

Jurisprudencia

Buenos Aires, 4 de octubre de 2018

Fuente: circular de la repartición

Impuesto a las ganancias. Deducciones. Compañías de seguros. Previsiones. Reservas por siniestros ocurridos y no reportados (IBNR). Períodos fiscales en los cuales imputar los resultados derivados de la reserva. Se revoca parcialmente la resolución que impugnaba la deducción. Créditos por préstamos otorgados con garantía hipotecaria. Se confirma la resolución que impugnaba el importe computado como quebranto. Compañía de Seguros La Mercantil Andina S.A. s/apelación. T.F.N., Sala B.

Buenos Aires, 4 de octubre de 2018.

AUTOS Y VISTOS: el Expte. 33.509-I, caratulado: “Compañía de Seguros La Mercantil Andina SA s/apelación-Impuesto a las Ganancias” y

CONSIDERANDO:

I. Que a fs. 95/131 la actora interpone recursos de apelación contra la Resolución 230/09 dictada por el Jefe de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Mendoza de la A.F.I.P.-D.G.I, por la que se determina de oficio la obligación tributaria en el Impuesto a las Ganancias períodos fiscales 2003 a 2005; aplica multa con fundamento en el art. 45 Ley 11.683, con más sus intereses resarcitorios.

Que en primer lugar, manifiesta que la A.F.I.P. cuestionó el tratamiento fiscal otorgado por la contribuyente a una serie de situaciones, alguna de las cuales fueron conformadas con la presentación de las correspondientes declaraciones juradas rectificativas, otras controversias en cambio fueron subsanadas ante las explicaciones y fundamentaciones técnicas expuestas por la recurrente, que culminaron con el desistimiento fiscal de tales ajustes, conforme consta en las constancias administrativas, quedando en discusión solamente, tres cuestiones controvertidas que originaron el dictado de resolución de vista, ante la cual, se presentó descargo con el consiguiente ofrecimiento de pruebas y fundamentos para desvirtuar la pretensión fiscal. Agrega que con la sanción de la Ley 26.476 regularizó la situación de una factura que había sido observada, quedando los ajustes reducidos a dos supuestos.

Manifiesta que los ajustes efectuados por el Fisco Nacional corresponden a la deducción del incremento de reserva por siniestros ocurridos y no reportados (IBNR), por los períodos fiscales 2003 y 2004 por \$ 7.450.557 y \$ 3.436.296, respectivamente, por entender que el criterio de imputación de resultados utilizados por la recurrente contablemente, no fue idéntico con el tratamiento impositivo que realizó La Mercantil Andina SA.

Alega que otro de los ajustes corresponde a la impugnación por el período fiscal 2004 de un importe de \$ 5.625.383, correspondiente a la deducción impositiva efectuada por la recurrente y correspondiente a un quebranto por incobrabilidad generado por un préstamo efectuado en el año 1999 a TCA SA.

Con respecto al primero de los ajustes considera que la reserva IBNR, constituye un pasivo complementario de los Siniestros Pendientes y por tal motivo, integra el costo o gasto que la ley

determina que se debe detraer de las ganancias brutas, a efectos de determinar la ganancia neta sujeta a impuesto.

Afirma que el costo o gasto necesario para obtener, mantener y conservar ganancias, debe detraerse apareado a los ingresos que los originan. Alega que la aplicación del diferimento de las pérdidas, basada en una disposición de la Superintendencia de Seguros de la Nación (Res. Gral. S.S.N. 28.906/02), tuvo como interés directo por parte de ese organismo de contralor, otorgar un beneficio de excepción para la regularización de las mismas y también en esa misma resolución estableció limitaciones a las Entidades que hicieran uso de la opción de diferimento.

Destaca que las limitaciones a las que se hace referencia anteriormente, establecieron que las entidades que hicieron uso de la opción no podrán; realizar disminuciones de capital, distribuir utilidades en efectivo, ni efectuar devoluciones de aportes de capital hasta la total amortización de los importes diferidos. Con lo cual se denota claramente, que la pérdida está, existe y debe ser absorbida, antes de efectuar la distribución de utilidades. Por ello es que manifiesta que tampoco corresponde tributar impuesto a las ganancias sobre esos saldos diferidos.

Alega que la entidad efectuó su balance fiscal basado en las disposiciones de la Ley 20.628 y su reglamentación. Una norma de excepción de un Organismo de Contralor de un Sector, no puede considerarse por encima de una Ley de la Nación. Manifiesta que los registros contables y exposición en Balances denotan la constitución del pasivo por el monto total de la Reserva determinada y considerada para la determinación del resultado impositivo.

Afirma que la opción de excepción reglamentada por la Norma de Superintendencia de Seguros de la Nación (Res. Gral. S.S.N. 28.906/02), no posee asidero contable de ningún tipo y obviamente se aleja de todos los principios contables. Es solo una excepción que otorga un beneficio de exposición en los Estados Contables.

Considera que el criterio argumentado por la A.F.I.P., se aleja de la realidad económica de la empresa y de la Ley del impuesto a las Ganancias y en ese sentido, discrepan en la determinación del ajuste planteado y rechazan esa determinación solicitando el desistimiento de la pretensión fiscal.

Que en cuanto a los fundamentos respecto del ajuste “quebranto por préstamo a TCA SA” manifiesta que el 27 de diciembre de 1999 efectuó un préstamo a TCA SA por u\$s 1.930.000, equivalente a \$ 1.930.000 de acuerdo a lo previsto por el régimen de convertibilidad establecido por las Leyes 23.928 y 25.445.

Señala que la operación se efectuó a través de depósitos bancarios y se estableció una garantía real con hipoteca en primer grado de privilegio sobre un inmueble de propiedad de la Empresa TCA SA, ubicado en el departamento de Santa Lucia de la Provincia de San Juan.

Manifiesta que después del descalabro económico y la crisis generalizada iniciada tras la caída del Presidente De la Rúa, se plantea la salida del régimen de convertibilidad. Cada una de las empresas (La Mercantil Andina y TCA SA) poseen un departamento contable que iba registrando la operación de devengamiento de intereses y actualización de valores de moneda extranjera, con un mecanismo de imputación distinto en cada una de ellas.

Afirma que La Mercantil Andina y TCA SA, habida cuenta de las situaciones particulares de ambas empresas, comienzan una ronda de negociaciones, a efectos de ponerse de acuerdo en una reformulación del préstamo. Cabe destacar, que La Mercantil Andina, en tanto no se arribara a un

acuerdo, registraba contablemente, toda la deuda original con las actualizaciones e intereses correspondientes al convenio de otorgamiento del préstamo del año 1999, con prescindencia de lo establecido por las leyes de negociación posteriores a la caída del régimen de convertibilidad.

Sostiene que con fecha 12 de Julio de 2004, se celebró el acuerdo mediante el cual, se fijó el valor de préstamo en la suma de \$ 6.451.517, instrumentado a través de escritura N° 101. Afirma que la diferencia entre el importe contabilizado por La Mercantil Andina de \$ 20.699.432,44 con el importe final acordado, de valuación de préstamo, esto es \$ 6.451.517, generó un quebranto de incobrabilidad de \$ 14.247.915,44, que fue computado como deducción por la recurrente, en un todo de acuerdo con la reducción acordada del crédito.

Afirma que a fin de proceder a la cancelación del monto final acordado, TCA SA, ante la imposibilidad de hacer efectiva su obligación en la misma moneda en la que fuera suscripta la obligación original, transfiere un inmueble de su propiedad, cuya valuación efectuada por el Tribunal de Tasación de la Nación, ascendió a la suma de pesos: \$ 12.076.900.

Alega que el Organismo recaudador no objeta la deducción por disminución de crédito entre el importe original de \$ 20.699.432,44 con los \$ 12.076.900 impugnando exclusivamente la diferencia entre este último importe y el valor asignado por mutuo acuerdo del préstamo ajuste que alcanza el importe de \$ 5.625.383. Diferencia ésta que, según el informe final de inspección, corresponde al exceso del quebranto no admisible impositivamente.

Afirma que ha quedado acreditado que tanto La Mercantil Andina SA y TCA SA, son sociedades vinculadas, y que por otra parte no ha existido un acto de liberalidad mediante la cual TCA se desprende de un inmueble valuado en un importe superior al valor del préstamo acordado con La Mercantil, transfiriendo dicho inmueble en concepto de dación en pago por la totalidad de su obligación con TCA, sin recibir por la diferencia entre el valor del inmueble (\$ 12.076.900) y el monto del préstamo acordado (\$ 6.451.517) ningún tipo de contraprestación.

Manifiesta que si este hubiera sido el caso resultaría evidente que la recurrente hubiera obtenido una ganancia imponible por haber recibido como contraprestación un importe mayor al monto del crédito acordado. Y esto no fue así, puesto que por el mayor valor asignado al inmueble La Mercantil Andina ha transferido los derechos de alquiler por el termino de cinco años por el inmueble recibido en transferencia de TCA por \$ 1.000.000 más el pago de gastos de escrituración correspondientes a TCA más la cesión de acciones y/o derechos propiedad de La Mercantil, de manera tal que ha quedado acreditada en las presentes actuaciones la existencia de una contraprestación real y efectiva por el excedente del valor del inmueble recibido.

Señala que el Organismo Fiscal efectúa un encuadramiento de la conducta fiscal originada en los ajustes detectados, encuadrándola en el art. 45 de la Ley 11.683 (t.o. en 1998 y sus modif.) por entender que la recurrente ha consignado las DDJJ por los períodos fiscales 2003 y 2005 montos imponibles inexactos, dejando de ingresar el gravamen en su justa medida.

Ofrece prueba, reserva la cuestión federal y solicita se revoque el acto apelado, con costas.

II. Que a fs. 139/148 el Fisco Nacional contesta el recurso y niega todos y cada uno de los hechos alegados por la recurrente.

Que en primer lugar, respecto a los agravios relativos a la impugnación del ajuste impositivo relativo a la reserva de IBNR en el Impuesto a las Ganancias por su impropio diferimiento en los períodos fiscales 2003 y 2004 por \$ 7.450.557 y \$ 3.436.296 que fueron revertidos en el período fiscal 2005.

Manifiesta que tal como surge de la Determinación de Oficio en el presente caso no se ha puesto en discusión la procedencia del cargo a resultados de la previsión denominada "Reserva IBNR" que requiere como requisito el cumplimiento de las normas que estipula al efecto la Superintendencia de Seguros de la Nación, respecto de la actividad aseguradora, por lo que los agravios de la actora se tornan abstractos.

Alega que tampoco se ha cuestionado el valor asignado a la previsión, sino que la controversia se centra en determinar en cuál o cuáles período/s fiscal/es la recurrente debió imputar los resultados derivados de dicha reserva. Señala que no se ha cuestionado el valor asignado a la previsión sino que en los períodos fiscales 2003 y 2004 la firma ejerció la opción admitida por la SSN y difirió contablemente a períodos futuros el cargo como resultado negativo del incremento de la reserva IBNR en las sumas de \$ 7.450.557 y \$ 3.436.296, respectivamente, pero impositivamente cargó como resultado negativo los montos referidos y en el período fiscal 2005 revertió dichos ajustes (haber devuelto al resultado del 2005 los ajustes que realizó en los períodos fiscales 2003 y 2004 no modifica en absoluto la incorrecta determinación en éstos períodos fiscales).

Manifiesta que habiendo diferido contablemente a períodos futuros el cargo del resultado negativo del incremento del IBNR debió haber seguido el mismo criterio a los efectos fiscales. Es decir que para determinar su resultado impositivo no puede realizar un ajuste que anule el diferimiento, haciendo, de este modo, incidir el total de lo provisionado en el ejercicio.

Sostiene que ha quedado evidenciado que a los efectos fiscales la contribuyente adoptó un criterio arbitrario de imputación de resultados cuando en los hechos se verificó que en las constancias contables de la empresa había registrado el diferimiento a períodos futuros del cargo como resultado negativo del incremento del IBNR respecto de la reserva por insuficiencia y desvíos de siniestralidad, en virtud de haber hecho uso de la opción estipulada por el art. 4 de la Res. Gral. S.S.N. 28.906/02.

En lo relativo a los agravios por la impugnación correspondiente a la deducción impositiva efectuada en exceso por la recurrente correspondiente a un quebranto por incobrabilidad manifiesta que en el año 2004 se detectó respecto de un préstamo otorgado en el año 1999 a la firma TCA SA, que la actora compute un quebranto superior al verificado por la fiscalización interviniente.

Manifiesta que en el año 2004 la firma realiza un acuerdo con TCA condonando parte de la deuda y fijando su valor en \$ 6.451.000. Posteriormente, al cierre del ejercicio 2004 el Tribunal de Tasaciones otorga al inmueble un valor de \$ 12.076.900. En consecuencia sostiene que el quebranto admisible es la diferencia entre los montos de la acreencia al 30/06/2004 de \$ 20.699.433 (incluyendo intereses y diferencias de cambio) y los \$ 12.076.900 que se recuperan con el valor de los inmuebles. Por lo tanto el valor admitido como deducción asciende a \$ 8.622.533, correspondiendo ajustar \$ 5.625.383 (la diferencia entre 14.247.916 - 8.622.533) por la deducción impositiva computada en exceso.

En cuanto a la aplicación de intereses resarcitorios sostiene que no puede admitirse la exoneración de los intereses, por ello solicita su confirmación. En cuanto a la aplicación de multa manifiesta que la culpabilidad negada en el recurso ha quedado acreditada en el caso, como mínimo, en el grado atribuido en la resolución apelada, sin que la sola invocación de su inexistencia sin intentar siquiera explicación alguna puede ser admisible para excluirla.

Manifiesta que la conducta del apelante, no puede atribuirse a un error excusable, por lo que concurre en grado suficiente el elemento subjetivo que contempla el art. 45 de la Ley 11.683 para lo que basta una conducta omisiva negligente o culpable como la incurrida en la especie.

Hace reserva la cuestión federal y solicita se confirme el acto apelado, con costas.

III. Que a fs. 188 se abre la causa a prueba, ordenándose producir la prueba pericial contable y testimonial. A fs. 193 se produce la prueba testimonial y a fs. 211/215 la pericial contable. A fs. 217 se clausura el período de instrucción. A fs. 220 se elevan los autos a consideración de la sala "B" y pasan para alegar. A fs. 228/230 obra alegato del Fisco Nacional, no habiendo hecho uso la actora del derecho otorgado a fs. 220. A fs. 232 se llaman los autos a sentencia.

IV. Que, a continuación, debe este Tribunal entrar a analizar la causa de acuerdo a los términos en que ha quedado trabada la litis.

Que conforme lo expuesto, la discusión en el presente caso se circunscribe exclusivamente a dos de los ajustes que fueron proyectados con la vista corrida, los que a efectos de su individualización se denominan en términos genéricos "Reserva IBNR" y "Quebranto por préstamo a TCA SA".

a) Que en el primero de los ajustes, surge de las cuentas del Balance la constitución de una reserva denominada IBNR (Reserva por siniestros ocurridos y no reportados) que es constituida por las compañías de seguro con expresos lineamientos de las normas de la Superintendencia de Seguros de la Nación. La operatoria de seguros se caracteriza por percibir el precio o prima en primer lugar y a posteriori se solventan los eventuales siniestros que afectan a los riesgos amparados, por lo cual para aplicar el criterio de lo devengado y el apareamiento de ingresos y gastos se utilizan las conocidas "reservas técnicas" que incluyen las "reservas de primas" (primas cobradas que aún no han sido ganadas) y "reservas de siniestros" (representan el costo estimado de siniestros ocurridos aún no abonados) que constituyen compromisos con los asegurados. Las reservas IBNR son reservas de siniestros que se estiman ocurridos en el ejercicio pero que no fueron denunciados aún. Ahora hablar de "reserva" implica la representación contable de fondos que constituyen el patrimonio neto social y tienen su origen en utilidades mantenidas en la empresa, no tienen como contrapartida un cargo contra resultados brutos.

Por lo tanto estamos frente a una "previsión", constituida para hacer frente a una contingencia. La Ley de Impuesto a las Ganancias admite deducir, según lo previsto por el art. 87 inc. d) las sumas que las compañías de seguro destinen a integrar las previsiones por reservas matemáticas, reservas para riesgos en curso y similares, conforme con las normas impuestas sobre el particular por la Superintendencia de Seguros y otra dependencia oficial. De acuerdo a lo expresado por el Dict. D.A.T. 33/05, se puede decir que la Reserva IBNR es una previsión "similar" a las admitidas para su deducción atento a su cálculo de acuerdo a las estrictas normas de la Superintendencia.

En el primer ejercicio de constitución de esta reserva (2003), la Superintendencia permitió a las compañías la utilización del siguiente método: la diferencia resultante del mayor pasivo que pudiera derivarse de la aplicación del método de cálculo general respecto de un método de cálculo alternativo (por Insuficiencia y Desvíos de Siniestralidad) en ocasión de la primera constitución, puede amortizarse a razón de 12,5% en ocho trimestres a partir del 30-9-03. En el ejercicio 2003, la Compañía de Seguros La Mercantil Andina ejerció dicha opción difiriendo contablemente \$ 7.450.557 de los \$ 34.293.691 que imputó a quebranto por la constitución de dicha "reserva" (ver fs. 8, 13, 29 y 77 de los Estados Contables por el Ejercicio cerrado al 30/06/2003, y f. 45 del "Cuerpo Anexo: Balances de Sumas y

Saldos), exponiendo en sus Estados Contables el pasivo por esta “reserva” menos el diferimento por el cual optó (cumpliendo con las normas de la Res. Gral. S.S.N. 28.906/02).

Como parte del diferimento, en ocho trimestres, involucra al Ejercicio siguiente (2004), también ajusta los \$ 3.436.296 correspondiente a ese ejercicio (ver fs. 28 y 66 de los Estados Contables por el Ejercicio cerrado al 30/06/2004 y f. 379 del “Cuerpo Anexo: Balances de Sumas y Saldos). Es decir que para constituir la “reserva”, que es admitida siempre que cumpla con las normas de la Superintendencia, ha optado contablemente por el diferimento conforme a lo admitido por el mencionado organismo pero, impositivamente, disminuye la base imponible mediante un ajuste al resultado contable.

La recurrente aportó copia del reglamento relativo a la actividad aseguradora, que obra a fs. 208 de los antecedentes administrativos. En el pto. 39.6.7 del citado Reglamento se indica que las entidades aseguradoras sujetas al control de la SSN deberán constituir y valorar el pasivo por siniestros ocurridos pero no reportados, denominado IBNR, utilizando los procedimientos que, de acuerdo con el ramo y tipo de cobertura, se establecen en esa norma, quedando evidenciada la competencia que posee el organismo de control en lo relativo a la “Reserva IBNR”.

Posteriormente en el pto. 39.6.7.11 se indica que el pasivo por IBNR se expondrá en los estados contables en el rubro Deudas con Asegurados en forma separada para cada una de las categorías de la Tabla de Ramos y Coberturas del pto. 3.6.7.3 y que en el Estado de Resultados se imputará en el concepto Siniestros Pendientes, agregando que en nota a los estados contables deberán indicarse cuáles son los factores de desarrollo acumulados para cada ramo y tipo de cobertura.

Cabe destacar que la recurrente difirió contablemente a períodos futuros el cargo como resultado negativo del incremento de reserva por siniestros ocurridos y no reportados (IBNR) del ramo automotores respecto de la reserva por insuficiencia y desvíos de siniestralidad, en las sumas de \$ 7.450.557 (2003) y \$ 3.436.296 (2004), respectivamente, pero impositivamente cargo como resultado negativo de los períodos señalados los montos referidos. Asimismo, se observa que posteriormente, en el período fiscal 2005, revirtió dichos ajustes mediante un ajuste impositivo positivo por el monto total de \$ 10.886.853.

Que en primer lugar corresponde señalar que el concepto “siniestros pendientes ocurridos y no reportados” constituyen un gasto devengado necesario para la actividad, cuyo procedimiento de cálculo es determinado por la autoridad de control –arts. 80 y 87, inc. d), de la ley del impuesto a las ganancias–

Asimismo cabe poner de resalto que en el presente caso el Fisco Nacional no ha puesto en discusión la procedencia del cargo a resultados por la previsión denominada “Reserva IBNR” como tampoco ha cuestionado el quantum o valor asignado. Corresponde señalar que dicha “reserva” requiere como requisito primario el cumplimiento de las normas que estipula al efecto la SSN respecto de la actividad aseguradora para su procedencia, por lo cual la discusión en el caso de marras gira en tome a determinar el o los períodos fiscales en los cuales la recurrente debió imputar los resultados derivados de dicha “reserva”.

Cabe aquí señalar que desde la creación del Impuesto a los Réditos y posteriormente el Impuesto a las Ganancias, la deducción de los Siniestros pagados y pendientes considerados impositivamente por las aseguradoras no mereció objeción alguna, en cuanto dichos conceptos constituyen un gasto necesario para obtener, mantener y conservar la ganancia gravada, representada por las primas. Con el transcurso del tiempo, la Superintendencia de Seguros de la Nación, estableció nuevas metodologías referentes a la

forma de valuación de los siniestros pendientes como consecuencia de la evolución del mercado asegurados con la incorporación de nuevas coberturas y responsabilidades por las aseguradoras.

Pero dicho organismo en modo alguno puede introducir cambios en cuanto al ejercicio en que los siniestros acaecidos deben ser imputados, los que deben imputarse al ejercicio de su ocurrencia. Su actuación se ha orientado a mejorar la técnica de estimación de los siniestros pendientes de acuerdo a lo que la experiencia en el ramo aconsejaba. En definitiva más allá de las normas que dicte la Superintendencia a los efectos de una mejor valuación de los siniestros pendientes, rige el principio de lo devengado para su imputación fiscal: el pasivo por siniestros pendientes se calcula de manera tal que cubra el costo estimado final del siniestro, es decir, que se impute totalmente su costo al ejercicio en que se produjo.

De conformidad con el art. 80 de la ley del gravamen, los costos originados en siniestros incurridos son deducibles por constituir la erogación principal de los ingresos gravados de la operatorias –las primas–, admitiéndose la deducción no solo de los siniestros pagados sino también de aquéllos ocurridos pero que están pendientes de pago. Por su parte, el inc. d) del art. 87 señala como deducibles las sumas que las aseguradoras destinen a integrar las provisiones por reservas matemáticas y reservas para riesgos en curso y similares, conforme las normas impuestas por la Superintendencia de Seguros, estableciendo que aquellas provisiones por reservas técnicas correspondientes al ejercicio anterior que no hubiesen sido utilizadas para abonar siniestros serán consideradas como ganancia y deberán incluirse en la ganancia neta del año. Cabe también traer a colación la Resolución General de la DGI Nº 403 del 10/11/1955 referente al Impuesto a los Réditos, la cual establece que corresponde deducir como gasto del ejercicio al quebranto que impliquen para el período fiscal respectivo, los siniestros producidos durante el ejercicio, aunque al cierre de éste no se hubiera practicado la liquidación definitiva de aquéllos pero que mantiene vigencia en la materia aquí tratada. Si bien dicha resolución fue dictada hace más de medio siglo para reglamentar una disposición de la ley del impuesto a los réditos, no ha sido derogada ni reemplazada. Indudablemente, la norma ha quedado en cierta medida desactualizada, no obstante lo cual, el sentido de sus disposiciones puede ser tenido en cuenta actualmente para resolver situaciones que presentan analogía con aquéllas que en su momento justificaron su dictado; ello así, por cuanto la norma del inc. d) del art. 87 de la Ley 20.643 (t.o. en 1998), es idéntica a la del mismo inciso del art. 68 de la Ley 11.682 (t.o. en 1955).

En definitiva, de la normativa en materia tributaria surge expresamente que el costo de los siniestros se constituye en una erogación deducible que debe ser imputada totalmente al ejercicio en que los mismos se produzcan, principio este que no puede ser modificado por una norma de la Superintendencia de Seguros la que constituye una excepción a los principios contables con la finalidad de otorgar un beneficio de exposición en los Estados Contables de las empresas de seguros con fines extrafiscales.

En consecuencia, cabe concluir que le asiste razón a la recurrente en este aspecto, razón por la cual procede revocar el ajuste fiscal respecto de la impugnación de la deducción de la reserva por siniestros ocurridos y no reportados (IBNR) por los períodos fiscales 2003 y 2004. Con costas.

b) Por otro lado en el período fiscal 2004 se detectó que, respecto de un préstamo otorgado en el año 1999 a la firma TCA SA, la recurrente computó un importe de quebranto superior al verificado en la auditoría fiscal practicada.

Para el ejercicio 2004, se detecta la existencia de un ajuste al Resultado Contable de \$ 14.247.916,06 que la firma describe con “Previsión préstamo TCA” y que, según las explicaciones dadas, tiene su origen en una operación de préstamo efectuado a TCA SA en 1999, con garantía hipotecaria. Al cierre del

Ejercicio 2003 el crédito (incluyendo intereses y diferencias de cambio) ascendía a \$ 16.690.000, contablemente constituye una "Previsión por Desvalorización de Inmuebles" del inmueble objeto de la garantía hipotecaria, basado en que, habiendo solicitado una valuación del Tribunal de Tasaciones de la Nación, éste le asignó un valor de \$ 6.900.000. Impositivamente se ajusta la previsión, disminuyendo quebrantos, por lo cual no hay observaciones que realizar. Sin embargo, en el Ejercicio 2004 la firma decide realizar un acuerdo con TCA condonando parte de la deuda y fijando el valor de la acreencia en \$ 6.451.517.

En efecto, con fecha 12/7/2004 se celebra dicho acuerdo mediante el cual se fijó el valor del préstamo en dicha suma. La diferencia entre el importe contabilizado por La Mercantil Andina de \$ 20.699.432,44 con el importe acordado de valuación del préstamo, generó una diferencia de \$ 14.247.915,44 que fue computado como deducción por la recurrente. En función del acuerdo, ante la imposibilidad de TCA de hacer efectiva su obligación en la misma moneda en la que suscribiera la obligación original, transfiere un inmueble de su propiedad cuya valuación efectuada por el Tribunal de Tasación de la Nación ascendió a \$ 12.076.900. Por lo que el Organismo Fiscal entiende que la medida del quebrando admisible fiscalmente es la diferencia entre los montos de acreencia original (\$ 20.699.433) y \$ 12.076.900 que se recuperan con el valor del inmueble, de manera tal que el valor que admite como deducción es de \$ 8.622.533, por lo tanto efectúa un ajuste al resultado impositivo de \$ 5.625.383.

En el informe final de inspección (fs. 656) se aclara que por la diferencia de valor entre el inmueble y la deuda consolidada, la recurrente se comprometía a la locación del inmueble a TCA por cinco (5) años por un importe total de \$ 1.000.000, la transferencia y cesión de acciones que posee de otra empresa del grupo (Olivos de Lagarde SA) y se haría cargo del pago de \$ 212.755 por gastos de impuestos de escrituración correspondientes a TCA SA., situación que se concreta en el ejercicio 2005, pero generando contablemente movimientos patrimoniales, salvo el alquiler y los gastos de escrituración.

Cabe advertir, tal como lo evidencia el juez administrativo, ante la magnitud de la diferencia entre el valor del crédito y el que surge del acuerdo celebrado con la vinculada a efectos de su cancelación, que resulta llamativo que no obstante haberse pactado en el contrato original dicho crédito con garantía hipotecaria, en momento alguno se evaluara ejecutar la misma. Ante ello, los bienes con los cuales la recurrente habría cancelado la diferencia entre el valor del inmueble recibido (\$ 12.076.900) y el monto arbitrariamente acordado (\$ 6.451.517), este es \$ 5.625.383, constituyen una liberalidad de su parte con la empresa TCA S.A., estas circunstancias no encuentran otra explicación que la vinculación existente entre ambas empresas.

Cabe tener presente, como lo expone calificada doctrina, que "el tratamiento de los malos créditos es uno de los aspectos a través de cuya consideración discrecional el contribuyente podría, aplicando criterios subjetivos no controlables por el Fisco, alterar los resultados del balance impositivo anual, efectuando castigos elevados en años de buenos resultados y, en cambio, moderarlos cuando los beneficios no existieran o fueran magros. Para evitar tal posibilidad las legislaciones del impuesto contienen normas que generalmente se dirigen a justificar la incobrabilidad; fijar el momento en que se produce. Además, si no se efectuara un control de su naturaleza el crédito podría ser ajeno a los fines comerciales o encubrir liberalidades. De manera que también las legislaciones se preocupan de su relación con las operaciones comerciales" (Reig, Enrique: "Impuesto a las ganancias" - Ed. Macchi - Bs. As. - 1996 - pág. 537 y ss.).

Por otra parte, entrando al análisis de las prueba producidas en esta instancia, cabe destacar que la prueba pericial nada aporta a la solución de la presente cuestión. En efecto, conforme surge de la pericial contable (fs. 211/215 de autos) en cuanto a la verificación en TCA SA de la registración de la

deuda con la Compañía de Seguros Mercantil Andina SA, los peritos dejaron constancia que se le aportaron únicamente fotocopias de los Balances de aquella empresa, y que si bien se observa allí que existe un inmueble afectado en garantía de un préstamo hipotecario, no surge de los elementos aportados la apertura del monto ni tampoco que se refiera al préstamo otorgado por LMA SA.

Que en cuanto a la prueba testimonial producida en autos cabe señalar que en modo alguno resulta apta para conmovir una determinación como las que aquí se encuentran en crisis, no aportando elementos de convicción para la resolución de la presente causa, sin perjuicio de recordar que este Tribunal tiene dicho en reiteradas oportunidades, en consonancia con cita de doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, que la prueba testimonial en sede fiscal posee un valor probatorio acotado. Al respecto, y entre otros, cabe citar lo señalado in re “Wree Helmuth Tomás” (sentencia del 30/9/2002) donde se dijera “Que, la prueba testimonial en materia fiscal tiene un valor probatorio acotado, frente a otras circunstancias que resultan probadas ... Que, al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene inveteradamente resuelto que la prueba para desvirtuar la determinación del Fisco puede ser ampliamente desarrollada “aunque claro está que esa prueba no puede consistir únicamente ... en certificaciones testimoniales ... porque de admitirse tal procedimiento, los fraudes fiscales quedarían impunes” (CSJN in re S.I.A. S.A. 06/09/1967)”.

Siendo en el presente contexto aplicable la regla “onus probandi incumbit ei qui dicit”, cabe señalar que la carga de la prueba es correlativa a la carga de la proposición de los hechos, pues como lo establece el art. 377, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cada parte deberá probar el presupuesto de hecho de las normas que invoque como soporte de su pretensión, defensa o excepción. Y que, cuando se presentan impugnaciones fundadas, donde han surgido distintos elementos que podrían dar lugar a la existencia de una maniobra fiscal, el contribuyente tiene, inexcusablemente, que recurrir a todos los medios de prueba que estén a su alcance, circunstancia esta que no ha ocurrido en autos por cuanto la actora no ha ofrecido la producción de prueba alguna en la instancia de este Tribunal.

Que como tiene dicho la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación no puede omitirse que –según reiterada doctrina, las resoluciones emanadas regularmente de la Dirección General Impositiva gozan de presunción de legitimidad –cfr. art. 12 de la Ley 19.549– por lo que no resultaría ajustado admitir de inicio que ellas respondan a un obrar injustificado o abusivo (Fallos: 318:2431; 321:695; 325:2347, entre muchos otros) por lo que, “la peculiar naturaleza del acto cuestionado tiene a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa (Fallos: 218:312; 324 y 372; 294:69) ...”. Asimismo, de seguirse otra tesis “la prerrogativa de la Administración respecto de la legitimidad de sus actos desaparecería frente a cualquier proceso judicial, obligando al Estado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asienta, así como la validez de las conclusiones extraídas de ellos, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (Fallos: 218:312; 324 y 372; 294:69)” (cfr. CSJN in re “Romero SA”, sentencia del 8/2/2005).

En función de lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta la vinculación entre las compañías, la falta de ejecución de la garantía hipotecaria, la arbitraria fijación del valor del crédito en el acuerdo celebrado y la falta de otras constancias probatorias, cabe concluir que le asiste razón al criterio fiscal en impugnar el monto del quebranto impositivo computado por la recurrente (\$ 14.247.916); por cuanto siendo que la acreencia original era de \$ 20.699.433 y se recuperan \$ 12.076.900 conforme la valuación del inmueble recibido, el valor admitido como deducción es de \$ 8.622.533, por lo que se realizó un ajuste impositivo al resultado de \$ 5.625.383 (diferencia entre el quebranto impositivo declarado y el valor admitido como deducción).

Por ello, corresponde confirmar en este aspecto el acto apelado. Con costas.

V. Que corresponde ahora analizar el aspecto infraccional de la resolución en crisis, en la medida del ajuste que se confirma, en la medida que surja impuesto a ingresar a favor del Fisco Nacional de la liquidación que habrá de practicarse en atención a la forma en que se resuelve en los Considerandos precedentes.

Que en el caso de autos se le aplicó al contribuyente una multa con sustento en el art. 45 de la ley procedimental.

Dicho ilícito requiere para su configuración, además de los presupuestos de culpa o negligencia, la concurrencia de dos situaciones: a) omisión de pago de impuestos y b) falta de presentación de declaraciones juradas o presentación de declaraciones juradas inexactas.

Al respecto, corresponde tener en cuenta lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia recaída en los autos "Elen Valmi de Claret y Garelló" del 31 de marzo de 1999, en donde al analizar la figura del art. 45 de la Ley 11.683, en lo que aquí interesa dijo: "... Surge claramente del texto transcrito que no es exigible una conducta de carácter doloso del contribuyente que deba ser acreditada por el organismo recaudador". Sentado ello, y tras recordar su conocida doctrina en el sentido que en el campo del derecho represivo tributario rige el criterio de la personalidad de la pena (que en esencia responde al principio de que solo puede ser reprimido quien sea culpable, esto es, aquél a quien la acción punible puede ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente), concluyó: "... si bien, por lo tanto, es inadmisibles la existencia de responsabilidad sin culpa, aceptado que una persona ha cometido un hecho que encuadra en una descripción de conducta que merezca sanción, su impunidad sólo puede apoyarse en la concreta y razonada apelación de alguna excusa admitida por la legislación vigente".

Con respecto a la excusabilidad del error, la jurisprudencia se ha inclinado por comprender tanto al error de hecho como al de derecho. Para que el error de derecho, en cuanto equiparable al de hecho pudiere resultar admisible, debe aducirse y demostrarse oscuridad en las distintas disposiciones de la ley cuestionada o que de la inteligencia de su texto surgieran dudas acerca de la situación frente al tributo (CSJN - Morixe Hnos. SACI -20/8/96). En efecto, la causal exonerativa del error excusable requiere para su viabilidad que sea esencial, decisiva e inculpable, extremos que deben ser examinados en consonancia con las circunstancias que rodearon el accionar de aquél a quien se le atribuye la infracción tributaria. El error es excusable si la conducta del infractor proviene de la certeza y de la convicción de la obligatoria aplicación de las normas fiscales de difícil y alambicada interpretación".

En tales condiciones, corresponde concluir que se encuentra acreditada en autos la materialidad de la infracción prevista en el art. 45 de la ley de procedimiento fiscal, toda vez que la recurrente omitió ingresar el impuesto presentando la declaración jurada en forma inexacta y ante la falta de elementos que permitan tener por configurada la existencia de un error excusable previsto en la norma, corresponde confirmar la multa aplicada.

No obstante ello, con relación al quantum de la multa aplicada, si bien la graduación de la pena es discrecional del juez administrativo en función de las circunstancias de la causa, obviamente no queda exenta de la revisión posterior que este Tribunal pueda realizar de la aplicación de dicha facultad punitiva como juez revisor de la razonabilidad del acto sancionatorio. Ello así se observa que el Juez Administrativo fijó la misma en el 70% del tributo determinado, sin dar mayores fundamentos para justificar esa graduación por encima del mínimo contemplado en la norma legal, sumado ello al hecho de que no surge de las actuaciones administrativas que corren por separado que el recurrente tenga

antecedentes sumariales previos, razón por la cual se estima procedente reducir la misma al mínimo legal previsto por el art. 45 de la ley ritual.

VI. Que en materia de los intereses resarcitorios, cabe señalar que los mismos 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. Respecto de los agravios vinculados a los intereses resarcitorios, en donde se aduce la ausencia de mora culpable, cabe señalar que, en forma reciente, la CSJN ha revisado la doctrina de fallos “Ika Renault” en donde se expuso que “si bien en el precedente de fallos 304:203 el Tribunal estableció que resulta aplicable la última parte del art. 509 del Cod. Civil que exime al deudor de las responsabilidades de la mora cuando ésta no le es imputable, las particularidades del derecho tributario ... que indudablemente se reflejan en distintos aspectos de la regulación de los mencionados intereses (fallos 308:283, 316:42 y 321: 2093), llevan a concluir que la exención de tales accesorios con sustento en las normas del código civil queda circunscripta a casos en los cuales circunstancias excepcionales ajenas al deudor que deben ser restrictivamente apreciadas han impedido a éste el oportuno cumplimiento de su obligación tributaria. Es evidente entonces que la conducta del contribuyente que ha dejado de pagar el impuesto o que lo ha hecho por un monto inferior al debido en razón de sostener un criterio en la interpretación de la ley tributaria sustantiva distinto del fijado por el órgano competente para decidir la cuestión no puede otorgar sustento a la pretendida exención de los accesorios, con prescindencia de la sencillez o complejidad que pudiese revestir la materia objeto de controversia. Ello es así máxime si se tiene en cuenta que, como lo prescribe la ley y lo puntualizó la corte en otros precedentes ..., se trata de la aplicación de intereses resarcitorios cuya naturaleza es ajena a la de las normas represivas” (cfr. CSJN, Citibank NA c/ DGI, 01/06/2000). Por lo expuesto, corresponde confirmar la procedencia de los intereses resarcitorios en la medida de lo que resulte de la liquidación que se ordena en la presente.

VII. Que, en función de lo expuesto en los Considerandos precedentes, corresponde revocar parcialmente la resolución apelada en la forma que da cuenta el Considerando IV.a) y confirmarla respecto del ajuste tratado en el Considerando IV.b), con intereses y multa en proporción al concepto que se confirma, esta última con la reducción al mínimo legal previsto por el art. 45 de la ley de rito; debiendo practicar el Fisco Nacional liquidación de los importes que resulten de lo aquí decidido en el término de 30 días, a cuyos efectos se ponen los antecedentes administrativos a su disposición. Las costas se imponen en proporción a los respectivos vencimientos.

Por ello,

SE RESUELVE:

1. Revocar parcialmente la resolución apelada en la forma que da cuenta el Considerando IV.a) y confirmarla respecto del ajuste tratado en el Considerando IV.b), con intereses y multa en proporción al concepto que se confirma, esta última con la reducción al mínimo legal previsto por el art. 45 de la ley de rito; debiendo practicar el Fisco Nacional liquidación de los importes que resulten de lo aquí decidido en el término de 30 días, a cuyos efectos se ponen los antecedentes administrativos a su disposición. Las costas se imponen en proporción a los respectivos vencimientos.

2. Se deja constancia que la presente resolución se dicta con el voto coincidente de los miembros titulares de las Vocalías de la 5ta. y 6ta. Nominación, por encontrarse en uso de licencia el titular de la Vocalía de la 4a. Nominación (conf. art. 184, segundo párrafo, de la Ley 11.683, t.o. en 1998 y su concordante 59 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal Fiscal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente devuélvase los antecedentes administrativos y archívese.

Fdo.: José Luis Pérez (vocal titular de la 5ta. Nominación) y Pablo Alejandro Porporatto (vocal titular de la 6ta. Nominación).