

## Jurisprudencia

**Buenos Aires, 22 de mayo de 2019**

**Fuente: circular de la repartición**

**Impuesto a las ganancias. Rentas de fuente extranjera. Inversiones financieras en empresas radicadas en paraísos fiscales o países de baja o nula tributación. Sólo se podrán imputar los quebrantos de fuente extranjera provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales – incluidas las cuotas parte de los Fondos Comunes de Inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, contra las utilidades netas de la misma fuente de la que provengan igual tipo de operaciones. Se confirma la resolución apelada. Ostry Silvia Beatriz s/recurso de apelación. T.F.N., Sala D.**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de mayo de 2019, reunidos los miembros de la Sala “D” del Tribunal Fiscal de la Nación, Dres. Edith Viviana Gómez (Vocal Titular de la 10.º Nominación), Agustina O’Donnell (Vocal Titular de la Vocalía de la 11.º Nominación) y Daniel Alejandro Martín (Vocal Titular de la 12.º Nominación), para resolver el Expte. Nº 48.102-I, caratulado “Ostry Silvia Beatriz s/recurso de apelación”.

La Dra. Gómez dijo:

I. Que a fs. 72/83, la recurrente interpone recurso de apelación contra la resolución emitida el 19 de junio de 2017 por Subdirección General de Operaciones Impositivas de Grandes Contribuyentes Nacionales, por la que se determinó el impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 2009 y 2010, se establece el saldo a favor por el período 2009 y se intima e gravamen a ingresar más accesorios por el 2010. Finalmente, se hizo reserva de aplicar sanciones por este último período, de conformidad con lo dispuesto por el art. 20 de la Ley 24.769 (fs. 5/22).

Invoca criterios contrapuestos del Fisco Nacional. Pone de relieve que en forma coincidente fueron inspeccionadas sus dos hermanas (Patricia Noemí Ostry y Emilse Agnes Ostry), quienes no recibieron ningún tipo de cuestionamiento respecto a sus declaraciones juradas del Impuesto a las Ganancias, siendo que guardaban una situación similar a la recurrente. En tal sentido se destaca: que las tres iniciaron sus actividades en la misma fecha y a partir de idénticas donaciones recibidas de parte de su madre, Raquel Emilse Oddone de Ostry; que todas utilizan como estructura una S.C.A. Uruguay a cuyo nombre se realizan todas las operaciones y una sociedad propietaria de su paquete constituida en Bahamas para llevar a cabo actividades como compra venta de acciones, cuotas o participaciones sociales, bonos, fondos, etc.; todas respetan el principio de transparencia internacional; todas sufrieron pérdidas en el período 2008, a causa de la crisis internacional, y ninguna tributó por ese ejercicio; ninguna tampoco tributó por el período 2009, puesto que las rentas pasivas de fuente extranjera de dicho año fueron inferiores a las pérdidas de la misma fuente, y por la misma actividad, del anterior; y en la declaración jurada de 2010 todas incluyeron como ganancias gravadas de fuente extranjera a la diferencia entre la sumatoria de rentas pasivas de dicha fuente de los años 2009 y 2010, menos la pérdida de la misma fuente del 2008, todas ellas producto de compra venta de acciones, bonos, etc. En virtud de ello, concluye en la falta de armonía de ambos criterios del Fisco.

Plantea la nulidad del acto administrativo, como de previo y especial pronunciamiento, con fundamento en que se vulneró su derecho de defensa y el debido proceso. Expone que la vista conferida se sustentó la pretensión fiscal en la interpretación brindada a diversos artículos de la ley del impuesto a las ganancias –fundamentalmente el art. 135– con lo cual el descargo se produjo en base a cuestiones técnico - jurídicas, pero la resolución determinativa introdujo como argumento que no se ofreció prueba para demostrar que las ganancias generadas por la sociedad “Glad Valley Investments Limited” en los ejercicios 2009 y 2010, las que al igual que el quebranto 2008, fueron generadas exclusivamente por la venta de acciones, cuotas, participaciones sociales y fondos comunes de inversión. Señala que tal cambio de criterio la dejó en un estado de indefensión que hace procedente la declaración de nulidad del acto apelado.

En cuanto al fondo de la cuestión, afirma que queda demostrado en autos que la pérdida sufrida en el ejercicio 2008 por las sociedades Glad Valley Investments Limited de Bahamas y FJC S.C.A. de Uruguay y sus utilidades en los períodos 2009 y 2010, se vinculan exclusivamente con la compra y venta de acciones, fondos comunes de inversión y otras rentas pasivas, tal como surge de los balances oportunamente aportados en sede administrativa. Se refiere a las características de la Glad Valley Investments Limited, esto es una sociedad que como su controlada FJC obtiene exclusivamente rentas pasivas, que está constituida en Bahamas y que tal jurisdicción es considerada de baja o nula tributación. Trae a colación los arts. 133, 135 y 148 de la ley del impuesto a las ganancias, concluyendo que para la cuestión debatida, el quebranto producido por la mentada sociedad radicada en Bahamas sólo puede imputarse contra futuras ganancias cuyo origen sean también rentas pasivas de fuente extranjera, lo que en definitiva fue respetado, según los dichos de la recurrente.

Rechaza la aplicación en autos del precedente de la Corte Suprema “Maltería Pampa S.A.”, resaltando que el Fisco intenta en estas actuaciones aislar la parte final del art. 135 de la ley del impuesto a las ganancias con el resto del ordenamiento legal y con el principio de transparencia fiscal, explicando respecto a esto último, que para las sociedades como Glad Valley Investments Limited de Bahamas y FJC S.C.A. de Uruguay se podía asimilar el tratamiento reservado a sucursales o establecimientos permanentes del exterior, o bien se podría adoptar la doctrina del denominado dividendo ficto. Concluye que en este caso, el Fisco pretende imponer un tributo contrario al principio de legalidad.

Acompaña prueba documental y ofrece informativa y pericial contable. Hace reserva del caso federal. Solicita se declare la nulidad impetrada o, en subsidio, se revoque el acto apelado. Con costas.

II. A fs. 94/100 contesta traslado el Fisco Nacional. En primer término rechaza el planteo de nulidad. Arguye que la cuestión debatida en autos se centra en la deducibilidad del quebranto de Glad Valley Investments Limited (Bahamas) del año 2008, el cual proviene de su totalidad del resultado de su empresa controlada FJC SCA (Uruguay); siendo que la primera de las empresas citada no realiza actividades y es sólo la propietaria de la segunda, lo cual se ve ratificado por los estados contables de Glad Valley Investments Limited, subrayando que el resultado no es por venta de acciones sino por la tenencia del paquete accionario de la controlada. Dice que estas cuestiones fueron expuestas desde el informe de inspección hasta el dictado de la resolución apelada, con lo cual no existió la violación del derecho de defensa invocada. Solicita la imposición de costas a la recurrente.

En cuanto al ajuste practicado, pone de relieve que la actora debía gravar la totalidad de la ganancia obtenida por la sociedad del exterior en los períodos fiscales 2009 y 2010 sin imputar el quebranto generado en el período 2008 por la firma Glad Valley Investments Limited, atento no resultar acreditado el origen del mismo. Luego de realizar una transcripción -de la parte pertinente- de los arts. 133, 135 y 148 de la ley del impuesto a las ganancias y el art. 165.6 del decreto reglamentario, concluye que no

puede computar los quebrantos de fuente extranjera, salvo que provengan de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales, por parte de la accionista local, con lo cual no resulta procedente lo manifestado por la apelante al entender que se pueden compensar las ganancias con las pérdidas por el sólo hecho de que provengan de la misma sociedad. Cita en abono a su postura, lo resuelto por el Címero Tribunal in re “Maltería Pampa S.A.”.

Finalmente, en cuanto a la liquidación de accesorios, peticiona que la misma ha quedado firme, toda vez que la apelante no expresó agravios al respecto.

Se opone a la producción de prueba. Hace reserva de caso federal.

Solicita se confirme el acto apelado, con costas.

III. Que a fs. 112, pto. 2 se abre la causa prueba, admitiéndose la producción de la informativa y pericial contable (ptos. 3 y 4, respectivamente).

A fs. 176 se clausura el período probatorio. A fs. 179 se eleva la causa a conocimiento de la Sala “D” y a fs. 181 se pone a alegar, obrando los mismos a fs. 185/186 y fs. 187/190.

A fs. 191 pasan los autos a sentencia.

IV. Que en primer lugar, corresponde tratar la excepción de nulidad articulada por la recurrente (vide fs. 75 vta./77 vta.), diferida a esta instancia procesal (vide fs. 102, pto. 2).

Que corresponde señalar que “la nulidad por vicios procesales carece de un fin en sí misma, es decir, no tiene existencia autónoma, dado que el derecho procesal es una vía para asegurar la aplicación del derecho de fondo. Sólo procede cuando de la violación de las formalidades surge un perjuicio real y concreto en el derecho de la parte, principio que se sintetiza en la máxima “no hay nulidad por la nulidad misma”, receptado en el art. 172 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación” (cfr. criterio de la Alzada, Sala V in re “Sosa Mirta Elena”, sentencia del 6 de junio de 1997).

Que no se advierte en autos violación alguna al derecho de defensa o la garantía del debido proceso toda vez que el acto apelado cumple con los requisitos estipulados por el art. 7 de la ley de procedimiento administrativo; ello así, sus agravios exhiben una discrepancia con el criterio del Fisco para realizar el ajuste practicado, lo que no puede implicar la invalidez del acto. Por todo ello, corresponde rechazar la excepción articulada, con costas.

V. Que corresponde resolver la procedencia del ajuste practicado.

Que dentro del marco de la fiscalización se evaluó el origen y tratamiento seguido por parte de la recurrente con respecto del quebranto de fuente extranjera proveniente de la firma Glad Valley Investments Limited radicada en Bahamas, de la cual la apelante posee el 100% del capital accionario. Cabe aclarar que dicha empresa no desarrollaba actividades, sino que resultaba ser la tenedora del paquete accionario de la uruguaya FJC S.C.A., la cual realizaba inversiones en instrumentos financieros. Ponen de resalto los actuantes que la Comunidad de Bahamas se encontraba incluida como país de baja o nula tributación, conforme el art. 21.7 del decreto reglamentario de la ley del impuesto a las ganancias, aplicable a los períodos determinados.

Que el quebranto sufrido en 2008 resultó muy significativo –según el Fisco–, indicando que la aquí recurrente no consignó como tal en sus declaraciones juradas del impuesto a las ganancias de dicho

año. No obstante ello, se puntualiza que este quebranto fue utilizado para absorber los resultados positivos obtenidos por la empresa en los ejercicios fiscales 2009 y 2010. En tal sentido, se refleja que la Sra. Ostry computó en el ejercicio 2010 el resultado consolidado de 2008 (-13.619.116); 2009 (+4.404.084); y 2010 (+9.290.952), declarando únicamente un resultado positivo en este último ejercicio de \$ 75.920 (vide fs. 75 Cpo. Principal 1).

Según se desprende de lo expresado en informe final de inspección, en el período 2008 no reflejó en sus declaraciones juradas del impuesto a las ganancias el quebranto arrojado por la empresa situada en las Islas Bahamas, pero utilizó de hecho dicho quebranto en los ejercicios fiscales 2009 y 2010.

Que en particular, entendió que el caso se encuentra comprendido dentro del supuesto que prevé la ley del impuesto de ganancias en el art. 133 inc. a) y en el primer párrafo del art. 135, de modo que un accionista del país no puede computar otros quebrantos de fuente extranjera a los fines de la ley citada, más allá de los que allí específicamente se establecen, es decir los originados en la enajenación de acciones, cuotas o participaciones societarias, incluidas las cuotas partes de los fondos comunes de inversión.

Ello así, en virtud de lo dispuesto por los artículos citados, además del 148 de la ley del impuesto a las ganancias y el art. 165 y los artículos agregados a continuación del decreto reglamentario de la misma norma legal, el ajuste proyectado consistió en atribuir a cada período fiscal las rentas gravadas correspondientes a la segunda categoría de fuente extranjera provenientes de Glad Valley Investments Limited y anular la compensación del quebranto de la misma fuente originado en el ejercicio 2008, que la contribuyente computara contra las utilidades de los ejercicios 2009 y 2010, en cuanto existe una limitación legal para el cómputo de quebrantos de sociedades constituidas en países de baja o nula tributación.

VI. Sentado lo expuesto, corresponde hacer un análisis del marco normativo aplicable en los períodos determinados.

El art. 133 de la ley del gravamen, en su primer párrafo, establece que la imputación de ganancias y de gastos referidos al mencionado Tít. IX de la ley del impuesto se realizará de acuerdo con los principios generales regulados en el art. 18 que resulten aplicables “con las adecuaciones que se establecen a continuación”. Ello así, el inc. a) del art. 133 prevé que el residente en el país, comprendido en los incs. d) y e) del art. 119, titular de establecimientos estables ubicados en el exterior y definidos en el art. 128, debe imputar los resultados de ellos en el momento en que finalicen sus ejercicios anuales; tal criterio también se debe adoptar en caso de un residente en el país, titular de sociedades por acciones ubicadas en países de baja o nula tributación.

Por su parte el art. 135, dispone que los residentes en el país comprendidos en los incs. d), e) y f) del art. 119, los establecimientos estables a que se refiere el art. 128 y las sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de baja o nula tributación cuyas ganancias tengan origen, principalmente, en intereses, dividendos, regalías, alquileres u otras ganancias pasivas similares, sólo podrán imputar los quebrantos de fuente extranjera provenientes de la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas parte de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones–, contra las utilidades netas de la misma fuente que provengan de igual tipo de operaciones. En el caso de las sociedades por acciones antes citadas, los accionistas residentes no podrán computar otros quebrantos de fuente extranjera a los fines de esa ley.

En cuanto al art. 148 fija que los titulares residentes en el país de los establecimientos permanentes definidos en el art. 128, asignarán los resultados impositivos de fuente extranjera de los mismos, aún cuando los beneficios no les hubieran sido remesados ni acreditados en sus cuentas; siendo idéntico el criterio para los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en el exterior. Lo expresado anteriormente según la norma analizada, no rige respecto de los quebrantos de fuente extranjera atribuibles a dichos establecimientos y originados por la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas parte de los fondos comunes de inversión o instituciones que cumplan la misma función– los que, expresados en la moneda del país en el que se encuentran instalados, serán compensados en la forma dispuesta en el art. 135.

Que cabe traer a colación que el art. 165.6.3 del decreto reglamentario, dispone que la imputación de ganancias y gastos y asignación de resultados previstas en los arts. 133 inc. a) y 148 en la ley del gravamen para los accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de nula o baja tributación, comprende no solo a las inversiones directas efectuadas en una o más de estas sociedades, sino también a las que esta o estas últimas mantengan en su condición de socias o accionistas de otras sociedades constituidas o ubicadas en países de igual categorización tributaria. Asimismo, se desprende del art. 165.6.5 que los residentes en el país que sean accionistas en países de baja o nula tributación “sólo podrán computar los quebrantos de fuente extranjera originados en la enajenación de acciones, cuotas o participaciones sociales –incluidas las cuotas parte de los fondos comunes de inversión o entidades de otra denominación que cumplan iguales funciones– atribuibles a operaciones realizadas por dichas sociedades, contra las ganancias netas de misma fuente derivadas de igual tipo de operaciones realizadas por esas sociedades”.

Que si bien la actora cuestiona la aplicación al caso del precedente de la Corte Suprema “Maltería Pampa SA (TF 27000-I) c/DGI”, sentencia del 25 de febrero de 2015, por tratarse de supuestos de hecho distintos, lo cierto es que tanto en el dictamen de la Procuradora como en la sentencia se propicia que a fin de establecer la correcta inteligencia de las normas que regulan ese caso, se requiere no aislar cada artículo sólo por su fin inmediato y concreto, sino que debe procurarse que todos se entiendan teniendo en cuenta los fines de los demás y considerándolos como dirigidos a colaborar, en su ordenada estructuración, para que las disposiciones imperativas no estén sujetas a merced de cualquier artificio dirigido a soslayarlas en perjuicio de quien se tuvo en mira proteger (Fallos: 294:223; 327:5649), método interpretativo que resulta aplicable en el caso concreto.

Ello así, se desprende de la reseña legal efectuada que se ha fijado una mecánica específica de determinación de los montos a ser asignados como rentas pasivas por parte del accionista local, al no admitir su compensación con los resultados negativos generados bajo cualquier otro concepto, excepto exclusivamente los derivados de la enajenación de acciones, cuotas partes o participaciones sociales, imputables únicamente contra los beneficios del mismo origen y fuente.

Que según surge de los antecedentes administrativos, con fecha 14 de mayo de 2015 se presentó nota a la inspección en representación de la actora, en la que se señaló expresamente que “el quebranto de Glad Valley Investments Limited (Bahamas) del año 2008, proviene en su totalidad del resultado de su empresa controlada, FJC SCA que está constituida y radicada en Uruguay. La empresa Glad Valley Investments Bahamas, no realiza actividades, es sólo la propietaria de las acciones de FJC S.C.A.” (vide fs. 950 Cpo. OI N° 892.244).

Que según el Fisco tal situación se ratifica en los estados contables de la empresa de Bahamas, puntualizando que el resultado de la misma no es por venta de acciones sino por la tenencia del paquete accionario (VPP) de la empresa uruguaya (vide fs. 76 Cpo. Principal N° 1). Que ello se ve

corroborado por lo expuesto por el perito contador por parte del Fisco cuando pone de relieve que el resultado negativo del balance correspondiente al ejercicio 2008 de FCJ S.C.A. se origina al igual que las utilidades de los ejercicios 2009 y 2010, por gestionar una cartera de instrumentos financieros de diversa naturaleza, en tanto que los resultados de Glad Valley Inv. Ltd. surgen por la tenencia de acciones de FJC S.C.A. (vide fs. 153 de autos).

En tal sentido resulta atinada la impugnación de la pericia que formulara el representante fiscal en cuanto a lo expuesto por el experto propuesto por la actora en el pto. C, en tanto implica un juicio de valor que excede la labor encomendada; adviértase que el perito sólo refiere a que el resultado negativo correspondiente tanto a la sociedad de Bahamas como a la de Uruguay se origina, al igual que las utilidades de los ejercicios 2009 y 2010, en la operatoria realizada con activos tales como acciones, bonos, cuotas, fondos comunes de inversión y demás, pero sin referirse expresamente al supuesto de enajenación de aquellos que es el supuesto contemplado por el plexo normativo reseñado para el cómputo de quebrantos de fuente extranjera para los residentes en el país que sean accionistas en países de baja o nula tributación (vide fs. 152 vta./153 y fs. 157/158).

En cuanto a la prueba informativa producida en autos (fs. 162/165 vta.) cabe poner de relieve que la existencia de otras inspecciones del Fisco que involucraron distintos contribuyentes y empresas resultan ajenas a esta litis y, por ende, las conclusiones allí arribadas no pueden trasladarse al caso concreto, el cual presenta características particulares.

Que en efecto, no ha sido demostrado que Glad Valley Inv. Ltd realizara la enajenación de acciones o cuotas de participación sino que computaba resultados de inversiones permanentes por su participación en el 100% de la empresa uruguaya FJC S.C.A.; en consecuencia, no se concretan los supuestos previstos en el plexo normativo citado para habilitar el cómputo de quebrantos ya que no resulta procedente que se puedan compensar las ganancias con las pérdidas por el solo hecho de que provengan de la misma sociedad.

Ello así, la determinación realizada por el Fisco resulta ajustada a derecho, no advirtiéndose violación alguna al principio de legalidad como lo expone la actora.

VII. Asimismo, corresponde también confirmar la liquidación de los intereses resarcitorios efectuada en el acto apelado, toda vez que los mismos se ajustan a lo dispuesto por el art. 37 de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y modif.), y que la actora no ha formulado agravios concretos contra su imposición ni tampoco impugnó el método empleado para su liquidación.

VIII. Que en virtud de lo expuesto, rechazar el planteo de nulidad articulado por la actora y confirmar la resolución apelada en todas sus partes, imponiéndose la costas a cargo de la parte vencida.

La Dra. O'Donnell dijo:

Adhiero a la decisión propiciada por la Vocal instructora, salvo en lo que respecta a las costas referidas a la nulidad resuelta en su pto. IV, ya que como estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Bolland y Cía. SA c/DGI", sentencia del 21/2/13, en los casos en los que la defensa no es tratada ni resuelta como cuestión previa, no corresponde la imposición de costas en forma autónoma.

El Dr. Martín dijo:

Que adhiere al voto de la Dra. Gómez.

Del resultado de la votación que antecede,

SE RESUELVE:

1.º) Rechazar el planteo de nulidad articulado por la actora. Con costas.

2.º) Confirmar la resolución apelada en todas sus partes, imponiéndose las costas a cargo de la parte vencida.

3.º) Regular en conjunto los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional, por su actuación en autos en la suma de \$ 135.910 (pesos ciento treinta y cinco mil novecientos diez) por la representación procesal y de \$ 339.776 (pesos trescientos treinta y nueve mil setecientos setenta y seis) por el patrocinio letrado; los que quedan a cargo del recurrente, teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio, el resultado obtenido y la tarea desarrollada por cada uno de los profesionales intervinientes en autos por la primer etapa, siendo aplicable al efecto lo dispuesto por los arts. 9, 7, 19, 37, 38 y concordantes de la Ley 21.839, modificada por la Ley 24.432.

4.º) Regular en conjunto los honorarios de los profesionales intervinientes por el Fisco Nacional, fijándolos para la representación procesal en la suma de \$ 275.002 (pesos doscientos setenta y cinco mil dos) equivalente a 132,53 (ciento treinta y dos con 53/100) UMA –Unidad de Medida Arancelaria– y por el patrocinio letrado, la suma de \$ 687.505 (pesos seiscientos ochenta y siete mil quinientos cinco) equivalente a 331,33 (trescientos treinta y uno con 33/100) UMA, los que quedan a cargo del recurrente, teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio, la actividad desarrollada en la segunda y tercer etapa procesal cumplida y el resultado obtenido, conforme lo dispuesto por los arts. 14, 15, 16, 19, 20, 21, 22, 24, 29 y 51 de la Ley 27.423, AA. C.S.J.N. 8/19 (15/04/2019) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Dto. 1.077/17.

5.º) Regular los honorarios del contador Jose Luis Domper por su desempeño en autos como perito contador designado a propuesta del Fisco Nacional en la suma de \$ 397.247 (pesos trescientos noventa y siete mil doscientos cuarenta y siete) equivalente a 191,44 (ciento noventa y uno con 44/100) UMA –Unidad de Medida Arancelaria– la que queda a cargo del recurrente, teniendo en cuenta a tales fines el monto del litigio y la labor pericial realizada conforme lo dispuesto por los arts. 16, 19, 21, 24 y 51 de la Ley 27.423, AA. C.S.J.N. 8/19 (15/04/2019) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Dto. 1.077/17.

6.º) Se deja constancia que las sumas reguladas en los puntos precedentes no incluyen el impuesto al valor agregado.

Regístrese, notifíquese, devuélvanse los antecedentes administrativos acompañados y oportunamente archívese.

Fdo.: Dres. Edith Viviana Gómez, Agustina O'Donnell y Daniel Alejandro Martín (vocales).

Ante mí: Nicolás Agustín Ciafardini (secretario letrado int.).