CAF 25207/2023/CA1; SCHCOLNIK, ALEJANDRO JAVIER (TF 44057-I) c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA s/ RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO

Buenos Aires, de octubre de 2023.- PDP

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que por sentencia de fs. 382/391 el Tribunal Fiscal de la Nación –en adelante, "TFN"– resolvió confirmar la resolución apelada en todas sus partes, con costas.

Expuso que la materia en debate versó sobre los ajustes realizados en el IVA-03/08 a 12/08 y 2/09 a 7/09, y en el impuesto a las ganancias –"IG"–, períodos fiscales 2008 y 2009, junto con los intereses resarcitorios liquidados en los términos del artículo 37 de la ley 11.683 y las multas aplicadas en función de los artículos 46 y 47 inc. e) de la misma norma.

Describió las posiciones que asumieron las partes contendientes en la causa y que en la órbita del TFN se acumularon los expedientes N° 44057-I y N° 47003-I, y mencionó que se produjo prueba de informes.

Examinó el planteo de prescripción articulado por el actor respecto del IVA y de la sanción en tal concepto, respecto de los períodos 3/08 a 11/08.

Invocó los artículos 56, 57, 58 y 65.1 de la ley 11.683, precisando que, de conformidad con el artículo 4° de la misma ley, los términos se computan únicamente en días hábiles administrativos, con lo cual, habiendo sido dictada la vista el 18/12/14 –notificada el 19/12/14–, las acciones del organismo no se encontraron prescriptas, sin necesidad de adentrarse al análisis de la ley 26.476.

En otro orden, se abocó al estudio de la nulidad articulada por la demandante, rechazándola por constituir una disconformidad con la forma en que resolvió el juez administrativo.

Explicó que el actor tenía por actividad declarada la prestación de servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresaria, realizado por integrantes de los órganos de administración y/o

fiscalización en sociedades anónimas, encontrándose en debate la operatoria realizada por el sujeto, que consistió en la adquisición de títulos públicos en el mercado local con cotización de dólares estadounidenses y liquidación contra cable en el exterior, y la respectiva venta con liquidación en pesos, sin que ocurriera en todos los caso ese orden, debido a que, por permisiones de la operatoria del mercado, fue posible efectuar la venta antes de la compra en descubierto.

Señaló que el actor adquirió los dólares en el mercado local y los giró a cuentas del exterior, con la finalidad de realizar los pagos de los títulos adquiridos –liquidación contra cable–, mientras que el vendedor de tales títulos recibió los dólares en una cuenta del exterior, sin haber sido comprados en el mercado único libre de cambios –"MULC"–; con escasa diferencia temporal se vendieron y liquidaron en la República Argentina, en pesos.

Expuso que, de acuerdo con la tesis fiscal, las diferencias de cotización entre ambas monedas resultó superior al tipo de cambio vigente en el mercado local, lo cual demostraría la cabal intención del sujeto, al indicar la realidad económica que no respondió a una inversión en portfolio, sino al envío de los fondos en moneda extranjera al exterior.

Describió a la operatoria en los siguientes términos: *1) los fondos ingresaron mediante su acreditación en la Cuenta Comitente N° 1016 abierta en la firma Lasa Sociedad de Bolsa SA y luego transferidos a una caja de ahorro radicada en el Banco de Valores SA, ambas a nombre del contribuyente, con la intervención de la sociedad mencionada; 2) el cambio en pesos por u$s fue efectuado previo débito de los valores indicados en la cuenta de la citada entidad bancaria; 3) efectuado el cambio de moneda, se giraron los fondos en moneda extranjera al Banco Royal Bank of Canadá Suisse (Ginebra); 4) la posterior compra de títulos públicos fue efectuada mediante la modalidad "contra cable" en u$s utilizando los valores girados al exterior, operación que es efectuada por medio de la firma Lasa Sociedad de Bosa SA y 5) por último, se procedió a la venta de los títulos adquiridos en u$s y se recibió a cambio el importe en pesos*.

Destacó que el Sr. Schcolnik era director y accionista de Lasa Sociedad de Bolsa SA, y que en la mayoría de los meses fiscalizados las operaciones rondaron los u$s 2.000.000, fijados como límite por el BCRA.

Describió los informes del Mercado de Valores de Buenos Aires SA –que hizo saber que las operaciones fueron liquidadas por el Agente Merval 158: Lasa Inversiones SA, a través de una cuenta bancaria de su titularidad en el HSBC Bank USA, N.A., de la Plaza de Nueva York (fs. 147)–, así como de la Comisión Nacional de Valores, que declaró que el recurrente no figuraba en la nómina de agentes inscriptos en el Mercado de Valores de Buenos Aires SA en 2008 (fs. 150/151 y 315/316).

Afirmó que del análisis de las operaciones se extrae que no habría existido una transacción típicamente bursátil, donde el resultado que exime la ley del IG es el proveniente de la comparación de los precios fruto de sus cotizaciones –compra y venta–, en el mismo mercado y con la misma moneda.

Destacó que se trató de una operatoria compleja –ya que contó con cinco pasos–, que excede las simples transacciones de compra y venta.

Sostuvo que: *La operatoria global se compone y se halla incidida por dos tipos de monedas, un tipo de cambio diferente al oficial, un desplazamiento de mercado y un arbitraje que permite que un mismo bono, aún sin movilidad en la cotización dentro de la misma jornada produzca un resultado que claramente no procede de una mera diferencia de cotización que pueda ser calificada como un resultado bursátil, del previsto en la LIG. A ello se suma la conjunción de la utilización de un capital más una labor personal desplegada por el aquí recurrente con el propósito ajeno a una inversión, además de no coadyuvar en favor de la recurrente, las gran cantidad de operaciones que exceden largamente el carácter esporádico o secundario de su actividad*.

Negó que existieran elementos que lograran conmover el criterio fiscal, al tiempo que destacó que no se encuentra en discusión la licitud de las operaciones, sino solo su tratamiento fiscal.

En otro orden de consideraciones, sostuvo que no existieron razones para no aplicar e intimar los intereses resarcitorios, y que las multas impuestas por el fisco nacional se ajustaron a derecho.

II. Que contra dicha sentencia se alza la parte actora, interponiendo recurso de apelación a fs. 408 –concedido a fs. 419– y expresando sus agravios a fs. 489/524, los que fueron contestados por la demandada a fs. 552/566 vta.

Destaca el Sr. Schcolnik que no se encuentra controvertida la legalidad de las operaciones realizadas.

Luego de ello, en un capitulo titulado “Las particularidades de la operatoria bursátil concertada por el señor Schcolnik y la imposibilidad de caracterizarlo como ´facilitador´ o ´intermediario´”, expresa que realizó operaciones de compra y venta de títulos públicos y *American Depositary Receipts* –“ADR” –, con intervención del Mercado de Valores de Buenos Aires SA, por las que obtuvo resultados que ilegítima e irrazonablemente se pretenden gravar.

Manifiesta que los fondos provinieron de venta de títulos públicos en pesos argentinos, acreditados en la cuenta comitente a su nombre en Lasa Sociedad de Bolsa SA. Explica que fueron transferidos a una caja de ahorro en pesos, y posteriormente se los empleó para comprar moneda extranjera, con la cual se canceló la compra de títulos valores, mediante la cuenta bancaria del Mercado de Valores de Buenos Aires SA, abierta en la plaza de Nueva York.

Expone que compró los títulos y los ADR en moneda extranjera, ya que era la única con la cual se podía cancelar el valor correspondiente.

Destaca que las operaciones fueron realizadas a través del Sinac continuo garantizado, lo que lleva a comprender que las transacciones no fueron concertadas con terceros contrapartes, desechándose así la figura del facilitador que se le endilga.

Afirma que no concertó las transacciones directamente con terceras contrapartes, y por ello resultaría improcedente la figura del facilitador.

Pone de resalto que la única contraparte con la cual concertó las operaciones fue el Merval.

Posteriormente, bajo el título “El tratamiento impositivo de las operaciones realizadas por el señor Schcolnik”, cita el artículo 20 inciso w) de la ley del IG –vigente para los períodos 2008 y 2009– y el artículo 42 del decreto reglamentario, y dice que el resultado de las operaciones de compra y venta de títulos obtenidos por personas físicas residentes se encontraba exento, en la medida que no fueran atribuidas a empresas o explotaciones unipersonales.

También cita el artículo 36 bis de la ley 23.576 (y modif.), el cual –informa– extendía a los títulos públicos en general los beneficios fiscales que acordaba a las obligaciones negociables.

Señala que se halla fuera de duda que los resultados obtenidos resultaron exentos del IG y del IVA, acusando que el TFN se apartó de la materialidad de los hechos, atribuyéndole dogmáticamente una finalidad ajena y extraña a la que motivó las operaciones en cuestión.

Aduce que cada inversor tiene derecho a organizar sus negocios de la manera que mejor considere conducente para su economía, negando que la única operación financiera valida sea la que tiene como objetivo la tenencia indefinida de títulos. Declara que la elección de los productos en los cuales invertir depende de la aversión al riesgo de cada inversor.

Invoca el artículo 20 inciso w) de la ley 20.628 (t.v. en 2008) y señala que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra.

Niega la existencia de operaciones de cambio.

Señala que la adquisición de los títulos públicos y los ADRs se abonaron con dólares, lo cual no significa que dicha operación pueda considerarse “de cambio”, o que tenga una finalidad de “formación de

activos externos”; para que ello ocurra –precisa– debe existir un canje de divisas por moneda nacional o viceversa.

Afirma que la Justicia en lo Penal Económico explicó que para que exista una operación de cambio, debe existir necesariamente un intercambio o permuta de una moneda por otra, estando siempre involucrada la moneda nacional. En el caso –informa–, sólo hubo cambio de pesos o divisas por títulos valores.

En otra sección de su memorial, el recurrente introduce la incorrecta aplicación del principio de realidad económica, aseverando que, pese a la eventual contemporaneidad con la cual se pudieron realizar las operaciones de compra y venta de los títulos, no puede confundirse con una negociación de cambio.

Sostiene que la única cuestión que suscitó la aplicación del principio de marras al caso concreto, fue la compra-venta de títulos, interpretando que tuvo como finalidad la formación de activos externos, y no la obtención de resultados exentos. Pone de resalto que el propio fisco nacional señaló que la cuestión tributaria es intrascendente, declarando que lo único que pretende perseguir y cuestionar es la finalidad cambiaria de las operaciones.

Desconoce que el fisco nacional y el TFN hubieran acreditado la existencia de una manifiesta discordancia entre la sustancia económica del acto o negocio y la forma o estructura jurídica empleada.

Aduce que el TFN reconoció que la renta se obtuvo a partir de las diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas, y no a partir del cobro de una comisión por la realización de tareas de intermediación.

Destaca que, de acuerdo con la tesis de la AFIP, corroborada por el TFN, al calificarse su actuación como “facilitador” o “intermediario”, debió haber insinuado que estaba autorizado para actuar en el MULC; de lo contrario se estaría recaracterizando las operaciones efectivamente realizadas, por una que nunca podría haber existido.

Niega que surja de autos prueba alguna que acredite que las operaciones hubieran sido realizadas con el único objeto de obtener un ahorro fiscal.

Declara que el principio de realidad económica fue indebidamente aplicado por el fisco y convalidado por el TFN.

En la sección denominada “La actuación del fisco nacional constituyó un apartamiento de las normas que determinan su competencia. El Tribunal Fiscal de la Nación omitió pronunciarse sobre la desviación de poder oportunamente invocada”, afirma que las resoluciones 187/2015, 188/2015, 85/2016 y 86/2016 (DV DEOB) adolecen de vicios en su finalidad, ya que no fueron el resultado del ejercicio legítimo de las facultades de verificación que la ley 11.683 acuerda a la AFIP.

Explica que, a partir de sostener que la compra-venta de valores negociables tuvo por finalidad la formación de activos externos, el organismo recaudador cuestionó las operaciones realizadas, excediendo sus competencias.

Destaca que el ente actuó como un “policía cambiario encubierto”, pese a tener a su cargo la ejecución de la política tributaria y aduanera de la Nación.

Expone que en ningún momento se le endilgó haber incurrido en un fraude a la ley tributaria, ni de haber organizado sus actividades de manera de optimizar la carga fiscal –economía de opción–; tampoco de haber abusado de una forma jurídica para impedir el nacimiento de un hecho imponible, ni de haber simulado las operaciones bursátiles que declaró haber realizado.

Considera que la intimación de los intereses resarcitorios es improcedente, acusando la inexistencia de mora culpable de su parte, por haber incurrido en un supuesto de error excusable en la interpretación de las normas tributarias involucradas.

Sostiene que la eventual mora en el ingreso de las obligaciones tributarias, podría ser consecuencia de haber interpretado que

le asistía el derecho a considerar que las operaciones de compra-venta de títulos públicos y ADRs, se encontraban exentas.

Aduce que se debe tener en cuenta que la primera fiscalización tuvo lugar en 2008, y que recién en 2014 se inició el procedimiento de determinación de oficio.

Destaca que actuó con la diligencia, cuidado y previsión que le son exigibles, sobre la base de una razonable interpretación de los hechos y la normativa aplicable al caso.

En cuanto a las multas aplicadas; por un lado señala que la correspondiente al IVA-03/08 a 12/08 fue dictada en violación del artículo 53 del decreto 1397/79, atento estar prescripta la acción al momento de su dictado. Explica que al notificarse la resolución 188/2015 (DV DEOB), ya habían transcurrido los cinco años previstos en el artículo 56 de la ley 11.683.

Niega que la notificación de la resolución 137/2014 –notificada el 19/12/14– suspendiera el curso de la prescripción, ya que en ese momento el plazo ya había expirado. Del mismo modo –adiciona–, la suspensión prevista en la ley 26.860 no operaría, porque importaría juzgar el hecho con base en una norma posterior más gravosa, transgrediendo el principio que impide tal retroactividad (cita el artículo 18 de la Constitución Nacional) y del principio general de la ley penal más benigna.

Por el otro lado, plantea la ilegitimidad de las resoluciones 187/2015, 188/2015, 85/2016 y 86/2016 (DV DEOB), desconociendo un obrar defraudatorio de su parte.

Declara que el fisco nacional se limitó a transcribir los artículos 46 y 47 inciso e) de la ley 11.683, sin hacer ninguna referencia concreta a las circunstancias del caso. Desconoce que se especificaran las razones por las que correspondería sancionarlo.

Niega que se hubiere acreditado un hecho cierto, o bien un hecho inferido que, en el caso de las presunciones infraccionales dolosas, permitiera advertir el ánimo de sustraer materia de tributación.

Plantea que, en subsidio, correspondería activar la figura del error excusable. Explica que en el caso no se demostró la existencia de declaraciones engañosas u ocultación maliciosa de su parte, ni tampoco ardid deliberado tendiente a detraer materia imponible.

Califica de compleja la cuestión debatida en la *litis*, debiéndose considerar que en la especie medió un "error de prohibición".

Por último, para el caso de que se decida confirmar la sentencia apelada, solicita que se impongan las costas por su orden, ya que las circunstancias de la causa ameritaron que se considerara con mejor derecho para litigar.

Cita jurisprudencia y doctrina, mantiene la reserva del caso federal y solicita que se revoque la sentencia apelada, con costas.

III. Que previo a ingresar al tratamiento de los agravios descriptos, es importante recordar que esta Alzada no se encuentra obligada a seguir a el recurrente en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que se proponen a su consideración, sino tan sólo aquéllas que resulten conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN, Fallos: 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 278:271, 291:390, 297:140; 301:970; esta Sala, "*ACIJ c/ EN- ley 24240- Mº Planificación s/ proceso de conocimiento*", del 29/5/08; "*MULTICANAL S.A. y otro c/ EN- SCI DLC (Actas 2600/09 y otras) s/ amparo ley 16.986*", del 21/5/09; "*Ciudadanos Libres Calidad Institucional Asoc Civil c/ EN- Dto 67/10 s/ medida cautelar (autónoma)*", del 21/10/10; "*CPACF- INC MED (2-III-11) c/ BCRA- Comunicación "A" 5147 y otro s/ proceso de conocimiento*", del 18/4/11; "*Nardelli Moreira Aldo Alberto c/ EN- DNM Disp 1207/11 – Legajo 13975- (S02:9068/11) s/ medida cautelar (autónoma)*", del 25/8/11, "*Rodríguez Rubén Omar c/ DGI s/ Recurso directo de organismo externo*", del 7/8/14, "*Laham, Alberto Elías c/DGI s/Recurso directo de organismo externo*", del 7/5/15; "*Golden Penaut Argentina c/DGI s/Recurso directo de organismo externo*", Causa Nº 72680/18, del 2/7/19, entre otros).

IV. Que, asimismo, corresponde rememorar que el recurso previsto en el artículo 86 inciso b) de la ley 11.683 otorga carácter limitado a la revisión de esta Cámara, y que, por principio, queda excluido de ella el juicio del Tribunal Fiscal respecto de los extremos de hecho (cfr. CSJN, Fallos: 300:985).

Así pues, "…lo que se encuentra sometido a conocimiento de este tribunal consiste, primeramente, en verificar si se evidencian deficiencias manifiestas en la valoración efectuadas por dicho tribunal. Puesto que, cuando lo decidido por el Tribunal Fiscal de la Nación se apoya en la ponderada valoración del conjunto de elementos probatorios incorporados en el proceso (arg. CSJN, Fallos: 332:357), sólo cabe confirmar la decisión recurrida (CSJN, Fallos: 326:2987 y 334:249)" (cfr. CNACAF, Sala III, "*La Luguenze SRL (TF 31.645-I) c/ DGI*", Causa Nº 27409/12 del 31/10/12; "*Lanusse, Josefina Milagros (TF 34.584-I) c/DGI*", Causa Nº 4502/14 del 29/9/14; "*Frigorífico Pilcomayo SRL (TF 24.222-I) c/DGI*", Causa Nº 18124/16 del 14/9/17; "*Nobleza Piccardo SAICYF (TF 33113-I) c/DGI*", Causa Nº 83620/16, del 16/10/18; "*Establecimiento Agropecuario Las Tres Marías SA (TF 40.985-I) c/DGI*", Causa Nº 72673/18, del 7/5/19, entre otros).

V. Que de la lectura del expediente elevado a consideración y resolución de este tribunal de Alzada, se desprende que, en lo que conforma el núcleo de los ajustes fiscales practicados, respondieron al tipo de operatoria realizada por el contribuyente durante los años 2008 y 2009, lo cual, sumado a determinadas circunstancias compusieron el escenario.

La comprobación y análisis del cuadro derivó en la recalificación del negocio, de suerte que, como resultado de esa tarea, resultó alcanzada por el IVA y por el IG, generándose sendas obligaciones tributarias en cabeza del operador, sumado a los intereses resarcitorios y a las multas por la falta de ingreso.

Convalidado ello por el TFN, corresponde aquí examinar, revisar y resolver, si la sentencia apelada se ajusta a derecho.

VI. Que de la compulsa de la operatoria en cuestión se extraen los siguientes componentes:

(a) El Sr. Schcolnik, revistiendo el carácter de director y socio de la compañía Lasa Sociedad de Bolsa SA, realizó varias operaciones en el mercado bursátil denominadas "contado con liquidación" –conocidas en la jerga como "contado con liqui"–, que consiste en la compra de títulos valores en pesos en el mercado local y su simultanea liquidación en dólares estadounidenses (v. Informe final de inspección –en lo sucesivo, "IFI"–, antecedentes administrativos, Act. N° 11038-657-2014, fs. 60).

En dicho marco *...debieron pagar pesos a la entidad cambiaria para comprar la divisa que luego giraron para comprar los títulos y/o acciones en dólares. Esos pesos pudieron provenir de fondos disponibles que con anterioridad poseía el responsable, o bien de la liquidación de la venta de esos títulos y/o acciones en pesos* (cfr. información brindada por el BCRA; IFI, fs. 60).

De acuerdo con lo explicado por la inspección, en la misma fecha y con igual plazo de liquidación, se concertó la venta con cotización en pesos de los mismos títulos comprados en dólares, liquidados "contra cable", obteniendo una ganancia producto de las diferencias de cotización que poseyeron los títulos en las distintas monedas (IFI, fs. 60 y 62).

Intentando simplificar la exposición: *...el contribuyente adquirió dólares estadounidenses en el mercado local y los giró a cuentas del exterior con el fin de realizar los pagos de los títulos valores adquiridos (liquidación contra cable), en la que el vendedor de tales títulos recibe los dólares estadounidenses directamente en una cuenta del exterior sin que sean comprados por él en el mercado único y libre de cambios, mientras que la venta de los mismos fue efectuada por liquidación en pesos en el país, y ambas operaciones se concretaron con escasas diferencia temporal*, de tal modo *... quedaría demostrada la cabal intención de las operaciones bajo análisis, por cuanto la realidad económica indica que se trataría de girar montos de moneda extranjera al exterior, siendo el rubrado un mero facilitador de dicha operatoria, obteniendo por ello una retribución...* (resolución 187/2015 DV DEOB,

fs. 4/5; resolución 188/2015 DV DEOB; resolución 85/2016 DV DEOB, fs. 31, fs. 165 y resolución 86/2016 DV DEOB, fs. 197).

Concretamente: *1°)* se cambiaron pesos por dólares estadounidenses en el mercado local –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; *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 apeladas ante el TFN, las operaciones fueron concertadas y liquidadas el mismo día durante los períodos 3/08 a 10/08, y luego con escasa diferencia temporal, presuntamente a raíz de la entrada en vigencia de la Comisión A 4864 del BCRA, que fijó una nueva imposición al respecto (fs. 17, 43, 181 y 212).

(b) La operatoria se realizó reiterada y sistemáticamente (fs. 15, 42, 180 y 211).

(c) En la mayoría de los meses de 2008 el *quantum* de las operaciones rondó los u$s 2.000.000, que era el límite que había fijado el BCRA para operar en el MULC (fs. 17 y 43), y en 2009 u$s 1.000.000, *lo que demostraría el desaliento en la realización de este tipo de operatoria en virtud del dictado de la citada Comunicación "A" 4864 con fecha 3 de noviembre de 2008* (resolución 85/2016 DV DEOB, fs. 187 y resolución 86/2016 DV DEOB, fs. 217).

(d) El contribuyente obtuvo en 2008 un resultado neto de $ 829.386,29 (IFI, fs. 66)–, que el Sr. Schcolnik declaró como renta de segunda categoría del IG, exenta, y en 2009 de $ 128.986 (antecedentes administrativos, Act. N° 11038-229-2015, fs. 211).

(e) De conformidad con la información obtenida por la inspección de las sociedades de bolsa circularizadas, una gran parte de las operaciones fueron efectuadas con "cartera propia" –la contraparte fue la misma sociedad de bolsa–, mientras que en otros casos lo fueron sociedades domiciliadas en la República Oriental del Uruguay. *Solo en muy pocos casos y por cifras de escasa cuantía participaron comitentes*

personas físicas distintas a estas sociedades y solamente en operaciones con acciones de Tenaris SA (IFI, fs. 64).

(f) El Sr. Schcolnik manifestó que: *El origen de los fondos proviene de la venta de los títulos valores que son vendidos en pesos argentinos y acreditados en mi cuenta comitente en LASA… Dichos pesos argentinos son transferidos desde mi cuenta comitente a mi caja de ahorro en pesos para la posterior compra de dólares estadounidenses que serán transferidos al exterior con el fin de aplicarlos a la compra de títulos valores en moneda extranjera –(inversión de portafolio en el exterior–código de concepto BCRA 860). Por ende los fondos son aplicados a la compra de títulos valores en moneda extranjera… De esta operatoria surge que no se requiere capital para efectuar pago o cobro alguno ya que todas las operaciones concertadas se liquidan en el mismo día y solo queda un saldo en función del diferencial de precio con que se haya operado, producto de la compra/venta de títulos valores* (IFI, fs. 61).

A partir de este escenario general, la inspección actuante consideró que la operatoria no tendría una auténtica finalidad bursátil, siendo la verdadera intención girar divisas al exterior sin canalizar la transferencia a través del MULC (IFI, fs. 69) y lograr, a través de la venta en pesos en el país, una renta producto del diferencial de la cotización. Es que, *el tipo de cambio obtenido a partir de dividir el importe de la venta con liquidación en pesos por la cantidad de dólares puestos en el exterior entregados por la compra contra cable, resulta superior al tipo de cambio vigente en el mercado de cambio local*. Así pues *... quedaría demostrada la cabal intención de las operaciones bajo análisis, por cuanto la realidad económica indica que se trataría de girar montos de moneda extranjera al exterior, siendo el rubrado un mero facilitador de dicha operatoria, obteniendo por ello una retribución alcanzada por el apartado 21 del inciso e) del artículo 3° de la Ley de Impuesto al Valor Agregado"* y por el "*inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias…* (resolución 187/2015 DV DEOB, fs. 3/5; resolución 188/2015 DV DEOB,

fs. 29/31; resolución 85/2016 DV DEOB, fs. 165/167 y resolución 86/2016 DV DEOB, fs. 195/197).

En otras palabras *la operatoria tuvo por objeto la transformación de pesos en la República Argentina en divisas en el exterior, mediante la utilización de formas y procedimientos típicos de cualquier operación bursátil pero con el objeto de lograr un resultado meramente cambiario y ajeno al riesgo inherente que posee cualquier operación bursátil…* (resolución 187/2015 DV DEOB, fs. 17; resolución 188/2015 DV DEOB, fs. 43; resolución 85/2016 DV DEOB, fs. 181 y resolución 86/2016 DV DEOB, fs. 212).

De tal manera, al considerar el organismo que la renta obtenida por el contribuyente no gozaba de la exención en el IG, y que la actividad desarrollada se encontraba alcanzada por el IVA, determinó de oficio ambos gravámenes, al tiempo que liquidó los intereses resarcitorios y aplicó sendas multas en los términos de los artículos 46 y 47 inciso e) de la ley 11.683.

VII. Que, en atención a lo que corresponde aquí analizar, es importante aprehender los dos componentes que dimanan del asunto debatido. Por un lado, el sustrato fáctico de la operatoria, por el otro, su interpretación jurídico-tributaria.

En cuanto a la operatoria, ha quedado suficientemente descripta en el considerando que antecede, razón por la cual corresponde atender a "la intención" del sujeto, aspecto que hace a la interpretación jurídica de los hechos.

Al respecto, el fisco nacional se valió del método interpretativo propio del derecho tributario, conocido como *de la realidad económica*, consagrado en el artículo 2° de la ley de rito fiscal. El dispositivo dice: *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.

VIII. Que sostuvo el ente fiscal que la verdadera intención del Sr. Schcolnik, al realizar las operaciones de "contado con liqui", habría sido obtener un diferencial en el tipo de cambio, superior al que podría alcanzar en el MULC.

Esta tesis, que fue convalidada por el TFN, se funda en los componentes que identifican a la operatoria y a su contexto.

En cuanto a lo primero, en la configuración del negocio "contado con liqui", que permitió simultáneamente comprar y vender valores negociables en el país y en el exterior, involucrando moneda nacional y extranjera, y que admitió que una misma sociedad de bolsa fuere la contraparte.

Lo segundo se relaciona con: *(i)* la calidad de director y socio que revistió el Sr. Schcolnik de la sociedad de bolsa a través de la cual se concertaron las operaciones; *(ii)* la reiteración y sistematicidad observada; *(iii)* la reducción o inexistencia de riesgo bursátil –ya que las operaciones se concertaron con nulo o escasa diferencia de tiempo–; *(iv)* la inexistencia de fondos para llevar a cabo los negocios, siendo ellos mismos los que proveían de valores para cubrirlos; *(v)* el valor mensual operado, que se aproximó a los u$s 2.000.000 en 2008, y a u$s 1.000.000 en 2009, que se justificaría en la limitación impuesta por el BCRA respecto del MULC.

Este razonamiento es objetado por el actor, en base a los argumentos reseñados en el *Considerando II*.

En particular, explica las características de la operatoria, brindando precisiones acerca de qué consiste una operación de cambio;

niega que hubiera intervenido como un "facilitador"; cuestiona la aplicación del principio de realidad económica, afirmando que a pesar de la contemporaneidad de las operaciones de compra y venta de los valores, no implica una negociación de cambio; niega que su actuación tuviera una finalidad tributaria, ni que hubiere una manifiesta discordancia entre la sustancia económica del acto o negocio y la forma o estructura jurídica empleada, declarando que la renta se obtuvo por diferencias de cotización de los títulos entre ambas monedas, y no a partir del cobro de una comisión por la realización de tareas de intermediación.

En otro orden de exposición, aduce que la actuación del fisco nacional constituyó un apartamiento de las normas que determinan su competencia –dándose un caso se "desviación de poder"–, destacando que el ente actuó como un "policía de cambio encubierto".

IX. Que de la lectura de las piezas que componen esta *litis*, lo cual abarca las actuaciones administrativas, de consuno con las argumentaciones esgrimidas por las partes y los fundamentos contenidos en la sentencia recurrida, estos juzgadores extraen que el temperamento seguido por el tribunal *a quo*, se ajusta a derecho.

En efecto, el cúmulo de factores recogidos por el fisco nacional para sustentar su postura, resultan suficientes y convincentes para darle soporte y convalidarla.

En autos, sin discutirse la licitud de las operaciones realizadas por el Sr. Schcolnik, se examina la denominada *intentio facti*, de cara a conocer si guarda coincidencia con la *intentio iuris* (cfr. Jarach, Dino, *El Hecho Imponible. Teoría General del Derecho Tributario Sustantivo*, Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina SA, Bs. As. 1943, pág. 101). En dicho esquema, en el *sub lite* –se reitera– 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.

Apreciado el cuadro desde la óptica impositiva, se comprende que el organismo recaudador, al llevar a cabo la labor


#37891262#387852173#20231017124059605

descripta, adjudicó *consecuencias tributarias* a las operaciones examinadas, calificando a las "diferencias obtenidas" como rentas gravadas y a la "actividad desarrollada" como alcanzada por el IVA.

Esto permite desechar la existencia de una desviación de poder por parte de la AFIP, pues no ejerció funciones de policía de cambio.

Dicho en términos teóricos, el análisis del hecho imponible de los tributos, en ocasiones direcciona la labor del intérprete hacia los cánones del derecho privado –o del derecho cambiario en nuestro caso–, sin embargo *... el negocio o el acto jurídico no tiene importancia para el nacimiento de la obligación impositiva en cuanto negocio o acto jurídico, sino por la relación económica que él crea* (Jarach, Dino, ob cit. pág. 96). O sea, el acto o negocio jurídico del derecho privado –o cambiario–, sólo es un presupuesto para el derecho tributario.

Continuando con el análisis, y poniendo el foco en los argumentos presentados por la demandante para sustentar su reproche, se colige que no resultan eficaces, pues, en sustancia, son meras negativas generales, sumado a explicaciones técnicas y formales de la operatoria involucrada. Vale decir, no brinda justificaciones en torno a la reiteración, sistematicidad y cuantía de las operaciones concertadas.

En este mismo sendero, se advierte que ni la prueba instrumental obrante a fs. 59/66 –copia simple de la sentencia dictada por la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial, en los autos "*Mercado de Valores de Buenos Aires SA c/Héctor J. Bacqué Soc. de Bolsa SA s/organismos externos*", del 12/3/13–, ni tampoco la prueba informativa producida a fs. 315/325 –contestación de la Comisión Nacional de Valores— y a fs. 328/336 –contestación de Bolsas y Mercados Argentino, "BYMA"–, logran apuntalar la defensa intentada por el actor contra el reproche fiscal.

Por último, y a mayor abundamiento, cabe destacar que el criterio que aquí se plasma, guarda semejanza con el seguido por la Sala II de esta Cámara de Apelaciones, en los autos "*Paul Bacqué c/ EN-AFIP-*

DGI-resol. 180/11 (RNOR) s/ Dirección General Impositiva", Causa N° 48360/2011, del 8/10/15.

X. Que en cuanto al *principio de realidad económica*, que circunda el planteo de autos, recientemente esta Sala hizo mérito de la "disconformidad" que debe existir entre los actos, situaciones o relaciones que involucran al sujeto, respecto de las ofrecidas por el derecho privado, ponderando la necesidad de que sea "manifiesta", tal como lo exige el artículo 2° de la ley 11.683 (v. "*EMC Computer System Argentina SA (TF32716-I) s/Direccion General Impositiva s/recurso directo de organismo externo*", Causa N° 58416/19, del 14/7/20 y "*UABL SA (TF 48550-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*", Causa N° 35014/2022, del 10/11/22, y sus citas).

En la especie –agregando a lo dicho en el considerando anterior–, los requisitos apuntados se encuentran reunidos, tal cual surge del detalle de las operaciones que consta en el cuadro de fs. 57/58 y del anexo de la vista que luce a fs. 209/217 de los antecedentes administrativos, Act. N° 11038-229-2015. En ellos se consigna la fecha de negociación y de liquidación; los importes involucrados, en dólares y pesos; los títulos negociados y la diferencia obtenida, entre otros extremos.

XI. Que en mérito de todo lo hasta aquí examinado, corresponde concluir que la sentencia apelada, en lo que ha sido materia de agravios, debe ser confirmada, toda vez que el examen fáctico y jurídico realizado por el tribunal de grado, se presenta como una razonada derivación del derecho vigente.

XII. Que, en cuanto al aspecto sancionatorio, corresponde analizar varios asuntos:

Al expresar agravios, el actor sostuvo que la acción del fisco nacional para aplicar la multa en el IVA –períodos fiscales 03/08 a 11/08–, se encontraría prescripta (fs. 453 vta./454 vta.).

De la compulsa de las actuaciones se extrae que, al presentar el recurso ante el TFN (fs. 67/90 vta.), dicha parte había planteado la prescripción del impuesto y de la multa, invocando el artículo 53 del decreto 1397/79 y el artículo 65.1 de la ley 11.683. Y que, al contestar la


#37891262#387852173#20231017124059605

representación fiscal dicho recurso (fs. 103/127 vta.), argumentó que en razón de las suspensiones dispuestas por las leyes 26.476 y 26.860, la acción se encontraría expedita el momento del dictado de la resolución 188/2015 (DV DEOB).

Sobre el singular, el TFN invocó los artículos 4°, 56, 57, 58 y 65.1 de la ley 11.683 y resolvió que la acción del fisco no se encontraba prescripta al momento de su ejercicio, declarando que no era necesario computar el plazo dispuesto por el artículo 44 de la ley 26.476. En su fundamento tuvo en consideración la notificación de la vista respectiva, que tuvo lugar el 19/12/14.

Pues bien, del cuadro descripto se desprenden dos resultados:

Uno, que el rechazo de la prescripción, en lo tocante al *impuesto*, adquirió firmeza, ya que no fue objeto de agravio.

Otro, que el agravio relativo al artículo 17 de la ley 26.860 –referido a la acción para aplicar la *multa*, que el actor formula ante esta Alzada– fue introducido extemporáneamente, pues no luce en el recurso de apelación interpuesto ante el TFN.

En efecto, en aquella oportunidad el actor no efectuó ninguna referencia en torno a la pretendida inaplicabilidad del artículo 17 de la ley 26.860, tal como lo plantea al recurrir la sentencia del tribunal de grado. Recordemos que recién en esta instancia de alzada plantea lo concerniente a la irretroactividad de la ley penal más gravosa.

En este cauce, cabe recordar que a los jueces les está vedado apartarse de la relación procesal, pues la alteración unilateral de los términos de la *litis* va en mengua del derecho de defensa, ya que son las partes –exclusivamente– quienes determinan el *thema decidendum*, y el Poder Judicial debe limitar su pronunciamiento tan sólo a lo que ha sido pedido por aquellas, incurriendo en incongruencia el juez que, al fallar, se aparta de las cuestiones incluidas en la pretensión de la parte actora y en la oposición de la demandada. (cfr. esta Sala, *in re*, Causa N° 15267/2005, "*Funes Natalia Gabriela y otros c/ E.N. M° Defensa -Dto. 628/92- y otros*

s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.", del 22/2/10; Causa N° 77902/17, "*Braun, Carlos Leandro y otros c/ EN -M Justicia y DDHH-SPF s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*", del 20/10/21; Causa N° 11.980/20, "*Ramírez, María Eugenia y otros c/ EN -M° Seguridad- PSA s/ Personal Militar y Civil de las FFAA y de Seg.*", del 27/10/22; Causa N° 35502/2019, "*M Royo SACIIFYF c/ EN-AFIP-DGI s/ Dirección General Impositiva*", del 19/9/23, entre muchos otros).

En el planteo *sub examine*, la suspensión dispuesta por la ley 26.860 generó que la acción en trato prescribiera el 1/1/15, articulando la notificación de la vista –19/12/14– la suspensión prevista en el artículo 65.1 de la ley 11.683.

Por lo aquí expuesto, se confirma la sentencia apelada, en cuanto rechazó el planteo de prescripción analizado.

XIII. Que mención aparte merece la calificación jurídica de las sanciones impuestas.

Recordemos que, tanto en el IVA como en el IG, el organismo fiscal dispuso que el obrar del Sr. Schcolnik era pasible de la multa de tipo dolosa prevista en el artículo 46 de la ley de rito fiscal. Dicho precepto, vale rememorar, en lo medular establece que: *El que mediante declaraciones engañosas u ocultación maliciosa, sea por acción u omisión, defraudare al Fisco, será reprimido con multa….*

Al respecto, no se comparte la imputación resuelta, que valiera la confirmación del TFN.

En efecto, tal como se explicó en el *Considerando IX*, la intención del encartado, *stricto sensu*, no fue reducir o anular la carga tributaria atribuible a su persona, sino que, a la sazón de los negocios bursátiles realizados, las obligaciones tributarias fueron *una consecuencia* de ellos. En otros términos, no se exhibió una maniobra directa enderezada a dejar de pagar los impuestos en su justa medida, no existió *defraudación* en los términos del artículo 46 de la ley de rito fiscal; lo que hubo fue una *omisión* en el ingreso de los gravámenes.

Siendo ello así, corresponde modificar la sentencia apelada y reencuadrar la conducta del Sr. Schcolnik en los términos del artículo 45

del mismo plexo normativo, imputándole un obrar de tipo culposo, atento que se encuentran reunidos los elementos que definen dicho tipo infraccional (cfr. esta Sala *in re* "*Cooperativa de trabajo El Sauce Ltda (TF 26197-I) c/ Dirección General Impositiva*", Causa N° 27588/2012, del 28/2/13; "*Ferraro, Rubén Ricardo (TF 18.945-I) c/ Dirección General Impositiva*", Causa N° 15578/2005, del 25/3/10; "*Laham, Alberto Elias c/ Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo*", Causa Nº 57052/2013, del 7/5/15; "*EDZ y Asoc. SA c/DGI*", Causa Nº 46103/2015, del 23/2/16 y "*Raul Benzadon SA (TF 18418-I) c/ Dirección General Impositiva s/recurso directo de organismo externo*", Causa Nº 5127/2005, del 5/9/19, entre otros).

En cuanto al *quantum* de la multa, se lo fija en su mínimo legal, atento no surgir que el infractor cuente con antecedentes infraccionales.

XIV. Que, en cuanto al planteo de error excusable articulado por el actor –tanto con relación a las *multas* aplicadas como a los *intereses resarcitorios* liquidados–, se lo desestima, por no acreditarse en autos debidamente los extremos que habilitan su aplicación

Recuérdese que para su viabilidad se requiere que dicho error sea esencial, decisivo e inculpable, extremos que deben ser analizados en consonancia con las circunstancias que rodearon el accionar del sujeto a quien se le atribuye la infracción tributaria. En todos los casos, el contribuyente debe demostrar que ha actuado con un comportamiento normal y razonable frente al evento en que se halló, procediendo con la prudencia que exigía la situación (cfr. CSJN, Fallos: 319:1524, "*Morixe Hnos SACI*", del 20/8/96; esta Sala III, *in re* "*Argentino Foot Ball Club (TF 28.506-I) c/. DGI*", Causa Nº 36571/2012 del 13/2/13; "*Arauca Bit AFJP SA (TF 36903-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*", Causa N° 56534/2015, del 16/2/17; "*Cosméticos Avon SACI c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*", Causa N° 79411/2018, del 29/10/19; "*Kimberly Clark SA (TF 36115-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo*

de organismo externo", Causa N° 17550/2021, del 13/4/22; "*Interbas SA (TF 49599-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*", Causa N° 21341/2023, del 8/8/23; Sala V, "*Athuel Electrónica S.A. (TF 20.688-I) c/ Dirección General Impositiva*", Causa Nº 22846/2006, del 11/5/06; Sala I, "*B de T SA c/ EN-AFIP DGI- Resol 130/07 (CEN) s/ DGI*", Causa Nº 12171/2007, del 11/8/11 y Sala II, "*Scalise María Gabriela (TF 23.933-I) c/ DGI*", Causa Nº 43115/2011, del 10/4/12).

XV. Que, en otro orden de consideraciones, con relación al requerimiento del actor, en el sentido de que se le devuelva las sumas depositadas en garantía (presentación de fs. 548/vta.), nada corresponde aquí decidir, por tratarse de un asunto ajeno al objeto de esta contienda (v. esta Sala, *in re* "*HSBC Bank Argentina SA c/EN-AFIP-DGI Resol. 5/10 S/ DGI*", Causa N° 17459/2011, del 13/10/15 y "*Compañía Bernal SA (TF 48529-I) c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo*", Causa N° 46953/2022, del 24/2/23; en similar sentido, Sala II, *in re* "*Telefónica de Argentina SA c/EN-AFIP-DGI s/DGI*", Causa N° 56038/14, del 9/5/17).

XVI. Que en cuanto a las costas del proceso, corresponde efectuar la siguiente distinción:

a) En la parte correspondiente a las multas, se imponen las de ambas instancias por su orden (cfr. ley 11.683, art. 184 *in fine*).

b) En el resto de las materias tratadas, al no advertirse motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota, se imponen las de ambas instancias a la parte actora vencida (CPCCN, art. 68 primer párrafo).

En virtud de todo lo expuesto, **SE RESUELVE: 1°)** Confirmar la sentencia apelada en cuanto convalidó las resoluciones 187/2015, 188/2015, 85/2016 y 86/2016 (DV DEOB) –*materia fiscal* e *intereses resarcitorios*– (*Considerandos IX* a *XI*), y modificarla en el *aspecto infraccional*, reencuadrando las sanciones aplicadas en los

términos que surgen del *Considerando XIII*. **2°)** Las costas se imponen en el sentido indicado en el *Considerando XVI*.

En atención al modo en que se resuelve, déjense sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en los puntos resolutivos 2° y 3° de la sentencia de fs. 382/391, lo que torna insustancial el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 399.

Se hace saber a las partes que podrán consultar los precedentes mencionados en el sitio web http://www.cij.gov.ar/.

A los fines del art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional, se deja constancia que suscriben la presente dos vocales por hallarse vacante el tercer cargo.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ CARLOS MANUEL GRECCO

Fecha de firma: 18/10/2023
Firmado por: CARLOS MANUEL GRECCO, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ, JUEZ DE CAMARA
Firmado por: SUSANA MARIA MELLID, SECRETARIA DE CAMARA

#37891262#387852173#20231017124059605