República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
AÑO DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA

Sentencia - Tribunal Fiscal de la Nación

Número: INLEG-2025-64226212-APN-VOCI#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Viernes 13 de Junio de 2025

Referencia: 44.309-I; GIMENEZ TOURNIER LUIS SANTIAGO; Sentencia; SALA A VOC. 1RA

TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN

En la fecha se reúne la Sala "A" del Tribunal Fiscal de la Nación, integrada por el Dr. José Luis Pérez (Vocal Subrogante de la 1° Nominación), la Dra. Laura Amalia Guzmán (Vocal Titular de la 2° Nominación) y el Dr. Pablo Alejandro Porporatto (Vocal Subrogante de la 3° Nominación) para dictar sentencia en el expediente Nº **44.309-I**, caratulado "**GIMENEZ TOURNIER LUIS SANTIAGO s/ recurso de apelación**", donde se fijaron las siguientes cuestiones: Primera: ¿Se encuentra prescripta la acción del Fisco Nacional para determinar el Impuesto al Valor Agregado, períodos 03/2008 a 11/2008 y aplicar sanción? Segunda: ¿Se ajustan a derecho las resoluciones apeladas?;

Votación:

A la primera cuestión, el Dr. Pérez dijo:

I.- Que a fs. 65/88vta la actora interpone recurso de apelación contra las Resoluciones N° 181/2015 y 182/2015 de fecha 03/07/2015, 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.

La apelante impugna las mencionadas resoluciones mediante las cuales se determinó de oficio sus obligaciones frente a:

1) Impuesto a las Ganancias período fiscal 2008, estableciendo diferencias a favor del Fisco Nacional por las sumas de $325.592,80 en concepto de capital y $657.805,98 en concepto de intereses resarcitorios y una multa por $976.778,40 graduada en tres veces el valor del impuesto dejado de ingresar conforme art. 46 de la Ley 11.683.

2) Impuesto al Valor Agregado periodos fiscales 03/2008 a 12/2008, estableciendo diferencias a favor del Fisco Nacional por las sumas de $197.990,19 en concepto de capital y $434.018,06 en concepto de intereses resarcitorios y una multa por $593.970,57 graduada en tres veces el valor del impuesto dejado de ingresar conforme art. 46 de la Ley 11.683.

Que la actora solicita se haga lugar al recurso de apelación y se revoquen los actos administrativos en crisis por los fundamentos que a continuación se exponen.

Manifiesta que de los considerandos surge que en el año 2008 su representada era accionista y director de LASA Sociedad de Bolsa SA, entidad constituida en 2002 que tiene por actividad la intermediación en operaciones bursátiles y que integra el Mercado de Valores de Buenos Aires SA, para la cual actuó como comitente, operaciones por las que obtuvo resultados que –dice- pretenden gravar.

Señala que las operaciones en cuestión fueron efectuadas con fondos originados en la compraventa de títulos públicos, acreditados en la cuenta de LASA Sociedad de Bolsa SA, y que estos movimientos se encuentran registrados en dicha entidad.

Explica que la recurrente efectuó la compraventa de títulos públicos y de ADR con la intervención del Mercado de Valores de Buenos Aires SA, y que, esas operaciones fueron realizadas con fondos provenientes de la venta de títulos públicos en pesos argentinos, acreditados en la cuenta comitente en LASA Sociedad de Bolsa SA.

Agrega que dichos 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 el fin 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 SA abierta en la plaza de Nueva York, que hace de garante en las operaciones bursátiles.

Indica que su representada adquirió títulos públicos en moneda extranjera subespecie “c”, la cual la única moneda en que debía cancelarse era en dólares estadounidenses.

Sostiene que la Comunicación “A” Nº 3727 del BCRA de fecha 09/09/2002 estableció que las operaciones con valores negociables concertadas en bolsas y mercados del país debían ser efectuados en pesos suspendiendo la operatoria contra cable y la vigencia de la Comunicación “A” Nº 3723. El 04/03/2005 el BCRA emitió otra Comunicación, la “A” Nº 4308 que modificando la Nº 3727 reinstauró con nuevos requisitos la operatoria contra cable que aún en la actualidad se encuentra vigente.

Agrega que el 03/11/2008 el BCRA impuso como requisito para acceder al mercado de cambios por las operaciones de compra y venta de títulos valores en Bolsas y Mercados autorregulados que “… estará sujeta a la conformidad previa del BCRA cuando no sea posible demostrar que el valor transado ha permanecido en la cartera del vendedor por un periodo no menor a 72 hs hábiles a contar a partir de la fecha de liquidación de la operación que dio lugar a la incorporación de los valores a la cartera del vendedor”.

Alega que las operaciones de compra venta de títulos públicos en moneda extranjera y con ADR siempre formaron parte del menú de operaciones bursátiles del mercado argentino y aún en la actualidad lo

integran.

Indica que el juez administrativo no admitió la producción de la prueba pericial técnica calificándola de inconducente.

Plantea la prescripción de las facultades para determinar del Fisco en el Impuesto al Valor Agregado, y esgrime que teniendo en cuenta que la notificación de la Res. Nº 182/2015 fue efectuada el 06/07/2015, acto que constituye la intimación de pago con efectos suspensivos en la prescripción de acuerdo al art. 65 inc. a) de la ley, concluye que las facultades respecto al Impuesto al Valor Agregado periodos fiscales 03/2008 a 11/2008 han sido ejercidas en forma tardía.

Plantea la nulidad de las resoluciones. Alega que se han dictado sin permitirle la producción de la prueba por ella ofrecida vulnerando la garantía del debido proceso. Asimismo, agrega que las resoluciones adolecen de vicios en su finalidad.

Respecto de los intereses resarcitorios, indica que son reclamados con fundamento en ausencia de prestación principal y con inexistencia de mora culpable, por haber incurrido en el supuesto de error excusable.

En cuanto a las sanciones, sostiene que son improcedentes toda vez que su representada no ha cometido la infracción de defraudación. Añade que corresponde recalificar la conducta en la figura de omisión tipificada en el art. 45 de la Ley 11.683.

Acompaña documental. Ofrece prueba informativa.

Por lo expuesto precedentemente, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y formula reserva del caso federal, solicita se haga lugar al recurso en todas sus partes y se revoque la resolución recurrida, con costas.

II.- Que a fs. 99/127 contesta el traslado la representación fiscal y niega todos los hechos esgrimidos por la parte actora.

Asimismo manifiesta que la actora tiene como actividad declarada, según información de la base del Organismo, la prestación de servicios de contabilidad, auditoría y asesoría fiscal y de servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresarial realizados por integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas cerrando sus ejercicios fiscales el 31 de diciembre de cada año.

Señala que como consecuencia de la verificación del cumplimiento de sus obligaciones fiscales, se detectó que el responsable declaró improcedentemente en el Impuesto a las Ganancias del periodo fiscal 2008 ingresos exentos y declaró en el Impuesto al Valor Agregado periodos fiscales 03/2008 a 11/2008, haber efectuado operaciones de compra venta de títulos valores bajo la modalidad contado con liquidación que, sobre la base de la realidad económica, no configurarían una “inversión de portfolio en el exterior”, sino el mero envío de divisas al exterior, considerándose al actor como “facilitador” de dicha operatoria.

Asimismo, sostiene que la actora omitió presentar declaraciones juradas correspondientes al Impuesto al Valor Agregado periodos fiscales 03/2008 a 12/2008 ambos inclusive.

En cuanto a la excepción de prescripción expresa que la suspensión de la prescripción hace un elemento natural de los mismos y que no se encuentra transcurrido el plazo previsto en el artículo agregado a continuación del 65 de la Ley 11.683, toda vez que el plazo de 120 días hay que adicionarle los días restantes desde el 20/12/2014 al 31/12/2014.

Respecto a la excepción de nulidad, indica que la actora ante esta instancia no ofreció la prueba pericial técnica que le fuera denegada en el procedimiento determinativo, y que, los actos administrativos atacados reúnen todos los requisitos esenciales del artículo 7 de la Ley 19.549. Agrega que la actora pudo hacer ejercicio de su derecho de defensa, por lo que no advierte violación alguna a la garantía constitucional del derecho de defensa.

En cuanto a la cuestión de fondo, señala que las operaciones denominadas “contado con liquidación” habrían contribuido como una herramienta para que particulares y/o empresas generaran sus propios activos externos saliendo del circuito monetario local.

Explica que el Juez Administrativo concluyó que en las operaciones se carece de finalidad bursátil, y que, se trata de una operatoria con fines netamente cambiarios, encontrándose las partes posiblemente movilizadas para sortear los controles vigentes en el mercados único y libre de cambios.

Entiende que, no hay ninguna inversión de portfolio en el exterior, sino que lo que ha ocurrido fue la facilitación a las sociedades de bolsa y/o sus clientes, de la salida de divisas del país a través de operaciones de compra-venta de títulos públicos sin pasar por el Mercado Único y Libre de Cambios y en dicha operatoria los bancos prestaron su estructura.

Destaca que, la operatoria tuvo por objeto la transformación de pesos en la República Argentina en divisas en el exterior, mediante utilización de formas típicas de cualquier operación bursátil con el objeto de lograr un resultado cambiario, y que, los envíos de divisas al exterior no configuraron una inversión de portfolio en el exterior sino que son una maniobra por la cual se vulneraron disposiciones del Mercado único y Libre de cambios, en el cual se genera un costo para el tercero al que le son transferidas las divisas y una ganancia para quien actúa como intermediario por llevar a cabo la operación.

Considera que, la realidad económica indica que no se objeta la forma jurídica consistente en la compra venta de títulos, como una típica operación bursátil, sino que la misma fue el medio por el cual se habría concretado la aludida formación de activos externos, resultando ésta la finalidad última de aquella, y se impone una realidad económica distinta de la bursátil.

Agrega que los comunicados del BCRA no constituyen una vía normativa, sino que son un mero mecanismo para informar al público.

En cuanto a los intereses resarcitorios manifiesta que corresponde su aplicación conforme lo establecido en el artículo 37 de la Ley 11.683.

Respecto de las multas, aclara que la actora no agrega elemento alguno que permita sostener la falta de dolo en su obrar, y que, la responsable ha actuado con pleno conocimiento de la conducta en que incurría.

Formula oposición a la prueba.

Solicita por los argumentos de hecho y de derecho que expone, se rechacen los planteos de la recurrente y que se confirme el acto apelado, con costas.

Acompaña antecedentes administrativos. Solicita que se rechace el recurso impetrado, confirmando en todas sus partes la resolución recurrida, con costas.

Que, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y formula reserva del caso federal.

III.- Que a fs. 134 el Tribunal resuelve abrir la causa a prueba por el término de sesenta días, haciendo lugar a la prueba informativa dirigida a la Comisión Nacional de Valores y al Mercado de Valores de Buenos Aires SA.

Que a fs. 135/137 la recurrente acredita el diligenciamiento de ambos oficios. Que a fs. 141/147, el Mercado de Valores de Buenos Aires SA contesta oficio y a fs. 144 la comisión Nacional de Valores contesta oficio.

Que a fs. 162 el Tribunal resuelve aceptar la excusación planteada por la Dra. O´Donnell, resultando desinsaculada para entender en autos la Vocalía de la 1ª Nominación (Vide fs. 163).

Que a fs. 165 el Tribunal resuelve clausurar el periodo probatorio y requerir a las partes para que dentro del término de cinco días informen a este Tribunal si las obligaciones recurridas en autos han sido regularizadas en los términos de la Ley 27.743.

Que a fs. 170 la recurrente informa que las obligaciones discutidas en autos no se han regularizado en el marco de la Ley 27.743.

IV.- Que en atención al estado de la causa a fs. 171 se elevan los autos a consideración de la sala “A”, la que a fs. 172 los pone para alegar, a fs. 184 la Secretaría General de Asuntos Impositivos hace constar que ni el Fisco Nacional ni la actora han hecho uso de dicho derecho otorgado y a fs. 185 se llaman los autos para sentencia.

V.- Que con relación al planteo de prescripción efectuado por la actora corresponde analizar si la acción del fisco para determinar el Impuesto al Valor Agregado de los periodos 03/2008 a 11/2008 y aplicar sanciones, se encuentra prescripta de conformidad con lo previsto por las disposiciones de la ley 11.683.

Que dicha ley, en su artículo 56, dispone que las acciones y poderes del Fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos y para aplicar y hacer efectivas las multas y clausuras previstas en la ley de rito prescriben, conforme el inc. a), por el trascurso de cinco (5) años en el caso de contribuyentes inscriptos, por su parte el art. 57 establece que comenzará a correr el término de prescripción del poder fiscal para determinar el impuesto, 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. Por otro lado el art. 58 establece, que el término de la prescripción de la acción para aplicar multas comenzará a correr desde el 1° de enero siguiente al año en que haya tenido lugar la violación de los deberes formales o materiales.

Es dable destacar que el planteo de la prescripción elaborado por la recurrente se extiende al Impuesto al Valor Agregado. Cabe dejar sentado que, respecto de los períodos por los cuales se opone la excepción,

conforme se desprende de las constancias de autos, los vencimientos se habrían producido durante el año 2008, por lo cual el plazo comenzaría a correr el día 01/01/2009.

Ello así, prima facie, se podría sostener que el plazo de prescripción habría operado el 01/01/2014 pero, corresponde analizar si se presenta en el caso algún supuesto de suspensión del término de la prescripción.

Que la Ley Nº 26.860 (B.O. 3/6/2013) en su artículo 17: "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"; debiendo tenerse presente que de conformidad con el artículo 21 de dicha norma, sus disposiciones son de orden público y entraron en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial. De esa forma, el plazo prescriptivo habría fenecido el 01/01/2015.

Pero, además, cabe recordar que el artículo agregado a continuación del art. 65 establece "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 regidos por la presente ley 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 tratare 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".

Cabe señalar que la resolución determinativa aquí cuestionada se dictó el 03/07/2015, pero que con fecha 18/12/2014, mediante Resolución Nº 135/2014, notificada el 19/12/2014, se le confirió al contribuyente la vista de las actuaciones.

Que por lo expuesto, es dable concluir en que las facultades del fisco para determinar y exigir el pago de los impuestos por los períodos fiscales citados precedentemente y aplicar sanciones, no se encontraban prescriptas a la fecha del dictado de la resolución que diera origen al procedimiento determinativo ni al momento del dictado de los acto determinativo. Por ello se resuelve, no hacer lugar al planteo de prescripción incoado por la actora.

Toda vez que el planteo de prescripción no fue planteado como de previo y especial pronunciamiento sino como una defensa más frente a la pretensión fiscal, no corresponde una imposición de costas autónomas, toda vez que no puede considerarse de forma escindida o autónoma respecto de la unidad de la sentencia a los efectos de la imposición de costas (arg. C.S.J.N., in re: "Colorín IMSSA (T.F.N. 24.123-I) c/D.G.I.", sentencia del 2 de julio de 2013).

A la primera cuestión la Dra. Guzmán dijo:

Que adhiero al relato de los hechos efectuado por el Vocal Instructor y, respecto a la excepción de prescripción, adhiero a la solución propiciada, con excepción del tratamiento otorgado a la suspensión del plazo de prescripción para la aplicación de sanciones.

En efecto. Cabe destacar que de acuerdo con la doctrina actual no existen diferencias entre la naturaleza de

las infracciones fiscales y penales, ya que como lo ha dicho nuestro Mas Alto Tribunal "…*el eventual y secundario interés fiscal que puede existir en su percepción no altera la naturaleza sustancialmente punitiva de las multas tributarias y aduaneras que llevan a la aplicación a su respecto de los principios del Código Penal*…" (Fallos 267:457). Ello, claro está, en la medida que la propia ley no disponga lo contrario o exista una derogación implícita del Código por ser incompatible la norma de la ley penal fiscal o la finalidad del objeto tutelado por ella con los principios generales de aquella rama del derecho (Fallos 211:1567; 287:74, entre muchos otros).

En ese sentido, como con acierto lo señaló el Dr. Buitrago, "…*si se toma como criterio decisivo la índole de la reacción prevista por el ordenamiento jurídico para cada tipo de ilícito, (fiscales y penales) se debe convenir que el correspondiente a las primeras tiene un carácter fundamentalmente represivo o punitivo, que hace a que ambas tengan idéntica sustancia…la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido carácter penal a las multas de la ley de impuestos internos, así como a las figuras de omisión y defraudación fiscal"* (Fallos 200:340; 211:1381; 212:240) (cfr. "Apache SA", Tribunal Fiscal de la Nación, Sala "A" 29/5/00).

Acorde con dicho criterio, nuestro Máximo Tribunal ha dicho que en materia penal tributaria resultan aplicables las normas del Código Penal, en la medida que la propia ley no disponga lo contrario o exista una derogación implícita del Código, por ser incompatible la norma penal fiscal o la finalidad del objeto tutelado por ella, con los principios generales de aquella rama del derecho (Fallos: 211:1567; 267:74, entre muchos otros).

En ese contexto y reconocido el carácter punitivo de las multas tributarias, resulta de aplicación el principio que impide la aplicación retroactiva de leyes que impliquen empeorar las condiciones de los infractores, en cuyo concepto claramente debe incluirse las que establezcan un mayor tiempo de prescripción (vid. entre muchos otros, C.S.J.N., "Fisco Nacional c/César Demarco s/ejecución fiscal", 19/2/76). En efecto, debe tenerse presente que las leyes penales no son solo aquellas que contienen precepto y sanción, sino también las que se relacionan con el derecho penal de fondo y que, por ello, la complementan, como son por ejemplo las disposiciones relativas a la extinción de las acciones penales, la probation, etc.

Sentado lo que antecede, la suspensión establecida en el art. 17 de la ley 26.860 no resulta aplicable en la especie por lo que, conforme lo dispuesto por la ley 11.683, el plazo de prescripción de las acciones del Fisco Nacional para aplicar multa por el impuesto al valor agregado, período fiscal 3 a 11 de 2008, comenzó a regir el 1/1/2009, finalizando el término de cinco (5) años, el 31/12/2013.

Con respecto al período fiscal 12/2008, el plazo de prescripción comenzó a correr el 1/1/2010 finalizando el 31/12/2014.

En ambos casos, aun aplicando el primer párrafo agregado al artículo 65 de la ley 11.683 (t.o. en 1998), el acto sancionatorio fue emitido cuando se encontraban prescriptas las facultades del Fisco Nacional, lo que así corresponde declarar.

A la primera cuestión el Dr. Porporatto dijo:

Que adhiero al voto del Dr. Pérez.

En función de la votación que antecede, respecto de la primera cuestión planteada, corresponde no hacer lugar al planteo de prescripción incoado por la recurrente respecto de la acción del Fisco Nacional para determinar el Impuesto al Valor Agregado, períodos 03/2008 a 11/2008 y aplicar sanción.

A la segunda cuestión, el Dr. Pérez dijo:

I.- Que, corresponde que este Tribunal se pronuncie con relación a los agravios de la actora por cuanto considera la nulidad absoluta e insanable del acto administrativo por carecer de elementos esenciales, causa, objeto, procedimiento, motivación y finalidad.

Cabe señalar, que para la procedencia de una nulidad interesa que exista un vicio o violación de una forma procesal o la omisión de un acto que origina el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefensión, por lo que las nulidades procesales son inadmisibles cuando no se indican las defensas de las que se habría visto privado de oponer el impugnante, debiendo además ser fundadas en un interés jurídico, ya que no pueden invocarse por la nulidad misma, razón por la cual deben ofrecerse elementos que acrediten, en principio, el perjuicio sufrido, si se quiere que la anulación de lo actuado pueda tener lugar (ver en tal sentido “Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica - AMET. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo”, CSJN, 5/10/95, T. 318, P. 1798; “Aguirres, Mirta Ramona c/ La Rioja, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, CSJN, 6/02/01, T. 324, P. 151; “Simijosky Juan c/ E.N. (E.M.G.E.) s/ personal militar y civil de las FFAA y de Seg. Causa: 31.321/94”, C. NAC. CONT. ADM. FED., SALA II, 9/10/96, entre otros).

Que respecto de lo estrictamente formal, las resoluciones determinativas de autos, en cuanto actos administrativos, aparecen satisfaciendo acabadamente los requisitos estatuidos por el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Asimismo, no se observa que el organismo fiscal se haya apartado en su accionar del ordenamiento jurídico positivo.

Que, por otra parte, debe tenerse en cuenta que: "...cuando la restricción de la defensa en juicio ocurre en un procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la efectiva violación del art. 18 de la Constitución Nacional no se produce, en tanto exista la posibilidad de subsanarse esa restricción en una etapa jurisdiccional ulterior, porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia" (cfr. CSJN, fallos 205:549, 247:52, 267:393).

Que, en cuanto a la no admisión de una prueba la ponderación de la admisibilidad o pertinencia de las medidas propuestas por el contribuyente, realizada por el Juez Administrativo, resulta un aspecto del acto que se encuentra dentro de la potestad revisora de este Tribunal. Empero, aun en el caso de una “desestimación arbitraria” de las medias, tal agravio no resulta suficiente, por sí solo para ocasionar la nulidad del acto en un planteo por vía excepcional, aunque pueda originar, sin dudas, la revocación del

mismo al momento de analizar el fondo de la cuestión controvertida.

Que en definitiva, los agravios de la actora son argumentos que hacen a su disconformidad con la forma en que resolviera el juez administrativo, circunstancia ésta que excede el marco de la nulidad planteada, por lo que procede rechazar el planteo de nulidad.

Que corresponde señalar aquí que, si bien el planteo mereció un tratamiento previo por razones de lógica precedencia, lo cierto es que no fue articulado por la actora como excepción en los términos del art. 171 de la ley ritual sino como defensa contra el acto determinativo apelado y con la finalidad de obtener la revocación del criterio fiscal (vide petitorio del escrito de apelación), razón por la cual no corresponde una imposición de costas autónoma. En este aspecto cabe traer a colación lo dicho por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re “Ferioli, Jorge Oscar” (sentencia de fecha 24/08/2007), por cuanto “...al estar subsumidos los planteos de nulidad dentro del ámbito recursivo, y por tanto, no haber generado o dado lugar a una actividad procesal autónoma, distinta o específica de aquella que es propia de la sustanciación ordinaria de la apelación de fondo, no se justifica tampoco un tratamiento especial y distinto -en materia de costas- que aquel asignado al resolverse la cuestión sustancial...”.

Que en el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en cuanto “Que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos a que se impongan a la actora las costas por el rechazo de la nulidad planteada ante el Tribunal Fiscal; ya que con independencia de que esa defensa había sido introducida como excepción de previo y especial pronunciamiento (conf. fs. 132), lo cierto es que fue tratada y resuelta en la sentencia de fondo y —tal como lo puso de relieve el a quo— la actora la planteó "como defensa contra la determinación tributaria y encaminada a obtener la revocación de la pretensión fiscal" (conf. sentencia de cámara, considerando V, fs. 735). En tales condiciones, y si bien a ese resultado se llegó en virtud del examen y la decisión del aspecto sustancial de la controversia, cabe coincidir con el a quo en cuanto a que no corresponde una imposición de costas autónoma por la aludida incidencia” (B-485-XLV, “Bolland y Cía. S.A.”, sentencia de fecha 21/02/2013).

II.- Que, ya entrando en el análisis del fondo de la cuestión, corresponde señalar que las presentes actuaciones fueron iniciadas por fiscalizadores de la División Comprobaciones Externas, a efectos de verificar las operaciones de compra y venta de Bonos del Estado Argentino por el periodo, específicamente, respecto de las denominadas operaciones de contado con liquidación, conocidas en el ambiente bursátil como “contado con liqui”, que efectuó durante el año 2008 en su mayoría con bonos oficiales. Las mismas se tramitaron bajo Orden de Intervención iniciada el 29/10/2008.

Previo a todo, la inspección actuante aclara que la operatoria bajo análisis -contado con liquidación- consiste en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta también en dicho mercado con liquidación en pesos, no habiendo ocurrido necesariamente en ese mismo orden, en algunas ocasiones por permisiones de la operatoria del mercado, es dable efectuar la venta antes que la compra –venta en descubierto-.

Señala la fiscalización que 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 (liquidación contra cable) en la que el vendedor de tales títulos recibe los dólares estadounidenses directamente en una cuenta del exterior sin que sean comprados por él 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 se concretaron con esa escasa diferencia temporal.

Que como resultado se generó una retribución a partir de las diferencias de cotización de los títulos de 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 cambio local.

Hace el Fisco una breve descripción del funcionamiento del mercado bursátil argentino. La negociación dentro del ámbito de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires se realiza en el Mercado de Concurrencia o en la rueda continua. En el primero realiza concurrencia de ofertas entre la concertación a viva voz (los agentes reunidos en el Recinto de Operaciones pactan entre sí operaciones que registran) o mediante el sistema integrado de negociación asistido por computadora, los agentes desde sus oficinas ingresan ofertas por computadora. En ese mercado, toda operación concertada involucra una compra y una venta. La rueda continua, en cambio, se maneja por concertación laboral y puede haber casos en que un solo operador hace de contraparte para clientes suyos que compran y venden.

Para la liquidación y compensación de títulos, el Merval utiliza lo que se conoce como “delivery versus payment”, es decir, entrega los títulos contra el pago de los mismos. Realiza un balance multilateral generando para cada Agente o Sociedad de Bolsa una posición por cada especie y moneda.

Que para la ejecución de los movimientos finales el Merval utiliza los servicios de la Caja de Valores SA para la compensación de títulos y de entidades bancarias liquidadoras de fondos, particularmente el Banco de Valores.

El Merval garantiza todas las operaciones del mercado de concurrencia y aquellas de Rueda Continua específicamente designadas como garantizadas.

Las operaciones concertadas en dólares se liquidan en esta moneda. Cuando se liquida contra cable, quien compra los bonos con cotización en dólares adquiere en una casa de cambio o en un banco, dólares al tipo de cambio vendedor divisa e indica a la entidad a que cuenta del exterior deben ir esos dólares.

De esta forma un vendedor de títulos públicos puede recibir dólares directamente en una cuenta corriente del exterior sin que esos dólares sean por él comprados en el mercado único y libre de cambio sin que los compre un tercero (el comprador que paga contra cable).

En cuanto al presente caso surge del informe de inspección que los fondos ingresaron en la operatoria mediante su acreditación en la Cuenta Comitente abierta en la firma Lasa Sociedad de Bolsa SA y luego transferidos a la caja de ahorro radicada en el Banco de Valores SA ambas a nombre del contribuyente, con la intervención de la sociedad de bolsa. El cambio de pesos por dólares fue efectuado previo débito de los valores indicados en la cuenta de la citada entidad bancaria. Efectuado el cambio de moneda, se giraron los fondos en moneda extranjera a los bancos Royal Bank of Canada Suisse/Deutsche Bank Trus Co.

Américas. La posterior compra de títulos públicos es efectuada mediante la modalidad contra cable en dólares utilizando los valores girados al exterior, operación que es efectuada por medio de la firma Lasa Sociedad de Bolsa SA. Por último se procede a la venta de los títulos adquiridos en dólares recibiendo a cambio el importe en pesos.

Que surge de los actuados que el responsable es Director y posee participación accionaria en la compañía Lasa Sociedad de Bolsa SA –sociedad de bolsa interviniente en la operatoria-.

Que de los antecedentes administrativos surge que Luis Gimenez Tournier habría realizado un inadecuado uso de las modalidades operativas habilitadas en en Mercado de Valores y registrando operaciones sin finalidad bursátil.

El Fisco Nacional ha tenido en cuenta la existencia de "familias" que rodeaban cada una de las sociedades de bolsa, con relación de parentesco y/o amistad entre sus miembros, a los que los fondos en muchos casos les eran facilitadores por la propia sociedad de bolsa a fin de poder invertir dos millones de dólares mensuales en portfolios del exterior; la rapidez con la que se efectuaba la operación ya que el circuito del dinero y su flujo se concretaban en el día o a más tardar en dos días; la realización reiterada y sistemática de operaciones que desde el punto de vista del beneficiario final de la divisa no tenían sentido económico y en tal caso no eran por lo menos transparentes; el giro inmediato de los fondos recibidos en la cuenta del exterior de las personas que obraban de facilitadores a la cuenta de la sociedad de bolsa a fin de cancelar la transacción efectuada en el Mercado de Valores de Buenos Aires.

Se desprende de los antecedentes que, el rubrado de haber efectuado operaciones que se concertaron y liquidaron simultáneamente entre los meses 03/2008 a 10/2008, por un volumen cercano al límite de U$S 2.000.000,00 mensuales, pasó a concretar operaciones por importes que apenas rondaron los U$S 199.000,00 en 11/2008 y los U$S 97.000,00 en 12/2008, circunstancia esta que demuestra el desaliento en la realización de este tipo de operatoria en virtud del dictado de la Comunicación "A" 4864 con fecha 03/11/2008.

Que dicha verificación tuvo como antecedente una investigación llevada a cabo por la Dirección de Información Estratégica para Fiscalización y el Departamento de Investigación, conforme con las Comunicaciones BCRA "A" 3840 y "A" 3869, donde se observaron las citadas operaciones, efectúandose la preselección de casos en los que las operaciones de cambio no coincidían con los parámetros fijados.

Que el BCRA había indicado la existencia de 245 operaciones de "Inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas" liquidadas en el primer semestre de 2008 que fueron atribuidas a 29 clientes del Banco de Valores SA por un monto de U$S 194.174.000,00.

Surge que, dichos clientes también efectuaron transferencias por el mismo concepto (inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas), en otras entidades del sistema en el mismo periodo, las que en conjunto sumaron 566 operaciones por U$S 240.973.000,00.

Se indicó que los titulares de las operaciones en cuestión tenían vinculación directa con Sociedades o Agentes de Bolsa, siendo ellos Directores titulares o suplentes de las mismas. Se advirtió en algunos casos que existía vinculación familiar entre los mismos.

Se menciona que el inspeccionado es Accionista y Director de Lasa Sociedad de Bolsa SA, siendo esta la empresa con la cual efectuó las operaciones bajo análisis como comitente de la misma.

Que el 14/10/2014 se le notificó la Orden de Intervención al contribuyente Gimenez Tournier. Se efectuó análisis de la información y/o documentación aportada por el responsable y terceros en los antecedentes confeccionándose papeles de trabajo. En los citados papeles se refleja el circuito de las operaciones, la compra de dólares, luego la compra de títulos públicos en dólares, posteriormente la venta de esos títulos en pesos y finalmente el resultado obtenido comparando los pesos utilizados para la compra de divisas y la obtención de pesos como resultado de la venta de los títulos mencionados.

Se señala que el resultado neto de las operaciones “contado con liqui” realizadas desde el mes de marzo a octubre de 2008 con títulos públicos alcanza la suma de $932.214,35. Que de acuerdo a los papeles de trabajo aportados por el contribuyente dicho resultado difiere de lo determinado por la inspección.

Las operaciones cuestionadas consistían en la instrumentación de la compra venta simultánea (o viceversa) de activos financieros en lo que constituye una unidad inescindible tendiente a implementar la transferencia de fondos desde y hacia el exterior.

Para el Fisco Nacional, analizada la operación desde el punto de vista del sujeto que persigue el giro de divisas al exterior, la compra venta de títulos no posee sentido económico, puesto que ordenando operaciones en forma simultánea el sujeto consiente una pérdida que invalida su participación en el mercado de títulos valores.

La operatoria cuestionada resulta -a criterio del organismo fiscal- alcanzada en el Impuesto a las Ganancias en tanto se constate que dado la simultaneidad de las operaciones de compra y venta de títulos públicos, se verifica la inexistencia de riesgo que lleva implícita una típica operación bursátil como consecuencia de la diferencia de precios entre la compra y venta de tales instrumentos.

A través de este mecanismo -según el Fisco- el fiscalizado posee certeza de que el resultado de la operación le producirá una ganancia segura mientras que la contraparte –sujeto oculto que se posiciona con la moneda extranjera en el exterior- sufrirá una pérdida equivalente.

En consecuencia, y aplicando el principio de realidad económica, estas operaciones resultan excluidas de la exención en el Impuesto a las Ganancias que recae sobre las personas físicas, correspondiendo además su gravabilidad en el Impuesto al Valor Agregado por tratarse de una operación de intermediación.

III.- Que ello así, corresponde señalar que el Fisco Nacional finca el ajuste en que el Sr. Luis Santiago Gimenez Tournier realizó operaciones, según la información recibida del Banco Central de la República Argentina, de compra venta de títulos valores bajo la modalidad contado con liquidación que, sobre la base de la realidad económica no configurarían una inversión de "portfolio en el exterior”, sino el mero envío de divisas al exterior, considerándose al contribuyente como "facilitador" de dicha operatoria y en razón de ello, la retribución por la prestación de servicio indicada se encontraría alcanzada por el inciso e) del artículo 49 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Al respecto cabe puntualizar que el suscripto se ha expedido en una cuestión análoga a la presente en los

autos “Bacqué Chantal (TF 34.863-I) c/ DGI”, sentencia de fecha 24-10-2016 y en “Besfamille, Martín (TF 46.925-I) c/ DGI” sentencia de fecha 10-05-2022, a cuyos fundamentos cabe remitirse en honor a la brevedad. Tal como en dichos precedentes, en el presente caso se observa que durante el transcurso del período 2008, la parte actora efectuó operaciones de compraventa de títulos, obteniendo un beneficio como producto de las mismas. Tal operatoria, consistió en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior y la respectiva venta también en dicho mercado con liquidación en pesos.

Como resultado de ello respecto del actor, se generó una renta a partir de las diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas (pesos y dólares), 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 local.

En virtud de la verificación realizada, se detectó que la recurrente informó ganancias exentas, con sustento en el inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. Por su parte el Fisco Nacional consideró que la realidad económica indica que se trataría de girar montos de moneda extranjera al exterior, siendo la recurrente un mero facilitador de dicha operatoria, obteniendo con ello una renta no compatible con la aplicación de la exención estipulada y que la retribución por la prestación de servicios indicada en el párrafo precedente se encontraría alcanzada por el inciso e) del artículo 49 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

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).

Corresponde señalar que el origen de la inspección fue una información brindada por el Banco Central de la República Argentina que advertía sobre la existencia de operaciones cambiarias realizadas por personas físicas vinculadas a sociedades de bolsa. En el caso de autos, el actor es director y posee participación accionaria en Lasa Sociedad de Bolsa S.A., siendo ésta empresa con la cual efectuó las operaciones en análisis, como comitente de la misma.

Durante el transcurso de la fiscalización se verificó que en la mayoría de los meses involucrados en la fiscalización se realizaron operaciones por sumas que rondaron 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 y que la operatoria no ha requerido de fondos para su liquidación.

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 las 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 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 se buscó la formación de activos externos, 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. De igual modo se expidió la Sala II de la CNCAF en autos “Bacqué, Paul c/EN” con fecha 08/10/2015.

Que en función de lo expuesto corresponde confirmar los tributos determinados en las resoluciones apeladas en autos. Con costas.

IV.- Que corresponde tratar los agravios relativos a los intereses resarcitorios en relación al ajuste confirmado. En materia de los intereses resarcitorios, cabe señalar que los mismos 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. Respecto de los agravios vinculados a los intereses resarcitorios, en donde se aduce la ausencia de mora culpable, cabe señalar que, en forma reciente, la CSJN ha revisado la doctrina de fallos “Ika Renault” en donde se expuso que “si bien en el precedente de fallos 304:203 el Tribunal estableció que resulta aplicable la última parte del art. 509 del Cod. Civil que exime al deudor de las responsabilidades de la mora cuando ésta no le es imputable, las particularidades del derecho tributario... que indudablemente se reflejan en distintos aspectos de la regulación de los mencionados intereses (Fallos 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 presindencia 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 y lo puntualizó la corte en otros precedentes..., se trata de la aplicación de intereses resarcitorios cuya naturaleza es ajena a la de las normas represivas” (cfr. CSJN, Citibank NA c/ DGI, 01/06/2000). Por lo expuesto, corresponde confirmar los intereses resarcitorios calculados en la medida que de la liquidación a practicarse surja impuesto a ingresar.

V.- Que con relación a las multas por defraudación aplicadas, debe dejarse sentado que cuando se pretenden aplicar las sanciones previstas en el artículo 46 de la ley de rito, ello exige del Ente Recaudador acreditar no sólo la conducta omisiva del gravamen, sino, también, el proceder engañoso o malicioso mediante hechos externos y concretos. Para facilitar la probanza de tal elemento subjetivo el legislador estableció presunciones (artículo 47 de la ley ritual). En las mismas, a partir de un hecho cierto que debe

ser probado por el Organismo fiscalizador (los descriptos en sus incisos) se deriva la afirmación sobre la probabilidad de la existencia de otro hecho (que ha existido la voluntad de producir declaraciones engañosas o de incurrir en ocultaciones maliciosas), lo que posibilita tener por cierto que se obró en fraude al Fisco.

Tal como lo ha sostenido la Sala V de la Alzada in re "Ruggiero, Aldo", sentencia del 21/12/2006, "...la configuración de la defraudación tributaria requiere, entre otros elementos, no sólo la intención de evadir el impuesto, sino que también la existencia de un ardid o engaño ejecutado por el sujeto activo del ilícito destinado a suscitar un error en el perjudicado. Así se ha señalado en forma constante por la doctrina especializada que "no toda falta de pago intencional del impuesto adeudado constituye un caso de defraudación fiscal sino únicamente aquella evasión que va acompañada de un ardid tendiente a inducir a error a la víctima de la defraudación." (cfr. Díaz Sieiro, H. D. - Veljamovich, R. D. - Bergoth, L.: "Procedimiento Tributario" - 1993 - comentario al art. 46 de la L. 11683) (causa 22.708 - "Casino del Litoral SA [TF 15.319-I] c/DGI" – 8/2/1999)".

En el mismo sentido lo ha entendido la Alzada al afirmar que "el ilícito tipificado en el artículo 46 de la ley procedimental requiere la realización de una conducta que debe ir acompañada de tres elementos, a saber: a) la existencia de un ardid o engaño desplegado por el sujeto activo del ilícito; b) un error en la víctima del ilícito y c) la existencia de una lesión ocasionada al patrimonio del sujeto pasivo del ilícito. A ello, el artículo 47 incorpora una serie de presunciones legales "iuris tantum" tendientes a invertir la carga de la prueba del elemento subjetivo de la defraudación tributaria. Esto es, que la consecuencia de la existencia de estas presunciones legales consiste en que una vez que el Ente Fiscal probó que se configura alguno de los casos previstos en los cinco incisos que contiene la norma citada, se presume que el infractor ha tenido dolo de realizar la defraudación y será éste quien deberá probar la inexistencia de dicha intención dolosa" (Batello, Tarcisio Ludovico - CNFED. CONT. ADM. - SALA V – 29/3/1999).

Que no puede negarse que la pretensión penal fiscal deriva de atribuir actos fraudulentos, claramente determinados y fundados en la resolución, todo lo cual llevó a considerar que el comportamiento observado por la encartada ha asumido el carácter de fraudulento. En esta inteligencia, se aprecia plenamente en autos una maniobra o ardid deliberado tendiente a detraer materia imponible, circunstancia que más allá de encontrarse acreditado vía presunción legal, surge manifiesta de la conducta asumida por la contribuyente, desplegando una trama que sólo ha tenido por objeto inducir a engaño al Organismo Recaudador, reduciendo intencionalmente el saldo a favor del mismo.

Cabe destacar que la valoración que realiza el organismo se refiere a circunstancias tipificantes que luego de probar el soporte fáctico de las presunciones aplicadas permite inferir la conducta dolosa que, efectivamente, es la que corresponde asignar como resultado de los hechos y fundamentaciones alegados por el ente recaudador. Dicha valoración, provoca la convicción de que la vulneración del bien jurídico se produjo no sólo con conocimiento sino también con la voluntad del sujeto, a través de una conducta defraudatoria, en atención a que supo que la información contenida en la declaración jurada presentada no se correspondía con las constancias de los registros.

Que en virtud de lo expuesto, encontrándose acreditado en forma clara y suficiente la intención dolosa de defraudación, es decir, la existencia del ardid, maniobra o engaño y no solamente el resultado omisivo del

gravamen, corresponde confirmar las multas aplicadas al contribuyente de autos.

En cuanto al quantum de la sanción aplicada, si bien la graduación de la pena es discrecional del juez administrativo en función de las circunstancias de la causa, obviamente no queda exenta de la revisión posterior que este Tribunal pueda realizar de la aplicación de dicha facultad punitiva como juez revisor de la razonabilidad del acto sancionatorio. Ello así, se advierte en los actos atacados una falta de merituación concreta de los hechos que conducen al juez administrativo a graduarla en tres veces el impuesto omitido, por el contrario no surgiendo de las constancias de autos la existencia de antecedentes sumariales de la encartada, se considera prudente reducirlas al mínimo legal del artículo 46 de la ley procedimental. Las costas se imponen a la actora, salvo en la proporción en que se reduce, aspecto éste en que se imponen por su orden.

A la segunda cuestión, la Dra. Guzmán dijo:

I.- Que en función de lo resuelto por esta Sala respecto de la primera cuestión relativa a la prescripción, corresponde que la suscripta se pronuncie con respecto a las resoluciones apeladas, en tanto determinan impuestos e intereses resarcitorios y aplican multas.

II.- Que con respecto a la defensa de nulidad articulada, adhiero a la solución propiciada en el voto precedente, en mérito a las consideraciones que paso a exponer.

El recurrente reposa en su defensa en la falta de motivación y en la imposibilidad de producir las pruebas ofrecidas, que a la postre culminan en una desviación en la finalidad del acto administrativo toda vez que son el resultado de un obrar ilegítimo de la administración.

Como precisara en numerosos pronunciamientos "*la ley establece que el procedimiento de determinación de oficio se inicie con un acto administrativo por el que se confiere vista de las actuaciones, acto destinado a que el contribuyente pueda tomar conocimiento del accionar fiscal y de los cargos e impugnaciones que se formulan a fin de garantizar el derecho de defensa. Dicho procedimiento debe respetar el derecho del administrado de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión del acto, de ofrecer las pruebas y también solicitarlas, y debe concluir con una resolución que haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto resulten conducentes a la solución del caso.*

Así definido, el procedimiento de determinación de oficio es un procedimiento administrativo que concluye en un acto administrativo que, como tal, debe reunir los elementos que la ley 19.549 establece. Dicho texto normativo distingue los requisitos formales (artículo 8) y sustanciales (artículo 7), sancionando con la nulidad absoluta al acto que no cuente con estos últimos, que son, a saber: 1) la competencia de quien suscribe el acto; 2) la causa, 3) el objeto, 4) procedimiento, 5) la motivación y 6) la finalidad". (Vid. por todos "Shuberoff, Oscar Julio", 5/10/18).

El inciso e) del artículo 7 de la ley 19.549 recoge la postura amplia que sobre la motivación había expresado un sector importante de nuestra doctrina nacional y exige que todo acto administrativo "Deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando además los recaudos indicados en el inciso b)".

Hutchinson explica que la motivación aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular responde a la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que pueda conocer efectiva y expresamente los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto (op. Citada, pag. 159). Asimismo, dicha obligación reposa en los principios republicanos que exigen juridicidad y razonabilidad e imponen a la administración la obligación de explicar sus actos.

No cabe duda entonces, que para nuestra ley, todos los actos necesitan ser motivados, concepto que se desprende del citado inciso, en tanto expresa que el acto administrativo deberá exponer "en forma concreta las razones" que llevan a su dictado y su alcance variará según los casos y circunstancias.

En ese contexto, los argumentos esgrimidos por el recurrente en virtud del cual entiende que el acto apelado carece de la debida motivación por considerar que no brinda fundamentos ciertos y concretos, debe ser rechazado, toda vez que surge de su lectura cuales fueron los hechos y el derecho en que se sustenta, además de guardar la debida correspondencia entre la exposición de motivos con la conclusión a la que se llega, y haberse cumplimentado el procedimiento previsto para dictarlos, por lo que no se advierte afectación alguna de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso así como tampoco se advierte una desviación de la finalidad, entendida esta como el cumplimiento de la norma involucrada y el cumplimiento del logro querido por ella (cfr. Hutchinson, op. citada, pág. 161).

Con respecto a las costas, entiendo que deben ser soportadas por la excepcionante toda vez que los argumentos que sustentan su defensa están dirigidos a obtener expresamente la declaración de nulidad prevista en el artículo 171, inc. h) de la ley de rito, pues reposan –como quedó dicho- en la violación de su derecho de defensa por defectos procesales, agravios que acarrean inexcusablemente aquélla declaración. Asimismo, su planteo mereció réplica concreta por parte de la apelada, por lo que no advierto razones para apartarme de la aplicación del artículo 68 del C.P.C.C.N.

Resulta oportuno recordar que como señalara la C.S.J.N. in re "Bolland y Cía. S.A." la exención de costas procede cuando el planteo –de haber prosperado- hubiese implicado la revocación de la pretensión fiscal, supuesto no es el de autos.

En definitiva, el tratamiento de cuestiones incidentales como la de autos no puede encontrarse exentas de las consecuencias procesales que hacen a su rechazo.

III.- Que, con respecto al fondo de la causa, adhiero a lo resuelto por el Dr. Pérez (conf. Fallo de la Alzada, Bacqué, Paul, Sala II, 8/10/2015).

IV.- Que, con respecto a las sanciones aplicadas, que el ente fiscal subsume en los artículos 46 y 47, adhiero a las conclusiones que arriba el Vocal instructor, votando en el mismo sentido.

A la segunda cuestión, el Dr. Porporatto dijo:

I.- Que adhiero a lo resuelto por el Dr. Pérez al respecto del planteo de nulidad, no así a la conclusión que arriba respecto del tratamiento tributario que corresponde otorgar a las operaciones en crisis.

II.- Que el Fisco Nacional acude al principio de realidad económica previsto en el artículo 2° de la Ley

11.683, para recaracterizar la operatoria de compraventa de títulos públicos y propiciar los ajustes que se discuten en el Impuesto a las Ganancias y en el IVA, considerando al recurrente un “facilitador” que interviene en estas operaciones para que otros sujetos puedan quedar posicionados en moneda extranjera en el exterior, por lo que entiende que estas operaciones poseen una finalidad distinta a la bursátil.

III.- Que en este contexto cabe resaltar que las partes en litigio, aunque difieren en las implicancias tributarias de estas transacciones con títulos públicos, no lo hacen en relación a los hechos acaecidos y al cumplimiento con la normativa vigente.

Nada de lo que aconteció en estas operaciones -incluso lo que observa el ente fiscal en cuanto la simultaneidad de las operaciones y su neutralidad por la compensación de idénticas cantidades compradas y vendidas, la relación de los inversores (familiares) con las sociedades intermediarias (directores), la recurrencia de las operaciones, el giro casi inmediato de las divisas en la operaciones contra cable, etc.- fue impugnado o denunciado expresamente por las autoridades del Banco Central ni la Comisión Nacional de Valores, en sus respectivas competencias, conforme surge de las actuaciones. En ningún momento estas autoridades cuestionaron que la compra de moneda extranjera por parte del recurrente para la adquisición de los títulos públicos se realizó bajo el código de operación de cambio del Banco Central relativo a la formación de inversión de portafolio en el exterior.

El hecho que las operaciones conocidas como “contado con liqui” existan y se puedan concretar con algunos títulos valores, como los títulos públicos que tienen cotización en moneda nacional y en moneda extranjera, no es un hecho desconocido. Al respecto, se encuentra firme el criterio de la Cámara de Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en la causa "BBVA Banco Francés; D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. y otros s/ infracción Ley 23.144" (fallo del 11/3/2015), donde se resolvió que estas operaciones son legítimas, no implican operaciones de cambio y no constituyen un delito penal cambiario. Si bien el examen en esa causa giró en torno a la pretendida calificación de aquellas como operaciones de cambio –para negarles tal carácter- en el contexto del derecho penal, se realizaron apreciaciones que resultan útiles en los presentes actuados, respecto de operaciones de idéntica estructura a las aquí debatidas.

La Cámara dijo respecto de las operaciones de venta y compra de títulos públicos que "*no se advierte la existencia de operaciones de canje de divisas por moneda nacional, o viceversa, sino, el intercambio de divisas o de pesos, según el caso, por títulos valores...". Y concluyó que "... en este sentido, corresponde tener en cuenta que queda excluido del concepto de operación de cambio el intercambio de [...] moneda (nacional o extranjera) [...] por bienes en sentido económico o jurídico […] ya que conformarían diversos contratos típicos (generalmente de compraventa) regidos por el derecho común; [...] tampoco lo integran los 'títulos de crédito', 'valores', 'negociables' o 'circulatorios', por no ser dinero ni medios de pago comprendidos en esa categoría [...] por lo tanto, al no verificarse en la operatoria cuestionada la existencia de un canje de divisas por moneda nacional, corresponde establecer que las operaciones analizadas no constituyen transacciones de cambio en su acepción técnica, sino operaciones diferentes, de adquisición y de venta de títulos públicos* ...".

La finalidad extra bursátil que el organismo recaudador destaca en estas operaciones, en razón de considerar que no existe un riesgo bursátil, cabe desecharla dado que dicho riesgo existe como consecuencia de los posibles cambios de cotización de los títulos que puedan producirse, por más mínimo

que sea el plazo de tenencia de aquellos, aunque claramente en la medida que las operaciones sean más cercanas temporalmente, aquél se acota pero no desaparece. No hay duda que éstas son operaciones bursátiles, cursadas en mercados y con intermediarios autorizados y controlados.

En cuanto a la calificación de "facilitador" de envío de divisas al exterior que se le asigna al recurrente, lo cierto es que éste como un inversor y a través de un agente autorizado en un mercado regulado, se vale de un negocio con títulos públicos que el mercado y sus reglas -y principalmente las limitaciones- han habilitado.

Considerando que estas operaciones se realizan en un mercado de concurrencia de órdenes de inversores -comitentes- comprando y vendiendo títulos valores, a través de agentes autorizados que intermedian, donde el mercado garantiza la liquidación de las operaciones frente a posibles incumplimientos de los inversores, practica las liquidaciones respectivas y establece la posición de cada inversor en términos de especies y moneda y donde las contrapartes no realizan operaciones entre si -por ende no se conocen-, sino que las órdenes se cursan a través de tales agentes intermediarios autorizados, todo ello hace que la calificación de "facilitador" que se le achaca al recurrente carezca de sustento.

Asimismo, no hay dudas que el resultado positivo que se produce en este caso, surge de la diferencia entre el precio de compra y venta de los títulos públicos -aunque en diferentes monedas- y no de una operación cambiaria –moneda nacional contra moneda extranjera o viceversa-.

En función de lo expuesto, debo anticipar que la pretensión del Fisco Nacional no puede prosperar.

IV.- Que en lo relativo al principio de realidad económica previsto en el artículo 2º de la Ley 11.683 que utiliza la Administración fiscal, como es sabido, prescribe que: "*para determinar la verdadera naturaleza del hecho Imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes ...*"; y exige considerar la intención real si con motivo de tales "*... actos, situaciones y relaciones económicas ellos acudiesen a* ***formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica***"; en cuyo caso confiere una autorización para prescindir de "las formas y estructuras jurídicas inadecuadas"; y encuadrar la situación económica real "*en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos*".

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "*es principio aceptado por la Corte, también desde antiguo (Fallo: 21:498) que no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del 'nomen juris', que se le dé o asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídico- económico y, entonces, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad, deberá desestimarse y privilegiarse la segunda, o lo que es equivalente, los caracteres que la ciencia del derecho exige para que se configuren los distintos hechos y actos jurídicos*" (Fallos: 289:67).

En el presente caso, el negocio realizado con estos títulos públicos por parte del recurrente no se oculta en formas o en una instrumentación "manifiestamente inadecuada para configurar adecuadamente la cabal intención económica". De hecho, aun siguiendo la tesitura fiscal de considerar al recurrente un

“facilitador” de fuga de divisas, no se vislumbran otras formas jurídicas o de instrumentación posibles que serían aplicables, porque considerando como dice el Fisco Nacional su finalidad cambiaria, violentarían las normas vigentes –no podían, ni debían ser cursadas a través del Mercado oficial (MULC) de cambio-.

Por lo expuesto, entiendo que el principio de realidad económica no aplica en esta *litis*. En efecto, en este caso, la prevalencia de ella no procede al haber total concordancia entre la forma jurídica (compraventa de títulos públicos) y la realidad económica subyacente, ya que ésta ha acaecido, según se ha expuesto previamente, conforme las posibilidades que habilitaban las prácticas de los mercados implicados tanto financiero/cambiario y bursátil, dentro de la regulación aplicable y conforme el marco legal vigente (en el mismo sentido que el fallo por mayoría de la Sala A “Bacqué, Chantal s/ apelación - ganancias e IVA” del 24/10/2016).

No se observa en estas operaciones una falta de autenticidad -en el sentido de ser artificiosas o carentes de contenido real- que me lleven a rebatir el alcance económico del negocio jurídico. Son operaciones bursátiles de compraventas de títulos públicos auténticas, legítimas y con contenido real. No se vislumbra un uso abusivo de las formas o instrumentación del negocio real con fines tributarios.

V.- Que, en función de lo expuesto, seguidamente se expone el tratamiento tributario aplicable a la compraventa de títulos públicos por parte del recurrente.

En relación al Impuesto a las Ganancias, en el artículo 20 -inciso w- de la ley (texto vigente al momento de los periodos fiscales bajo discusión), se contempla la exención aplicable a los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores, obtenidos por personas físicas y sucesiones indivisas, en tanto no resulten comprendidas en las previsiones del inciso c), del artículo 49 (actividad de comisionista, rematador, consignatario y demás auxiliares de comercio no incluidos expresamente en la cuarta categoría) cuando los referidos sujetos sean residentes en el país.

Por su parte, el artículo 42 de su decreto reglamentario considera comprendidos en la norma exentiva “... *los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta o disposición de acciones, títulos, bonos y demás títulos valores obtenidos por personas físicas o sucesiones indivisas que realicen dichas operaciones en forma habitual, siempre que esas operaciones no resulten atribuibles a empresas o explotaciones unipersonales dedicadas a otros actividades y que, en virtud de estas últimas, resulten comprendidas en los inc. b) y c) y en el último párrafo del art. 49 de la ley*”.

En lo atinente al Impuesto al Valor Agregado, corresponde revisar si las operaciones efectuadas por el recurrente encuadran en la hipótesis de incidencia del artículo 3 -inciso e), apartado 21-, de la ley de impuesto -en tanto, como afirma el Fisco Nacional, media una prestación de servicios-, o si ellas se encuentran amparadas por la norma exentiva del artículo 36 bis, párrafo 1, apartado 1, de la Ley 23.576 y su modificatoria 23.962.

Que el citado artículo 36 bis considera exentas del Impuesto al Valor Agregado, “*las operaciones financieras y prestaciones relativas a la emisión, suscripción, colocación, transferencia, amortización, intereses y cancelaciones de las obligaciones negociables y sus garantías [...] Igual tratamiento impositivo se aplicará a los títulos públicos...*”.

En función de las normas citadas, y tomando en cuenta la calificación de las operaciones como de compraventa de títulos públicos, el criterio fiscal no puede prosperar, por lo que considero que las resoluciones apeladas deben ser revocadas. Con costas.

En función de la votación que antecede, respecto de la segunda cuestión planteada, corresponde confirmar las resoluciones apeladas en cuanto determinan impuestos, accesorios y multas, reduciendo estas últimas al mínimo legal del artículo 46 de la ley procedimental. Las costas se imponen a la actora, salvo en la proporción en que se reducen las multas, aspecto éste en que se imponen por su orden.

Por ello, en función de la votación que antecede, **por mayoría SE RESUELVE**:

Confirmar las resoluciones apeladas en cuanto determinan impuestos, accesorios y multas, reduciendo estas últimas al mínimo legal del artículo 46 de la ley procedimental. Las costas se imponen a la actora, salvo en la proporción en que se reducen las multas, aspecto éste en que se imponen por su orden.

Regístrese, notifíquese, devuélvanse las actuaciones administrativas y oportunamente, archívese.

Digitally signed by Laura Amalia Guzman
Date: 2025.06.12 17:30:27 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Laura Amalia Guzman
Vocal
Vocalía II Sala A Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Pablo Alejandro Porporatto
Date: 2025.06.13 10:42:29 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pablo Alejandro Porporatto
Vocal Subrogante
Vocalía III Sala A Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Jose Luis Perez
Date: 2025.06.13 10:46:15 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jose Luis Perez
Vocal Subrogante
Vocalía I Sala A Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2025.06.13 10:46:41 -03:00