República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Año de la Grandeza Argentina

Sentencia - Tribunal Fiscal de la Nación

Número: INLEG-2026-40041108-APN-VOCVI#TFN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Martes 21 de Abril de 2026

Referencia: SENTENCIA; Expte. N° 33.515-I (y acum.); TELEFONICA HOLDING DE ARGENTINA S.A.

TRIBUNAL FISCAL DE LA NACIÓN

AUTOS Y VISTOS:

El expediente N° 33.515-I (y sus acumulados) caratulado: "TELEFÓNICA HOLDING DE ARGENTINA SA s/ APELACIÓN" a resolución de la Sala "B" del Tribunal Fiscal de la Nación, integrada por los Dres. Armando Magallón (Vocal Titular de la Cuarta Nominación), José Luis Pérez (Vocal Titular de la Quinta Nominación) y Pablo Porporatto (Vocal Titular de la Sexta Nominación).

El Dr. Pablo Porporatto dijo:

I.- Que a fs. 358/412, 717/790 vta., 1083/1103, 1228/1253 vta., 1356/1382 y 1420/1459 se presenta el contribuyente e interpone sendos recursos de apelación en los términos del art. 76 inciso b) de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modif.) contra las Resoluciones N° 64/2009 (DV DEOA), de fecha 7/12/2009, N° 139/2011 (DV DEOA), de fecha 27/12/2011, N° 105/2016 (DV DEOA), de fecha 16/06/2016, N° 110/2018 (DV DEOA), de fecha 30/10/2018, N° 169/2018 (DV DEOA), de fecha 27/12/2018 y la N° 89/2021 (DV DEOA), de fecha 27/08/2021, dictadas por la División Determinaciones de Oficio "A" del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Subdirección General de Operaciones Impositivas de Grandes Contribuyentes Nacionales de la entonces AFIP-DGI, actual Dirección General Impositiva de la Agencia de Recaudación y Control Aduanero (ARCA).

Que mediante la Resolución N° 64/2009 (DV DEOA), se determina de oficio el Impuesto a las Ganancias por los períodos fiscales 2002 y 2003, estableciéndose un saldo a favor del contribuyente por el primer ejercicio por la suma de $200.959,51 y un saldo a favor del organismo, por el segundo período, por la suma de $281.112,02, luego del cómputo del pago a cuenta correspondiente al Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta (IGMP) de períodos anteriores y de la compensación por el pago en exceso por el mismo período fiscal (conf. art. 81 de la ley de rito).

En cuanto a la Resolución N° 139/2011 (DV DEOA), se determina de oficio el Impuesto a las Ganancias por los

períodos fiscales 2004 a 2008, imponiéndose la obligación de ingresar las sumas de $6.984.574,67 (2004), $8.790.750,05 (2005), $9.423.778,45 (2006), $9.065.083,35 (2007) y $2.754.194,78 (2008), luego del cómputo del pago a cuenta por el IGMP de períodos anteriores y de la compensación por pagos en exceso correspondientes a los mismos períodos fiscales, con más intereses resarcitorios por la suma de $46.934.892,82. Asimismo, se deja expresa reserva respecto de la eventual aplicabilidad de la sanción administrativa prevista en el art. 20 de la Ley Penal Tributaria.

Por su parte, por medio de la Resolución N° 105/2016 (DV DEOA), se determina de oficio el Impuesto a las Ganancias por los períodos fiscales 2008 a 2010, imponiéndose la obligación de ingresar la suma de $431.849,17 (2008) y de $197.517,83 (2009), luego de la compensación con los ingresos en exceso del IGMP por dichos períodos fiscales (art. 81 de la ley de rito). Respecto del período fiscal 2010, la determinación no arroja saldo a ingresar en virtud de haberse establecido un quebranto por la suma de $977.375,31. Asimismo, se calculan intereses resarcitorios hasta el 16/06/2016 por la suma de $1.436.355,21 y, a su vez, respecto del periodo fiscal 2008, se hace expresa reserva de aplicar sanciones. Con relación al periodo fiscal 2009, se aplica una multa por $ 138.262,48 equivalente al 70% del impuesto presuntamente omitido, en los términos del art. 45 de la ley de procedimiento fiscal.

Que a través de la resolución N° 110/2018 (DV DEOA), se aplica al contribuyente una multa de $302.294,42, equivalente al 70% del impuesto presuntamente omitido, correspondiente al período fiscal 2008, con sustento en el art. 45 de la ley 11.683.

En virtud de la Resolución N° 169/2018 (DV DEOA), se determina de oficio el Impuesto a las Ganancias por los períodos fiscales 2011 y 2012. Respecto del primero, la determinación no arroja saldo a ingresar por haber sido íntegramente compensado con el ingreso en exceso del IGMP correspondiente al mismo ejercicio. En cuanto al período fiscal 2012, se establece la obligación de ingresar la suma de $2.481.022,49, luego del cómputo del pago a cuenta del IGMP, de la compensación por pagos en exceso del mismo gravamen y las retenciones y/o percepciones. Asimismo, se determina la suma de $5.014.146,45 en concepto de intereses resarcitorios calculados hasta el 27/12/2018 y se aplica una multa de $1.736.715,74, equivalente al 70% del gravamen presuntamente omitido, correspondiente a dicho período fiscal.

Finalmente, mediante la resolución N° 89/2021 (DV DEOA), del 27/08/2021, se aplica al contribuyente una multa de $68.528.373,04, equivalente a dos veces el Impuesto a las Ganancias presuntamente omitido correspondiente a los períodos fiscales 2004 a 2007, y otra multa de $1.927.936,35, equivalente al 70% del Impuesto a las Ganancias presuntamente omitido, correspondiente al período fiscal 2008, todo ello en los términos del art. 45 de la ley de rito.

En cuanto al fondo del asunto, respecto de las resoluciones recurridas, la actora señala que los ajustes practicados por el Fisco se sustentan en dos ejes: (i) la recalificación de préstamos como aportes de capital, impugnándose las diferencias de cambio e intereses deducidos – en adelante ajuste 1- y (ii) la impugnación de los gastos computados por obtención de dividendos – en adelante ajuste 2-.

En cuanto al primero de ellos, vinculado con las Resoluciones N° 64/2009 (DV DEOA) y N° 139/2011 (DV DEOA), la actora señala que dichos ajustes tienen origen en la impugnación de las deducciones efectuadas en concepto de intereses y diferencias de cambio en el Impuesto a las Ganancias correspondientes a los períodos fiscales 2002 a 2007 -con efectos que se extienden al período 2008-, derivadas de diversos préstamos contraídos por la sociedad durante los años 2001 y 2002, los cuales fueron objeto de un tratamiento fiscal distinto por parte del organismo recaudador, que procedió a recalificarlos como aportes de capital, desconociendo en consecuencia

el derecho de la recurrente a practicar tales deducciones.

Expone que, en el marco de la política del Grupo Telefónica consistente en financiar a las sociedades locales mediante préstamos otorgados por su casa matriz, la contribuyente celebró el 12/02/2001, en la ciudad de Madrid, un contrato de préstamo mercantil con Telefónica Internacional S.A. (en adelante, "TISA") por la suma de USD 530.070.000. Asimismo, el 27/03/2002, la recurrente celebró en la ciudad de Buenos Aires un contrato de mutuo con Telefónica de Argentina S.A. (en adelante, "TASA"), mediante el cual esta última le otorgó un préstamo por la suma de USD 5.680.000.

Señala que el 26/04/2002 TASA cedió a TISA su crédito por la suma de USD 5.845.786,90 -integrado por el capital del préstamo antes referido más los intereses devengados hasta esa fecha-, de modo que, a partir de entonces, TISA pasó a ser titular de la totalidad de la deuda intercompany mencionada.

Añade que la tasa de interés pactada en los préstamos cuestionados resultaba razonable y acorde con las condiciones del mercado internacional para empresas de similares características y que, si bien podía resultar atractiva para los prestamistas del exterior, era menos onerosa para Telefónica Holding Argentina (en adelante, "THA") que las tasas bancarias que hubiera debido afrontar para refinanciar su deuda.

En ese sentido, señala que las condiciones de financiación otorgadas por TISA fluctuaron alrededor del 2,25% por encima de la tasa LIBOR durante el año 2001, elevándose posteriormente al 7% y luego al 9% sobre dicha tasa, principalmente como consecuencia del incremento del riesgo país argentino en los mercados internacionales tras la crisis del año 2001.

Indica que, hasta el estallido de dicha crisis, THA fue cancelando parcialmente los montos prestados, tanto en concepto de capital como de intereses. Añade que, a partir de la devaluación del año 2002, el patrimonio neto de la sociedad se tornó negativo, situación que se prolongó durante varios ejercicios hasta la capitalización de la deuda con TISA.

Refiere que en el año 2003 la sociedad retomó el pago de las obligaciones asumidas, efectuando pagos correspondientes a los períodos fiscales 2002 y 2003, los cuales –afirma- se encuentran debidamente acreditados en autos y resultan sensiblemente superiores a los considerados por el Fisco, aun luego de haberse dictado una medida para mejor proveer en el procedimiento administrativo seguido respecto de dichos períodos.

Asimismo, manifiesta que en el año 2005 se procedió a capitalizar en THA una porción del préstamo otorgado por TISA, con el objeto de regularizar en gran medida la situación patrimonial negativa de la sociedad -originada en la fuerte devaluación del peso argentino ocurrida a comienzos del año 2002- y también ante la incertidumbre existente durante los primeros meses de 2005 respecto de una eventual prórroga del Decreto N° 1269/2002 del Poder Ejecutivo Nacional, que había suspendido la aplicación del art. 94, inc. 5, de la Ley de Sociedades Comerciales N° 19.550, referido a la disolución de la sociedad por pérdida del capital social.

Añade que los préstamos contratados por THA tuvieron como destino la recompra de determinadas obligaciones negociables oportunamente emitidas por CEI Citicorp Holdings -hoy THA- el 24/02/1997 por un monto de USD 500.000.000. Señala que el 15/12/2000 Telefónica S.A. adquirió el 80,9% del capital social de CEI, representativo del 84,7% de los votos de dicha sociedad y, en virtud de dicho cambio de control, y conforme a las cláusulas y condiciones de las obligaciones negociables emitidas, CEI otorgó a sus tenedores el derecho a exigir la recompra de dichos títulos.

Concluye relatando que las recompras y cancelaciones de tales obligaciones negociables y sus intereses se

efectuaron por aproximadamente el 98,50% de su valor, con valores nominales de USD 175.000.000 y USD 317.400.000.

En tal contexto, la recurrente sostiene que el Fisco, al recategorizar los préstamos como aportes de capital, desconoce el contexto fáctico en el cual THA celebró dichas operaciones -en particular, la crisis económica del año 2001- y omite considerar la denominada “mega devaluación” ocurrida en ese período como causa válida del incumplimiento parcial de las obligaciones de pago. Asimismo, señala que, a criterio del organismo fiscal, el préstamo por USD 5.680.000 contraído durante la crisis, evidenciaría que la contribuyente no actuó como un “buen hombre de negocios”.

Al respecto, la actora manifiesta que, al momento de celebrarse el contrato de préstamo en febrero de 2001, la situación económica y social del país no permitía prever la crisis que se desencadenaría casi un año después. En tal sentido, afirma que dicha circunstancia reviste especial relevancia en autos, en tanto el 98,94% del total de los préstamos cuestionados fueron contraídos con anterioridad a la crisis referida.

Sostiene que la imposibilidad de cumplir íntegramente con las obligaciones financieras asumidas frente a TISA obedeció precisamente a la crisis desatada a fines de 2001, cuyos efectos se extendieron durante los años inmediatamente posteriores, en particular entre 2002 y 2004.

Por otra parte, señala que el Fisco desconoce que la decisión de capitalizar parte de la deuda en el año 2005 respondió al riesgo existente de que no se prorrogara la suspensión de la causal de disolución - por pérdida del capital social - prevista en el art. 94, inc. 5, de la Ley de Sociedades Comerciales, suspensión que había sido dispuesta por el Decreto N° 1269/2002 del Poder Ejecutivo Nacional.

La apelante sostiene asimismo que, los indicios en los que el organismo fiscal se apoya para concluir que las operaciones examinadas constituyen aportes de capital, resultan inaplicables e insuficientes para el caso de autos. En efecto, indica que el Fisco considera determinantes para recalificar un préstamo como aporte de capital determinados atributos, tales como: (i) la intención del aportante de participar en la sociedad sin esperar la devolución de los fondos; (ii) la vocación de permanencia; y (iii) la asunción del riesgo empresario.

Sobre esa base, entiende configurados tales atributos a partir de diversos indicios, entre los que menciona la ausencia de fecha cierta en los contratos, la falta de avales o garantías, la vinculación entre acreedor y deudor, la inexistencia de actas de directorio o de asamblea que respalden la decisión de contraer los préstamos, la existencia de plazos de devolución considerados laxos con sucesivas prórrogas, y la supuesta falta de relación entre la cuantía de los fondos y los activos amortizables de la sociedad.

Frente a ello, y en alusión a la presunta carencia de fecha cierta, la actora sostiene que, la validez, eficacia y exigibilidad de los contratos en cuestión, debe analizarse a la luz del derecho español, en virtud de tratarse de la ley elegida por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Afirma que el organismo fiscal incurre en error al aplicar las normas de conflicto previstas en la legislación argentina, en tanto dichas reglas sólo resultarían aplicables de manera subsidiaria, en ausencia de una elección expresa del derecho aplicable. Señala que tal interpretación se encuentra respaldada por la opinión legal del Dr. Alberto Núñez, agregada a estas actuaciones, quien sostiene que, conforme al derecho español, no se requieren formalidades notariales ni registrales para la validez, eficacia o ejecutoriedad de los contratos de préstamo celebrados.

En subsidio, plantea que, aun en el supuesto de que resultara aplicable la ley argentina para acreditar la fecha

cierta de los contratos, correspondería aplicar el art. 208 del Código de Comercio -vigente a la época de los hechos-, el cual admite que dicha circunstancia pueda demostrarse por cualquier medio de prueba, en particular mediante los libros de comercio.

Asimismo, sostiene que el indicio relativo a la supuesta falta de avales o garantías resulta inidóneo para sustentar la recalificación pretendida por el Fisco, sin perjuicio de que los contratos contemplan cláusulas que, en cierta medida, garantizan el cumplimiento de las obligaciones asumidas. En el mismo sentido, cuestiona que la vinculación existente entre acreedor y deudor sea utilizada como fundamento del ajuste fiscal, afirmando que aceptar tal razonamiento implicaría sostener que las operaciones de préstamo entre empresas vinculadas resultarían, en los hechos, imposibles o inválidas. A tal fin, cita doctrina que descarta la aplicación de la denominada "teoría del órgano" invocada por el organismo fiscal, señalando que la misma se encuentra actualmente superada a la luz de las modificaciones introducidas en la Ley del Impuesto a las Ganancias en materia de contabilidad separada, principio de operador independiente y reglas de capitalización exigua.

Prosigue señalando que, contrariamente a lo afirmado por el Fisco, los préstamos analizados sí fueron objeto de tratamiento y aprobación por parte del Directorio y de los accionistas de la sociedad en reunión de Asamblea.

En relación con las denominadas "sucesivas prórrogas" invocadas por la Administración Tributaria para sostener la existencia de plazos laxos de devolución, la actora afirma que tal circunstancia evidencia, precisamente, la voluntad de la sociedad de cumplir con las obligaciones asumidas pese a las graves dificultades económicas y financieras derivadas de la crisis mencionada, agregando que existieron además razones financieras atendibles que justificaron la elección de tales plazos.

Asimismo, sostiene que el Fisco aplica una relación o "ratio" que resulta inaplicable para concluir que la cuantía de los fondos recibidos no guarda relación con los activos amortizables. Señala que, tratándose de una sociedad holding, la relación pertinente debe establecerse entre el endeudamiento y los activos afectados a la actividad, lo cual -a su entender- demuestra la capacidad de repago existente al momento en que fueron otorgados los préstamos cuestionados.

Adicionalmente, afirma que el organismo fiscal no tuvo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados, pese a que los mismos se encontraban debidamente informados y acreditados al momento de presentarse el descargo en el procedimiento administrativo, sosteniendo que el Fisco incurrió en errores al contabilizarlos. En tal sentido, indica que, además de haberse abonado el 100% de los intereses devengados en el año 2001, durante 2003 se realizaron pagos por más de USD 13.600.000; durante 2004 por más de USD 9.900.000; y durante 2005 por más de USD 2.100.000; mientras que en los años 2006 y 2007 se abonaron la totalidad de los intereses devengados. Añade, asimismo que, a partir de la capitalización efectuada en febrero de 2005 -destinada a revertir la situación de patrimonio neto negativo-, la deuda remanente con el acreedor del exterior fue posteriormente cancelada en su totalidad.

En dicha línea, sostiene que el organismo fiscal incurre en error al considerar que la devolución de USD 37.900.000 realizada a los dos días de haberse contraído el préstamo con TISA constituyó una "devolución por excedente recibido". Por el contrario, explica que fue la propia sociedad quien solicitó la suma efectivamente recibida sobre la base de estimaciones vinculadas con la recompra de obligaciones negociables, y que, al verificarse un porcentaje de recompra inferior al previsto -debido a que una porción de los tenedores de títulos no ejerció el denominado "derecho de put"-, decidió restituir los fondos que no resultaban necesarios a fin de evitar que continuaran devengando intereses.

Alega también que el Fisco soslaya el hecho de que, tanto la recurrente como su acreedora –TISA-, registraron contablemente los préstamos en cuestión. En tal sentido, sostiene que el organismo no puede desestimar sin más los asientos contables que sirvieron de base para la elaboración de los estados contables correspondientes a los ejercicios cerrados el 31/12/2002, 31/12/2003, 31/12/2004, 31/12/2005, 31/12/2006, 31/12/2007 y 31/12/2008, los cuales fueron auditados y asentados en los libros legales respectivos.

En consecuencia, entiende que corresponde descartar la hipótesis fiscal que desconoce dichas registraciones contables como respaldo válido de las operaciones de préstamo, cuya naturaleza -reitera- es la de pasivos debidamente documentados.

Afirma que la intención de la sociedad y de su contraparte –TISA- fue, desde el inicio, la de celebrar un contrato de préstamo y que, el hecho de que los términos pactados respetaran el principio de operador independiente, constituye un elemento adicional que confirma la legitimidad de las operaciones celebradas.

Sostiene que admitir la tesis del Fisco -según la cual el bajo porcentaje de pago permitiría concluir que se trató de aportes de capital- equivaldría a sostener que el mero incumplimiento o la imposibilidad temporal de cumplir con las obligaciones asumidas por un cocontratante sería suficiente para recalificar la naturaleza jurídica de la operación.

Añade que las circunstancias que el juez administrativo consideró como medios idóneos para acreditar la existencia de un préstamo -esto es, el pago de intereses a tasa de mercado, la efectiva realización de dichos pagos, la retención practicada en la fuente y la condición de beneficiario efectivo del sujeto del exterior- se verificaron en el caso de THA. Sin embargo, señala que, pese a ello, el Fisco sostiene que tales elementos formarían parte de una estructura simulada destinada a encubrir un aporte de capital, lo cual -a su entender- coloca a la sociedad en una situación sin salida posible.

Asimismo, la actora sostiene que el organismo fiscal incurre en una contradicción respecto del análisis del destino de los fondos recibidos. En efecto, señala que inicialmente se utilizó dicho destino como argumento para sostener que los ingresos constituían aportes de capital, al considerar que los fondos se habrían destinado a cancelar pasivos financieros en un contexto de crisis. No obstante, al dictar la determinación de oficio, el juez administrativo afirmó que la recalificación de la operatoria no había tenido sustento en el destino dado a los fondos recibidos, lo cual –a criterio de la recurrente- evidencia una inconsistencia argumental.

Finalmente, considera que el ajuste practicado por el organismo fiscal resulta violatorio del Convenio para Evitar la Doble Imposición celebrado entre la República Argentina y el Reino de España. Afirma que la recaracterización de los préstamos como aportes de capital y el consecuente tratamiento de los intereses como dividendos alteran el régimen de distribución de potestades tributarias previsto en dicho tratado, desconociendo tanto su texto como los criterios interpretativos derivados de los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE.

Sostiene que, incluso a la luz de dichos Comentarios, la recalificación de un préstamo como aporte de capital sólo resultaría procedente ante circunstancias específicas -tales como que el acreedor esté sujeto a los vaivenes del negocio del deudor o que el pago esté subordinado al pago de otros conceptos - extremos que, según afirma, no han sido acreditados por el Fisco en el presente caso.

Añade que la caracterización de los pagos como intereses dio lugar al ingreso de retenciones del Impuesto a las Ganancias por la suma de $64.950.343,16 y al pago del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta por $9.288.545,40, correspondientes a los períodos fiscales 2002 a 2008 inclusive. En consecuencia, sostiene que,

paradójicamente, de haberse otorgado a los fondos el tratamiento de aportes de capital -tal como pretende el Fisco-, el costo fiscal habría sido sustancialmente menor, lo cual, a su entender, evidencia la ausencia de cualquier maniobra ardidosa.

Subsidiariamente, solicita la devolución de las retenciones ingresadas -por la suma de $66.150.443,79- en caso de confirmarse el ajuste, por carecer de causa jurídica que las legitime.

Asimismo, plantea la prescripción de las acciones del Fisco para imponer sanciones administrativas respecto del período fiscal 2004, por entender que al 1/1/2012 el organismo fiscal no había formulado la correspondiente denuncia penal. En subsidio, invoca la inexistencia de los elementos objetivo y subjetivo requeridos por los tipos infraccionales previstos en los arts. 46 y 47 de la ley de rito y, para el caso de rechazarse tal planteo, solicita que la conducta sea eventualmente encuadrada en la figura del art. 45 del mismo cuerpo normativo.

Por su parte, en relación con el segundo ajuste - Resoluciones N° 105/2016 (DV DEOA) y N° 169/2018 (DV DEOA)- la actora señala que las mismas tienen su origen en la impugnación de la totalidad de los gastos computados por THA, por considerar el organismo fiscal que, al tratarse de una sociedad holding generadora de dividendos no computables, no se encuentra autorizada a deducir ningún tipo de gasto.

Preliminarmente, plantea la prescripción respecto de los períodos fiscales 2008 y 2011. Sostiene que la suspensión de la prescripción por el término de un (1) año dispuesta por el art. 17 de la Ley N° 26.860 no resulta aplicable al caso, por cuanto dicha norma sería inconstitucional, en tanto – a su entender- vulneró de manera clara y manifiesta el procedimiento legislativo previsto en el art. 52 de la Constitución Nacional durante su trámite parlamentario.

Subsidiariamente, manifiesta que las disposiciones de la citada ley resultan inaplicables al caso, por cuanto la suspensión de la prescripción allí prevista sólo alcanzaría a aquellos contribuyentes que se hubieran acogido al régimen de exteriorización voluntaria de tenencia de moneda extranjera establecido por dicha norma.

Asimismo, en el recurso interpuesto contra la Resolución N° 169/2018 (DV DEOA), plantea que el citado art. 17 de la Ley N° 26.860 vulnera las garantías constitucionales de igualdad y razonabilidad.

En cuanto al fondo del asunto, la actora sostiene que el Fisco incurre en error al propiciar el ajuste, en tanto parte del supuesto de que los dividendos deben considerarse como renta no gravada y, sobre dicha base, concluye que no corresponde la deducción de gasto alguno, con fundamento en lo dispuesto por los arts. 17 y 80 de la Ley del Impuesto a las Ganancias.

Sin embargo, la recurrente sostiene que, la propia ley del gravamen -en su art. 64- autoriza a las personas jurídicas que obtienen dividendos a deducir aquellos gastos que no hubieran sido deducidos por la sociedad que los distribuye, por lo que –agrega- no resulta válido sostener que el ordenamiento legal no admita la deducción de gastos vinculados con la obtención de dividendos.

En tal sentido, manifiesta que los dividendos forman parte del hecho imponible del Impuesto a las Ganancias, aunque reciben un tratamiento particular en atención a que el legislador los ha considerado conjuntamente con el impuesto que tributan las sociedades sobre sus ganancias, a fin de evitar la doble imposición. Añade que, desde el punto de vista de la técnica impositiva, la opción adoptada por el legislador consiste en gravar la renta empresaria a nivel de la sociedad, lo cual determina que los dividendos lleguen a manos del accionista una vez detraído el impuesto correspondiente.

Señala que tal conclusión se ve reforzada con la incorporación del denominado Impuesto de Igualación, cuya finalidad radica en evitar que se distribuyan dividendos que no hayan tributado previamente el impuesto a nivel de la sociedad. En dicho contexto, afirma que, si los dividendos constituyeran una ganancia "no gravada", como sostiene el Fisco, no resultaría lógico ni razonable que la retención del 35% prevista en el art. 69.1 de la Ley del Impuesto a las Ganancias se aplique únicamente sobre la porción excedente que no tributó en cabeza de la sociedad. Concluye que, de ser correcto el criterio fiscal, dicha retención debería aplicarse sobre la totalidad de los dividendos distribuidos.

Asevera, asimismo, que el Fisco relaciona arbitrariamente los gastos con un único tipo de renta -los dividendos- generados por la inversión en sociedades controladas, actividad a la que atribuye el carácter de "única fuente productora", e ignora los resultados gravados provenientes de otras actividades que califica como "incidentales", tales como los honorarios (fees) por servicios de gerenciamiento y las rentas derivadas de colocaciones financieras.

La actora sostiene que dicha asignación arbitraria de los gastos a una única fuente productora contraviene abiertamente lo dispuesto por los arts. 17 y 18 de la Ley del Impuesto a las Ganancias, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de deducibilidad de gastos por parte de sujetos empresa.

Manifiesta que no existe norma alguna que autorice o prevea la asignación de las rentas en función de si provienen de la actividad principal de la sociedad o de actividades que pudieran calificarse como "incidentales". En tal sentido, afirma que durante los períodos bajo análisis THA obtuvo, además de dividendos, honorarios (fees) por la prestación de servicios de gerenciamiento y rentas provenientes de colocaciones financieras, todos los cuales constituyen ingresos gravados, circunstancia que, además, no se encuentra controvertida en autos.

Finalmente, sostiene que, aun en el supuesto de considerarse que los gastos se encuentran exclusivamente vinculados con la actividad inversora de THA, el hecho de que la sociedad posea participaciones accionarias susceptibles de generar ganancias de capital también habilitaría la deducción de gastos, en tanto tales resultados se encuentran alcanzados por el Impuesto a las Ganancias.

En definitiva, afirma que, contrariamente a lo sostenido por el Fisco, THA se encuentra en condiciones de generar tanto renta no computable –dividendos- como renta gravada, ya sea derivada de la eventual venta de sus participaciones societarias (ganancias de capital) o proveniente de otras fuentes productoras de renta gravada, tales como honorarios por gerenciamiento y rentas financieras, lo cual -a su criterio- justifica la deducción de los gastos computados.

Asimismo, plantea la inexistencia de los elementos objetivo y subjetivo requeridos para la configuración de la infracción prevista en el art. 45 de la ley de rito. Subsidiariamente, peticiona que se deje sin efecto la sanción por configurarse un supuesto de error excusable.

Por su parte, en el recurso interpuesto contra la Resolución N° 169/2018 (DV DEOA), sostiene, además, que el Fisco ha desconocido hechos reconocidos en una sentencia penal, en violación de lo dispuesto en el art. 20 de la Ley N° 24.769 -y sus modif.-. Señala que, de reconocerse las deducciones por diferencias de cambio conforme lo decidido en sede penal, se generarían quebrantos trasladables a ejercicios posteriores, lo cual liberaría saldos a favor y pagos a cuenta y, en definitiva, reduciría el impuesto a ingresar y la multa aplicada, graduada en el 70% del impuesto presuntamente omitido por el organismo recaudador. Solicita, asimismo, para el supuesto de confirmarse la resolución, que la sanción sea reducida al mínimo legal.

Por otro lado, respecto de la Resolución N° 110/2018 (DV DEOA), mediante la cual se dispuso la aplicación de

una multa por omisión, la actora plantea preliminarmente la prescripción de las facultades del Fisco para imponer sanciones correspondientes al período fiscal 2008. Sostiene que la causal de suspensión de la prescripción derivada de la denuncia penal -por el plazo de 180 días- debe computarse, a su criterio, a partir del 04/04/2017, por lo que el plazo de prescripción habría operado en agosto de 2018.

En subsidio, sostiene la inaplicabilidad del art. 17 de la Ley N° 26.860, reproduciendo, a tal efecto, los fundamentos expuestos en los recursos de apelación reseñados precedentemente.

Asimismo, afirma que no resultaría aplicable la causal de interrupción prevista en el art. 68 inc. a) de la Ley N° 11.683, en razón de que la sanción impuesta mediante la Resolución N° 105/2016 -la cual fue apelada ante este Tribunal- no se encuentra firme.

Plantea también la improcedencia de la sanción aplicada por inexistencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo infraccional, reproduciendo los argumentos desarrollados en el recurso interpuesto contra la Resolución N° 105/2016. Subsidiariamente, solicita que la sanción sea reducida al mínimo legal, en atención a los principios de culpabilidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Finalmente, en relación a la Resolución N° 89/2021 (DV DEOA), mediante la cual se impusieron multas conforme al art. 45 de la ley de rito, plantea la prescripción de los períodos fiscales 2004 a 2008, por considerar inaplicable las suspensiones previstas en las Leyes N° 26.476, 26.860 y 27.562.

Asimismo, sostiene que no se configura la causal de interrupción prevista en el art. 68 inc. a) de la Ley N° 11.683, con fundamento en el mismo argumento señalado precedentemente, esto es, la ausencia de firmeza de las sanciones aplicadas.

Subsidiariamente, plantea la improcedencia de las multas por violación al principio de cosa juzgada y al principio *ne bis in ídem*. Sostiene la inexistencia de los elementos objetivo y subjetivo del tipo infraccional, remitiéndose a los argumentos expuestos en los recursos interpuestos contra las Resoluciones N° 64/2009 (DV DEOA) y N° 139/2011 (DV DEOA) respectivamente.

Cita jurisprudencia y doctrina que entiende aplicable al caso. Acompaña prueba documental, ofrece prueba informativa y pericial contable y formula reserva del caso federal.

Finalmente, por todas las razones expuestas, solicita que se revoquen las resoluciones recurridas, con expresa imposición de costas al organismo recaudador.

II.- Que a fs. 430/456 vta., 810/838, 1116/1129, 1264/1278, 1395/1405 y 1562/1587 se presenta el Fisco Nacional contestando los recursos de apelación interpuestos por la recurrente, negando todos y cada uno de los hechos y derechos allí expuestos. Cita jurisprudencia en respaldo a su criterio y acompaña los antecedentes administrativos.

Se opone a la prueba ofrecida por la contribuyente. Hace reserva del caso federal y solicita que se rechacen los recursos de apelación interpuestos, confirmando las resoluciones recurridas en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la recurrente.

III.- Que a fs. 477 se dispuso la apertura a prueba del expediente N° 33.515-I por el término de sesenta (60) días, ordenándose la producción de la prueba informativa y pericial contable oportunamente ofrecidas.

Por su parte, a fs. 491/492 obra la respuesta al oficio diligenciado ante el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 22, Secretaría N° 148.

Que a fs. 502/553 vta. luce agregado el informe pericial contable relativo a TASA, mientras que a fs. 959/1053 se incorporó el informe pericial correspondiente a TISA, producido en respuesta al exhorto diligenciado y remitido por el Juzgado de Primera Instancia N° 89 de Madrid, Reino de España.

A fs. 859 y 1140 se resolvió la acumulación de los expedientes N° 35.929-I y N° 47.057-I al expediente N° 33.515-I, de conformidad con lo dispuesto por el art. 8 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Fiscal (A.A. N° 840/93). Asimismo, a fs. 1411 se dispuso la acumulación de los expedientes N° 49.606-I y N° 49.415-I al citado expediente N° 33.515-I. Finalmente, a fs. 1612 se ordenó la acumulación del expediente EX-2021-87892538-APN-SGAI#TFN al expediente N° 33.515-I.

Por otro lado, a fs. 869 obra la resolución de este Tribunal mediante la cual se hizo saber a la parte actora que, en virtud de existir plena coincidencia entre los puntos de prueba ofrecidos en los expedientes N° 35.929-I y N° 33.515-I, se tendrá por reproducida en el primero la prueba producida en las actuaciones identificadas con el N° 33.515-I.

Por otra parte, a fs. 1659 se dispuso la apertura a prueba de los expedientes N° 49.415-I, N° 49.606-I y EX-2021-87892538-APN#TFN, por el término de sesenta (60) días, haciéndose lugar a la producción de la prueba informativa.

Asimismo, a fs. 1137/1138 se presentó la actora invocando como hecho nuevo la venta de la totalidad del paquete accionario que tenía en las firmas Atlántida Comunicaciones S.A. y Telefónica Media Argentina S.A., circunstancia respecto de la cual se confirió traslado al Fisco Nacional, quien lo contestó a fs. 1145/1145 vta. y 1152 respectivamente.

A fs. 1675/1684 vta. obra la respuesta al oficio remitido a Viacom Media Argentina S.A. (antes Telefónica Media Argentina S.A.), mientras que a fs. 1685/1694 luce agregada la contestación al oficio diligenciado a Atlántida Comunicaciones S.A. A su vez, a fs. 1703/1705 se encuentra incorporada la respuesta al oficio librado al Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 10, Secretaría N° 20.

Que a fs. 1708 se declaró clausurado el período probatorio y se elevaron las actuaciones a consideración de la Sala “B”. Puestos los autos para alegar, hicieron uso de dicho derecho tanto la recurrente como el Fisco Nacional a fs. 1719 y 1749, respectivamente.

Finalmente, a fs. XXXXX se llamaron los autos para dictar sentencia.

IV.- Que, corresponde a este Tribunal analizar la causa, conforme a los términos en que ha quedado trabada la litis.

En principio, debe precisarse que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarse acerca de aquellas que estimen conducentes para sustentar sus conclusiones (conf. C.S.J.N., in re: “Sopes, Raúl Eduardo c/ Administración Nacional de Aduanas”, sentencia del 12/2/87, “Stamei S.R.L. C/ Universidad de Buenos Aires s/ Ordinario”, sentencia del 17/11/87, C.N.C.A.F., Sala V, in re “Werner Tomás M. c/B.C.R.A. s/ Proceso de Conocimiento”, sentencia del 27/4/98 y “Congelados Macchaiavello y Cía. S.A.” del 26/4/2007, entre otros).

En lo que respecta a los actos determinativos apelados en autos y, a fin de favorecer una mayor claridad expositiva, resulta conveniente reseñar, en primer término, los argumentos que llevaron al Fisco Nacional a efectuar los ajustes debatidos en estos actuados.

De conformidad con las actuaciones administrativas que corren por separado, la recurrente declaró como actividad principal “Servicios Empresariales N.C.P.” y como actividad secundaria “Servicios de Financiación y Actividades Financieras N.C.P.”, cerrando sus ejercicios económicos el 31 de diciembre de cada año.

En lo relativo al primer ajuste, vinculado con la “recalificación de préstamos como aportes de capital”, el mismo reconoce su génesis en la Orden de Intervención (OI) N° 164.939. En el marco de dicha fiscalización se observó que la contribuyente celebró, el 12/02/2001 en la ciudad de Madrid, un contrato a título de préstamo mercantil con TISA -accionista mayoritaria de la recurrente, con una participación del 99,97% en su capital social a partir de mayo del período en que se suscribió el acuerdo- por la suma de USD 530.070.000. Del contrato surge que su duración inicial era de un mes, plazo que resultaba tácitamente prorrogable por períodos mensuales en caso de que las partes no comunicaran por escrito su intención de no renovarlo.

En dicho instrumento se fijó, para el primer mes, una tasa de interés nominal anual inicial, la cual, al resultar variable, pasaría a determinarse -a partir del primer período- conforme a la tasa LIBOR a un mes, más un diferencial expresado en puntos básicos. Asimismo, se estableció que el destino de los fondos sería exclusivamente la recompra de los Bonos Series A, B y C -consistentes en obligaciones negociables- en ejercicio del derecho de venta que detentaban los bonistas con motivo de la adquisición del prestatario por parte del Grupo Telefónica, así como el pago de los intereses correspondientes a dichos títulos.

La fiscalización constató que el referido contrato fue objeto de reiteradas modificaciones, las cuales se encuentran agregadas a estas actuaciones. Asimismo, verificó que durante el año 2001 la contribuyente efectuó un único pago de capital, el día 14/02/2001 -esto es, a los dos días de celebrado el contrato- por un importe de USD 37.900.000, equivalente al 7,15% del monto originalmente pactado, quedando en consecuencia un saldo remanente de USD 492.170.000. Asimismo, abonó la totalidad de los intereses devengados durante dicho ejercicio.

Respecto de los años siguientes, la fiscalización observó que únicamente se cancelaron intereses vencidos en el período anual 2003 -aproximadamente el 10% del total- no registrándose otros pagos hasta la capitalización parcial efectuada por la contribuyente el 15/02/2005, con motivo de un aumento de capital social. Asimismo, se dejó constancia de que, en relación a los pagos de intereses efectuados, se practicaron e ingresaron las correspondientes retenciones del Impuesto a las Ganancias sobre beneficiarios del exterior a la alícuota del 12%, conforme lo previsto en el Convenio para Evitar la Doble Imposición celebrado con el Reino de España. Los intereses devengados e impagos pasaron posteriormente a incrementar el capital adeudado, previa deducción de las retenciones mencionadas.

En tales condiciones, el organismo verificó que el 15/02/2005 la contribuyente decidió capitalizar, a dicha fecha, la suma de USD 615.204.079,56 -correspondiente a capital más intereses- quedando un pasivo de USD 19.759.332,52 en concepto de deuda con TISA, respecto del cual se realizaron pagos posteriores que amortizaron la totalidad del capital y de los intereses devengados.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo préstamo, el 27/03/2002 se celebró en la ciudad de Buenos Aires un contrato a título de mutuo entre la recurrente y TASA, mediante el cual esta última otorgó a la primera la suma de USD 5.680.000 por el plazo de treinta días a partir de la fecha de su celebración, sin especificarse el destino de los fondos involucrados.

El organismo recaudador señaló que TASA constituye una sociedad subsidiaria de la contribuyente –THA-, cuya vinculación se produce a través de la participación accionaria que esta última posee en COINTEL (50%), siendo esta sociedad, a su vez, titular del 64,8% del capital social de TASA.

Posteriormente, con fecha 26/04/2002, en la ciudad de Madrid, se celebró un contrato de cesión entre TASA, TISA y la recurrente –THA-, mediante el cual se estableció la asunción por parte de TISA del crédito que TASA mantenía frente a la recurrente, de modo tal que, a partir de dicha fecha, TISA pasó a ser titular de la totalidad de la deuda *intercompany* antes mencionada.

Dicho contrato de cesión fue objeto de veintinueve modificaciones -obrantes en las presentes actuaciones- referidas principalmente a la tasa de interés aplicable y al plazo de vencimiento, estipulándose en cada una de ellas la capitalización de los intereses devengados e impagos.

La fiscalización constató que, con relación a los intereses generados por el pasivo invocado, solo se abonó aproximadamente el 15% del total, correspondientes al período 2003, no registrándose otros pagos hasta el momento en que se produjo la capitalización del 15/02/2005, practicándose asimismo las retenciones del Impuesto a las Ganancias sobre beneficiarios del exterior a la tasa del 12%. También se verificó que, la capitalización antes mencionada, coincidía con la sumatoria de los mismos conceptos que integraron la capitalización de cada uno de los préstamos analizados precedentemente.

En este contexto, el organismo corroboró que la actora consignó, en sus estados contables correspondientes a los ejercicios cerrados al 31/12/2002 y 31/12/2003, las sumas originadas en los mencionados contratos como pasivos financieros, computando, por su parte, las diferencias de cambio y los intereses derivados de los mismos dentro de los resultados contables atribuibles a dichos períodos, con la correspondiente incidencia fiscal.

Con base en tales elementos, el Fisco concluyó que, ante la concurrencia de diversos indicios -tales como la presunta carencia de fecha cierta de los contratos, la ausencia de avales o garantías, la existencia de vinculación entre acreedor y deudor, la falta de actas de directorio o de asamblea que respaldaran la decisión de contraer los préstamos, la necesidad inmediata de fondos para cancelar pasivos financieros preexistentes y el reducido porcentaje de devolución de capital e intereses- correspondía considerar que las sumas recibidas configuraban, en realidad, verdaderos aportes de capital.

Sobre esa base, impugnó las declaraciones juradas del Impuesto a las Ganancias correspondientes a los períodos fiscales 2002 y 2003 en relación con la deducción de intereses y diferencias de cambio, dando lugar al dictado de la Resolución N° 64/2009.

Posteriormente, bajo idénticas premisas, THA fue nuevamente fiscalizada mediante la OI N° 529.461, en tanto los conceptos oportunamente impugnados mediante el procedimiento determinativo de oficio antes mencionado tenían incidencia en ejercicios posteriores. En consecuencia, se cuestionaron los mismos conceptos -deducción de intereses y diferencias de cambio- respecto de los períodos fiscales 2004 a 2008, lo que dio lugar al dictado de la Resolución N° 139/2011.

Por otra parte, en lo que respecta al segundo ajuste -relativo a la impugnación de la deducción de determinados gastos asociados a “ingresos no computables”-, cabe señalar que el mismo tuvo su origen en la fiscalización iniciada mediante la OI N° 821.732.

En efecto, la inspección cuestionó inicialmente que la recurrente, a los fines de determinar su resultado impositivo, hubiera efectuado en la columna I un ajuste bajo el concepto “Resultado en sociedades art. 33 -

COINTEL” -informando que correspondía al Valor Patrimonial Proporcional (VPP) de su participación accionaria en dicha sociedad- sin haber practicado ajuste alguno en la columna II en concepto de gastos no deducibles.

La inspección entendió así que la contribuyente había obtenido, en los períodos fiscales bajo fiscalización, (i) ingresos “no computables” provenientes de su actividad como sociedad holding -representados por el VPP de participaciones en otras sociedades- e (ii) ingresos alcanzados por el Impuesto a las Ganancias.

En virtud de ello, el criterio inicialmente adoptado por el área fiscalizadora consistió en aplicar al caso las reglas de prorrateo, impugnando los gastos únicamente en la proporción correspondiente a los ingresos considerados “no computables”, que -según la fiscalización- se vinculaban con los resultados provenientes de las inversiones permanentes en COINTEL (VPP).

Sin embargo, al analizar la procedencia del ajuste, la Jefa (Int.) de la Sección Determinaciones de Oficio y la Revisora de la DV DEOA consideraron inaplicables las normas de prorrateo utilizadas por la fiscalización, proponiendo, en cambio, la impugnación total de los gastos deducidos.

Tal criterio se sustentó en el entendimiento de que los gastos deducidos por THA respondían exclusivamente a su actividad como sociedad holding, la cual -siempre según el criterio del Fisco- generaría únicamente renta “no computable” (en alusión a los dividendos), categoría que asimiló a renta no gravada a los efectos de la deducción de gastos.

A partir de ello, se solicitó al área fiscalizadora que practicara un nuevo ajuste bajo tal criterio, impugnándose, en consecuencia, las declaraciones juradas, desconociendo que los dividendos deban ser considerados como ganancia gravada – asignando la totalidad de los gastos a dicha fuente-, dando lugar así a la Resolución N° 105/2016.

Posteriormente, sobre la base de idénticas premisas, el organismo inició una nueva fiscalización mediante la OI N° 1.049.415, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales correspondientes a los períodos fiscales 2011 y 2012.

Siguiendo un proceder similar al anteriormente descripto, se impugnaron las declaraciones juradas correspondientes a dichos períodos fiscales con fundamento en los mismos argumentos antes reseñados – impugnación de gastos deducidos asociados a dividendos- dando lugar al dictado de la Resolución N° 169/2018.

Cabe señalar que tanto la Resolución N° 139/2011 – ajuste 1- como la Resolución N° 105/2016 – ajuste 2- efectuaron expresa reserva de aplicar sanciones en los términos del art. 20 de la Ley Penal Tributaria. En función de ello, con fechas 29/12/2011 y 24/06/2016, el Fisco Nacional promovió las correspondientes denuncias penales.

En relación con la primera de ellas, que tramitó bajo el expediente N° 2713/2011, el Dr. García Berro, a cargo del entonces Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 2, resolvió -con fecha 16/05/2014- sobreseer a los imputados. Dicha decisión fue confirmada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico el 18/11/2014.

Contra esa sentencia, la querellante (AFIP -actualmente ARCA-) interpuso recurso de casación, el cual fue declarado mal concedido por la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal con fecha 09/10/2015. La sentencia quedó firme tras la denegación del recurso extraordinario y del recurso de queja interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 04/04/2017.

En virtud de ello, la División Penal –del organismo fiscal- concluyó que, al haber quedado firme la sentencia definitiva dictada en la causa penal, no existía impedimento alguno para la imposición de sanciones administrativas.

Por su parte, en relación con la segunda denuncia penal -de fecha 24/06/2016-, la misma dio lugar a la formación del expediente CPE 791/2016, el cual fue acumulado al expediente N° 2713/2011, resolviéndose "*estar al auto de sobreseimiento dictado en los autos N° CPE 2713/2011*".

Con motivo de la firmeza del sobreseimiento dictado en favor de los imputados en dichas causas, se dictó la Resolución N° 110/2018 DV DEOA, mediante la cual se aplicó una sanción de multa por omisión prevista en el art. 45 de la Ley N° 11.683, equivalente al 70% del impuesto presuntamente omitido.

Finalmente, bajo idénticas premisas, se dictó la Resolución N° 89/2021, que aplicó una multa equivalente a dos veces el impuesto presuntamente omitido respecto de los períodos fiscales 2004 a 2007, y una multa, equivalente al 70% del impuesto presuntamente dejado de ingresar, correspondiente al período fiscal 2008.

V.- Seguidamente, corresponde adentrarse en el análisis de las cuestiones sometidas a consideración de este Tribunal Fiscal. A tal efecto, y por razones de lógica precedencia, cabe abordar en primer término los planteos de prescripción de las facultades del Fisco Nacional para determinar el Impuesto a las Ganancias correspondiente a los períodos fiscales 2008 y 2011.

En primer lugar, en cuanto a los planteos de inconstitucionalidad formulados por la actora respecto del trámite parlamentario de la Ley N° 26.860, cabe señalar que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 185 de la Ley N° 11.683, este Tribunal se encuentra impedido de expedirse sobre tales cuestiones, salvo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hubiere pronunciado declarando la inconstitucionalidad en los términos invocados.

Sentado ello, y en lo que respecta al planteo de prescripción articulado, corresponde recordar que la Ley N° 11.683 -vigente al momento de los hechos- establece en su artículo 56 que las acciones y facultades del Fisco para determinar y exigir el pago de los tributos, así como para aplicar y hacer efectivas las multas y clausuras previstas en la ley de rito, prescriben, conforme su inciso a), a los cinco (5) años en el caso de contribuyentes inscriptos.

Por su parte, el artículo 57 dispone que el término de prescripción del poder fiscal para determinar el impuesto comenzará a correr desde el 1° de enero siguiente a aquel en que se produzca el vencimiento de los plazos generales para la presentación de las declaraciones juradas y el ingreso del gravamen.

Siendo así, prima facie, se podría sostener que los plazos de prescripción -respecto de los períodos fiscales 2008 y 2011- habrían operado el 01/01/2015 y el 01/01/2018 respectivamente. Ahora bien, corresponde analizar si se presenta en el caso algún supuesto de suspensión del término de la prescripción. Al respecto, el art. 17 de la Ley 26.860 (B.O 31/05/2013) dispuso: "*Suspéndase con carácter general por el término de (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*".

Por su parte, el artículo 21 de la citada norma estableció que las disposiciones contenidas en dicha ley son de orden público y entran en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial.

Sobre el particular, cabe recordar que es doctrina reiterada de nuestro Máximo Tribunal que la primera fuente para determinar la voluntad del legislador es la letra de la ley (Fallos: 299:167), cuyas palabras deben ser

comprendidas en su sentido más obvio conforme al entendimiento común (Fallos: 306:796, consid. 11 y sus citas), sin que quepa a los jueces sustituir dicha voluntad, sino aplicar la norma tal como fue concebida (Fallos: 300:700). Asimismo, las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras que emplean, sin desvirtuar su significado específico (Fallos: 295:376), máxime cuando éste concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y con la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente.

Con relación a la aplicación de las suspensiones anuales, la misma cuestión ya ha merecido tratamiento por parte del Máximo Tribunal, en ocasión de establecerse similares alcances para la ley 23.495 del año 1987 -que instauró un régimen de normalización impositiva y cuyo artículo 49 establecía que se suspendía "*con carácter general por el término de 1 (un) año, el curso de la prescripción de la acción para determinar o exigir el pago de los tributos cuya aplicación percepción y fiscalización está a cargo de la Dirección General Impositiva 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*"- resolviéndose que la suspensión del curso de la prescripción prevista en el artículo transcripto alcanzaba a la generalidad de los contribuyentes, toda vez que no se había establecido vinculación exclusiva entre la suspensión y los contribuyentes que hubiesen ejercido el derecho de acogerse al régimen de normalización tributaria (Fallos 314:1656).

Asimismo, vale destacar que dicho criterio fue ratificado por el Máximo Tribunal in re "AFIP-DGI c/ Paredes Cereales Sociedad Anónima s/recurso extraordinario" del 15/10/15 -adhiriendo al dictamen de la Procuración General de la Nación del 29/5/15-, en donde, con relación al artículo 44 de la ley 26.476, se pronunció por la aplicación literal del precepto.

En el caso de autos, el curso del plazo de prescripción de las facultades del Fisco Nacional para determinar y exigir tributos fue objeto de una (1) suspensión general, dispuesta por una ley de orden público (art. 17 de la ley 26.680) la cual opera de pleno derecho, y con vigencia inmediata desde su publicación. En efecto, dicha suspensión incidió sobre los plazos en curso, difiriendo su vencimiento.

Asimismo, respecto del período fiscal 2008, es dable también poner de realce que, el artículo s/n agregado a continuación del artículo 65 de la Ley 11.683 (t.o 1998 y sus modif.) prescribe que "*se suspenderá por ciento veinte (120) días el curso de la prescripción de las acciones y poderes que 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 dicho actos se notificaran dentro de los ciento ochenta (180) días corridos anteriores a la fecha en que se produzca la correspondiente prescripción*".

Que, en función de lo expuesto, respecto del ejercicio 2008, habiéndose notificado la vista de las presentes actuaciones el 29/12/2015 (vide fs. 1067 vta.), operó la suspensión del plazo de ciento veinte (120) días prevista precedentemente -hasta el 23/06/2016-, sin que, a la fecha del dictado de la Resolución N° 105/16 (16/06/2016), se hubiera cumplido el plazo de prescripción.

En tales condiciones, computado el período de suspensión legalmente previsto en la Ley 26.680 -así como la suspensión de ciento veinte (120) días correspondiente al período fiscal 2008-, los plazos prescriptivos operaron con posterioridad al dictado de los actos impugnados.

Con respecto al periodo fiscal 2011, cuyo cómputo de prescripción inició el 01/01/2013 y considerando la mencionada suspensión anual, la prescripción hubiera operado el 01/01/2019.

En consecuencia, a las fechas de emisión de los respectivos actos respecto de los periodos fiscales 2008 y 2011 (16/06/2016 y 27/12/2018, respectivamente), las facultades de la Administración se encontraban plenamente vigentes, por lo que corresponde desestimar las defensas de prescripción opuestas por la recurrente.

Cabe señalar, asimismo que, si bien los planteos fueron tratados en forma previa por razones de orden lógico, no fueron articulados como excepción en los términos del art. 171 de la ley ritual, sino como defensas contra los actos determinativos. En consecuencia, no corresponde otorgarles tratamiento incidental ni disponer una imposición de costas autónoma.

En este aspecto, resulta pertinente recordar lo sostenido por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en autos "Ferioli, Jorge Oscar" (sentencia del 24/08/2007), en cuanto señaló que, al encontrarse los planteos subsumidos en el ámbito recursivo y no haber generado una actividad procesal autónoma, no se justifica un tratamiento especial en materia de costas distinto del asignado al resolverse la cuestión sustancial.

En igual sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Colorin IMSSA (TF 24.123-1) c/ D.G. l." al sostener "*la representación del organismo recaudador centró sus argumentos en la circunstancia de haber resultado vencedora en dicho punto (…) pero no se hizo cargo de las circunstancias tenidas en cuenta por la cámara para dejar sin efecto la condena en costas dispuesta por el Tribunal Fiscal (…) en particular, en cuanto a que dicho planteo no había sido tratado como de previo y especial pronunciamiento sino como una defensa más frente a la pretensión fiscal y que, por lo tanto, no podía considerarse de forma escindida o autónoma respecto de la unidad de la sentencia a los efectos de la imposición de las costas*" (CSJN - Colorín IMSSA (TF 24.123-1) c/ D.G. l.""", sentencia del 02/07/2013).

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los agravios articulados por la apelante en torno a los planteos de prescripción, sin imposición de costas autónomas, de conformidad con el criterio sentado por el Máximo Tribunal en el precedente "Colorín IMSSA".

VI.- Seguidamente, corresponde adentrarse en el análisis de la cuestión de fondo sometida a consideración de este Tribunal Fiscal y, en particular, examinar los agravios invocados por la recurrente respecto del primer ajuste.

Que las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la impugnación de determinadas deducciones practicadas por THA en concepto de diferencias de cambio e intereses, a partir de la recalificación de ciertos préstamos como aportes de capital en virtud del principio de realidad económica previsto en el artículo 2° de la Ley N° 11.683 (t.o. 1998 y sus modificatorias).

Asimismo, el organismo fiscal consideró que se constataron una serie de indicios unívocos que por su concordancia lo llevaron a concluir que las sumas involucradas no han tenido el origen declarado por la actora -préstamo-, y que el despliegue documental aportado resulta producto de un ardid o simulación previamente orquestado.

Que sentado lo expuesto, corresponde, por razones metodológicas, reseñar la normativa aplicable en torno al principio de realidad económica. Al respecto, el art. 2 de la Ley 11.683 (t.o 1998 y sus modif.) 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. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas*

inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada 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".

En efecto, la calificación jurídica de los actos bajo análisis comporta consecuencias tributarias diversas en el Impuesto a las Ganancias. Así, de considerarse procedente la tesitura fiscal, un aporte de capital no genera diferencias de cambio ni el devengamiento de intereses deducibles. Por el contrario, si se tratara de un préstamo -como sostiene la recurrente- los saldos deudores pendientes de cancelación generarían diferencias de cambio y la obligación de restituir capital e intereses, resultando estos últimos deducibles, junto con las mencionadas diferencias de cambio, en la proporción admitida por la ley del gravamen.

En tal sentido, corresponde evaluar si la recalificación efectuada por el Fisco Nacional con fundamento en el referido principio de realidad económica resulta ajustada a derecho o si, por el contrario, el contrato celebrado configuró efectivamente un verdadero pasivo de la recurrente, en cuyo marco se devengaron intereses y se produjo -o no- la devolución del capital prestado.

Así las cosas, a fin de proceder al examen de la cuestión debatida en autos, corresponde partir del análisis de las probanzas colectadas en estos actuados.

Que a fs. 59/64 obra copia del Acta de Directorio N° 370, de fecha 09/02/2001, en la cual se trata -como único punto del orden del día- la "aprobación del préstamo efectuado por TISA" por la suma de USD 530.070.000. De dicha acta surge que, con la finalidad de disponer de los fondos necesarios para recomprar anticipadamente las obligaciones negociables, se solicitó el referido préstamo, circunstancia que también fue consignada en la Memoria a los Estados Contables al 31/12/2000.

Al respecto, en los recursos de apelación se aclaró que dicha acta no pudo ser acompañada por la encartada al momento de contestar la vista corrida por el Fisco, en razón de que el libro de directorio había sido intervenido por el Juzgado Nacional en lo Criminal de Instrucción N° 22, Secretaría N° 148, conforme surge de la copia del acta de intervención obrante a fs. 65/67, circunstancia que fue posteriormente ratificada mediante prueba informativa (vide fs. 491/492).

Por su parte, de la prueba pericial contable practicada respecto de los libros de TASA -llevada a cabo en el país- y obrante a fs. 502/554, se desprende que el referido préstamo se encuentra debidamente contabilizado y registrado.

Asimismo, de la prueba pericial contable relacionada con los libros de TISA, realizada en España mediante exhorto 4667/2014-CPC18/02/2015 (vide fs. 959/1053), surge que el profesional actuante constató la contabilización de la cesión del crédito por un importe total de USD 5.845.786,90 al 30/04/2002, bajo el asiento N° 80000253, correspondiente al capital del préstamo más los intereses devengados al 26/04/2002.

Así las cosas, el perito sostuvo a fs. 969 que: "*(…) si se ha podido comprobar la forma correcta de contabilización de los intereses del mencionado crédito a lo largo de los ejercicios 2001 y 2002, aplicándose los tipos de interés correctos y pactados en los contratos. Se ha podido comprobar la correcta contabilización de la cesión de crédito procedente de Telefónica de Argentina S.A*".

En este orden de ideas, y aun considerando la vinculación societaria existente entre la prestamista y la aquí recurrente, no se observa cuestionamiento concreto respecto de las tasas de interés aplicadas en los referidos préstamos ni impugnación alguna derivada de los análisis de precios de transferencia presentados por la apelante en sus escritos recursivos.

Al respecto, la representación fiscal sostiene -en relación con el período fiscal 2002- que la declaración jurada y el informe del Estudio de Precios de Transferencia (en adelante EPTR) fueron presentados extemporáneamente en el año 2004, circunstancia que, a su criterio, privaría de validez a la información allí contenida.

Sin embargo, cabe recordar que la presentación del EPTR junto con el formulario F. 4501 reviste carácter de declaración jurada, conforme lo establece el art. 6 de la RG 1122/01 -vigente a la fecha de los hechos-, resultando asimismo aplicables los arts. 11 y 13 de la ley de rito.

En tales condiciones, y considerando que la primera vista fue conferida el 17/12/2008, el organismo fiscal dispuso de un amplio lapso temporal para ejercer las facultades de verificación y fiscalización que la normativa le acuerda respecto de la información allí contenida, pudiendo requerir aclaraciones, efectuar ajustes o impugnar las conclusiones del estudio técnico acompañado (conf. art. 15 de la ley del gravamen vigente y 35 de la Ley de rito) – EPTR que se encuentra, asimismo, agregado a fs. 291-.

Sin embargo, de las actuaciones no surge que la administración haya formulado observación concreta alguna respecto de la metodología empleada, los comparables utilizados o las tasas de interés resultantes del análisis de precios de transferencia, limitándose a descalificar el informe con fundamento exclusivo en su presunta extemporaneidad. Tal postura no puede ser compartida.

En efecto, la circunstancia de que una declaración jurada o la documentación de respaldo haya sido presentada con posterioridad al vencimiento formal no la priva, por sí sola, de eficacia probatoria ni autoriza a la administración a prescindir de su contenido sin efectuar el correspondiente análisis técnico. Máxime cuando el propio organismo fiscal dispuso de un amplio plazo para examinar dicha información y, en su caso, formular los ajustes pertinentes, extremo que no ocurrió en autos.

Por otra parte, del acto administrativo apelado surge que uno de los principales argumentos esgrimidos por el juez administrativo para efectuar la recalificación reseñada fue “el bajo porcentaje de devolución en concepto de capital e intereses” (Res. N° 64/2009, pág. 5), junto con otros indicios que serán analizados seguidamente.

Sin embargo, corresponde recordar lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación -con remisión al Dictamen de la Procuración General de la Nación- en el precedente “Transportadora de Energía S.A. c/DGI”, donde se sostuvo que: “*(…) Del mero incumplimiento de un acuerdo no se puede derivar sin más y sin considerar las circunstancias de cada caso, una mutación en la naturaleza jurídica de un instituto, ya que ello importaría, derechamente, dejar librada la sustancia jurídica de todo acto a lo que pudiera suceder a la postre, es decir supeditando toda conclusión a lo que los hechos ulteriores determinasen*” (CSJN - Transportadora de Energía SA c/Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo).

Que dicho criterio fue receptado por esta sala en los precedentes Just International Latam S.A - Expte. N° 48.999-I y Mary Kay Cosméticos - Expte. N° 31.940-I (y su acum.). En este último se sostuvo que, el hecho de que no se hayan efectuado pagos en el período 2002, podría justificarse en razón de la crisis del 2001.

En efecto, entre las circunstancias que rodean al presente caso -y que no pueden soslayarse- se encuentra la profunda crisis económica e institucional que atravesó la República Argentina en dicho año. El Alto Tribunal la ha caracterizado en los siguientes términos: “*A partir de los últimos meses del año 2001 se produjo en la República Argentina una gravísima crisis -de alcances nunca antes vistos en la historia de nuestro país- que no solo afectó a las relaciones económico financieras, sino que trascendió a todos los ámbitos sociales e institucionales. Por ser conocida y por haber sido padecida de una u otra manera por todos los argentinos, resulta innecesario extenderse en la descripción de la crisis*” (Fallos 329:5913).

En tal contexto, tampoco puede perderse de vista que la referida crisis alcanzó una magnitud tal que incluso el propio Estado Nacional se vio imposibilitado de atender regularmente sus compromisos financieros, ingresando en cesación de pagos y procediendo posteriormente a una reestructuración de su deuda pública que implicó quitas del orden del 75%.

En ese marco excepcional, no resulta razonable pretender que las empresas privadas hubieran permanecido indemnes a los efectos de aquella crisis ni que hubieran podido cumplir regularmente con la totalidad de sus obligaciones financieras. Antes bien, tales circunstancias constituyen un dato de contexto relevante que necesariamente debe ponderarse al momento de evaluar el grado de devolución del capital e intereses del préstamo analizado, pues explican -al menos en parte- las dificultades experimentadas en su cumplimiento, sin que ello permita, por sí solo, desvirtuar la naturaleza jurídica originalmente convenida entre las partes.

En efecto, en la prueba pericial contable realizada en España mediante exhorto, luce agregada la "Memoria Correspondiente al Ejercicio Anual Terminado el 31/12/2001" de TISA, donde se consigna en el punto c), titulado "Devaluación en Argentina" lo siguiente, cito: "*Telefónica Internacional S.A., dada su implantación de ámbito internacional, se ha visto afectada por los efectos derivados de la situación económica que atraviesa Argentina a través de distintas sociedades que operan en el país. Durante los últimos meses se implementó en este país un profundo cambio del modelo económico y de la Ley de Convertibilidad vigente desde el mes de marzo de 1991. Las principales consecuencias del conjunto de medidas adoptadas por el gobierno argentino son (a) la devaluación del peso argentino respecto del dólar estadounidense y la pesificación de ciertos activos y pasivos en moneda extranjera mantenidos en el país (…) (b) la introducción de restricciones al retiro de fondos depositados en las instituciones financieras, (c) la restricción de realizar transferencias al exterior en concepto de servicios de capital de préstamos financieros y de distribución de dividendos sin la previa autorización del Banco Central de la República Argentina y (d) el incremento de precios internos*."

En esa misma línea, cabe destacar que las condiciones de financiación del préstamo -celebrado el 12/02/01- reflejaron el deterioro del contexto macroeconómico. En efecto, las tasas pactadas con TISA fluctuaron alrededor del 2,25% por encima de la tasa LIBOR durante el año 2001, elevándose posteriormente al 7% y luego al 9% sobre dicha tasa, principalmente como consecuencia del marcado incremento del riesgo país argentino en los mercados internacionales tras la crisis de 2001. Ello evidencia que el financiamiento se encontraba directamente expuesto a las condiciones del mercado y al riesgo soberano imperante, circunstancia que también contribuye a explicar las dificultades experimentadas en el repago del crédito.

Por otra parte, del cuadro acompañado por la actora -no rebatido por el Fisco en su contestación de demanda- se desprende que, al momento de otorgarse el préstamo, THA evidenciaba una adecuada capacidad de repago, reflejada en una relación pasivo/activos afectados a la actividad del 48,27% al 31/12/2000, la cual -aun con posterioridad a la toma del 98,94% de los préstamos considerados en conjunto- se mantuvo en niveles sustancialmente similares, situándose en torno al 49,90% al 31/12/2001. En este sentido, la doctrina especializada señala que el nivel óptimo del índice de endeudamiento se ubica en parámetros intermedios, generalmente entre el 40% y el 60% ("Los retos de la financiación del sector empresarial", Fundación de Estudios Financieros, pág. 44).

Que aun en dicho contexto, la actora acreditó que en el año 2001 abonó el 100% de los intereses devengados; que durante el año 2003 se efectuaron pagos por más de USD 13.600.000; en 2004, por más de USD 9.900.000; y en 2005, por más de USD 2.100.000; así como que en los años 2006 y 2007 se cancelaron nuevamente la totalidad de los intereses. Ello, sin perjuicio de que el Fisco resta relevancia a los pagos efectuados con posterioridad a la capitalización de la deuda – de fecha 15/02/2005-.

Por su parte, en lo que respecta a la amortización de capital, THA efectuó pagos por USD 37.900.000 en el año 2001 y, con posterioridad a la capitalización referida, por USD 7.000.000 en 2005, USD 4.000.000 en 2006 y USD 8.759.333 en 2007.

En efecto, tampoco puede soslayarse -circunstancia que tampoco ha sido controvertida por el Fisco- que, de no haberse capitalizado la deuda en el año 2005, la recurrente habría quedado incursa en patrimonio neto negativo, configurándose la causal de disolución por pérdida del capital social en los términos del art. 94, inc. 5, de la Ley General de Sociedades. En efecto, al momento de dicha capitalización existía incertidumbre respecto de una eventual prórroga, por parte del Poder Ejecutivo, de la suspensión del mencionado inciso, la cual recién tuvo lugar en junio de ese mismo año, con posterioridad a la operación reseñada (15/02/05).

En tal contexto, cabe recordar que, conforme fuera expuesto en los escritos recursivos, en el año 2001 la contribuyente presentaba un patrimonio neto positivo de $501.000.000; sin embargo, durante los años 2002, 2003 y 2004, -producto de la mega devaluación y la crisis descripta- registró patrimonios netos negativos de -$1.010.000.000, -$812.000.000 y -$1.112.000.000, respectivamente.

Por tales motivos, se adelanta que los argumentos de la Administración Tributaria relativos al bajo porcentaje de devolución en concepto de capital e intereses no pueden prosperar. Ello, en virtud de lo resuelto por el Alto Tribunal en ‘Transportadora de Energía S.A. c/ DGI’, de los precedentes de esta Sala que receptan dicho criterio, así como de los pagos y demás circunstancias acreditadas en autos.

En cuanto al resto de los argumentos invocados, el Fisco sostiene que, a los efectos de recalificar la operación, resultan determinantes ciertos atributos, tales como: (i) la intención del dador de participar en la sociedad sin esperar la devolución de los fondos; (ii) la vocación de permanencia de éstos; y (iii) la asunción del riesgo empresario.

Al respecto, el organismo fiscal entiende que tales atributos se encontrarían configurados a partir de la verificación de determinados indicios, a saber: a) ausencia de fecha cierta; b) falta de avales o garantías; c) vinculación entre acreedor y deudor; d) inexistencia de actas de directorio o de asamblea que respalden la decisión de contraer los préstamos; e) existencia de plazos laxos; y f) desproporción entre la cuantía de los fondos y los activos amortizables de la sociedad.

Cabe adelantar que el último de los indicios mencionados ya ha sido debidamente desvirtuado al analizarse la relación entre el pasivo y los activos afectados a la actividad, la cual -conforme el *ratio* ut supra detallado- evidencia que la actora contaba con una adecuada capacidad de repago. Ello así, en tanto dicho indicador -que comprende tanto activos amortizables como inversiones permanentes propias de una sociedad holding- se mantuvo dentro de parámetros razonables, lo que priva de sustento a la conclusión pretendida por el Fisco.

En el mismo sentido, tampoco resulta atendible la alegada ausencia de actas de directorio, extremo que -conforme fuera reseñado oportunamente- se encuentra debidamente acreditado mediante la documentación incorporada a la causa, cuya existencia fue asimismo corroborada mediante prueba informativa -vide fs. 492-.

En lo que respecta a la presunta falta de “fecha cierta” que el Fisco atribuye a los contratos cuestionados -por carecer de intervención notarial, lo que, a su entender, los tornaría inoponibles al organismo recaudador en su carácter de tercero-, cabe adelantar que dicho planteo no puede prosperar.

En efecto, la doctrina de esta Sala -aunque con distinta integración- ha delineado con claridad el alcance relativo de la exigencia de “fecha cierta” en los instrumentos privados, particularmente a los fines de su valoración

probatoria en el ámbito tributario. En tal sentido, dicho precedente ha sostenido *"Que, respecto (…) de la "fecha cierta", cabe señalar que la inoponibilidad frente a terceros de la que habla el ordenamiento civil, en modo alguno implica y determina en el ámbito tributario la pérdida del valor probatorio de los contratos privados suscriptos entre las partes, cuando los mismos vengan apoyados o corroborados por una serie de indicios precisos y concordantes que, apreciados en articulación coherente y conjunta, puedan formar razonable convicción no solo de la celebración del acto, sino de la fecha cierta en que el mismo ha tenido lugar, de modo de descartar, de esta forma, la existencia de una maniobra armada por el fiscalizado ex post del comienzo de la auditoria…la ausencia de fecha cierta en modo alguno implica descalificar per se la validez probatoria del documento privado, criterio de evaluación que en modo alguno escapa a las reglas genéricas de la valoración conjunta del plexo reunido conforme a la sana critica (conf. Art. 386 CPCCN)"* (Sala "B", González, Sergio Ángel Guillermo s/apelación - 14/02/2007).

En efecto, de los libros de comercio aportados por la parte, los registros contables y las pericias agregadas a autos, emergen indicios serios, precisos y concordantes que, apreciados en forma conjunta, permiten tener por acreditada no solo la celebración del acto, sino también la oportunidad – fecha- en que el mismo tuvo lugar.

En la misma línea, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en el precedente "Lexmark International de Argentina Inc. Sucursal Argentina c/ Dirección General Impositiva" (11/08/2015), concluyó que: "*En este escenario, no basta con enunciar los indicios de una presunta simulación sino que resulta necesario aportar pruebas que la demuestren. Frente a los elementos probatorios supra mencionados, los indicios utilizados por el Fisco son insuficientes para confirmar su tesis y calificar las deudas comerciales como aportes de capital. Más aún cuando, se reitera, dichas deudas fueron canceladas, circunstancia que contradice la vocación de permanencia de los fondos a la que refiere la AFIP-DGI en su memorial y que caracteriza a los aportes de capital."*

Por su parte, en lo que respecta a los indicios invocados por el Fisco vinculados a la ausencia de avales o garantías, así como a la relación existente entre acreedor y deudor, corresponde señalar que la jurisprudencia de la CNACAF reseñada precedentemente ha descartado su aptitud para desvirtuar la realidad de las operaciones. En efecto, se ha sostenido que: "*Tampoco resulta atendible el argumento del Fisco según el cual 'las operaciones efectuadas entre la acreedora y la deudora no se ajustan a las prácticas normales de mercado, lo cual ocurriría indudablemente entre partes independientes'... Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho que en el supuesto de las sociedades que integran un conjunto económico, podrían existir modalidades comerciales peculiares (Fallos 335:131) e incluso omitirse estipulaciones tales como la constitución de garantías para el caso de incumplimientos en los pagos (conf. Sala III, doctrina de la causa 'Formex S.A. TF 31754-I c/ DGI', sent. del 07/03/14)." "A mayor abundamiento, cabe destacar que la inobservancia de determinadas formalidades contractuales (esto es, la constitución de garantías o avales bancarios, la estipulación de plazos especiales de pago, el pacto de intereses moratorios) no alcanza a desvirtuar la existencia de las operaciones de compraventa celebradas por la actora con sus sociedades vinculadas. La tesis contraria importaría consagrar un excesivo rigor formal contrario al principio de realidad económica consagrado en el art. 2º de la ley 11.683. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que debe prevalecer la razón del derecho por sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutiva de la sustancia que define la justicia, sea esta favorable al Fisco o al contribuyente (Fallos 307:118; 316:1332; entre otros).*"

A la luz de tales pautas -que resultan plenamente aplicables al sub examine-, los cuestionamientos del Fisco fundados en la ausencia de garantías o en la vinculación entre las partes carecen de entidad suficiente para descalificar las operaciones analizadas.

Antes bien -y sin perjuicio de la jurisprudencia reseñada-, del examen de los contratos acompañados a la causa, así como de los EPTR obrantes a fs. 287, se desprende que THA asumió efectivamente obligaciones, compromisos y garantías propias de este tipo de financiamiento, tales como: límites a la venta de activos; límites a la constitución de gravámenes sobre determinados activos; y restricciones a la sociedad, o a alguna de sus partes, para realizar escisiones o fusiones. Ello sella la suerte adversa de los argumentos invocados por el Fisco en este punto.

Finalmente, y a mayor abundamiento, corresponde tener presente lo resuelto en la sentencia del Juzgado Nacional en lo Penal Tributario N° 2 –la cual quedó firme por haber sido confirmada por la Sala A de la Cámara Nacional en lo Penal Económico y por haberse desestimado los recursos de casación, extraordinario y de queja interpuestos por el Fisco-. En efecto, el magistrado concluyó que se encontraba acreditada "*la ausencia de maniobras ardidosas y ocultaciones maliciosas por parte de la contribuyente*", y agregó que "*la caracterización, contabilización y repercusión económica de los actos jurídicos cuestionados conduce a considerarlos como verdaderos mutuos financieros en lugar de aportes irrevocables*".

Que en virtud de todo lo expuesto, cabe concluir que los argumentos esgrimidos por el Fisco Nacional no pueden prosperar. En efecto, la mera enunciación de indicios -que, además, no resultan concordantes ni suficientes- no alcanza para desvirtuar los elementos probatorios aportados por la actora ni para tener por acreditada la existencia de una simulación en los términos pretendidos. Máxime cuando dicha cuestión ya ha sido examinada y resuelta en sede penal, donde se reconoció la validez de los actos jurídicos cuestionados, calificándolos como verdaderos mutuos financieros, mediante sentencia firme.

En consecuencia, corresponde rechazar la tesis fiscal en este punto, con costas.

VII.- Que procede, seguidamente, abocarse a los agravios articulados en torno al segundo ajuste, vinculados a las Resoluciones N° 105/2016 (DV DEOA) y N° 169/2018 (DV DEOA).

En efecto, como se expuso liminarmente, el Fisco sostiene que no corresponde admitir la deducción de gasto alguno incurrido por la sociedad, en tanto los dividendos constituyen renta "no computable", categoría que -según el criterio del organismo recaudador- debe asimilarse a la de renta "no gravada" a los efectos de impedir la deducción de los gastos vinculados con su obtención.

En tales condiciones, corresponde examinar si los gastos relacionados con la obtención de dividendos resultan deducibles en el Impuesto a las Ganancias o si, por el contrario, su deducción debe rechazarse por tratarse de rentas que no resultan computables para la determinación de la ganancia neta.

Sentado ello, y por razones de orden metodológico, cabe efectuar previamente un análisis de las normas aplicables al caso sometido a decisión de este Tribunal.

En primer término, el art. 17 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y sus modif.) establece que, para determinar la ganancia neta, "*se restarán de la ganancia bruta los gastos necesarios para obtenerla o, en su caso, mantener y conservar la fuente, cuya deducción admita esta ley, en la forma que la misma disponga*". A su vez, el tercer párrafo de dicha disposición prevé que "*en ningún caso serán deducibles los gastos vinculados con ganancias exentas o no comprendidas en este impuesto*".

Por su parte, el art. 80 del mismo cuerpo normativo dispone que "*los gastos cuya deducción admite esta ley, con las restricciones expresas contenidas en ella, son los efectuados para obtener, mantener y conservar las ganancias gravadas por este impuesto y se restarán de las ganancias producidas por la fuente que las origina*".

Asimismo, agrega que cuando los gastos se efectúen con el objeto de obtener, mantener o conservar ganancias gravadas, exentas y/o no gravadas generadas por distintas fuentes productoras, la deducción deberá realizarse en la proporción correspondiente a cada una de ellas.

Finalmente, el art. 64 de la citada ley establece que "*los dividendos, así como las distribuciones en acciones provenientes de revalúos o ajustes contables, no serán computables por sus beneficiarios para la determinación de su ganancia neta*". No obstante, agrega que, a los efectos de dicha determinación, "*se deducirán -con las limitaciones establecidas en esta ley- todos los gastos necesarios para la obtención del beneficio, a condición de que no hubiesen sido ya considerados en la liquidación de este gravamen*".

Del juego armónico de las normas citadas se desprende que las denominadas "ganancias no gravadas" o "no comprendidas" en el impuesto -a las que alude el art. 17- no se encuentran sujetas al gravamen porque la ley no las ha configurado como renta imponible a los efectos de hacer nacer la obligación tributaria. En cambio, las ganancias "exentas" tampoco resultan alcanzadas por el impuesto, pero por una razón distinta: en tales casos el hecho imponible se configura, aunque el legislador ha decidido dispensar su gravabilidad por distintas razones (política fiscal, económica, social, cultural, etc.)

Al respecto, cabe recordar que la cuestión ha sido objeto de tratamiento por parte de la presente Sala, en los autos caratulados Telecom Argentina S.A. (Ex-2019-70161445- -APN-SGAI#TFN) de fecha 28/12/2020, pronunciamiento que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 27/12/24, en los que se analizó el alcance de las disposiciones contenidas en los arts. 17, 80 y 64 de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

En este sentido, corresponde destacar que, en los autos Telecom Argentina S.A., esta Sala estableció un criterio claro en la materia. En lo pertinente, sostuvo: "*Existiría entonces una diferencia técnica entre los conceptos de ganancia gravada o exenta y el concepto de ganancia "no computable" (…)"*

Asimismo, se precisó específicamente respecto de los dividendos que: *"(…) no obstante estar gravados, son conceptualizados por la Ley del Impuesto a las Ganancias como 'no computables', lo cual a las claras deja en evidencia que el legislador no ha querido calificarlos ni como rentas exentas ni como no gravadas (…)"*.

Finalmente, en lo que aquí resulta dirimente, se concluyó que: "*Incluir estas rentas ("no computables") de la misma manera que las rentas exentas y no gravadas (…), hace que la mentada norma que posibilita la deducción de estos "gastos necesarios" pierda todo sentido.*"

Asimismo, el Máximo Tribunal destacó que la ley del gravamen distingue entre ganancias exentas, ganancias no comprendidas -o no gravadas- y ganancias no computables, categorías que responden a conceptos diferentes dentro de la técnica tributaria.

En particular, señaló que los dividendos constituyen rentas que han sido previamente gravadas en cabeza de la sociedad que los distribuye y que, por razones de política tributaria orientadas a evitar la doble imposición económica, el legislador dispuso que tales utilidades no sean computables para la determinación de la ganancia neta del accionista.

Sobre esa base, la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó que los dividendos no pueden ser asimilados a rentas exentas ni a rentas no gravadas a los efectos de aplicar las reglas que restringen la deducibilidad de gastos, y que el art. 64 de la ley contempla expresamente la posibilidad de deducir los gastos necesarios para la obtención de dichos beneficios, siempre que no hubiesen sido previamente considerados en la determinación del

tributo; criterio coincidente con el indicado por esta Sala del Tribunal Fiscal de la Nación, que actuó como primera instancia en esos actuados.

En consecuencia, estableció que el carácter de renta no computable que reviste el dividendo en cabeza del accionista no obsta a la deducción de los gastos vinculados con su percepción.

En tal sentido, el Alto Tribunal sostuvo que el art. 64 de la ley "*al autorizar al accionista a deducir 'todos' los gastos necesarios para obtener los dividendos, despeja cualquier duda que pudiera existir respecto de que el hecho de que los dividendos no estén gravados también en cabeza del accionista en nada perjudica su derecho a deducir los gastos relacionados con ellos*" (CSJN, "Telecom Argentina S.A. c/ AFIP s/ recurso extraordinario").

En tales condiciones, teniendo en cuenta que el criterio sostenido por el organismo fiscal se sustenta en la asimilación de los dividendos a rentas no gravadas con el objeto de excluir la deducción de los gastos relacionados con su obtención, corresponde concluir que dicho enfoque no se ajusta a la interpretación efectuada por el Máximo Tribunal en el precedente citado.

En efecto, admitir la tesis propiciada por el Fisco importaría realizar una interpretación analógica de las disposiciones reseñadas, método hermenéutico que se encuentra vedado en materia tributaria (conf. Fallos 312:912).

A su vez, este criterio fue seguido por esta Sala en los expedientes caratulados: "Citibank N.A." en la sentencia de fecha 12/04/2023 (Expte. N° 46.094-I) y en el pronunciamiento de fecha 11/09/2023 (EX-2022-133347293- -APN-SGAI#TFN).

Por otro lado, cabe destacar que la actora produjo prueba informativa mediante el diligenciamiento de oficios cuyas respuestas obran a fs. 1675/1684 (Telefónica Media Argentina S.A. -actual Viacom Media Argentina S.A.-) y a fs. 1685/1694 (Atlántida Comunicaciones S.A.), con el objeto de acreditar que procedió a la enajenación de la totalidad de las participaciones accionarias que detentaba en dichas sociedades.

A partir de tales constancias, la recurrente sostuvo que, en su carácter de sociedad holding, su actividad no se limita a la percepción de dividendos -a los que el organismo fiscal asigna el carácter de renta no gravada- sino que también puede generar resultados derivados de la transferencia de participaciones societarias, los cuales constituyen rentas de capital alcanzadas por el impuesto conforme a las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias.

Sentado ello, y toda vez que la cuestión relativa a la deducibilidad de los gastos vinculados con la obtención de dividendos encuentra adecuada solución en la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Telecom Argentina S.A. c/ AFIP" resulta innecesario expedirse sobre los restantes agravios articulados por la recurrente vinculados con la imputación de tales gastos a diversas fuentes de renta, en tanto su tratamiento deviene abstracto a la luz de la conclusión alcanzada.

En mérito de todo lo expuesto, cabe concluir que el criterio sostenido por el organismo recaudador en las Resoluciones N° 105/16 y N° 159/18 tampoco puede prosperar, por lo que corresponde revocarlas, con costas.

VIII.- En atención a lo expuesto, corresponde revocar la totalidad de los actos recurridos en autos en todos sus aspectos. Con costas al Fisco Nacional.

El Dr. Armando Magallón dijo:

Que adhiere al voto del Dr. Porporatto.

El Dr. José Luis Pérez dijo:

Que adhiere al voto del Vocal instructor.

En cuanto a la cuestión tratada en el Considerando VII, cabe precisar que esta Sala se ha venido pronunciando en ese sentido al sentenciar las causas “HSBC ARGENTINA HOLDINGS SOCIEDAD ANONIMA – EX-2019-64458452- -APN-SGAI#TFN” y “TELECOM ARGENTINA SOCIEDAD ANÓNIMA - EX-2019-70161445- -APNSGAI#TFN”, ambas de fecha 28/12/2020, -esta última confirmada por la Corte Suprema de Justicia por sentencia del 27/12/2024- donde sostuvo que los dividendos, no obstante estar gravados, son conceptualizados por la Ley del Impuesto a las Ganancias como “no computables”, lo cual a las claras deja en evidencia que el legislador no ha querido calificarlos ni como rentas exentas ni como no gravadas, y ello en línea con lo previsto en el segundo párrafo del mismo artículo 64 de la LIG, donde, en forma expresa, por si surgiera alguna duda, admite la posibilidad de deducción de todos los “gastos necesarios” para la obtención de estas rentas a los fines de determinar las ganancias netas imponibles, “a condición de que no hubiesen sido ya considerados en la liquidación de este gravamen” y que, como dice la norma, respeten “las limitaciones establecidas en esta ley”. No escapa a este juzgador, que dichas limitaciones contemplan el prorrateo de gastos comunes, pero no de la manera que lo pretende el fisco sino que eventualmente podría aplicarse en relación al cómputo de “gastos necesarios” para obtener estas rentas no computables, cuando dichos gastos sean comunes respecto de otras ganancias que sean consideradas exentas y/o no gravadas. Incluir estas rentas (“no computables”) de la misma manera que las rentas exentas y no gravadas para el cálculo del mencionado prorrateo, hace que la mentada norma que posibilita la deducción de estos “gastos necesarios” pierda todo sentido. Por lo que no hay dudas que dichas rentas deben mantenerse al margen del cálculo del prorrateo de gastos comunes, ante lo cual procede revocar el ajuste fiscal en autos.

Criterio este que fuera reiterado, entre otros al resolver los Exptes. N° 42602-I “Mercado a Termino de Buenos Aires y su acumulado N° 42619-I”, el 12/4/2022; “Banco Comafi s/ Recurso de Apelación” – Expte. 41.883-I, sentencia de fecha 12/04/2023; EX-2021-123459521- -APN-SGAI#TFN caratulado: “ALUAR ALUMINIO ARGENTINO S.A.I.C. s/ Recurso de Apelación”, del 13/6/2023; EX-2022-133347293- -APN-SGAI#TFN caratulado: “CITIBANK N.A. S/ RECURSO DE APELACIÓN”, en fecha 11/09/2023; y Nº 48.108-I; "COMPAÑIA FINANCIERA ARGENTINA S.A. s/ Apelación" del 7/10/2025.

Por ello, SE RESUELVE:

Revocar los actos apelados, con costas.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Digitally signed by Armando Magallon
Date: 2026.04.21 10:48:07 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Armando Magallon
Vocal
Vocalía IV Sala B Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Jose Luis Perez
Date: 2026.04.21 11:04:05 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Jose Luis Perez
Vocal
Vocalía V Sala B Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by Pablo Alejandro Porporatto
Date: 2026.04.21 11:39:53 ART
Location: Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Pablo Alejandro Porporatto
Vocal
Vocalía VI Sala B Competencia Impositiva
Tribunal Fiscal de la Nación

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
Date: 2026.04.21 11:41:06 -03:00