

Autos: **YPF S.A. s/Recurso de Apelación por Denegatoria de Repetición**  
País:  Argentina  
Tribunal: Tribunal Fiscal de la Nación - Sala B  
Fecha: 24-06-2024  
Publicación: El Derecho - Tributario, Junio 2024 - Número 2  
Cita Digital: ED-V-DCCCVII-387

## Sumario

1. Las resoluciones apeladas en autos, en cuanto actos administrativos, aparecen satisfaciendo acabadamente los requisitos estatuidos por el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Como se puede apreciar, de los actos en crisis surge claramente los antecedentes de hecho y derecho que llevaron al juez administrativo al dictado de los mismos. Asimismo, no se observa que el organismo fiscal se haya apartado en su accionar del ordenamiento jurídico positivo. Que en definitiva, los agravios de la actora son argumentos que hacen a su disconformidad con la forma en que resolviera el juez administrativo.
2. Las transacciones muestran que en el marco de la relación contractual, los sujetos del exterior realizaron una colocación de fondos en nuestro país -específicamente a favor de la firma YPF- cuyos rendimientos debían considerarse ganancias de fuente argentina.
3. El Fisco Nacional, conforme surge de los actos apelados, no ha recalificado los contratos suscriptos y la operatoria toda -es decir, no aplica el principio de realidad económica-, sino que de la operatoria comercial internacional descripta se ha identificado un costado financiero que implicó una colocación de fondos en el país por parte de inversores no residentes a los que se les reconoció una retribución acotada por efecto de los contratos de swap -conexos a los contratos de ventas con entrega a futuro (FOS)- a un valor determinado por barril de petróleo, aproximadamente u\$ 4 dólares por barril (diferencia entre el valor facturado y cobrado anticipadamente por barril y el precio de corte de u\$ 18,2375 por barril previsto en los contratos de swap respecto de la operaciones con OTC y OEL).
4. Cabe mencionar que este tipo de financiamiento que utilizan empresas productoras de materias primas se conoce como “financiación basada en la producción” (“Production-based financing”), dentro de cuyas posibilidades se encuentra la “financiación por pago anticipado” (“Prepayment financing”) que “es efectivamente un acuerdo de compra y venta, donde un productor recibe un pago anticipado (esencialmente un préstamo) contra el compromiso de entregar una cantidad fija de producto en el futuro, normalmente con un precio de una base de referencia con descuentos o primas fijas”.
5. La complejidad del negocio invocada por el juez administrativo como único argumento teórico no puede llevar a poner en duda la operatoria comercial de la empresa recurrente, más aún cuando no se advierte que el Organismo haya desvirtuado por aplicación del principio de realidad económica previsto en el art. 2º de la ley 11.683 los contratos celebrados, para demostrar que se trata como pretende argumentar de un financiamiento o colocación de fondos en el país de fuente argentina.

## Tribunal Fiscal de la Nación - Sala B

Ciudad de Buenos Aires, lunes 24 de junio de 2024

Autos y vistos:

El expediente N° 31.517-I caratulado: “YPF S.A. s/ Demanda de Repetición” y su acumulado N° 36055-I, caratulado “YPF S.A. s/Recurso de Apelación por Denegatoria de Repetición”, 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. Porporatto dijo:

I. Que, a fs. 20/33 vta. y 155/164 vta., se presenta la firma actora (en adelante YPF) e interpone demanda de repetición y recurso de apelación por denegatoria de repetición, contra las resoluciones Nº 19/2008 (DV REGN) y Nº 4/2012 (DV REGN), respectivamente, dictadas por el Señor Jefe (int.) de la División Recursos del Departamento Legal Grandes Contribuyentes, a efectos de que se le reintegren las sumas abonadas sin causa.

Por medio de la Resolución Nº 19/2008 (DV REGN), el Fisco Nacional no hizo lugar al reclamo de repetición interpuesto en fecha 23 de octubre del año 2006, por la suma de DOSCIENTOS DIECIOCHO MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CATORCE CON 28/100 (\$ 218.498.714,28) correspondiente a las retenciones del Impuesto a las Ganancias a los beneficiarios del exterior períodos fiscales 01/2002 a 04/2006 por la suma de \$ 127.217.078,83, todo ello con más los intereses resarcitorios en la suma de \$ 84.057.805,79; y a los intereses resarcitorios y capitalizados correspondientes al ingreso del Impuesto al Valor Agregado por prestaciones del exterior por la suma de \$ 7.223.829,66.

Por otro lado, en virtud de la Resolución Nº 4/2012 se dispuso no hacer lugar al reclamo administrativo previo, presentado el 28 de diciembre de 2011, por el cual la firma solicitó la repetición de VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DOS CON 26/100 (\$ 27.542.202,26) más los intereses respectivos, correspondiente a las retenciones del Impuesto a las Ganancias a beneficiarios del exterior, por los períodos 05/2006 a 06/2008.

En ambos supuestos, la postura fiscal radica en que los créditos otorgados por Oil Trading Corp. (OTC), y Oil Enterprises Ltd. (OEL) a favor de la actora, resultan operaciones financieras, por lo que de conformidad con lo establecido en artículo 5º de la ley del Impuesto a las Ganancias y al art. 9º inciso b) de su Decreto Reglamentario, constituyen una colocación de fondos en la República Argentina cuyos rendimientos a los fines impositivos, se consideran ganancia de fuente argentina, y por ende susceptibles de aplicar el régimen retentivo en la fuente previsto en el Título V de la ley del referido impuesto.

En primer término, la actora manifiesta que en fecha 23/10/2006 presentó nota ante AFIP-DGI por la cual expresa que los pagos indicados precedentemente, se efectuaron bajo protesto y al solo efecto de evitar el devengamiento de mayores intereses resarcitorios, haciendo reserva expresa de interponer el reclamo de repetición y la presente demanda de repetición (sic).

Agrega que la presente demanda reviste identidad conceptual con lo que el Fisco Nacional resolviera mediante las resoluciones Nº 136/2004 (DV DOGR) y Nº 137/2004 (DV DOGR), las que se encuentran recurridas ante este Tribunal Fiscal.

Sostiene que el rechazo al reclamo de repetición impetrado, resulta violatorio del principio de congruencia, toda vez que no solo no constituye una derivación razonada del derecho vigente vinculado al hecho y lo más grave, por el quiebre que se produce entre la consistencia de reconocimientos de hecho que hace el juez administrativo con la motivación jurídica del ajuste que propone.

Señala que, de la lectura del acto referido precedentemente, conviven dos tesis. Por un lado, la sostenida por el Departamento de Operaciones Internacionales de la Asesoría Técnica de AFIP-DGI, en donde YPF S.A. habría puesto en marcha una operación de financiamiento externo por medio de una serie de contratos y de transacciones llevadas a cabo por terceros, donde los contratos FOS serían meramente instrumentales, como componentes de una operatoria de mayor magnitud, generadora esta última del impuesto de fuente argentina y asimilable a las operaciones de crédito establecidas en el artículo 93 de la Ley del Impuesto a las Ganancias. Mientras que la segunda hipótesis, sustentada por el juez administrativo, en la que admite la existencia de la compraventa pero que esta tendría un costado financiero pasible de ser gravado por el Impuesto a las Ganancias, por lo que no se desconoció la legitimidad de los contratos de las operaciones efectuadas, sino que se ha probado que las mismos poseen dicho componente, no resultando aplicable el principio de la realidad económica.

Remarca que la cuestión a dilucidar radica en que si en una operación real de compraventa, la presunta existencia de un descuento por pago anticipado debe ser tratado como una operación financiera generadora de presuntos intereses, y por ende actuar como agente de retención sobre los presuntos beneficios generados a los agentes del exterior.

Entiende que este Tribunal no puede admitir la asimilación de una compraventa a los créditos de cualquier origen y naturaleza que según lo establecido en el artículo 93 inciso c) de la Ley del Impuesto a las

Ganancias y su correlato en el Impuesto al Valor Agregado (IVA), generaron el hecho imponible y la pretendida obligación de actuar como agente de retención.

Agrega que en el rechazo al reclamo de repetición se pretende asimilar una compraventa a una operación financiera, para su tratamiento tributario en el Impuesto a las Ganancias y el Impuesto al Valor Agregado, legitimando así el presunto costado financiero de la operación.

Expresa que la postura fiscal al recalificar la compraventa internacional de crudo como una operación financiera, realiza un doble proceso donde considera que hay “descuento financiero” -entendido como la diferencia entre el precio de corte y el valor de referencia preestablecido- proyectado sobre toda la vida contractual, dotando a toda la operatoria del tratamiento tributario que la ley del Impuesto a las Ganancias asigna a los préstamos otorgados por sujetos del exterior. Por otro lado, agrega que según el criterio fiscal, al asignar a tales descuentos naturaleza financiera, transforma a la operatoria de compraventa en sendos mutuos, donde por la forma en que se van devengando las obligaciones tributarias, en cada entrega se irían devengando intereses considerados como “pagos en especie”, que amortizan el capital más intereses.

Explica que podía endeudarse sin costo fiscal alguno, pero que tal punto fue soslayado por el Fisco Nacional, porque si se pretendiera reconducir la compraventa a un préstamo, sería condición que el interés pagado fuera más ventajoso a otras formas más económicas de endeudamiento con las que contaba en ese momento la actora. Afirma que si su intención hubiera sido netamente financiera, le resultaba más sencillo emitir obligaciones negociables y colocarlas por oferta pública en el mercado internacional. Indica que al momento de celebrar los contratos FOS contaba con capacidad de endeudamiento disponible bajo la forma de emisión de obligaciones negociables, a través de programas existentes al momento de la celebración de tales contratos. Señala que las resoluciones puestas en cuestión establecen que la compraventa real de petróleo, ha generado un pago anticipado por lo que le resulta evidente que el hecho de recibir dinero por adelantado deriva en un costo financiero, necesario para acceder a la disponibilidad del mismo, y por ende, alcanzado por la ley del tributo.

Indica que tal postura ha sido sostenida por el organismo recaudador sin sopesar los argumentos esgrimidos oportunamente por la actora, puesto que los mismos le resultan desatendidos y no rebatidos en cuanto a que sostienen que la operación de marras no fue ni más ni menos que una compraventa, que la misma se prueba con la capacidad de endeudamiento antedicha y que la intención de la actora fue la de colocar una importante cantidad de petróleo para asegurarse precio conveniente para así cumplir con su actividad principal y no en el interés meramente financiero que habría inspirado los FOS, y que los referidos swaps fueron celebrados para precaverse de la variación de precios.

Expresa que si bien el acto emitido por el juez administrativo y el dictamen del Departamento de Operaciones Internacionales y Asesoría Técnica, sobre distintas premisas llegan a la conclusión de recaracterizar la compraventa como préstamos colocados desde el exterior, surge de este último -el dictamen- que la actora habría efectuado un negocio complejo en donde las operaciones de compraventa de petróleo y los swaps celebrados con MGT no se tratarían de operaciones aisladas o relacionadas en forma casual, sino un componente. Agrega que para poder fundamentar dicha postura se recurre a un entramado de operaciones internacionales realizadas por terceros calificados como operadores del mercado internacional, absolutamente ajenas al interés y voluntad de la actora.

Indica que celebró tres contratos FOS por la compraventa de petróleo crudo. El primero, de fecha 18 de noviembre de 1996, con Oil Trading Corp. (OTC), sociedad constituida en virtud de las leyes de las Islas Caimán, por el plazo de siete años. El segundo, de fecha 24 de junio de 1998, con Oil Enterprises Ltd. (OEL), sociedad constituida en virtud de las leyes de las Islas Caimán, por el plazo de diez años. Y el tercero, de fecha 31 de diciembre de 2001, con REPSOL YPF S.A., sociedad controlante organizada y existente de acuerdo con las normas españolas, por un plazo de 83 meses (noviembre de 2008), siendo que tanto este último como su swap fueron cancelados en su totalidad antes de la fecha estipulada, habiéndolo hecho el 30 de septiembre de 2005.

Por otro lado, manifiesta que en fecha 31 de diciembre de 2001 REPSOL YPF S.A. cedió la totalidad de los derechos y obligaciones del contrato a HIDROCARBONS TRADERS CORP (HTC) y que esta a su vez, en fecha 23 de diciembre de 2002, cedió tales derechos y obligaciones contraídos por la compra de crudo con YPF a OIL INTERNATIONAL LTD (OIL). Agrega que en forma paralela celebraron sendos contratos de swap: a) con la compañía Morgan Guaranty Trust Company of New York (Mcfl), para sus contrataciones de compraventa de crudo con OTC y OEL; b) con la BNP PARIBAS de New York con relación al contrato con HTC; c) respecto del contrato celebrado con OIL esta vez con Morgan Stanley Capital Group.

Explica que en los mismos se pactó el pago de la totalidad de las sumas que se correspondían con la operatoria llevada adelante y la consecuente entrega mensual de determinada cantidad de barriles de petróleo crudo, por lo que, a su entender, tales condiciones tipifican un contrato de compraventa sujeto a

modalidad, que evidencian un propósito comercial y lo que YPF deseaba no era endeudarse; por eso vendió una parte del crudo que tenía en sus reservas.

Detalla que la voluntad negocial auténtica de las partes, está dada por la aceptación del contrato de un precio estimado a largo plazo, que superaba al precio de mercado en los meses posteriores al momento de la firma.

Agrega que con relación a los contratos FOS, realizó compras de crudo en el mercado internacional para cumplir con las entregas pactadas y concluye sosteniendo que YPF llevó adelante sus operaciones a través de contratos típicos, regulares, utilizando formas jurídicas adecuadas y en los cuales pactó un precio que le pareció razonable, percibido al momento en que se concertaron dichos contratos, cumpliendo fielmente con lo que se había comprometido.

Enfatiza que la ley no prohíbe la celebración de este tipo de contratos, tampoco dispone en particular en cuanto a sus plazos, o a las eventuales reclasificaciones que se deriven de esa modalidad, que cumplió con el contrato entregando crudo y que todo fue debidamente registrado en los balances y registraciones contables como “Anticipos de clientes”.

Señala que las operaciones de “forward” celebradas resultan genuinas y normales en empresas petroleras internacionales, dado que se trata de commodities; que las mismas se generan cuando una empresa quiere ingresar en nuevos mercados, acceder a nuevos clientes, etc. y que en el particular, la empresa concertó la venta de crudo por un precio global, el monto percibido fue registrado en una cuenta de anticipo de clientes, cuenta que se debita con cada entrega de petróleo no pagando ningún interés adicional ni efectuando ninguna otra operación que permita considerar que se está produciendo una ganancia de fuente argentina para un beneficiario del exterior.

Remarca que la causa eficiente de los pagos anticipados está dada por la posterior entrega del petróleo crudo y que “el descuento” opera como la consecuencia directa e inmediata de aquella.

Explica que si bien la referencia al “costado financiero” por parte de AFIP-DGI, sugiere sin rodeos que YPF vendió con descuento para fondearse en el presente, simplemente se trata de un menor precio, que si bien podría verse la influencia de un componente financiero que influye el precio, esto no implica que el mismo deba tener la médula misma de una compraventa ni, por supuesto, modificar su tratamiento impositivo.

Acompaña prueba documental, ofrece prueba pericial contable e informativa y formula reserva del caso federal. Finalmente, solicita se haga lugar a la presente demanda de repetición y se ordene la devolución de las sumas abonadas más los intereses resarcitorios, con costas.

II. Que a fs. 44/54 vta. y 179/188 vta se presenta el Fisco Nacional, contestando la demanda de repetición y el recurso de apelación contra la resolución denegatoria, niega los hechos alegados, se opone a la prueba ofrecida por la actora y solicita se rechacen los recursos incoados por la actora en todas sus partes, con expresa imposición de costas.

Reitera la negativa en cuanto al pago efectuado por la parte actora y que ahora pretende repetir, por lo que a su entender, la actora duda o no confía en los agravios formulados y que para el caso muy probable de que la acción intentada sea rechazada, ya ha ingresado el tributo e interrumpido los intereses.

Explica que en relación a la operatoria llevada adelante por la actora, mediante la resolución N° 1363/02 (Dl ATEC) la Dirección de Asesoría Técnica, a través del Departamento Operaciones Internacionales, opinó que no se trata de operaciones aisladas, sino de un negocio único complejo y concluyó que los sujetos del exterior realizaron una colocación de fondos en nuestro país -específicamente a favor de la firma YPF S.A.- cuyos rendimientos debían considerarse ganancias de fuente argentina, y por ende alcanzadas por el régimen de beneficiarios del exterior previsto en el Título V de la Ley del impuesto a las Ganancias, inciso e) del artículo 93.

Afirma que la utilización de tales instrumentos permite el logro de múltiples intenciones, que dada la combinación de los mismos entre si -en este caso: forward y swap- o con otras operatorias quedan al margen de la tributación determinados aspectos de las mismas.

Agrega que la actora al asegurar su precio de venta mediante el cobro adelantado, pierde sentido la cobertura a la baja del precio que le hubiera interesado en su calidad de productor vendedor de commodities.

Señala que, tal como afirma la actora, existen las llamadas dos tesis y/o cambios de criterios entre la postura del Departamento Operaciones Internacionales y lo finalmente expresado por el Juez Administrativo, pero que en ambos casos siempre se ha considerado que los contratos de “venta futura de petróleo” y sus contrataciones, forman parte de un negocio jurídico internacional complejo, donde la

venta sólo es uno de sus componentes, pero que en ningún momento se desconoció esta última sino que, sobre ellas se desentraña un componente financiero, implícito o explícito que deviene de las sumas de dinero entregadas de manera anticipada.

Añade que tampoco se dice que ha existido una operación de descuento, sino que existe un capital colocado en el país que devengaría intereses. Que el acto dictado no recalifica el tratamiento tributario de una compraventa, que lo que intenta la actora es confundir a partir de un razonamiento equivocado.

Manifiesta que en cuanto a las formas de endeudamiento esgrimidas por la actora, no le presentan un problema fiscal, que resulta irrelevante por qué hizo una cosa u otra para obtener fondos y que el llamado por la empresa “anticipos de clientes” también es una forma de financiamiento. Pero afirma que no se puede negar el hecho de que, recibir anticipadamente 680 millones de dólares no es gratuito y ese costo por usar esos fondos se ha pagado con los cuatro dólares por barril en el transcurso de 7 y 10 años según cada contrato y esa es en realidad la tesis fiscal que la actora critica.

Precisa que si YPF S.A. es parte del negocio y evidentemente buscó financiación externa para poder exportar sus futuras producciones quizás sin ellas no hubiera podido realizarla, y agrega que sus compradores del paraíso fiscal, también la buscaron; prueba de ello, es que no contaban con los fondos y por ello recurrieron al más importante mercado internacional de dinero. Recuerda que la emisión de las “notes due” con la intervención de la Banca Morgan y el Fideicomiso del principal Banco de Canadá que con intereses superiores a los normales internacionales (6,467% y 6,209%) posibilitaron la llegada de los fondos al país.

Agrega que las colocaciones efectuadas por las empresas extranjeras compradoras son innegablemente financieras, que todo ello no implica una recalificación jurídica de los contratos sino descorrer el velo económico entre todas las partes integrantes de las complejas contrataciones que se fueron derivando.

Manifiesta que por medio de los contratos “swap de precios”, tanto YPF S.A. como los compradores se cubren no solo de las variaciones del mercado petrolero, sino de cubrir los costos financieros de ambas partes y proteger la devolución de intereses del capital recibido.

Recalca que no resulta cuestionado ni el plazo ni tampoco los valores pactados en los contratos, sino aquella parte que se entiende imponible por el gravamen nacional, es decir, los 4 dólares que cada entrega de barril de petróleo lleva en beneficio de las empresas extranjeras por su colocación de capitales utilizados en el país.

Sostiene que el hecho de que las operaciones hayan sido registradas contablemente como “Anticipos de Clientes”, más que entenderse como excusante de la financiación y relevante de aspectos comerciales, parece ser un error conceptual de la actora, toda vez que las mismas configuran un pasivo del ente que los registra y en el caso, pagaderos en la especie que se obligara, es decir, barriles de petróleo.

Concluye reafirmando que la cuestión no radica en las formas de financiamiento de la actora, sino en el tratamiento de la renta que han obtenido aquellas empresas extranjeras producto de la colocación de fondos en el país, que son distintas a las diferencias por las compras y ventas de los barriles de petróleo realizadas a través de ellos y con origen en los otros inversores, acreedores de las obligaciones “notes due” que se ofrecieran para una colocación y utilización en la República Argentina y garantizados con el pago en barriles de petróleo a recibir por sus emisores.

Acompaña los antecedentes administrativos, se opone a la producción de prueba, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la pretensión de la parte actora, con costas.

III. Que a fs. 69 se abre la causa a prueba haciéndose lugar a la informativa y pericial ofrecidas. A fs. 97/120 vta y 241/245vta lucen agregados los informes de pericia. A fs. 126/134 y 235/237 lucen las contestaciones de la Secretaría de Energía de la Nación.

Luego de declarar la clausura del periodo probatorio por parte del vocal instructor, se elevan las actuaciones a la Sala B.

Con fecha 20 de setiembre de 2021 la Sala B del Tribunal Fiscal (fs. 287/290) declaró la incompetencia para entender en estos autos, por tratarse de una reclamación pecuniaria entre dos entes que integran el Sector Público Nacional, circunstancia a la que se refiere la ley 19.983, la cual prevé que en estos casos la contienda interadministrativa debe ser resuelta por el Procurador del Tesoro de la Nación o por el Poder Ejecutivo Nacional, según el monto de la disputa.

A fs. 339/342 vta. consta la sentencia de la Cámara Contencioso Administrativo Federal -Sala II- de fecha 11/06/2023 que por mayoría hace lugar al recurso de apelación interpuesto por YPF S.A. y en consecuencia revoca el pronunciamiento de este Tribunal Fiscal, disponiendo que se reasuma la jurisdicción que declinó.

En atención a lo resuelto por la instancia superior se elevan nuevamente las actuaciones a la Sala B y se ponen a alegar (fs. 351), haciéndolo el Fisco Nacional a fs. 359/363 y la parte recurrente a fs. 364/374 vta.

A fs. 376 se ponen los autos a sentencia.

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

Cabe señalar que la parte actora en el marco del expediente 31517-I, en su presentación a fs. 20/33 vta. informa que interpone demanda de repetición. Sin perjuicio de ello, tal como reconociera la propia parte cuando dice: “En los recursos de apelación que fueron interpuestos contra aquellas resoluciones negatorias” (sic vide fs. 365), se entiende que en el marco del mencionado expediente se plantea un recurso de apelación con la resolución denegatoria N° 19/2008 de fecha 14/03/2008, lo cual a su vez es reconocido por el propio Fisco Nacional en la contestación del recurso “contra la Resolución N° 19/2008” (vide fs. 44vta) y “se resuelva la causa confirmándose la resolución de mi mandante” (vide fs. 53vta) y en sus alegatos “El contribuyente interpuso recurso de apelación por denegatoria de repetición” (vide fs. 359).

Dicho ello, la cuestión a dilucidar en esta instancia es si la operatoria montada por la recurrente que involucra a los contratos de venta de barriles de petróleo crudo a futuro (“FOS”) a partir de los cuales la recurrente cobró anticipadamente el precio y a posteriori canceló su obligación con la entrega de los barriles comprometidos en los plazos previstos, involucra únicamente una compraventa comercial o si por el contrario presenta también un costado financiero por el cual sujetos no residentes hicieron una colocación de fondos en el país cuyos rendimientos estimados, por efecto de los contratados de swap en relación al precio de corte establecido respecto de los barriles comprometidos, resultarían alcanzados por el Impuesto a las Ganancias - Beneficiarios del Exterior y además se configura en el Impuesto al Valor Agregado una Importación de Servicios.

Ello determinará si las solicitudes de repetición formuladas por YPF que fueron denegadas por la AFIP en los actos aquí recurridos se confirman en esta instancia o en su caso, se revocan.

En principio, debe precisarse que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, sino tan solo pronunciarse acerca de aquellas que estimen conducentes para sustentar sus conclusiones (conf. CSJN, 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, CNCAF, Sala V, in re “Werner Tomás M. c/BCRA s/ Proceso de Conocimiento”, sentencia del 27/4/98 y “Congelados Macchiaiavello y Cía. S.A.” del 26/4/2007, entre otros).

V. Que, en primer lugar, aun cuando no haya sido planteado como excepción, por una cuestión de lógica precedencia, corresponde pronunciarse con relación a los agravios de la actora por considerar que los actos que deniegan las repeticiones efectuadas resultan violatorios del principio de congruencia, toda vez que no solo no constituye una derivación razonada no solo del derecho vigente vinculado al hecho, sino, lo que es más grave, por el quiebre que se produce entre la consistencia de reconocimientos de hecho que hace el juez administrativo con la motivación jurídica del ajuste que propone, cabe anticipar que no puede prosperar.

Que respecto de lo estrictamente formal, las resoluciones apeladas en autos, en cuanto actos administrativos, aparecen satisfaciendo acabadamente los requisitos estatuidos por el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Como se puede apreciar, de los actos en crisis surge claramente los antecedentes de hecho y derecho que llevaron al juez administrativo al dictado de los mismos. Asimismo, no se observa que el organismo fiscal se haya apartado en su accionar del ordenamiento jurídico positivo. Que en definitiva, los agravios de la actora son argumentos que hacen a su disconformidad con la forma en que resolviera el juez administrativo.

VI. Cabe mencionar que la actora señaló en sus recursos, así como lo hizo el juez administrativo interviniente, que los actos aquí recurridos son “conceptualmente” la misma materia ajustada que en la causa N° 24,958-I (Resolución N° 136/2004), la cual contempla períodos fiscales anteriores (12/97, 02/98 a 11/98, 01/99 a 12/01) a los aquí debatidos (01/02 al 06/08).

Al respecto, cabe dejar sentado que la representación fiscal informa que en la mencionada causa se dictó sentencia (Sala D, 14/11/2009), la cual se encuentra firme, habiendo la recurrente desistido de la acción y el derecho, incluso el de repetición, en los términos de la ley 26.476 (fs. 360).

Sentado ello, cabe indicar que los importes que intentan repetir la recurrente en estos actuados, conforme sus propios dichos, obedecen a pagos realizados al solo efecto de evitar mayor devengamiento de intereses

resarcitorios y sin consentir el criterio (fs.155) y bajo protesto, con reserva de interponer el reclamo de repetición y la demanda de repetición ante este Tribunal (fs.20 vta).

Al respecto, la recurrente informó los siguientes contratos de venta anticipada de petróleo crudo identificados como “FOS” (sigla de “Forward Oil Sales”, que en español sería algo así como “Venta a futuro de barriles de petróleo crudo”):

- FOS I: contrato de compraventa de petróleo crudo con Oil Trading Corp (en adelante OTC), sociedad constituida en virtud de las leyes de las Islas Caimán, de fecha 18 de noviembre 1996, con una duración de siete (07) años.
- FOS II: contrato de compraventa de petróleo crudo con Oil Enterprises Ltda. (OEL), sociedad constituida en virtud de las leyes de las Islas Caimán, con fecha 24 de junio de 1998, con una duración de diez (10) años.
- FOS III: contrato de venta de petróleo crudo entre YPF y Repsol YPF S.A., sociedad controlante organizada y existente de acuerdo con normas españolas, con fecha 31 de diciembre de 2001. El contrato era por 83 meses.

En la misma fecha YPF suscribió el contrato de cobertura (swap) con el BNP Paribas de Nueva York. Ambos contratos fueron cancelados antes de la fecha estipulada, habiéndolo hecho el 30 de setiembre de 2005.

El 31 de diciembre de 2001 Repsol YPF S.A. cedió el total de los derechos y obligaciones respecto del contrato a Hidrocarbons Traders Corp (HTC), una compañía constituida bajo las leyes de las Islas Caimán y el 31 de diciembre de 2002 esta última cedió los derechos y obligaciones del contrato a Oil Internacional Ltd. (“OIL”), con el consentimiento de YPF S.A.

En estos instrumentos se estableció el pago anticipado por parte de las compañías compradoras de sumas que se correspondían con la compraventa, comprometiéndose YPF a entregas mensuales de determinada cantidad de barriles de petróleo crudo, tratándose estas, conforme afirma la recurrente, de prestaciones que tipifican los contratos como una compraventa, en tanto se recibió dinero y se entregó una cosa (fs. 27 y 160).

Por otra parte, informa que en forma paralela a los contratos supra reseñados, suscribió YPF los siguientes contratos de swap con:

1. Morgan Guaranty Trust Company of New York (MGT) para sus contrataciones de compraventa de crudo con OTC y OEL. El precio de corte fue de u\$s 18,2375 por barril.
2. BNP Paribas de New York con relación al contrato con YPF Repsol S.A. con un valor de corte de u\$s 20,60 por barril y el firmado con Morgan Stanley Capital Group Limited, al cessionario HTC, con el mismo valor.

La recurrente considera evidente el propósito comercial y el beneficio que la guía en la venta internacional, bajo las condiciones de los contratos de venta anticipada de petróleo. Del mismo modo, sostiene que la auténtica voluntad de las partes fue que, dadas las condiciones de pago y demás consideraciones que se pudieran hacer sobre el valor de mercado, aceptaban un precio del contrato estimado a largo plazo, el cual superaba en los meses contemporáneos a la firma del contrato el precio de mercado para el crudo de esa calidad, sin perjuicio de señalar que por las razones de coyuntura, realizó compras de crudo en el mercado internacional para cumplir con las entregas pactadas en los contratos, lo cual -a su parecer- no altera lo expuesto.

Al respecto, y según surgen de los actos recurridos, el Fisco Nacional consideró que los contratos de venta futura de petróleo forman parte de un negocio jurídico internacional complejo que se integra por las operaciones citadas, y a su vez se complementa con otras, cuya ponderación y análisis resultan indispensables para la resolución de las cuestiones que se tratan en este procedimiento y que ratifican tanto la existencia del aspecto financiero de la transacción como de la renta obtenida a raíz de ello por parte de los beneficiarios del exterior.

Conforme lo indica la representación fiscal en las contestaciones de los recursos, en primer lugar de la lectura conjunta de las diversas contrataciones de las que YPF formó parte comienza con la celebración de dos contratos mediante los cuales empresas del exterior otorgan financiamiento a YPF por un importe aproximado de u\$s 680 millones, que esta última asienta en su contabilidad bajo la denominación “adelanto de clientes”. Como contrapartida YPF asume el compromiso de entregar en forma programada a OTC y OEL durante 7 años y 10 años, respectivamente, una cifra aproximada de 51,7 millones de barriles de petróleo a los mencionados financieros del exterior, de forma tal que la rubrada cancelará, por esa vía, el pasivo -anticipo de clientes- contraído con los mencionados sujetos del exterior. (fs. 49 y 184)

Con respecto a los contratos de swap, YPF expresa que los tomó para estabilizar el valor commodity. En este caso YPF contrató cobrar el exceso de precio al momento de la entrega de los barriles comprometidos respecto del precio de corte mencionado y pagar la diferencia del precio menor hasta el precio de corte, todo ello en función de los precios de mercado de los barriles de crudo al momento de entregarlos. Al respecto, el Fisco Nacional recuerda que la utilización de los mismos permite el logro de múltiples intenciones, algunas evidentes y otras no tanto, dada la posibilidad de utilizar dichos contratos, combinados entre sí o incorporados en otras operatorias; en este caso se logró establecer un costo fijo de financiación y por ende un rendimiento pre establecido para los colocadores extranjeros.

Es así que las transacciones descriptas mostraban que en el marco de la citada relación contractual, los sujetos del exterior realizaron una colocación de fondos en nuestro país -específicamente a favor de la firma YPF- cuyos rendimientos debían considerarse ganancias de fuente argentina.

Por efecto de los contratos de swap, se le reconoce a favor de las empresas del exterior determinada cantidad de dólares estadounidenses por cada barril de petróleo, resultando este rendimiento de fuente argentina.

Frente a ello el juez administrativo concluye que como resultado de todo lo expuesto, puede advertirse que concretamente OTC y OEL otorgaron un crédito a YPF, el cual conforme al art. 5º de la ley del gravamen y el art. 9 inciso b) de su decreto reglamentario constituyen una “colocación de fondos en la República Argentina” cuyos rendimientos se consideran ganancias de fuente argentina a los fines impositivos (fs. 150/151).

Por otra parte, se consideró que, partiendo de la más elemental regla financiera, resulta evidente que recibir dinero por adelantado deriva en un costo financiero, necesario para acceder a la disponibilidad del mismo, alcanzado por el impuesto en trato.

Al respecto, dicen los actos recurridos que la Dirección de Asesoría Técnica de la AFIP considera que corresponde aplicar el régimen de retención en la fuente previsto en el Título V de la ley del impuesto a las ganancias conforme la forma y condiciones previstas en el art. 91 y concordantes de la ley del gravamen. También agrega el servicio asesor mencionado que resulta de aplicación la presunción de ganancia neta a que se refiere el inciso c) del art. 93 de la ley del impuesto a las ganancias, en razón de la especificidad de dicha norma en materia de rentas derivadas de créditos de cualquier origen y naturaleza.

Por lo expuesto concluye el Fisco Nacional que los pagos espontáneamente ingresados por la reclamante obedecen al nacimiento y medida de la obligación tributaria que le cabe en virtud de la ley, no respondiendo, por lo tanto, a un pago carente de causa. Es por ello que no se hace lugar a los reclamos de repetición intentados [sic] por la recurrente.

Por su parte, según la empresa YPF tiene exclusivamente contratos comerciales de venta de crudo a largo plazo y cumple con ellos. Indica que en los contratos de venta forward concertó la venta de crudo por un precio global; el monto percibido fue registrado en una cuenta de anticipos de clientes, cuenta que se debita con cada entrega de petróleo, afirmando que registra las ventas de cada entrega al mismo precio y no paga ningún interés adicional ni efectúa ninguna otra operación que permita considerar que se está produciendo una ganancia de fuente argentina para un beneficiario del exterior. Además, argumenta que no se pactó ningún descuento.

Asimismo la empresa argumenta que no existió una postura fiscal uniforme desde el principio; que en definitiva -aunque lo niegue el Fisco Nacional- se pretendía hacer una recalificación de los contratos y de toda la operatoria para considerarlos una operatoria financiera; que se relativizó el contrato típico de compraventa, modificando sus estipulaciones para recalificar el acto; que el objeto de los contratos suscriptos por YPF fue la venta de grandes cantidades de petróleo a un precio de corte más bajo que el de mercado; que los swaps fueron suscriptos como un seguro para que YPF obtuviese un precio que satisfaga sus expectativas sobre el comportamiento del mercado; que nunca se cuestionó la falta de entrega de bienes por parte de YPF a los respectivos compradores y por último que la empresa no integró un conjunto económico internacional con ninguna de las sociedades con las que firmó un contrato, siendo ajena a cualquier especulación sobre eventuales transacciones que aquellas pudieran haber llevado a cabo.

Una vez expuesto el tema en discusión y las posturas de las partes implicadas en este litigio, cabe anticipar que le asiste razón al Fisco Nacional en cuanto al tratamiento tributario que considera aplicable al costado financiero de estas operaciones en lo que hace al Impuesto a las Ganancias - Beneficiarios del Exterior y al Impuesto al Valor Agregado -Importación de servicio-.

Cabe indicar que las ventas se pactaron, se percibieron y se facturaron a OTC y OEL a u\$s 14,347 y u\$s 13,161 el barril de petróleo, respectivamente (fs. 160).

El Fisco Nacional, conforme surge de los actos apelados, no ha recalificado los contratos suscriptos y la operatoria toda -es decir, no aplica el principio de realidad económica-, sino que de la operatoria comercial internacional descripta se ha identificado un costado financiero que implicó una colocación de fondos en el país por parte de inversores no residentes a los que se les reconoció una retribución acotada por efecto de los contratos de swap -conexos a los contratos de ventas con entrega a futuro (FOS)- a un valor determinado por barril de petróleo, aproximadamente u\$ 4 dólares por barril (diferencia entre el valor facturado y cobrado anticipadamente por barril y el precio de corte de u\$ 18,2375 por barril previsto en los contratos de swap respecto de la operaciones con OTC y OEL).

Al respecto, cabe mencionar que este tipo de financiamiento que utilizan empresas productoras de materias primas(1) se conoce como “financiación basada en la producción” (“Production-based financing”), dentro de cuyas posibilidades se encuentra la “financiación por pago anticipado” (“Prepayment financing”) que “es efectivamente un acuerdo de compra y venta, donde un productor recibe un pago anticipado (esencialmente un préstamo) contra el compromiso de entregar una cantidad fija de producto en el futuro, normalmente con un precio de una base de referencia con descuentos o primas fijas”.

En este tipo de operatoria “el proveedor directo de financiación al productor no suele ser un banco, sino una empresa comercializadora de productos básicos”. “La empresa comercializadora realiza pagos anticipados a un productor, que pueden documentarse mediante una cláusula de pago anticipado en un contrato de compra y venta”. “Los reembolsos generalmente se realizan mediante la entrega del producto al comprador” (lo expuesto previamente son traducciones realizadas del texto referenciado).

Por otra parte, en una publicación de la OCDE (2023) se expone que en relación a la industria del petróleo se utilizan formas de financiación estructurada, dentro de las cuales se encuentran “los acuerdos de pago anticipado, con un período de amortización de 25 a 30 años que son los más comunes. En ellos, el reembolso es en especie, basado en volúmenes de recursos naturales, donde las cantidades se valoran a un precio de referencia acordado”. (pág. 26). Dice el trabajo de la OCDE que “Los productores de estos commodities están interesados en asegurarse el acceso a los recursos financieros a largo plazo y lo hacen mediante negociaciones complejas que incluyen acuerdos de pago anticipado, swaps, etc.” (pág. 24)(2). (lo expuesto previamente son traducciones realizadas del texto referenciado)

No hay dudas entonces de que conforme estas actuaciones, la empresa recurrente logró con esta arquitectura negocial -contratos conexos, dado que los swaps se vinculan explícitamente a los contratos de ventas a futuro (FOS) suscriptos con los adquirentes del exterior que anticiparon los fondos- una financiación extranjera aprovechando la producción y venta de barriles de petróleo, asumiendo un pasivo que fue cancelando con los barriles entregados durante los años que duraron los respectivos contratos. Ello al margen de haber tenido otras financiaciones vigentes o posibilidades de usar otros canales. Los contratos de swap establecieron un límite al rendimiento reconocido a los sujetos que colocaron fondos en el país y consecuentemente al costo financiero para la recurrente, de ahí que la empresa a partir de los contratos de swaps cobrara la diferencia cuando el precio del barril superara el precio de corte y a la inversa tuviera que pagar la diferencia hasta el precio de corte, estableciéndose así un rendimiento para quienes anticiparon los fondos, de una determinada cantidad preestablecida de dólares por barril de petróleo. En definitiva, la diferencia entre el valor de los barriles a entregar respecto de los fondos anticipados y el valor fijo definido como precio de corte con los swaps termina siendo el rendimiento que reconoció la empresa a los sujetos no residentes que hicieron la colocación de fondos en el país, todo ello en el marco de los contratos conexos de “FOS” y swaps.

No se pasa por alto que los contratos que conforman la operatoria bajo disputa fueron celebrados con contrapartes diferentes (FOS y swaps), no obstante ello, cabe indicar que resulta evidente que tales contratos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. Los contratos de swap fueron celebrados exclusivamente para las contrataciones de compraventa. Ello lleva a concluir que la compraventa de barriles de petróleo con cobro anticipado más los efectos de los swaps celebrados permitieron [sic] que sujetos no residentes colocaran fondos en el país y que fueran retribuidos con una rentabilidad definida.

Por otra parte, esta colocación fondos [sic] de los sujetos no residentes también implicó una prestación financiera desde el exterior utilizada económicamente en el país, que como una importación de servicios también está alcanzada por el IVA conforme el artículo 1, inciso d), de la ley de este gravamen.

En cuanto a la prueba documental adjuntada por la actora nada nuevo aporta a la existente en las actuaciones administrativas. En lo que hace a la pericial contable, la misma ha sido superflua, pues no están en discusión las cuestiones de registro y contabilización de las exportaciones, anticipos, con montos y fechas. Tampoco cambia la decisión la prueba informativa respecto de los precios internacionales de petróleo o precios internos, dado que no están en discusión.

Por todo lo expuesto, corresponde confirmar las resoluciones que deniegan las repeticiones solicitadas, con costas.

El Dr. Magallón dijo:

Que adhiere al voto del Dr. Porporatto.

El Dr. Pérez dijo:

I. Que adhiere al relato de los hechos de la causa que efectúa el Vocal preopinante. Sin embargo, cabe advertir que si bien el escrito que diera origen al expediente cabeza (31.517-I) fue presentado como Demanda de Repetición, en realidad oportunamente se acompañó al mismo la Resolución 19/2008 por la cual el Fisco había resuelto no hacer lugar a la repetición intentada por la empresa, razón por la cual, debe entenderse aquella presentación como recurso de apelación por denegatoria de repetición. Nótese que así lo ha entendido la propia recurrente a lo largo del trámite de la causa y que se termina evidenciando en el primer párrafo del acápite II.1 de su escrito de alegatos.

Por otra parte, corresponde señalar que si bien la representación fiscal, en oportunidad de contestar los traslados de ley, negó los pagos que la actora intenta repetir, ello no se condice con lo actuado por el juez administrativo en las resoluciones recurridas en autos. En efecto, en dichos actos el funcionario fiscal da por cumplidos los recaudos formales para la procedencia de la presentación de la contribuyente (vide fs. 8 y 141) y por otra parte reconoce la existencia de los pagos espontáneamente ingresados, si bien le niega que los mismos hayan sido efectuados sin causa (vide fs. 16 y 152). No podría haber sido de otro modo, ya que de lo contrario el rechazo por parte del Fisco Nacional de la repetición intentada se hubiera sustentado en la falta de ingreso de las sumas que se pretende repetir.

II. Que, ahora bien, en cuanto al fondo de la cuestión, no comparte la solución a la que arriba. En efecto, cabe señalar que tal como se describe más arriba, en el caso particular, la parte actora celebró contratos de compraventa anticipada de crudo, que tenían como objeto asegurar la colocación del bien producido estableciendo, por la entrega del crudo al cabo de un determinado plazo, un precio fijo que el comprador del exterior paga por adelantado, y por ese pago adelantado, se le hace un descuento comercial. Paralelamente, la recurrente celebró contratos de cobertura con lo que se resguardaba del riesgo alto que representa dicho negocio.

Respecto de esto último, el Máximo Tribunal (vide “Tecpetrol S.A. (TF 27621-I) c/ DGI” CSJN, 12/09/2017) ha explicado este tipo de operatoria con fines de cobertura señalando que su finalidad es reducir o suprimir un riesgo inherente a la actividad que desarrolla una empresa, con el sentido de protegerse total o parcialmente de las fluctuaciones que se produjeran en los precios de comercialización del petróleo crudo que se caracterizan por una alta volatilidad. Agregó en dicho pronunciamiento que la actuación en ambos mercados -el mercado físico y el mercado de derivados- busca neutralizar o “cubrir” el riesgo; y que en el caso de los “swaps” el sentido de acudir a esta operatoria con fines de cobertura consistiría en concertar mediante las operaciones de “swaps” la venta de cierta cantidad de barriles de petróleo crudo a un precio fijado inicialmente y a una fecha futura en la que, por otra parte, deberá cumplir en el mercado físico sus compromisos comerciales de venta y entrega de aquel producto. En la fecha pactada en los contratos de “swaps”, se liquidarán las diferencias resultantes entre el fijado en dichos contratos y el que resulte del internacional de mercado tomado como referencia.

Concluye la Corte en dicho precedente que“(...) la operación deberá ser realizada con el fin de mitigar el impacto de aquellas fluctuaciones “sobre los resultados de la o las actividades económicas principales” de la empresa, aspecto que no se halla controvertido en el caso, pues la totalidad de los contratos pactados han tenido por objeto la compraventa de petróleo crudo y, una de las actividades principales de Tecpetrol S.A., conforme a su Estatuto Social, consiste en la comercialización de hidrocarburos” .

En ese sentido, cabe señalar que en el caso particular la AFIP no controvierte la existencia de los contratos de compraventa, su sustancia económica, el precio fijado y la entrega de la mercadería. En sí no pone en tela de juicio que las cláusulas contractuales fueron cumplidas, tales como el cobro del precio, la facturación y exportación de los barriles de crudo a la fecha de cumplimiento del plazo pactado -actividad principal de la recurrente-, ni la cobertura de los riesgos derivados de dicha actividad formalizada mediante los contratos de swap, sino que pretende argumentar que se trata de un único negocio complejo y que el descuento comercial que YPF ha hecho al vender el crudo a los sujetos del exterior tiene naturaleza financiera y por ende resulta una ganancia de fuente argentina para aquellos sujetos, que debería ser objeto de retención en el impuesto a las ganancias.

En ese sentido, cabe señalar que la complejidad del negocio invocada por el juez administrativo como único argumento teórico no puede llevar a poner en duda la operatoria comercial de la empresa recurrente, más aún cuando no se advierte que el Organismo haya desvirtuado por aplicación del principio

de realidad económica previsto en el art. 2º de la ley 11.683 los contratos celebrados, para demostrar que se trata como pretende argumentar de un financiamiento o colocación de fondos en el país de fuente argentina.

Justamente la finalidad otorgada al actual artículo 2º de la ley de rito reconoce como principio dar prioridad a las estructuras jurídicas utilizadas por los particulares, siendo su impugnación un temperamento subsidiario, lo que implica la excepcionalidad del apartamiento de tales estructuras cuando las formas jurídicas adoptadas sean “radicalmente inapropiadas” (cfr. Voto del Dr. Porta, TFN Sala B, causa “Empresa Provincial de la Energía de Santa Fe” - 9/2/1999, confirmado por la CSJN el 22/2/2005).

En el caso particular, el Fisco ni siquiera aporta en estas actuaciones elementos de convicción que puedan sustentar la pretensión fiscal para apartarse de la estructura jurídica celebrada por la actora. Tampoco invoca o demuestra una falta de propósito de negocio o interés de la empresa, en la cobertura del riesgo del negocio, que se evidencia en las características del mercado y el cumplimiento de los compromisos asumidos por la recurrente.

En definitiva, la estructura del negocio que el Fisco Nacional pretende teñir de “opaca” no se evidencia de las constancias de las presentes actuaciones, las que precisamente constituyen los elementos que debe tener en cuenta el suscripto al momento de resolver la cuestión traída a su conocimiento.

Ello así, corresponde hacer lugar a las repeticiones intentadas, con más los respectivos intereses calculados desde la fecha de interposición de los respectivos reclamos administrativos (art. 179, Ley N° 11.683), liquidados a la tasa pasiva promedio publicada mensualmente por el Banco Central de la República Argentina de acuerdo con lo dispuesto en la doctrina plenaria establecida por este Tribunal en la causa “Dálmine Siderca S.A.I.C.” del 27/12/93 (Expte. N° 6.031-I), que resulta de acatamiento obligatorio en virtud de lo establecido por el art. 151 de la ley procedural. Con costas.

Por lo expuesto, por mayoría, se resuelve:

Confirmar las resoluciones que deniegan las repeticiones solicitadas, con costas.

Regístrate, notifíquese y oportunamente archívese.- Pablo A. Porporatto. - Armando Magallón. - José L. Pérez.

(1) Paul Stockley, Oliver Abel Smith & Dougall Molson, “Oil and gas financing in a period of sustained low commodity prices”, 15/06/2020 (fieldfisher): <https://www.fieldfisher.com/en/insights/oil-and-gas-financing-in-a-period-of-sustained-low>.

(2) “OIL COMMODITY TRADING AND ADDRESSING THE RISK OF ILLICIT FINANCIAL FLOWS”, July 2023: <https://www.oecd.org/dac/oil-commodity-trading-risk-financial-flows.pdf>.

---