41047/2023 MIGUENS, PABLO HERNAN-TF 44317-I c/ DIRECCION GENERAL IMPOSITIVA s/RECURSO DIRECTO DE ORGANISMO EXTERNO

Buenos Aires, 18 de junio de 2024.- AK

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. El actor interpuso el recurso de apelación previsto en el artículo 76, inciso 'b', de la ley 11.683 contra las resoluciones nºs 167 /2015 y 168/2015 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP-DGI) que, respectivamente, determinaron de oficio la obligación tributaria de aquél en el impuesto a las ganancias (período fiscal 2008) y en el impuesto al valor agregado (períodos fiscales 02 /2008 a 12/2008), liquidaron los intereses resarcitorios, y aplicaron sendas sanciones de multa por infracción a los artículos 46 y 47, inciso 'e', de la ley 11.683.

II. El Tribunal Fiscal de la Nación, resolvió: "[c]onfirmar las resoluciones apeladas en todas sus partes, con costas", y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron en representación del Fisco Nacional.

Para decidir así, sostuvo los siguientes argumentos:

(i) "[E]l ente fiscal no objetó la modalidad ni las características propias de las operaciones involucradas sino que lo se encuentra en debate es si las mismas tuvieron o no una clara finalidad bursátil, o por el contrario, meramente cambiaria".

(ii) "[E]l resultado que exime la ley del impuesto a las Ganancias -art. 20 inc. w) ley vigente- es el que proviene de la comparación de dos precios fruto de sus cotizaciones, una de compra y otra de venta, en el mismo mercado y en la misma moneda".

(iii) "En el presente caso se observa un resultado fruto de la puesta en práctica de una operatoria compleja". En efecto, ésta "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".

(iv) "A ello se le suma la conjunción de la utilización de un capital más una labor personal desplegada por el aquí recurrente con un propósito ajeno a una inversión, además de [...] la gran cantidad de operaciones que exceden largamente el carácter esporádico o secundario de su actividad".

(v) En el precedente dictado por ese Tribunal en la causa "*Bacqué, Chantal*", el voto en disidencia puntualizó que "los contribuyentes concretaron las operaciones (compra y venta) en el mismo día y con igual plazo de liquidación. En definitiva, la rentabilidad de la operación no estaba dada por la tenencia de los títulos, sino por la diferencia de cotización entre ambas monedas".

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

(vii) Toda vez "que los intereses resarcitorios constituyen una indemnización debida al Fisco como resarcimiento por la mora en que ha incurrido el contribuyente o responsable en la cancelación de sus obligaciones tributarias [...] cabe disponer su confirmación".

(viii) Las circunstancias reseñadas exhiben "que se encuentran configurados los elementos que permiten encuadrar la conducta del aquí recurrente en dicha figura infraccional, consistentes en la presentación de declaraciones juradas engañosas, sin que existan elementos que justifiquen un reencuadre de la conducta, o la consideración de un supuesto de error excusable".

III. El actor apeló ese pronunciamiento y expuso diversos agravios que fueron contestados:

(i) "[L]a sentencia apelada resulta arbitraria en cuanto pondera como una circunstancia relevante y fundamental para la calificación de las operaciones a la intención última de las partes; un aspecto al que la Cámara Penal Económico [en la causa "BBVA BANCO FRANCES; D.T.L.;E.J.A.; C.C.A. Y OTROS S/ INFRACCION LEY 24.144"] le restó toda trascendencia para calificar una operación como 'cambiaria'".

(ii) La operatoria cuestionada "consiste en aprovechar las diferentes cotizaciones de valores -que de alguna forma puedan ser considerados similares- y que coticen en la misma bolsa, o de un mismo valor que cotice en bolsas diferentes. El arbitrajista venderá al precio más caro y comprará al más barato obteniendo un beneficio sin riesgo".

Sin embargo, más adelante en su memorial sostiene que ese riesgo sí existe, pues "si bien toda la operatoria se liquida en el día, entre la compra de los títulos y su posterior venta, pueden transcurrir varios minutos (incluso más de una hora) y, en ese tiempo, la cotización de los títulos puede subir o bajar por efecto del propio mercado".

(iii) "El TFN hace suyo el argumento fiscal en relación con la existencia de un servicio a terceros, sin rebatir ni mucho menos probar que, por la modalidad en que se efectuó la operatoria, no había terceros conocidos por mi mandante a quienes pudiera eventualmente haber prestado cualquier tipo de servicio".

(iv) "[E]l TFN convalidó una aplicación absolutamente extensiva e infundada del principio de la realidad económica previsto en el artículo 2 de la ley 11.683".

(v) La intención de su representado "no fue comprar los títulos a los vendedores (a quienes ni siquiera conocía) para girarles fondos al exterior, sino de realizar operaciones de 'arbitraje financiero'".

(vi) "Todo lo expuesto hasta aquí [...] ha sido compartido por la Sala A del TFN al resolver en la causa 'Bacqué, Chantal' con fecha 24/10/2016 donde se discutieron operaciones de arbitraje financiero idénticas a las llevadas a cabo por P. Miguens".

(vii) La sentencia es arbitraria ya que "ignora la existencia simultánea de un proceso determinativo iniciado a otro sujeto -la sociedad de bolsa MIGUENS-PEREZ ITURRASPE SOCIEDAD DE BOLSA S.A. (C.U.I.T. Nº 30-70750503-2)- por las mismas operaciones aquí cuestionadas que también se encuentra apelado [en el] TFN sin que a la fecha se haya dictado sentencia".

(viii) La improcedencia "de la aplicación del principio de la realidad económica al caso de mi mandante también impiden la imposición de una sanción dolosa basada en la presunción del inc. e) del art. 47".

Subsidiariamente, "solicita se reencuadre la conducta de mi mandante en la infracción contenida en el art. 45 de la ley 11.683" y "para el caso de que V.E. acepte encuadrar la sanción en el tipo infraccional previsto en el art. 45 de la ley de rito, se solicita la aplicación del instituto del error excusable".

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

El actor que declaró ante la AFIP como actividad principal la prestación de "servicios de asesoramiento, dirección y gestión empresarial realizados por integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas" realizó

durante el ejercicio fiscal 2008 operaciones en el mercado bursátil comúnmente denominadas "contado con liquidación" (ver fs. 1 de la resolución de determinación de oficio en el impuesto a las ganancias).

Éstas 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, no habiendo ocurrido necesariamente en ese mismo orden, puesto que en algunas ocasiones, por permisiones de la operatoria del mercado, es dable efectuar la venta antes que la compra -venta en descubierto-" (ver fs. 2 de la resolución citada).

Para ello "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 escasa diferencia temporal" (ver fs. 3 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" (ver fs. 3 de la resolución citada).

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 167/2015 y 168/2015 (ver fs. 12 y 13), las operaciones:

(i) Eran inmediatas pues "el circuito económico del dinero y su flujo" se concretaba en el mismo día.

(ii) Se realizaron 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 $ 1.168.759,33 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.

V. 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 Aurora* ", 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).

VI. 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" (causas "*Mayol Virgilio Rafael (TF 44061-I) c/ Dirección General Impositiva*" y " *Schcolnik, Alejandro Javier (TF44057-I) c/ Dirección General Impositiva*", pronunciamientos del 18 de octubre de 2023).

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.

VII. En relación a los agravios vertidos respecto a éste último ajuste, cabe precisar que el Fisco explicó que la operatoria discutida no necesariamente se realizó con fondos propios.

En efecto, sostuvo que la operatoria se podía realizar en descubierto "es dable efectuar la venta [de los títulos en pesos] antes que la compra [de los títulos en dólares]" de ese modo "estas no necesariamente se realizan con fondos propios" (ver fs. 2 y 7 de la resolución de determinación de oficio en el impuesto a las ganancias).

Esta afirmación no fue controvertida por el contribuyente adecuadamente y cabe recordar, que quien alega un extremo tiene la ineludible carga procesal de demostrarlo y su ausencia sella la suerte adversa de su pretensión (Fallos: 331:881).

Por tanto, el agravio expuesto en el punto (iii) del considerando III, no puede ser admitido.

VIII. Respecto al agravio relacionado con la sentencia penal en la causa "*BBVA BANCO FRANCES; D.T.L.;E.J.A.; C.C.A. Y OTROS S/ INFRACCION LEY 24.144*", 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).

IX. Asimismo, debe resaltarse con relación a la sentencia dictada por el 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.

X. Finalmente debe puntualizarse que no aparece acreditada la supuesta duplicidad de objetos entre la presente causa y el proceso determinativo iniciado a la sociedad de bolsa MIGUENS-PEREZ ITURRASPE SOCIEDAD DE BOLSA S.A.

En efecto, la lectura del memorial evidencia que el ajuste que se le practicó a esa firma versa sobre el modo en que ésta debió computar en el impuesto a las ganancias "las utilidades de ciertas operaciones de compra-venta de títulos realizadas a favor de terceros".

Paralelamente, la compulsa de la causa tampoco exhibe algún pedido de acumulación con la supuesta causa conexa.

XI. Respecto de las sanciones de multa aplicadas, teniendo en cuenta la forma en que quedó probado el elemento objetivo de las infracciones 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.

XII. Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la parte actora ya que resulta vencida (artículo 68, primer párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

XIII. Resta pronunciarse respecto de la apelación deducida por el Fisco por considerar "bajos" los honorarios regulados en el punto 2º de la sentencia apelada.

En función de la naturaleza del proceso, su monto, las etapas procesales cumplidas, ponderando el mérito, la calidad y la extensión de la labor desarrollada a luz del resultado obtenido, corresponde:

i. ELEVAR en las sumas de TRESCIENTOS TREINTA Y UN MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS CON QUINCE CENTAVOS ($ 331.195,15) y de NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS Y CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS ($ 99.958,54), respectivamente, los emolumentos a favor de los doctores Carlos A. Muzzio y Jorge A. Fraga por la tarea cumplida en el patrocinio y representación legal de la parte demandada en las dos primeras etapas de la instancia anterior (artículos 6, 7, 9, 19, 37, 38 y demás concordantes de la ley 21.839).

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

#38294621#406074623#20240618124429807

ii. FIJAR los honorarios de la doctora María Soledad Lamagrande en las sumas de 5,81 UMA —equivalente a la suma de $ $305.083,1, según la resolución SGA nº 1497/2024 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— por su actuación en ejercicio de la representación y el patrocinio letrado de la parte demandada en la tercera etapa de la instancia anterior (artículos 16, 20, 21, y demás concordantes de la ley 27.423).

iii. Sobre pautas análogas, en lo pertinente, a las precedentemente enunciadas, corresponde FIJAR en 4,59 UMA y 1,83 UMA —equivalentes a la suma de $ 241.020,9 y $96.093,3 de conformidad con los valores establecidos en la resolución SGA nº 1497/2024 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— los honorarios de las doctoras Anouk Iardelevsky y María Soledad Lamagrande por su actuación en ejercicio de la representación y el patrocinio letrado de la AFIP ante esta alzada (artículo 30 y demás concordantes de la ley 27.423).

En mérito de las razones expuestas, el tribunal **RESUELVE**: **1.** Desestimar los agravios del actor y confirmar la sentencia apelada. **2.** Distribuir las costas de esta instancia con arreglo al considerando XII. **3.** Fijar los honorarios con arreglo al considerando XIII.

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

#38294621#406074623#20240618124429807