



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
**AÑO DE LA DEFENSA DE LA VIDA, LA LIBERTAD Y LA PROPIEDAD**

**Sentencia - Tribunal Fiscal de la Nación**

**Número:**

**Referencia:** SENTENCIA; EX-2024-19016262- -APN-SGAI#TFN; BANCO BBVA ARGENTINA S.A.;

---

**AUTOS Y VISTOS:**

El Expte. N° **EX-2024-19016262- -APN-SGAI#TFN** caratulado: **“BANCO BBVA ARGENTINA S.A. S/ recurso de Apelación”** a resolución de la Sala “B” del Tribunal Fiscal de la Nación, integrada por los Dres. Armando Magallón (Vocal Titular de la Cuarta Nominación), José Luis Pérez (Vocal Titular de la Quinta Nominación), y Pablo Porporatto (Vocal Titular de la Sexta Nominación);

**El Dr. Pérez dijo:**

I.- Que mediante RE-2024-19015910-APN-SGAI#TFN la actora interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 03/2024 (DV DEOA), de fecha 18/01/2024, dictada por la División Determinaciones de Oficio “A” del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Dirección de Operaciones Grandes Contribuyentes Nacionales, en virtud de la cual se determinó de oficio, con carácter parcial, la materia imponible en el Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas “Dólar Futuro” del período fiscal 2016, con más sus intereses resarcitorios. Aplicó una multa equivalente al cincuenta por ciento (50%) del tributo omitido conforme lo previsto en el artículo 45 de la Ley 11.683 (t.v.)

En primer lugar, indica que por medio de la ley 27.346 (B.O. 27/12/2016 – Capítulo III, art. 7°) se estableció un Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas (Dólar Futuro), aplicable por única vez, que recae sobre las utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, que no hubieren tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera (ley 27346, Capítulo III, art. 1°, dentro del art. 7°).

Afirma que las utilidades sujetas al Impuesto Extraordinario Dólar Futuro son aquellas provenientes de operaciones “*especulativas*” y no “*de cobertura*”, por lo tanto, como primer paso es necesario establecer si los resultados positivos obtenidos por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera califican como “*de cobertura*” en los términos del Anexo VII de la RG (AFIP) 3421/20122, en cuyo caso no estarán incididos por el gravamen.

En cuanto a los agravios de la actora la misma destaca el incorrecto criterio de la AFIP de sostener que la normativa aplicable no permite considerar operación por operación y netear o compensar los resultados. Dice que el accionar de BBVA fue en un todo conforme a derecho. Es que, si el organismo sostiene que, en el caso de las entidades financieras que hacen

intermediación (como la recurrente) se permite la compensación, y diseña un sistema *web* que compensa las operaciones para la determinación e ingreso del impuesto de manera de alcanzar sólo los resultados positivos, no puede luego afirmar que BBVA, al unificar la totalidad de los contratos de compra y venta de futuros celebrados en el ROFEX como una sola operación y netear los resultados negativos, obró de manera improcedente.

Manifiesta que lo que resulta arbitrario y no ajustado a derecho es el cambio de criterio del organismo que, sin fundamentación alguna, primero sostuvo que las entidades financieras podrían efectuar compensación, y luego, en la Resolución determinativa asume la postura contraria. Por último, las expresiones de la AFIP dentro de esta línea argumentativa relativas al carácter de las actualizaciones diarias, el concepto de renta, su devengamiento y disponibilidad, como así también respecto de que *“resulta incontrovertible que el cierre de posición por vencimiento o cancelación anticipada implica la firmeza del resultado tornándolo irreversible y cierto”*, y que *“mientras no se devengue no hay ni puede haber ganancia ni pérdida, y sólo al producirse el vencimiento fijado para la liquidación del contrato o su rescisión anticipada podrá determinarse la ganancia o pérdida que arroja la transacción para cada una de las partes”*, en nada alteran las conclusiones de su mandante, toda vez que en autos no se encuentra en discusión cuándo se configura la renta en el caso de operaciones a futuro sino si es posible (o no) compensar los resultados a los efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto Extraordinario Dólar Futuro.

Asimismo otro de los agravios de la actora se basa en la arbitrariedad en la conformación de la base imponible del impuesto. Sostiene que la forma de imputación y/o apropiación utilizada por el organismo no tiene fundamento normativo alguno. Alega que la entidad financiera, como tal, evalúa regularmente su posición neta general para cubrir las operaciones futuras y así va regulando su operatoria a través de la concertación de operaciones de signo contrario. En otros términos, existe una operatoria general en la intermediación de operaciones de compra y venta estandarizadas e identificadas bajo una misma especie, la utilidad (de existir) se conforma entonces de la compensación entre operaciones calzadas con signo contrario, pero vistas en su conjunto, no en forma parcializada.

Indica que el organismo abrió cada operación en el ROFEX, efectuó una imputación de costo arbitraria y consideró únicamente los movimientos que arrojaron ganancias, no pérdidas, cuando lo que corresponde es que se considere la posición global y que tanto las ganancias como las pérdidas sean tenidos en cuenta (tal el criterio seguido por BBVA) toda vez que corresponden a una misma operatoria.

Sostiene que la arbitrariedad del criterio fiscal se advierte particularmente respecto de las operaciones de cierre, es decir, las operaciones que genera ROFEX para poder calcular y liquidar el resultado de las operaciones que vencen al cerrar el mes. Allí, el mercado genera una única operación contraria a la posición al precio de cierre y, por diferencia de precio con las operaciones vigentes en cartera, permite calcular el resultado. Sin embargo, pese a ser una única operación de cierre, el Fisco pretende particionarla imputando y apropiando los costos en forma parcial y, de esa manera, pese a que la operación en su conjunto (la liquidación del futuro que vence ese mes) arrojó pérdida, su partición genera en algunos casos “ganancia” a los fines de la liquidación del tributo.

Señala que BBVA no se enriqueció por las operaciones de intermediación en la compra y venta de contratos de futuros en el ROFEX en el período fiscal 2016; antes bien, el neto de dichas operaciones arrojó un resultado negativo de \$ 54.411.665. Por lo tanto, no es cierto lo afirmado por el organismo en el sentido de que el planteo de la actora es meramente dogmático o carente de pruebas. Nuevamente, sostiene que de todos estos argumentos, la AFIP omitió todo tratamiento en la Resolución determinativa. En consecuencia, al no verificarse en el caso de BBVA la riqueza que el legislador supuestamente pretendió alcanzar – según lo escueto de los debates parlamentarios – ni la capacidad contributiva exigida para la validez del gravamen, el ajuste plasmado en la Resolución determinativa deberá ser dejado sin efecto.

Esgrime que la garantía de razonabilidad se desprende del art. 28 de la Constitución Nacional en cuanto establece que: *“Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que*

*reglamenten su ejercicio*". Agrega que aunque el precepto no contiene la expresión, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el principio de razonabilidad a partir de aquél como un intento de delimitación entre la reglamentación legítima y la que altera los derechos y garantías.

Sostiene que la irrazonabilidad de la Resolución determinativa se pone de manifiesto a poco que se advierta que, la AFIP exige a BBVA el pago del Impuesto Extraordinario Dólar Futuro conforme los criterios expuestos en aquella siendo que la Entidad obtuvo, por las operaciones dentro del objeto del gravamen, un resultado negativo en las operaciones dentro del objeto de ese gravamen, altera el ejercicio de su derecho de propiedad (arts. 17 y 28, Constitución Nacional).

Señala que no obstante la irretroactividad de las leyes, en la Constitución Nacional, esta solamente prohibida en materia penal (art. 18), nuestra CSJN ha afirmado que, si bien, en tesis general, el principio de la no retroactividad no es de la Constitución sino de la ley, y no liga al Poder Legislativo, el que puede derogarla en los casos en que el interés general lo exija, sin embargo, tal facultad de legislar hacia el pasado, no es ilimitada, y no puede en virtud de una ley nueva, arrebatarle o alterarse un derecho patrimonial adquirido al amparo de una legislación anterior

Destaca que el Impuesto Extraordinario Dólar Futuro reclamado por la AFIP a BBVA mediante la Resolución determinativa, en tanto recae sobre utilidades por operaciones concertadas y concluidas con anterioridad a la fecha de sanción y publicación de la norma tributaria (ley 27346), aun cuando no se ha producido el cierre del período fiscal (2016), es inválido, al vulnerar el principio de irretroactividad alterando en forma sustancial el derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) de la Entidad.

Alega que dado que, en el caso, no hay omisión de impuesto alguna, no procede la aplicación de intereses resarcitorios. Ahora bien, para el hipotético e improbable caso de que se convaliden los ajustes plasmados en la Resolución determinativa, debe señalarse que tampoco corresponde la aplicación de intereses ni recargos por no estar presente el elemento subjetivo necesario para que se configure la mora.

Sostiene que, como en el caso bajo análisis, la exoneración resultará procedente cuando el contribuyente pruebe que la mora no le es imputable, porque el retardo se genera como consecuencia de un hecho ajeno a dicho sujeto, que tanto puede resultar de un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor, culpa del acreedor o cuando el retardo es consecuencia de un error excusable. De configurarse alguno de esos supuestos, correspondería eximir de intereses resarcitorios al presunto contribuyente.

Con respecto a la aplicación de multa atento a la inexistencia de diferencias positivas por la compra y venta de contratos de futuro, no se configura en cabeza de BBVA el hecho imponible del Impuesto Extraordinario Dólar Futuro y, en consecuencia, el elemento objetivo para la conformación de la infracción de omisión.

Sostiene que lo único que manifiesta la AFIP al respecto es que la actora no habría tomado los recaudos conducentes al cumplimiento oportuno de sus obligaciones fiscales. Lo cual -dice- no es así ya que el neto de las operaciones de intermediación en la compra y venta de contratos de futuros en el ROFEX en el período fiscal 2016 arrojó un resultado negativo de \$ 54.411.665, por lo que BBVA no tenía Impuesto Extraordinario Dólar Futuro por el período fiscal 2016 a ingresar.

Sostiene que el Impuesto Extraordinario Dólar Futuro instaurado por la ley 27346 ha sido una novedad y, de los términos de la reglamentación y lo manifestado por el organismo recaudador en ámbitos profesionales, la recurrente pudo razonablemente concluir que, para la determinación del gravamen podía netear los resultados de los contratos de compra y venta de futuros en el ROFEX.

Acompaña documental y ofrece prueba, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y formula reserva del caso federal.

Por lo expuesto precedentemente, solicita se haga lugar al recurso de apelación en todas sus partes y se revoque la determinación de oficio, con costas.

II.- Que la representación fiscal contesta el recurso en IF-2024-44169138-APN-DTD#JGM, solicitando por los argumentos de hecho y de derecho que expone, se rechacen los planteos de la recurrente y que se confirme el acto apelado, con costas.

Alega que con motivo de la fiscalización llevada a cabo por funcionarios del Organismo Fiscalizador se constató que la recurrente determinó la base imponible en el período analizado de manera distinta a la que establece la normativa vigente, al unificar la totalidad de los contratos de compra y venta de futuros de distintas especies celebrados en el mercado a término “ROFEX”, como una sola operación y neteando los resultados negativos; respecto del Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas “Dólar Futuro” por el período fiscal 2016.

Sostiene que resulta oportuno aclarar algunos aspectos relativos a este tipo de operaciones delimitadas en el Reglamento Operativo e Interno del “ROFEX”. En primer lugar, identifica a un “contrato de futuro” como aquella operación a un plazo, monto, cantidad y calidad, que se encuentra estandarizada de conformidad con los términos y condiciones de la misma, para comprar o vender un activo subyacente, a un precio negociado, cuya liquidación se realizará en una fecha futura.

Alega que existen las liquidaciones diarias que son diferencias determinadas diariamente -compensación monetaria positiva o negativa- entre las fechas de celebración del contrato y vencimiento teniendo en cuenta el precio original de la operación y el precio de ajuste del producto -tipo de cambio de referencia es calculado y publicado diariamente por el BCRA-, sin implicar reconocimiento de resultados por su carácter incierto (variación de las cotizaciones/market to market).

Manifiesta que de acuerdo con la norma específica del Impuesto Extraordinario, su base imponible son las “diferencias positivas de precio” de operaciones indistintas (especulativa o coberturas varias), excepto que su finalidad resultara de cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera. Tales diferencias o resultados se obtienen cuando en un contrato de compra de futuros, su precio de concertación es menor al de liquidación, y en el caso de un contrato de venta, cuando aquel es mayor a este último.

Alega que debe tenerse presente que los contratos de futuro liquidados anticipadamente, es decir, aquellos en los que antes de que opere su vencimiento, se realiza una operación estandarizada de signo contrario pero de iguales características a la antecesora, pueden arrojar como resultado una diferencia positiva entre el precio convenido y el precio al momento de la cancelación anticipada en concepto de utilidad.

Sostiene que los efectos impositivos, corresponde la aplicación de la alícuota prevista para la determinación del Impuesto extraordinario únicamente sobre los resultados positivos generados por las operaciones perfeccionadas en el mercado de contratos a término dentro del período analizado (vencimiento o cancelación anticipada durante el ejercicio fiscal 2016 para el caso de la actora) cuya intención haya sido especulativa o cuya cobertura invocada fuera de un tipo distinto a una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera (operaciones identificadas con intención “Otros” según norma reglamentaria).

Alega que las actualizaciones diarias tienen carácter transitorio y no hay concepto de renta hasta la configuración del presupuesto de hecho y la consecuente utilidad sea devengada, esto es el perfeccionamiento del respectivo contrato, es decir, al vencimiento del contrato o de su cancelación anticipada; por lo que aquellas sólo representarán un derecho o una obligación a favor de una u otra de las partes contratantes, actuando como un mecanismo de garantía respecto del cumplimiento del contrato.

Alega que los ajustes practicados diariamente poseen el carácter provisorio, actuando como un mecanismo de garantía respecto del adecuado cumplimiento del contrato, siendo el devengamiento un requisito indispensable para la configuración del

resultado, ello aunque se haya recibido dinero con anticipación. Mientras no se devengue no hay ni puede haber ganancia ni pérdida, y sólo al producirse el vencimiento fijado para la liquidación del contrato o su rescisión anticipada podrá determinarse la ganancia o pérdida que arroja la transacción para cada una de las partes.

Sostiene que se consideraron sólo aquellas operaciones que generaron resultados positivos a partir de apareamientos realizados dentro de cada especie en particular, bajo la metodología de “primero entrado primero salido”; se anticuaron separadamente las posiciones compradoras y vendedoras, considerando como costo de venta el de la compra más antigua.

Destaca lo que considera la ecuanimidad del Juez Administrativo al apartar aquellas operaciones de compra o venta que negociaron especies con vencimiento en el año 2016, empero, resultaron apareadas en el ejercicio fiscal 2015, esto es, fuera del ámbito de aplicación del impuesto del asunto. Lo mismo respecto a los contratos que negociaron especies cuyos vencimientos operaban en el período fiscal 2017, para los que se tomaron en consideración, exclusivamente, los resultados producidos como consecuencia de rescisiones anticipadas acaecidas en el ejercicio fiscal 2016.

Afirma que al impuesto Extraordinario establecido por la Ley 27.346, en su artículo 1 indica que por única vez se aplicará una alícuota del 15% sobre las utilidades derivadas de diferencias positivas de precio por operaciones de compra y venta de contratos futuros sobre subyacentes monedas extranjeras, obtenidas en el año 2016, no pudiendo deducirse gasto alguno.

Destaca que de la lectura de la Ley del impuesto de marras se advierte que la misma no pretende gravar la ganancia determinada de un período fiscal a partir de la unificación del producido de la totalidad de los contratos, circunscribiendo la alícuota al resultado de una actividad económica en sí, ponderando la compensación de resultado de todas las operaciones del período de especies distintas, hecho que no resulta modificado por la intermediación de operaciones de compra y venta estandarizadas e identificadas bajo una misma especie con origen en el mismo mercado institucionalizado.

Alega que tampoco puede considerarse que el Impuesto en cuestión se encuentre en pugna con el principio de capacidad contributiva, ello toda vez que fue creado en armonía con dicho principio y pensado para que, aquellos que hubieran obtenido utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, que no hubieren tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera y dicha aplicación es por única vez.

Sostiene que la capacidad contributiva implica la aptitud económica para hacer frente a las obligaciones que el Estado imparta, la cual, en virtud de lo que se desprende de los antecedentes que dieron origen a las presentes actuaciones, se encuentra manifiestamente acreditada en el presente caso.

Con relación a la alegada violación del principio de razonabilidad, el Fisco Nacional sostiene que no se aprecia su afectación en autos, en tanto la pretensión fiscal encuentra sustento en la ley aplicable y en su lógica interpretación.

En cuanto al principio de irretroactividad manifiesta que la norma en cuestión entró en vigencia el día de su publicación en el Boletín Oficial (B.O. 27/12/2016), el Título III, Capítulo III en consecuencia surtió efectos para las personas jurídicas, respecto de las utilidades devengadas en los ejercicios fiscales en curso a la fecha de la entrada en vigencia de la norma en cuestión. Reglamentando el Organismo Fiscal mediante la Resolución General 4078/2017 que las utilidades alcanzadas por las personas jurídicas serían las devengadas en el ejercicio fiscal en curso al 27 de diciembre.

Alega que el hecho acontecido en la realidad económica que da origen a la obligación tributaria en el caso del Impuesto Extraordinario es la obtención de utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, que no hubieren tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera, cuyas utilidades fueran devengadas en el ejercicio fiscal en curso al 27/12/2016, para el caso de las personas jurídicas.

Alega que de ninguna manera resulta admisible confundir el carácter reparador de los intereses del artículo 37 –tal como ha sido interpretado por la C.S.J.N. Afirma que la naturaleza de los intereses no es la de una sanción sino la de resarcir el uso del impuesto omitido ingresar en tiempo oportuno, de allí que se ajuste a derecho la simultaneidad del devengamiento de los intereses del artículo citado y la aplicación de sanción (multa) por omisión del pago del impuesto.-

Sostiene que la conducta contravencional que se le imputa al recurrente tiene como punto de partida la inspección llevada a cabo por personal fiscalizador, quien detectó las diferencias, ajustes y conducta antes mencionada. De la valoración de los hechos, así como de la conducta de la actora, surgen ineludiblemente los elementos requeridos por el artículo 45 de la Ley N° 11.683.

Acompaña documental, se opone a la prueba solicitada por la recurrente, cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y formula reserva del caso federal.

Por lo expuesto solicita se dicte sentencia confirmando la resolución apelada, con costas a la actora.

III.- Que no habiendo medios probatorios ofrecidos a producir, este Tribunal mediante PV-2024-61068630-APN-VOCV#TFN resolvió hacer saber a las partes que la presente causa se resolverá con las constancias de autos y en consecuencia elevar los autos a consideración de la sala “B”, y mediante IF-2024-82313077-APN-VOCV#TFN se llaman los autos para sentencia.

IV.- Que expuesto lo que antecede, cabe resaltar que las presentes actuaciones tienen su génesis en la fiscalización practicada a la encartada.

Que de las constancias acompañadas surge que la inspección analizó la correcta determinación del Impuesto Extraordinario a las operaciones financieras especulativas “Dólar Futuro” previsto mediante Ley 27.346, correspondiente al período fiscal 2016, en el marco de la información recibida mediante Nota N° 6/2019 de la División Fiscalización Programada (DV FIPR) por parte de la ex División Investigación N°1 (DVINV 1), relativa a las operaciones, oportunamente solicitadas por dicha área al mercado “ROFEX”, referente a los contratos de futuros registrados por esa entidad durante el período transcurrido entre el 01/01/2015 y el 30/09/2017, cuyo activo estaba constituido en Moneda Extranjera, y teniendo en cuenta la respuesta brindada por la División Jurídica (DE LGCN), mediante IF-2020-00421069- AFIP-DVJUGN#SDGOIGC del 22/03/2022 ante la consulta elevada por la ex División Investigación N°1 (DV INV1) del Departamento Investigación Grandes Contribuyentes Nacionales (DE INGC), respecto de otra Entidad Financiera.

Asimismo, cabe mencionar que las actuaciones tienen como antecedente el Caso SEFI N° 1.233.640, generado a partir de las actuaciones de la O.I. N° 1.659.093, en las cuales consta la respuesta brindada por el contribuyente ante la solicitud de información efectuada con el objeto de profundizar respecto de la operatoria llevada a cabo por el mismo en relación a los contratos de futuros, entre otros, comprados o vendidos cuyo activo subyacente sea moneda extranjera y que hayan sido celebrados o bien que hayan sido liquidados o vencidos durante el período fiscal 2016.

En este sentido, del informe del Caso SEFI N° 1.233.640, se observó que fue originado por la Nota N° 222/2017 de la División Fiscalización Programada de la Dirección de Investigación Financiera por la cual se recibió la presentación efectuada por la entidad mediante F206/I de fecha 28 de Junio de 2017, en la cual la apoderada de la Entidad manifestó que *“en concepto de Impuesto extraordinario a las operaciones financieras especulativas “dólar futuro” (Ley 27.346), teniendo en cuenta la utilidades devengadas en el ejercicio fiscal 2016 en concepto de contratos de futuros (concertados en el mercado ROFEX), no se ingresó impuesto alguno atento a la inexistencia de diferencias positivas por este concepto”*.

Por otro lado dicho informe menciona: *“En la citada Investigación que antecedió a la O.I. 1.659.093 se estimó que para el análisis de las operaciones de futuros liquidadas durante el ejercicio fiscal cerrado el 31/12/2016 y su correcto encuadre para la liquidación del Impuesto extraordinario de la Ley 27.346, se debía requerir a la contribuyente entre otros, el detalle de las*

*operaciones de futuros y forwards con indicación de tipo de contrato, mercado en que se celebró, cuit de la contraparte, montos y fecha de concertación y liquidación, como así también la intención del contrato (cobertura, distinto de cobertura) ya sea para el Impuesto a las Ganancias, para la Ley 27.346 y para el BCRA de acuerdo a la Comunicación "A" 4980. En idéntico sentido era necesario requerir los resultados obtenidos por los contratos ya sea por liquidación final como anticipada, y su imputación al período fiscal 2016."*

Y prosigue: *"En respuesta al requerimiento notificado por la fiscalización oportunamente actuante, la encartada manifestó que "BBVA Banco Francés, en su carácter de agente de intermediación financiera autorizado por el B.C.R.A. ha celebrado, entre otras operaciones, compra/venta de contratos futuro sobre subyacente de moneda extranjera en el ROFEX (mercado institucionalizado). La intermediación en estas operaciones conlleva un diferimiento de plazos y condiciones, por ello las mismas no se realizan calzadas una a una en cuanto a monto, fecha, etc, no siendo posible entonces realizar agrupamientos"*.

V.- Que previo a adentrarnos en las particularidades de la causa conviene resumir, en su parte pertinente, la normativa involucrada.

Que en el Capítulo III del Título III de la Ley N° 27.346, (publicada en el Boletín Oficial el 27 de diciembre de 2016), se estableció un Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas "Dólar Futuro". Cabe señalar que dicho Impuesto es aplicable por única vez a las personas jurídicas, humanas y sucesiones indivisas que hubieran obtenido utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacente moneda extranjera, que no hubieran tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera.

Conforme el texto legal, se consideran como utilidades alcanzadas establecidas en impuesto en trato: *"a) Para el caso de personas jurídicas: las utilidades devengadas en los ejercicios fiscales en curso a la fecha de entrada en vigencia de la presente; b) Para el caso de personas humanas y sucesiones indivisas: las utilidades obtenidas en el año fiscal 2016"*.

El impuesto a ingresar surge de aplicar la tasa del 15% sobre las utilidades derivadas de "diferencias positivas de precio" por operaciones de compra y venta de contratos futuros sobre subyacentes moneda extranjera, no pudiendo ser deducible gasto alguno (art. 2° de la norma citada). Asimismo, dispone el texto legal que dicho impuesto será incluido y liquidado, de manera complementaria, en la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal respectivo, que el gravamen no será deducible para la liquidación de aquel y tampoco podrá ser computado como pago a cuenta del mismo.

Expresamente la Ley 27.346 establece que para los casos no previstos se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias y su decreto reglamentario, aclarando que no serán de aplicación las exenciones impositivas -objetivas y subjetivas- previstas en dicha ley. Por último, establece que la aplicación, percepción y fiscalización estará a cargo de la AFIP, la que queda facultada para dictar las normas complementarias que resulten necesarias.

Ello así, el Organismo Fiscal dictó la Resolución General (AFIP) N° 4078/2017 publicada en el B.O. el día 14/06/2017, estableciendo que a los fines de la determinación y pago del impuesto extraordinario creado por la Ley 27.346, los contribuyentes y/o responsables deberán registrar todas las operaciones de futuros cuyo subyacente sea moneda extranjera y su resultado corresponda a los ejercicios fiscales mencionados en la ley, aún cuando hubieran generado resultados negativos, expresando que el sistema efectuará la liquidación del impuesto extraordinario sobre los resultados positivos generados por las operaciones que hayan sido identificadas con intención "Otros", determinando la base imponible y el impuesto a pagar (art. 2); por otra parte, en su artículo 3 expresa que el impuesto se aplica sobre las utilidades derivadas de contratos futuros cuyo activo subyacente sea cualquier moneda extranjera y que no hubieran tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, considerándose utilidades alcanzadas, para las personas jurídicas las devengadas en el ejercicio fiscal en curso al 27/12/2016, considerando que el devengamiento del resultado se produce al momento del

perfeccionamiento del contrato de futuro que las origina, es decir al vencimiento o su cancelación anticipada; y para las personas humanas y sucesiones indivisas las utilidades obtenidas en el año fiscal 2016, considerándose tales a las percibidas al vencimiento del contrato o a su cancelación anticipada.

VI.- Que efectuada la reseña de las normas aplicables, cabe adentrarse en la resolución del caso traído a decisión de este Tribunal.

Que, en primer lugar, debe precisarse que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan sólo pronunciarse acerca de aquellas que estimen conducentes para sustentar sus conclusiones (conf. C.S.J.N., in re: “Sopes, Raúl Eduardo c/Administración Nacional de Aduanas”, sentencia del 12/2/87, “Stamei S.R.L. c/Universidad de Buenos Aires s/Ordinario”, sentencia del 17/11/87, C.N.C.A.F., Sala V, in re “Werner Tomás M. c/B.C.R.A. s/ Proceso de Conocimiento”, sentencia del 27/4/98 y “Congelados Macchiaiavello y Cía. S.A.” del 26/4/2007, entre otros).

Sentado ello cabe recordar que la Corte ha dicho que “...escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98). En consecuencia, aquéllos tienen la atribución de elegir los objetos imponibles, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de evaluación de los bienes o cosas sometidos a gravamen siempre que, conviene reiterarlo, no se infrinjan preceptos constitucionales (Fallos: 314:1293)” (“HERMITAGE S.A. C/ PEN – MeyOS”, 15/06/2010). Asimismo, la Corte Suprema sostuvo que “el control de constitucionalidad, aunque debe preservar el derecho de propiedad en el sentido lato que le ha adjudicado esta Corte, encuentra fundamento en que tal derecho –cuya función social se ha de tener presente- se halla con la medida de la obligación de contribuir a las necesidades comunes que pueden imponerse a sus titulares por el hecho de serlo” (Candy S.A. c/ AFIP y otro s/ acción de amparo”, del 3/07/2009).

Que entrando a considerar la cuestión de fondo se considera necesario discernir si nos encontramos frente a un impuesto instantáneo o de ejercicio.

Es que el juez administrativo en el acto recurrido en autos sostiene que el tributo que aquí nos ocupa tiene naturaleza “...objetiva, instantánea y extraordinaria...” y que es un “...impuesto instantáneo y no de período...” (vide páginas 12 y 13, respectivamente, de la Resolución apelada). En tanto, la parte actora sostiene que la pretensión fiscal al recaer sobre utilidades de operaciones concertadas y concluidas con anterioridad a la fecha de la sanción y publicación de la ley 27.346 vulnera el principio de irretroactividad alterando en forma sustancial su derecho de propiedad.

Al respecto corresponde recordar que nuestro Alto Tribunal sostuvo que “...sólo existe retroactividad si el hecho imponible, incluída su dimensión temporal ha tenido íntegra realización antes de entrar en vigor la ley que lo convierte en imponible...” (C.S.J.N. In re “SAMBRIZZI, Eduardo A. c/Fisco Nacional (DGI) s/repetición, sentencia del 31/10/1989).

En este sentido si se considerara que se trata de un impuesto instantáneo, no podría alcanzar -tal como lo pretende el Fisco Nacional- a aquellas operaciones cuyo resultado hubiera adquirido el contribuyente con anterioridad a la vigencia de la ley, sin afectar principios constitucionales fundamentales como el de legalidad, certeza, y capacidad contributiva.

No obstante, cabe afirmar que yerra el juez administrativo en la calificación de impuesto instantáneo del consagrado en el Capítulo III del Título III de la Ley 27.346. En efecto, del análisis del texto legal (transcripto ya con anterioridad) no surgen dudas acerca del carácter “de ejercicio” que reviste el gravamen en cuestión y que la retroactividad que operó en el caso es de las denominadas “impropias”. En tal sentido se ha pronunciado la Excma. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en la causa “Graetz, Roberto Guillermo c/EN-AFIP s/Proceso de Conocimiento”, sentencia del 5/7/2022.



Que sin dudas estamos frente a un gravamen de ejercicio, es decir, de formación sucesiva, que consiste en la acumulación de hechos imposables que se verifican desde el primer día del inicio del período fiscal hasta el cierre del mismo. En estos casos, la aplicación de una nueva ley fiscal dictada antes de la finalización del período en cuestión no constituye un supuesto de retroactividad sino el efecto inmediato de la ley (“pseudoretroactividad” o “retroactividad impropia”).

Precisamente el texto legal establece el impuesto como extraordinario y por única vez respecto de las personas jurídicas, humanas y sucesiones indivisas que hubieran obtenido utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, considerando como utilidades devengadas para el caso de personas jurídicas (como la que aquí nos ocupa) aquellas devengadas en los ejercicios fiscales en curso a la fecha de su entrada en vigencia; por otra parte establece la aplicación supletoria de las disposiciones de la ley del impuesto a las ganancias -tributo de ejercicio- (salvo en lo atinente a las exenciones impositivas), disponiendo además que el tributo que establece debe ser incluido y liquidado, de manera complementaria, en la declaración jurada de aquél del período fiscal respectivo.

El texto de la norma no ofrece dudas acerca del carácter de ejercicio que reviste el gravamen que aquí tratamos, la norma consagra un impuesto de período anual, en el cual los contribuyentes deberán tributar sobre las utilidades que hubieran obtenido por las operaciones de futuros cuyo subyacente sea moneda extranjera en ese período. A los fines de determinar la gravabilidad de las utilidades devengadas durante ese ejercicio, la norma consagra que el impuesto a ingresar surgirá de aplicar la tasa del 15% sobre las utilidades derivadas de diferencias positivas de precio por operaciones de compra y venta de contratos futuros sobre subyacentes moneda extranjera.

Al respecto, la Corte Suprema tiene dicho "*que es regla de interpretación de las leyes la de que los jueces deben atenerse al texto de las mismas, cuando es claro y no da lugar a dudas*" (Fallos: 120:372) y que "*cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación*" (Fallos: 211:1063). Asimismo, en el mismo sentido ha expresado que "*la primera fuente de interpretación de la ley es su letra y las palabras deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria...*" (Fallos: 200:165).

No obstante, en el caso, lo hasta aquí expuesto respecto de la interpretación del texto legal se ve corroborado en el debate parlamentario de la Ley, donde ambos miembros informantes (por la mayoría y por la minoría), hacen referencia a que el impuesto que por única vez se establece grava las ganancias obtenidas en el ejercicio por los contratos de dólar futuro, entendiendo que se trata de una renta extraordinaria y no permanente.

Se corrobora entonces que la voluntad legislativa estaba enderezada a gravar las ganancias obtenidas en el ejercicio fiscal, y no en forma individual a aquellas operaciones particulares que en forma aislada tuvieron un resultado positivo.

Sentado ello, no puede perderse de vista en los presentes autos que la aquí recurrente obtuvo para el período fiscal 2016 (determinado) un resultado negativo en las operaciones de intermediación en la compra y venta de futuros (circunstancia no cuestionada en la causa), ello así no se evidencia en el caso la existencia de utilidades al cierre del ejercicio que resulten alcanzadas en los términos de la Ley 27.346, no evidenciándose la capacidad contributiva (manifestación de riqueza) escogida por el legislador para establecer el tributo.

Cabe recordar que la capacidad contributiva se erige como un recaudo imprescindible tal como lo ha dicho la Corte al señalar a "*...la existencia de una manifestación de riqueza o capacidad contributiva como indispensable requisito de validez de todo gravamen, la cual se verifica aun en los casos en que no se exige de aquélla que guarde una estricta proporción con la cuantía de la materia imponible*" (Fallos: 312:2467).

En ese sentido, no debe confundirse la decisión de los jueces referida a la elección de las manifestaciones de riqueza imponible, en donde como se señaló ut supra claramente actúa el legislador dentro del ámbito de reserva discrecional, con

establecer la vinculación entre el presupuesto de hecho generador de la obligación y la existencia efectiva de capacidad económica que le atribuye contenido. Señala la doctrina que es ahí donde el control de legitimidad que pueden ejercer los jueces, constituye una obligación, con el fundamento constitucional que se predica que no puede haber impuesto allí donde no existe capacidad contributiva (vide “El principio de capacidad contributiva. Un enfoque dogmático” Alberto Tarsitano, Estudios de Derecho Tributario constitucional e internacional, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, págs. 407/428.).

Ello así, no existiendo en cabeza de la aquí recurrente ganancias en el ejercicio en trato obtenidas por las operaciones con dólar futuro, corresponde revocar el acto apelado, con costas.

### **Los Dres. Porporatto y Magallón dijeron:**

I. Adhieren a los relatos realizados por el Dr. Pérez en los Considerandos I a IV como así también a la normativa reseñada en el Considerando V, aunque no coinciden con la conclusión a la que arriba el Vocal instructor.

Con relación al Considerando VI comparten asimismo los fundamentos y la conclusión a la que arriba nuestro distinguido colega de Sala, cuando afirma que yerra el Juez administrativo en la calificación de impuesto instantáneo, entendiendo que el gravamen objeto de la presente controversia es de ejercicio, lo cual echa por tierra el planteo de la recurrente respecto de la validez del gravamen por considerar que vulnera el principio de irretroactividad alterando en forma sustancial su derecho de propiedad.

Ahora bien, en este caso en particular cabe considerar que la recurrente -una entidad financiera regulada- argumenta que ha realizado las operaciones de contratos de futuro en su rol de intermediaria y que por lo tanto corresponde compensar los resultados en la medida que las operaciones que los originan se efectúen en mercados institucionalizados y estén destinados a cerrar la posición por intermediación de contratos de futuros en dicho mercado.

Conforme surge del propio acto recurrido y del recurso presentado, la actora explica que esa intermediación se puede dar operando por cuenta propia en mercados institucionalizados exclusivamente o también en forma combinada. Con respecto a la actividad de intermediación que realizan las entidades financieras, la modalidad operativa mayormente utilizada consiste en evaluar constantemente su posición neta general para cubrir operaciones futuras y así va regulando su operatoria a través de la concertación de operaciones de signo contrario. Bajo esta concepción, la actora, en su carácter de agente de intermediación financiera, autorizado por el Banco Central de la República Argentina (BCRA), dice haber celebrado entre otras operaciones, compra/venta de contratos de futuro sobre subyacentes de moneda extranjera en el Rofex (mercado institucionalizado).

Cabe comentar que de la información publicada por el BCRA (Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias - Gerencia de Análisis de Sistema -[https://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Productos\\_Derivados\\_Financieros.asp](https://www.bcr.gov.ar/PublicacionesEstadisticas/Productos_Derivados_Financieros.asp).), según datos recolectados, a partir del régimen informativo de balance trimestral – anual, a junio de 2016 y a diciembre de 2016, las entidades financieras y cambiarias bajo su órbita -que abarca a la recurrente- en su conjunto han realizado operaciones con productos derivados financieros con el objetivo de cobertura de moneda extranjera, de crédito, de tasa de interés y otras (8%) y de intermediación (92%), superando ampliamente esta última finalidad a la primera, en términos de monto operado.

Haciendo foco particularmente en la información a diciembre de 2016, los contratos de futuros representan un 45% del total operado en productos derivados (76% se realizan en Rofex y el 24% restante, en MAE) y el 99,6% corresponden a moneda extranjera. En este contexto, el 13% tiene un fin de cobertura de moneda extranjera, en tanto que el 87% de intermediación.

Ahora bien, en la página del BCRA (Información Trimestral: Estados Contables Auditados, Anexos y Notas – Anexo O: INSTRUMENTOS FINANCIEROS DERIVADOS ( [https://www.bcr.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades\\_financieras\\_informacion](https://www.bcr.gov.ar/SistemasFinancierosYdePagos/Entidades_financieras_informacion)

trimestral\_2.asp?bco=00017&nom=&c\_nomcod=Anexo%20O%20%20%20%20%20%20&c\_nomcuadro=INSTRUMENTOS%20FINANCIEROS%20DERIVADOS&c\_cuadro=i\_PTA\_O%20%20%20%20%20%20%20&c\_cons=%20%20%20%20&c\_cols=6%20&c\_boton1=Ver) se observa que las operaciones de contratos de futuros que realiza la recurrente tienen como objetivo la “Intermediación – cuenta propia”, lo cual va en línea con lo que plantea la propia recurrente en su recurso cuando alude a operaciones con cartera propia. No obstante, entendemos que corresponde realizar un análisis un poco más preciso sobre este objetivo en el uso de los derivados bajo estudio.

En Argentina, las entidades reguladas por el BCRA no tienen permitido, o bien, tienen restricciones en lo que respecta a la intermediación en derivados financieros para sus clientes (cuenta ajena). Es por ello que estos sujetos están limitados a operar exclusivamente con derivados para su propio beneficio (cartera propia) y también para la gestión de sus propios riesgos, por ejemplo, de fluctuación de tasas de interés o de tipos de cambio (cobertura). Ello se condice con lo expuesto en el párrafo anterior, en el sentido de que se trata de operaciones con cartera propia, tal como lo reconoce la recurrente en su recurso.

De este modo, en las operaciones de cartera propia los objetivos no pueden ser otros que la especulación, el arbitraje u otra finalidad que no implique una protección contra los riesgos financieros de la entidad, lo cual se ve reflejado bajo el concepto “intermediación – cuenta propia”.

En cuanto a la consideración de las operaciones, la actuación del Fisco Nacional se entiende en un todo de acuerdo con el marco legal y reglamentario aplicable, en el sentido de que a los fines del cálculo del impuesto bajo análisis han de tomarse únicamente aquellas cuyo resultado (a partir de la liquidación por diferencia de precio al vencimiento o de manera anticipada) es positivo. Por ejemplo, en un contrato de venta a futuro, al momento de la liquidación el precio de la moneda extranjera es menor al pactado -se vendió más caro en el contrato que en el mercado-; o en el caso de un contrato de compra a futuro el precio de la moneda extranjera es mayor al pactado -se compró más barato en el contrato que en el mercado-.

El hecho de que la entidad realice intermediación financiera en el marco de la Ley 21.526 no autoriza ni justifica en modo alguno que, a los fines de la determinación del presente gravamen, pueda admitirse la compensación de los resultados positivos de unas operaciones con los negativos de otras, ya que ello no está previsto en la normativa del impuesto en debate.

Al respecto, cabe dejar en claro que la liquidación de una operación de contrato de futuro de moneda extranjera (por diferencia de precios o compensación financiera), a partir de la cual se obtiene un resultado positivo o negativo, implica necesariamente la realización de una operación de sentido contrario, de la cual se deriva tal resultado. Ahora bien, otra cosa diferente es compensar o netear resultados provenientes de liquidaciones (por diferencia de precio o compensación financiera) de operaciones diferentes.

En cuanto a los agravios que plantea la actora en el sentido de netear liquidaciones parciales originadas en una misma operación, cabe indicar que le asiste razón al Fisco Nacional, dado que los resultados positivos o negativos resultan de las liquidaciones -en este caso parciales -anticipadas- y el gravamen sólo considera aquellas de resultados positivos.

Por otro lado, respecto de las operaciones de cierre mensual que practica el Mercado, le asiste razón al Fisco Nacional cuando apertura o discrimina dicha liquidación operación por operación, dado que de lo contrario se estarían compensando resultados negativos y positivos de distintas operaciones.

Que respecto al agravio referido a la forma de imputación y/o apropiación se estima razonable el método aplicado por el Fisco Nacional. En efecto, éste utilizó el método PEPS -primero entrado primero salido- por estimar que resulta ser el más acertado y equitativo, ya que implica una valuación más precisa y con correcta anticuación de las posiciones compradoras y vendedoras, al considerarse como “costo” el más antiguo. Los agravios de la recurrente sobre este punto son genéricos y no ofrecen una alternativa justificada para vincular tales posiciones y determinar los consecuentes resultados.

Por lo expuesto y considerando que el impuesto en crisis fue establecido sobre las diferencias positivas o utilidades de estas operaciones, cabe confirmar la determinación aquí recurrida.

II. Que, en lo que concierne a los intereses resarcitorios determinados en los actos apelados, sólo cabe su confirmación, recordándose que los mismos constituyen una indemnización debida al Fisco Nacional como resarcimiento por la mora en que ha incurrido el contribuyente o responsable en la cancelación de sus obligaciones tributarias (Cfr. CSJN, Citibank NA c/ DGI, 01/06/2000).

III. En relación a la multa aplicada, equivalente al cincuenta por ciento (50%) del tributo omitido conforme lo previsto en el artículo 45 de la ley 11.683 (t.v.), cabe el siguiente análisis.

El ilícito de omisión de impuestos tipificado en el artículo 45 de la ley 11.683 requiere para la configuración de la infracción que tipifica, la concurrencia de dos elementos: por una parte la omisión de pago de impuestos y por otra el medio comisivo, que puede ser la falta de presentación de declaraciones juradas o la presentación de DDJJ inexactas- siempre y cuando el juez administrativo descarte la existencia de "declaración engañosa", y en la medida que no exista error excusable.

En el contexto fáctico y normativo descripto hasta aquí, resulta evidente que la actora ha declarado un impuesto menor al debido con arreglo a la normativa vigente, mediando para ello una presentación defectuosa de sus declaraciones juradas, lo cual la sitúa en el tipo infraccional imputado por el Fisco Nacional.

Bajo esta premisa, corresponde entonces analizar si -como pretende la actora- existió alguna causal que permita encuadrar el accionar de la encartada en la figura del "error excusable". Sobre el particular, cabe señalar que, de existir dicho error excusable, quedaría excluido o desvirtuado el elemento subjetivo de la figura descripta en el artículo 45 de la ley 11.683, atento a que puede sostenerse tal causal exonerativa de responsabilidad cuando pudiera entenderse que la conducta del sujeto ha sido motivada o influida de modo preponderante por la oscuridad de las normas aplicables o bien, cuando pudiera darse una hermenéutica diferente que coloque al contribuyente en la posibilidad -razonable- de equivocarse al aplicarlas o en una situación de confusión que lo lleve a incurrir en la infracción (Ecohábitat S.A. C.N.C.A.F. Sala IV del 07/05/2009, Coop. Agrícola De Manuel Ocampo Ltda. TFN, Sala A del 02/11/1998 entre muchos otros), lo que entendemos aconteció en las presentes actuaciones.

Al respecto, cabe poner de relieve que la Administración Federal en la publicación del Sistema ABC, al evacuar la consulta ID 21976779 del 30/06/2017 y en la respuesta brindada el 7/09/2017 en el Espacio Consultivo con el CPCECABA –aunque dichas opiniones no fueran vinculantes–, había entendido que las entidades financieras en operaciones de futuros, podían compensar los resultados negativos de operaciones efectuadas en mercados institucionalizados y que estén destinadas a cerrar la posición por intermediación financiera de contratos de futuros.

Consecuentemente, debe entenderse que no procede la aplicación de la multa prevista por el art. 45, pues si bien el aspecto objetivo de la infracción quedó configurado, la conducta de la actora puede considerarse justificada en la inteligencia de las normas aplicables a la luz de las confusiones derivadas de opiniones brindadas por el propio Fisco Nacional, circunstancias que actúan como causas de exculpación del error (Cfr. “Cepas Argentina S.A.”; C.N.C.A.F. Sala III del 24/07/2008).

En definitiva, no corresponde la sanción a la contribuyente en los términos del artículo 45 de la ley ritual. Las costas en este aspecto corresponde aplicarlas por su orden en atención a las particularidades de la cuestión.

Por ello, por mayoría, SE RESUELVE:

1) Confirmar parcialmente el acto apelado en cuanto al impuesto determinado y los intereses resarcitorios aplicados.

2) Revocar el acto apelado en relación a la sanción impuesta. Costas por su orden.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.