerdo en que los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo”. Es decir que “(...) cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas transacciones o arreglos fue asegurar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento más favorable en esas circunstancias sería contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión (...)”.

“Ahora bien, y sin perjuicio de que el CDI objeto de estudio no contenía una cláusula anti- abuso, corresponde tener presente que al negociar el Convenio actualmente vigente con el Reino de España las delegaciones de ambos países entendieron que “ (...) El convenio no se interpretará en el sentido de impedir a un Estado Contratante aplicar disposiciones de su normativa interna relativas a la prevención de la evasión fiscal” y que ello “ (...) representa la interpretación que dichos Estados ya poseían respecto del Convenio entre la República Argentina y el Reino de España para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y sobre el Patrimonio suscripto el 21 de julio de 1992”.

“Por lo tanto, en el caso específico de marras, ninguna duda cabe acerca de la aplicación de normas internas, como la legislada en el artículo 2° de la ley n° 11.683, que constituye una pauta a tener presente en la apreciación de los hechos imponibles; en otras palabras, es un instrumento legal que faculta a investigar los hechos reales”.

No caben dudas que las disposiciones contenidas en la legislación interna no deben considerarse contrarias a los Convenios, toda vez que están dirigidas a desarticular maniobras abusivas que pretenden lograr la aplicación de aquellos a situaciones que los mismos no buscaron cubrir. Estas medidas generales, como aquellas que dan prioridad al fondo por sobre la forma y la regla de la realidad económica, no son consideradas por la OCDE como contrarias a los convenios, en razón de que “…los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo”, es decir, “cuando uno de los principales objetivos para realizar determinadas transacciones o arreglos fue asegurar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento más favorable en esas circunstancias sería contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión” -Comentarios al artículo 1 del Modelo de Convenio de la OCDE- (Resumen del Dr. Adrián Groppoli “El uso indebido de los Convenios para evitar la doble imposición”, XXVIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas; Mar del Plata, noviembre 2008).

Que en esta línea, no escapa a esta juzgadora que a partir de la reforma constitucional de 1994, los tratados o convenios internacionales tienen mayor jerarquía jurídica que las leyes emanadas del Congreso Nacional (art. 75, inciso 22), pero -a tenor de lo hasta aquí expuesto, entiendo que el principio de realidad económica contenido en nuestra legislación es perfectamente aplicable aunque no esté previsto expresamente en el texto del Convenio, protocolos adicionales, ni en sus comentarios. Que al respecto, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "ICA (Industria Comercial Argentina) SRL c/Fisco Nacional (Dirección General Impositiva)", con fecha 27/8/1958, sostuvo que: "en efecto, por la misma razón que no es reprensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal, no cabe desconocer al Estado la facultad de proscribir por ley procedimientos, incluso jurídicos, susceptibles de reducir los gravámenes establecidos. Y es correcta la interpretación de tales normas de manera conducente a los fines de evitar que los impuestos sean eludidos, a que ellas responden, como lo ha señalado la jurisprudencia extranjera-conf. Paul y Mertens, The Law of Federal Income Taxation, vol 5º, pág 853 y siguientes" (Fallo 241:210).

IV- Que a tenor de lo expuesto, corresponde analizar en base a los antecedentes de hecho de la causa, si a la luz del principio de realidad económica existió -como lo sostiene el Fisco Nacional- una maniobra tendiente a obtener los beneficios del Tratado con España, al interponerse una sociedad de ese país como titular accionario de una sociedad argentina, limitando la potestad tributaria sobre tenencias accionarias de empresas extranjeras que establece el artículo agregado a continuación del 25 de la Ley del Impuesto sobre Bienes Personales.

Que no puede soslayarse que toda empresa tiene derecho a proyectar sus actividades comerciales, procurando minimizar la carga tributaria -derivada del ejercicio de una actividad mercantil o la tenencia de un patrimonio-, mediante la elección de la vía de acción más eficiente entre todas las alternativas legales posibles, y en tal sentido, se ha definido a la planificación fiscal internacional como la reflexión y cálculo de antemano para optimizar la utilización de la normativa reguladora de los impuestos con que se gravan operaciones que se realizan en el exterior de un país, ello dentro de la legalidad con la finalidad de que la carga tributaria sea la menor posible; y para ello lo que se requiere es que no existan conductas sospechosas en la planificación fiscal que crucen el límite de minimizar legalmente la carga fiscal. (Vicente Oscar Díaz, "El accionar de las empresas multinacionales en los paraísos fiscales y su relación con los fraudes fiscales en la experiencia del derecho tributario internacional", Doctrina Penal Tributaria y Económica –Errepar Nº 17, Pág. 7 y sgtes.-diciembre 2010).

"El problema que se examina es el tomar posición entre dos principios antagónicos: por un lado, se afirma el pleno derecho de los particulares de elegir para sus negocios los medios y los caminos que resulten menos onerosos desde el punto de vista de las cargas fiscales. Por el otro, se presenta el principio de que los particulares no pueden adoptar caminos indirectos o instrumentos inadecuados para lograr resultados por ellos deseados y pretender que el intérprete de la ley tributaria acepte y se someta a la elección de los caminos referidos por los sujetos privados (Dino Jarach, "Curso de Derecho Tributario", 3edición, 1980, pag. 235-Liceo Profesional CIMA).

Que en ocasión de sentenciar la causa "La Emiliana de Exportación SA s/recurso de apelación" (Expte N° 11.891-I), con fecha 11 de agosto de 1995, la Sala B de este Tribunal, el Dr Agustín Torres, remitiéndose a lo ya expresado en la causa "Vicente Orue SACIIE s/ apelación " de fecha 30/5/1990, sostuvo que "... no se puede desconocer hoy que, en el complejo marco de la economía mundial, las empresas persiguen a través de una estrategia internacional localizar fiscalmente las operaciones en los espacios sujetos a una menor o nula presión tributaria e incluso mediante la que se ha dado en llamar 'tax treaty shopping', la prosecución del resultado más favorable derivado del empleo conexo de tratados fiscales cuyo hilvanamiento se consigue vía empresas-conducto. No siempre esta actividad es compatible con los ordenamientos tributarios involucrados. A veces se aproxima o se inscribe en nuevas formas de defraudación fiscal consumadas en operaciones de alcance

internacional... Puede decirse entonces que cuando el juez fiscal se encuentra frente a operaciones de alcance internacional ... debe examinar la proyección interna de aquella relación mediante un particularizado y exhaustivo análisis de las probanzas, a fin de que la operación invocada se corresponda a la real operatoria acordada por las partes...".

Que no resulta controvertido que Disvolv Energía SL y Zargas Participaciones SL. . resultaban sociedades constituidas en España, que optaron por acogerse al régimen especial de entidades de tenencias de valores extranjeros (EFTVE), constituyendo su objeto social la administración y gestión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español

Que la Dirección Nacional de Impuestos se ha pronunciado en el Memorando 340/2015 respecto de los beneficios que otorga el régimen impositivo español a este tipo de sociedades EFTVE, concluyendo que se genera una situación de "doble no imposición", toda vez que Argentina no puede gravar las tenencias accionarias por imperio del Convenio de Doble Imposición, toda vez que dicho instrumento internacional le atribuye potestad tributaria exclusiva a España, país que a su vez no grava la tenencia accionaria de sociedades creadas en su territorio adheridas al régimen especial de entidades de tenencias de valores extranjeros siempre que las mismas provengan de tenencias de participaciones o acciones de sociedades constituidas fuera de su territorio.

Que el citado Memorando invoca un informe de la OCDE en donde se advierte que este tipo de situaciones podría encuadrarse como una "Base Erosion and Profits Shifting (BEPS)" que: "se refiere a casos de interacción de diferentes normas fiscales entre Estados en los que el resultado es la doble no imposición (...) también se refiere a los casos mediante los cuales se logra no tributar, desplazando las ganancias lejos de las jurisdicciones de su verdadera fuente o de las actividades dónde estos beneficios tienen lugar (...) La no tributación no es per se una causa de preocupación, pero lo es cuando se asocia con prácticas que segregan artificialmente renta imponible de las actividades que lo generan (...) debido a la aplicación de los tratados fiscales bilaterales" avizorándose que podría estarse frente a una situación abusiva en el uso -indebido- del referido instrumento internacional de autos".

Que respecto al Convenio de Doble Imposición que nos ocupa, se ha dicho "que las sociedades comenzaron a buscar alternativas para evitar el pago de dicha imposición y detectaron una falencia en el convenio para evitar la doble imposición con España, ya que su artículo 22, párrafo 4, decía que "el patrimonio constituido por acciones o participaciones en el capital o patrimonio de una sociedad solo puede someterse a imposición en el Estado contratante del que su titular sea residente" (María de los Ángeles Jáuregui, "Análisis del Convenio de Doble Imposición entre Argentina y España. Su denuncia y situación actual, Consultor Tributario, Abril 2014). En tal sentido, la citada autora expresa que "Así fue que se convirtió en maniobra de planificación fiscal nociva por excelencia aquella que permitía a las empresas no pagar el impuesto sobre los bienes personales por las tenencias accionarias que se tuvieran. Para ello, algunas empresas de capitales extranjeros canalizaban sus inversiones en Argentina a través del régimen preferencial español de entidades de tenencia de valores extranjeros (ETVE), un tipo de sociedad que tiene como único objeto la tenencia y gestión de participaciones en entidades no residentes de España. Las ETVE poseen un tratamiento fiscal especial que beneficia a sus socios, ya que están eximidos de imposición los dividendos y participaciones en beneficios de empresas extranjeras y no deben pagar el impuesto a la renta después de la distribución de esos beneficios".

Que no obstante ello, cabe tener en cuenta que los beneficios del Convenio de Doble Imposición con España no pueden negarse en autos si se demostrara que la tenencia accionaria de parte de las sociedades españolas responde a razones económicas, comerciales y/o industriales y no -como lo sostiene el Fisco- al sólo efecto de hacer prevalecer las disposiciones del Convenio Tributario con un fin exclusivamente fiscal, esto es exonerarse de carga

tributaria.

Que, dada las particularidades expuestas de sendas firmas en cuanto su capacidad operativa y que no fueran rebatidas en autos, cabe concluir que no surgen razones valederas de índole económica, comercial y/o industrial que justificaran, la tenencia de acciones de sociedades españolas respecto a la recurrente.

Si bien la estructura exteriorizada puede considerarse como regular y legal, lo cierto es que no puede desconocerse que ello llevó a que resultara aplicable un tratado internacional para evitar la doble imposición. Tal argumentación, en una primera lectura, podría entenderse como válida si lo que se intentaba obtener con la interposición como accionista de la firma argentina a sociedades españolas era una reducción de la carga impositiva, pero lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista, es que el resultado de tal proceder sea la nula tributación, tal como sucede en el caso concreto y lo que implica apartarse del objeto y el espíritu del Convenio en examen, siendo que el mismo implica una consecuencia no deseada a que sujetos de un Estado distinto al de los contratantes se apropien de beneficios impositivos mediante la interposición de sociedades españolas.

Que, ello así, cuando se utilizan sociedades instrumentales, junto con sociedades base, se revela la eliminación de la tributación tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de residencia de la sociedad instrumental; asimismo, se elimina la tributación en el Estado de residencia del sujeto que organiza la estructura, dando como resultado un fenómeno evasivo inadmisible.

A mayor abundamiento, cabe recordar que: “Una compañía conducto es definida como aquella creada con el propósito de evadir/reducir impuestos o derivar/acumular utilidades, habiendo sido constituida en un país con la mera intención de tener la estructura legal necesaria sin desarrollar actividades sustanciales” (Andrés Edelstein- “Consideraciones sobre el Concepto de Beneficiario Efectivo”, Consultor Tributario, pág. 25, marzo 2010- Errepar); y sobre el accionar de las denominadas sociedades conducto o también llamadas sociedades de enlace o instrumentales, se ha dicho que “Esta clase de compañías se las utiliza por lo general para realizar "fraudes de convenios" -Treaty shopping- donde una sociedad que no goza de los beneficios de un convenio de doble imposición transmite sus beneficios a su sociedad de enlace radicada en un territorio que goza de las ventajas del convenio de doble imposición” (Vicente Oscar Díaz, obra citada).

Que ello así, en el caso concreto y conforme el principio de realidad económica, se advierte el uso indebido del Convenio de Doble Imposición con España para obtener un beneficio tributario.

Que ello así, no corresponde reconocer a las sociedades españolas Disvolv Energía SL y Zargas Participaciones SL. los beneficios acordados en el Convenio de Doble Imposición con aquel país en relación a su tenencia accionaria de la empresa actora, que -en efecto- resulta obligada a ingresar el Impuesto sobre los Bienes Personales en virtud del artículo incorporado a continuación del artículo 25 de la ley del gravamen y la reglamentación concordante, por los períodos mencionados.

Finalmente, en relación al carácter de responsable sustituto del gravamen de la apelante, cabe señalar que Fernando Sáinz de Bujanda, en sus "Lecciones de Derecho Financiero" (Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1993, pág. 250), afirma al respecto que: "El sustituto es un sujeto pasivo que se coloca en el lugar del sujeto pasivo realizador del hecho imponible. Esto significa: a) que es sujeto pasivo porque ha realizado no el hecho imponible, sino el presupuesto generador de la sustitución; b) que se coloca en lugar del sujeto pasivo realizador del hecho imponible. De este modo, se distingue del responsable, que se coloca junto a aquél. El sustituto está obligado a cumplir las prestaciones materiales y formales de la obligación tributaria, es decir,

sustituye al sujeto pasivo no sólo en la obligación tributaria en sentido estricto, es decir, en la obligación de pago del tributo, sino también en la relación jurídica tributaria en sentido amplio". De tal modo, lo que se le ha imputado a Luz de la Plata S.A. es su responsabilidad como sujeto sustituto en el pago del tributo reclamado, de conformidad con el mentado artículo incorporado a continuación el artículo 25 de la Ley del Impuesto Sobre los Bienes Personales.

Que el criterio expuesto ya fue reflejado por esta juzgadora in re “Praxair Arg. S.R.L. s/recurso de apelación”, sentencia del 27 de diciembre de 2019.

Por los argumentos expuestos, corresponde confirmar el ajuste efectuado.

V- Que resta referirse a los agravios contra la liquidación de intereses resarcitorios en el acto apelado.

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado en autos “Cittibank NA C/D.G.I” (sentencia del 1/06/2000), resolviendo que: “...si bien en el precedente de Fallos: 304:203 el Tribunal estableció que resulta aplicable la ultima parte del art. 509 del C.C –que exime al deudor de las responsabilidades derivadas de la mora cuando ésta no le es imputable-, las particularidades del derecho tributario, en cuyo campo ha sido consagrada la primacía de los textos que le son propios, de su espíritu y los principios de la legislación especial, y con carácter supletorio o secundario los que pertenecen al derecho privado (art. 1° de la ley 11.683, t.o en 1998 y Fallos 307:412, entre otros), que indudablemente se reflejan en distintos aspectos de la regulación de los mencionados intereses (308:283; 316:42 y 321:2093), llevan a concluir que la exención de tales accesorios con sustento en las normas del Código Civil queda circunscripta a casos en los cuales circunstancias excepcionales, ajenas al deudor que deben ser restrictivamente apreciadas- han impedido a éste el oportuno cumplimiento de su obligación tributaria. Es evidente entonces que la conducta del contribuyente que ha dejado de pagar el impuesto –o que lo ha hecho por un monto inferior al debido en razón de sostener un criterio en la interpretación de la ley tributaria sustantiva distinto del fijado por el órgano competente para decidir la cuestión no puede otorgar sustento a la pretendida exención de los accesorios, con prescindencia de la sencillez o complejidad que pudiese revestir la materia objeto de controversia. Ello es así máxime si se tiene en cuenta que, como lo prescribe la ley en su actual redacción y lo puntualizó la Corte, entre otros precedentes, en el ya citado de Fallos: 304:203, se trata de la aplicación de intereses resarcitorios, cuya naturaleza es ajena a la de las normas represivas”.

Que conforme lo expuesto y tratándose definitivamente de una cuestión atinente a normas con trascendencia tributaria, corresponde desestimar los agravios de la recurrente y confirmar la procedencia de los imposición de intereses.

Por otra parte, debe precisarse que los accesorios previstos en el art. 37 de la ley de rito trascienden el mero interés particular de las partes pues ponen de relieve una finalidad de otra naturaleza, esto es la necesidad de estructurar un sistema que permita una más eficiente y rápida recaudación tributaria. De allí que, en principio, resulta razonable que frente a la mora en que incurra el contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, la ley prevea la posibilidad de fijar una tasa de interés más elevada que la prevista para las relaciones entre particulares (conf. "Arcana Orazio" del 3/7/84 y "Marthay, Jorge" del 6/6/1995, entre otras). Asimismo no puede olvidarse que "el interés común en el pago puntual de los impuestos a fin de permitir el normal desenvolvimiento de las finalidades del Estado, interés que justifica la elevación de las tasas más allá de lo normal, elevación que -por otra parte- no beneficia a personas determinadas, sino a la comunidad toda" (Fallos: 308:283).

Que ello así, procede confirmar la liquidación de los intereses resarcitorios intimados, toda vez que los mismos se

ajustan a lo dispuesto por el art. 37 de la ley N° 11.683 (t.o. 1998 y modif.).

VI- Que resta referirse a la multa aplicada en los términos del art. 45 de la ley de rito fiscal, graduadas en un 70% del Impuesto a las Ganancias dejado de ingresar.

Que si bien es correcto que las infracciones deben ser imputables tanto objetiva como subjetivamente para justificar la imposición de una sanción (doctrina de Fallos 271:297; 303:1548; 322:519), el artículo 45 de la Ley N° 11.683 no exige una intención dolosa, sino que resulta suficiente la culpa del contribuyente en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales (conf. CNACAF, "Velocidad Tiempo Cero S.A. c/ DGI", Sala II, del 28/06/2007; "La Rueca Porteña SA c/ AFIP – DGI", Sala IV, del 27/10/1998) y es la actora quien debe demostrar la falta del elemento subjetivo requerido para tener por configurado el ilícito que se le imputa, en atención a la inversión de la carga de la prueba que se produce en las infracciones tributarias, sin que en estos autos ello se haya demostrado.

Que ello así y no advirtiendo la existencia de causal exculpatoria alguna, corresponde confirmar tanto la procedencia como la graduación de la sanción impuesta.

VII- Por lo expuesto, corresponde confirmar el acto apelado en todas sus partes. Con costas.

Atento al resultado de la votación que antecede, por mayoría,

SE RESUELVE:

1°) Confirmar la Resolución N° 145/2018 en todas sus partes, con costas.

2°) Regular en conjunto los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional en las sumas de $558.774 equivalente a 28,90 UMA para la representación procesal y $1,396.934 equivalente a 72,24 UMA, por el patrocinio letrado, las que quedan a cargo de Luz de La Plata SA, teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio, las etapas cumplidas y la actividad desarrollada, de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 14, 15, 16, 19, 20, 21, 24, 28, 29, y 51 de la ley 27.423.

3°) Regular los honorarios de la Contadora Pública María Angélica Gattorronchieri en la suma de $397.736 equivalente a 20,57 UMA, a cargo de Luz de La Plata SA, por su actuación en el expediente como perito designado a propuesta del Fisco Nacional, teniendo en consideración las pautas establecidas por la ley 27.423.
Las sumas reguladas no incluyen el Impuesto al Valor Agregado

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2023.09.11 11:16:24 -03:00

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2023.09.11 11:41:17 -03:00

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2023.09.11 19:17:50 -03:00

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

Digitally signed by Gestion Documental Electronica
Date: 2023.09.11 19:17:51 -03:00