30064/2019 DOMINGUEZ, JORGE ALBERTO (TF 44303-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA s/RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO

Buenos Aires, 18 de junio de 2024.- AK

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. El señor Jorge Alberto Dominguez interpuso el recurso de apelación previsto en el artículo 76, inciso 'b', de la ley 11.683 contra las resoluciones nºs 163/2015, 164/2015 y 193/2016 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) que, respectivamente:

(1) Determinó de oficio la obligación tributaria de aquel en el impuesto a las ganancias (período fiscal 2008) y liquidó los intereses resarcitorios.

(2) Determinó de oficio la obligación tributaria del contribuyente en el impuesto al valor agregado (períodos fiscales febrero a noviembre de 2008), liquidó los intereses resarcitorios y aplicó una sanción de multa con sustento en los artículos 46 y 47, inciso 'e', de la ley 11.683.

(3) Aplicó una sanción de multa en el impuesto a las ganancias (período fiscal 2008) con sustento en los artículos 46 y 47, inciso 'e', de la ley 11.683.

II. El Tribunal Fiscal de la Nación, resolvió por mayoría:

(1) "Confirmar las resoluciones apeladas en autos en cuanto determinan el impuesto a las ganancias y el impuesto al valor agregado con más los intereses resarcitorios correspondientes, con costas".

(2) "Confirmar las multas por defraudación aplicadas, reduciendo la graduación de las mismas a su mínimo legal. Costas a

la vencida, salvo en la proporción en que se decide reducirlas, aspecto en el que se imponen por su orden".

Para decidir así, los doctores José Luis Peréz y Armando Magallón, efectuaron las siguientes consideraciones:

(i) Que tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre la presente controversia en "las causas 'MAYOL, Virgilio Rafael' y 'BESFAMILLE, Martín'" y, que previamente, el doctor Pérez se pronunció "en igual sentido en el precedente 'Ba[c]qué, Chantal' debiendo en el *sub lite* adoptar idéntica decisión".

(ii) El ajuste que efectuó la AFIP-DGI se basó en la información del Banco Central de la República Argentina, que puso en conocimiento que el actor durante el transcurso del período fiscal 2008 "efectuó operaciones de compraventa de títulos" que consistieron "en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses, seguida de la liquidación contra cable en el exterior y la respectiva venta también en dicho mercado con liquidación en pesos".

(iii) "[E]n la mayoría de los meses involucrados" en el ajuste "se realizaron operaciones por sumas que rondaron el límite de U$S 2.000.000 impuesto por el Banco Central de la República Argentina para operar en el Mercado Único y Libre de Cambios".

(iv) Esa operatoria generó una renta "a partir de las diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas (pesos y dólares), en tanto el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos por la cantidad de dólares puestos en el exterior, entregados por la compra contra cable" era superior al tipo de cambio vigente en el mercado local.

(v) El actor "con sustento en el inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias" declaró que esa renta estaba exenta.

(vi) En función del principio de la realidad económica, el Fisco Nacional consideró que el recurrente realizó giros "de moneda extranjera al exterior" ocupando el rol de "facilitador de la operatoria, obteniendo con ello una renta no compatible con la aplicación de la exención estipulada".

(vii) "Si bien las operaciones cumplían con todas las formalidades para encuadrarlas en la estructura prevista para la compra-venta de títulos públicos argentinos" la rentabilidad de la operación "no estaba dada por la tenencia de títulos, sino por la diferencia de cotización de ambas monedas", minimizando el nivel de riesgo que toda operación bursátil lleva implícito.

(viii) "[N]o ha sido desvirtuado por la recurrente la estimación de que la estructura jurídica adoptada -como la de una operación bursátil- ha constituido en realidad un instrumento por el cual se buscó la formación de activos externos, resultando los responsables meros facilitadores a tal efecto".

(ix) "[L]l retribución definida por la diferencia de cotización de los títulos entre ambas monedas se encontraría alcanzada por el inciso e) del artículo 49 de la Ley de Ganancias".

(x) Respecto a las apreciaciones de la parte actora "con relación a la sentencia del Juzgado Nacional en lo Penal Económico en la causa 'BBVA Banco Francés' [...] cabe aquí reiterar" que "resulta impensable pretender que el Tribunal Fiscal de la Nación acate lo decidido respecto de la valoración jurídica atinente al acaecimiento del hecho imponible o a aspectos que hacen a la determinación impositiva en sede penal".

(xi) En función de lo expuesto "corresponde confirmar las resoluciones Nº 163/2015 y 164/2015 en cuanto determinan, respectivamente, el impuesto a las ganancias e IVA, con costas".

(xii) "En lo que hace al quantum de la sanción aplicada [...] se advierte en el acto atacado una falta de merituación concreta de los hechos que conducen al juez administrativo a graduarla en tres veces el impuesto omitido; por el contrario, no surgiendo de las constancias de autos la existencia de antecedentes sumariales de la encartada, se considera prudente reducirlas al mínimo legal".

III. Ambas partes apelaron ese pronunciamiento.

IV. En su memorial la parte actora expuso diversos agravios que fueron contestados:

(i) "La sentencia recurrida se circunscribe en protagonista de un escándalo jurídico, ya que por las mismas operaciones objeto de estas actuaciones, la actora ha sido sobreseída en materia penal".

(ii) La consideración de que no resultaría aplicable a la presente causa la doctrina establecida "por el Juzgado Nacional en lo Penal Económico nº 3, en la causa que absolvió de culpa y cargo a 'BBVA Banco Francés S.A.[...]'" resulta una contradicción inaceptable con lo resuelto en sede penal.

(iv) La exención del impuesto a las ganancias a favor de los resultados provenientes de negociar títulos valores abarca a "cualquier hipótesis [causal] de las diferencias de cotización que se pudieran producir".

(v) Ninguna distinción es admisible con relación a esas diferencias de cotización "producidas por la negociación de los títulos valores utilizados en la operatoria bursátil aplicada -con intervención del Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. y del Mercado Abierto Electrónico (MAE)".

(vi) "[E]l voto de la minoría es concluyente al decir: 'El Fisco Nacional no ha demostrado que en el caso concreto el Sr. Dominguez hubiera actuado en beneficio de tercero alguno, como un 'facilitador'".

(vii) "[E]l encuadramiento de la conducta, en los alcances del art. 46 de la ley 11.683, es insostenible, y por ello tampoco se justifica la multa aplicada".

Subsidiariamente, solicitó que su reencuadramiento "dentro de las previsiones de los arts. 45, 49 y segundo párrafo agregado a continuación del art. 50 de la ley 11.683, aplicando el error excusable".

(viii) Reseñó la prueba que se produjo en las presentes actuaciones, del siguiente modo:

(1) La prueba documental (los boletos de compra y venta de los títulos públicos) "permitió contemplar inicialmente que las operaciones que se cuestionan, efectivamente tuvieron como objeto la compra y la venta de los títulos valores".

(2) En el informe contable se dejó sentado que las operaciones estaban formalmente registradas.

(3) La prueba de informes demostró que "el circuito del mercado de valores detallado por esta parte es coincidente con el puntualizado por el Mercado de Valores de Buenos Aires S.A. (Merval)".

(4) Acompañó "el detalle de las transferencias a nombre de Jorge Dominguez", en el cual se especificó que el concepto de aquéllas "es el de 'Inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas'".

V. Los agravios de la AFIP-DGI fueron replicados por la parte actora.

Dado el desistimiento parcial de su recurso (ver el informe de fs. 478 y lo manifestado a fs. 482/vta.) aquéllos se limitan a cuestionar la decisión del Tribunal Fiscal de reducir "la multa aplicada en el impuesto a las ganancias" y de distribuir "las costas por su orden en la proporción reducida".

Plantea que el juez administrativo "tuvo en especial consideración '... Los hechos y la peligrosidad fiscal que los mismos evidencian en relación a la capacidad contributiva del contribuyente", pues, éste último estaba "vinculado a la sociedad de bolsa con la que operó de quien -en tales condiciones- se requiere de un grado de previsión mayor".

Agrega que "corresponde la revisión de la imposición de costas por su orden respecto de la reducción de la sanción, al no verificarse en autos circunstancias que ameriten el apartamiento del principio objetivo de la derrota".

VI. Por una cuestión lógica corresponde en primer término examinar los agravios formulados por la firma actora.

VII. Resulta imprescindible efectuar una reseña de los antecedentes de la causa a efectos de esclarecer los hechos controvertidos.

El señor Jorge Alberto Dominguez que declaró ante la AFIP como actividad principal la prestación de "servicios bursátiles de mediación o por cuenta de terceros", realizó operaciones en el mercado bursátil comúnmente denominadas "contado con liquidación" que consisten "en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización en dólares estadounidenses y

liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta también en dicho mercado con liquidación en pesos" (ver fs. 2 de la resolución de determinación de oficio en el impuesto a las ganancias).

Para ello, "el comprador, en una operación concertada en dólares y liquidada contra cable, debe pagar pesos a la entidad cambiaria para comprar la divisa que debe girar al vendedor. Esos pesos generalmente provienen de una operación de venta de igual cantidad y tipo de bono, pero con cotización en pesos y liquidación también en pesos: vende con cotización en pesos los mismos títulos que compra con cotización en dólares y liquidación contra cable, y ambas operaciones (la compra cable y la venta pesos) son concertadas en igual fecha y con igual plazo de liquidación, de modo que no usa necesariamente fondos propios, sino que con el producido de la venta en pesos compra los dólares divisa" (ver fs. 10 de la resolución citada).

En función de lo expuesto "se generó una renta a partir de la diferencia de cotización de los títulos entre ambas monedas, en tanto el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos por la cantidad de dólares puestos en el exterior, resulta superior al tipo de cambio vigente en el mercado de cambio local".

En síntesis, la operatoria se realizó de la siguiente manera: 1) se cambiaron pesos por dólares estadounidenses en el mercado local –Mercardo Único Libre de Cambio (en adelante, MULC)–; 2) se transfirieron esos dólares a una cuenta del exterior para adquirir los valores negociables que, simultáneamente o con escaso espacio de tiempo, se vendieron en la plaza local, a través de la modalidad “contra cable”, en pesos; y 3) se obtuvo una diferencia positiva en el tipo de cambio, superior a la que se lograría en el MULC.

De acuerdo con lo que surge de las resoluciones nºs 163/2015 y 164/2015 (ver fs. 12 y 13), las operaciones:

(i) Fueron concertadas y liquidadas el mismo día ("diferenciandose temporalmente sólo en horas y a veces sólo en minutos") o más tardar en 48 horas.

(ii) La operatoria se realizó en forma reiterada y sistemáticamente.

(iii) En la mayoría de los meses de 2008 el *quantum* de las operaciones rondó los u$s 2.000.000, que era el límite que había fijado el BCRA para operar en el MULC.

(iv) La diferencia de cotización significó en el ejercicio fiscal 2008 una ganancia de $ 1.825.503,57 que el actor declaró como renta de segunda categoría exenta en el impuesto a las ganancias.

En ese contexto, los funcionarios actuantes consideraron que esa renta no gozaba de la exención en aquél impuesto y que la actividad desarrollada se encontraba alcanzada en el impuesto al valor agregado.

VIII. Esta cámara, por sus diversas salas, ha dicho invariablemente que no corresponde apartarse de la apreciación efectuada por el Tribunal Fiscal de las circunstancias fácticas de la causa, dado los límites del recurso que prevé el artículo 86, inciso 'b', de la ley 11.683, a menos que se pruebe que aquel tribunal haya incurrido en un error en la apreciación de los hechos (esta sala, causa "*ABC Maderas SA (TF 16870-I) c/ DGI*" y "*Junquera, Marta Auror* a", pronunciamientos del 6 de diciembre de 2011 y del 4 de agosto de 2015, respectivamente; en igual sentido, Sala III, causa "*Ambulancias Privadas Argentinas SA*", pronunciamiento del 23 de febrero de 2011, Sala IV, causa "*Banco de Italia y Río de La Plata SA*", pronunciamiento del 24 de septiembre de 1996, y Sala V, causas " *Devez, Manuel Rodolfo*" y "*Del Buono, Jorge*", pronunciamientos del 13 de febrero de 2002 y del 15 de marzo de 2007, respectivamente).

IX. No pueden ser admitidos los agravios que intentan rebatir el pronunciamiento apelado en cuanto consideró que la operatoria bursátil fue atípica.

Ello es así, pues, el cúmulo de hechos recogidos por el Fisco Nacional resultaron suficientes y convincentes para sustentar las determinaciones de oficio que se encuentran aquí discutidas.

En este sentido, el pronunciamiento del Tribunal Fiscal ponderó que la renta que obtuvo el actor fue fruto de una operatoria compleja, con varias etapas, que excedía la previsión del artículo 20, inciso 'w' de la ley de impuesto a las ganancias.

Como se vio, el actor realizó múltiples y simultáneas compras y ventas de valores negociables, en dos tipos de moneda, los desplazó del mercado (de Argentina a Nueva York), obteniendo una rentabilidad de un arbitraje que permitía que esos valores dentro de una misma jornada produjeran una renta.

Ciertamente, como señaló la Sala III "sin discutirse la licitud de las operaciones realizadas [...] se reunieron sobradas y adecuadas piezas que dan razón de que el verdadero propósito del contribuyente fue obtener un diferencial con y en el tipo de cambio, mediante el empleo de una compleja operatoria bursátil, sorteando los canales ordinarios idóneos para tal fin, esto es, el MULC" (causa "*MAYOL VIRGILIO RAFAEL (TF 44061-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA*", pronunciamiento del 18 de octubre de 2020).

Es que, como pone de relieve la AFIP un operador bursátil toma sus decisiones en función de "las expectativas futuras de la rentabilidad de un valor" pues "si todas las decisiones de inversión tuvieran lugar en ambientes de certidumbre [...] los inversores optarían por la misma alternativa de inversión en un mercado, lo cual conduciría irremediablemente a la desaparición de este último".

Por tanto, es razonable que aquélla adjudique consecuencias tributarias a las operaciones examinadas, calificando a esos resultados como rentas gravadas y a la "actividad desarrollada" como alcanzada en el impuesto al valor agregado.

X. Respecto al agravio relacionado con que el actor tuvo una sentencia de sobreseimiento en sede penal, cabe precisar, que esta sala ha dicho que las cuestiones debatidas a la luz del procedimiento reglado en la ley 11.683 y en el proceso de la ley 24.769 son diferentes. En el primero se discute la procedencia de la deuda tributaria, en tanto que en el segundo la discusión se centra en determinar la existencia de un delito tributario.

Y que no puede haber determinación en sede penal que sirva para otra cosa distinta a la indagación sobre la posible comisión de un ilícito, y, por lo tanto, no puede hacer cosa juzgada lo decidido en punto a la determinación de la obligación tributaria, que sólo es competencia del Tribunal Fiscal y eventualmente de este fuero (causa "*Mascardi, Carlos Gustavo*" y "*Molinos Río de la Plata SA*", pronunciamiento del 30 de noviembre de 2004 y del 19 de mayo de 2016; en igual sentido, Sala II, causa "*Sztejfman, Luis Carlos*", pronunciamiento del 5 de febrero de 2013).

XI. Asimismo, debe resaltarse con relación a la sentencia del Tribunal Fiscal en la causa "*Bacqué, Chantal*", del 24 de octubre de 2016, que a pesar de que la recurrente obtuvo, por mayoría, un pronunciamiento favorable en esa sede, posteriormente regularizó sus obligaciones en los términos de la ley 27.260.

XII. Respecto de la sanción de multa aplicada, teniendo en cuenta la forma en que quedó probado el elemento objetivo de la

infracción y que el recurrente no demostró la falta del elemento intencional ni ofreció prueba conducente para demostrar la falta de dolo en su conducta, corresponde confirmar el encuadramiento efectuado por el Fisco Nacional con relación a la conducta atribuida.

Por ello, la dispensa peticionada por el actor no puede prosperar, habida cuenta de que la claridad de las normas involucradas no arroja dudas sobre la forma en que debía liquidarse el tributo.

XIII. En relación al agravio por la reducción de la multa en el impuesto a las ganancias al mínimo legal esta sala tiene dicho que si bien es cierto que la graduación de la pena es una facultad discrecional del juez administrativo en función de las circunstancias de la causa, también es cierto que lo actuado por dicho funcionario no escapa al control judicial de razonabilidad, puesto que ello no implica de modo alguno una libertad de apreciación de la proporción o ajuste de la alternativa punitiva elegida (causas "*Bracciale, Mauricio Normando*" y "*TATA S.A.C.I.*", pronunciamientos del 9 de septiembre de 2014 y del 16 de febrero de 2016, respectivamente).

En tal sentido, corresponde indicar que en la resolución impugnada surge que el juez administrativo remitió a la opinión vertida por la sección dictámenes que fuera compartida por la división jurídica que realizó una interpretación de los artículos 46 y 47 inciso 'e' de la ley 11.683 y expresó los motivos por los que consideraba que correspondía graduar la multa en tres veces el importe evadido.

El Tribunal Fiscal consideró circunstancias objetivas obrantes en las actuaciones administrativas como elementos atenuantes a la hora de graduar las multas impuestas, tales como la inexistencia "de antecedentes sumariales".

Se advierte, pues, que la circunstancia ponderada en la sentencia, a los fines de reducir la multa, resulta coincidente con las pautas propuestas por la AFIP en su instrucción general 6/2007, aplicables al juzgamiento de las infracciones a las normas que rigen la materia impositiva y la pertinente graduación de las sanciones (ver punto 3.2.1.).

Es conveniente recordar que las instrucciones generales instituyen normas de procedimiento o trámite de cumplimiento obligatorio por parte de las dependencias para ser aplicadas al desarrollo de las tareas o funciones asignadas por su competencia.

Por tanto, aun cuando las instrucciones generales son disposiciones internas para el organismo recaudador, pueden ser válidamente utilizadas como criterios de interpretación a los efectos de resolver la cuestión planteada (esta sala, causa "*Hidalgo, Fernando* ", pronunciamiento del 2 de junio de 2015, y sus citas).

Por tanto corresponde desestimar los agravios del Fisco Nacional.

XIV. Acerca del agravio que apunta a la distribución de las costas respecto de la reducción de la multa en el impuesto a las ganancias, es útil recordar que la ley 27.430 (B.O. 29/12/2017) sustituyó el último párrafo del artículo 184 de la ley 11.683, por el texto siguiente: "Cuando en función de las facultades del artículo 164 el Tribunal Fiscal de la Nación recalifique o reduzca la sanción a aplicar, las costas se impondrán por el orden causado. No obstante, el Tribunal podrá imponer las costas al Fisco Nacional, cuando la tipificación o la cuantía de la sanción recurrida se demuestre temeraria o carente de justificación".

A partir de ese texto normativo, las costas relativas a la sanción aplicada en los términos del artículo 45 de la ley 11.683 deben ser

distribuidas en el orden causado ya que, como puede apreciarse con claridad, dicha sanción fue reducida —al monto mínimo— y no se alegó que “la tipificación o la cuantía” hayan sido “temerarias” o “carentes de justificación” (esta sala, causa "*Otero, Norberto Fabian (TF 29328-I) c/Direccion General Impositiva s/Recurso Directo de Organismo Externo*", pronunciamiento de fecha 7 de diciembre de 2022).

XV. En lo que atañe a la imposición de costas dispuesta por el Tribunal Fiscal por la confirmación de la determinación del impuesto y de los intereses resarcitorios, no se advierte razones suficientes para apartarse del principio objetivo de la derrota, contenido en los artículos 184, quinto párrafo, de la ley 11.683, y 68, primera parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

No obstante, por los fundamentos expuestos en el considerando XIV, las costas relativas a la multa involucrada en el impuesto a las ganancias deben ser distribuidas, en ambas instancias, en el orden causado (artículo 68, segunda parte, del código procesal).

En mérito de las razones expuestas, el tribunal **RESUELVE**: **1.** Desestimar los agravios de la parte actora y confirmar la sentencia apelada, con los alcances del considerando XIII y XIV. **2.** Distribuir las costas de esta instancia con arreglo al considerando XV.

Regístrese, notifíquese y remítase al Tribunal Fiscal

Se hace constar que el juez Rodolfo Eduardo Facio no suscribe el presente pronunciamiento por hallarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.).

Fecha de firma: 18/06/2024
Firmado por: LILIANA MARIA HEILAND, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: CLARA MARIA DO PICO, JUEZA DE CAMARA
Firmado por: HERNAN GERDING, SECRETARIO DE CAMARA

#33706101#403885316#20240618100152770