



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 “TONCONOGY JULIO ALBERTO” EX-2022-126985464- -APN-SGAI#TFN

AUTOS Y VISTOS:

El expediente N° EX-2022-126985464-APN-SGAI#TFN, caratulado: **“TONCONOGY JULIO ALBERTO”**;

Y CONSIDERANDO:

I.- Que mediante IF-2022-126985404-APN-DTD#JGM la actora interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 128/2022 (DV NRR1) de fecha 1 de noviembre de 2022, dictada por la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Norte de la A.F.I.P.-D.G.I., en virtud de la cual se dispuso determinar de oficio las obligaciones fiscales relativas al Impuesto a las Ganancias por los períodos fiscales del 2015 y 2016, con más intereses resarcitorios, y aplicar una multa equivalente al setenta (70%) del Impuesto a las Ganancias presuntamente omitido, por los períodos fiscales 2015 y 2016 de conformidad con lo previsto por el artículo N° 45 de la ley N° 11.683.

Opone de manera preliminar la arbitrariedad de la resolución determinativa, por la prescindencia injustificada de prueba decisiva para desentrañar la verdadera situación fiscal del contribuyente, tornándola nula en los términos de los artículos 1, inc. f), 7 incs. b), d) y e) y 14 de la Ley 19.549, en virtud de lo normado por el artículo 116 de la Ley 11.683, texto vigente. En particular, informa que el fisco nacional rechazó la prueba pericial contable, sin dar fundamento alguno, siendo de relevancia para demostrar la confiscatoriedad esgrimida y la consecuente afectación al principio de capacidad contributiva y derecho a la propiedad.

Entrando al fondo de la cuestión, efectúa un análisis de la reforma introducida por la ley N° 26.893, la cual incorporó una modificación sustantiva en el tratamiento dispuesto a los resultados derivados de la venta de títulos valores efectuados por personas físicas, toda vez que lo introdujo como un nuevo hecho imponible en el apartado 3 del art. 2 de la Ley de Impuesto a las Ganancias. En concomitancia con ello se dispuso la modificación del art. 45 inc. k), estableciendo así, que los mencionados resultados serán considerados como ganancias de la segunda categoría en cabeza de personas físicas o sucesiones indivisas.

Luego, indica que la reforma impuesta por la ley N° 26.893, también recayó en el inciso w) del artículo 20. Según este inciso, estarán exentos: *“Los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, o*

disposición de acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, obtenidos por personas físicas residentes y sucesiones indivisas radicadas en el país, en tanto no resulten comprendidas en las previsiones del inciso c) del artículo 49, excluidos los originados en las citadas operaciones, que tengan por objeto acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, que no coticen en bolsas o mercados de valores y/o que no tengan autorización de oferta pública.”.

Destaca que, específicamente en relación a las bolsas y mercados de valores donde deben cotizar los instrumentos mencionados a los efectos de gozar de la exención del art. 20 inciso w), la ley de impuesto a las ganancias no fija ningún requisito ni señala cuáles deben ser dichos mercados. No obstante, el Decreto Reglamentario del gravamen dispone que la exención procede cuando las operaciones se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores, señalando este como un exceso reglamentario.

Propone que el verdadero alcance, y en una armónica interpretación del art. 42, del decreto antes citado y el art. 20, inc. w), de la ley del impuesto a las ganancias, permite sostener la coexistencia y validez de ambas normas, perfectamente aplicables al caso puesto que el primero no estaría efectuando una limitación y por ende subsistiría la plena vigencia de los supuestos de exención contenidos en la ley de impuesto a las ganancias.

En conducto de lo expuesto, alega que la correcta interpretación de la norma deviene en que el activo cuya enajenación resulta gravada son los títulos allí mencionados sin cotización ni autorización de cotización en bolsas o mercados de valores en general. Solicitando a este Tribunal que así lo disponga y en consecuencia revoque el acto administrativo dictado por ser contrario a derecho, con costas al Fisco Nacional.

En subsidio, plantea la inaplicabilidad de la disposición contenida en el inc. d) del art. 1 del DR N°2334/2013 que modificó la redacción del art. 42 del DR N° 1344/98 reglamentario de la Ley de Impuesto a las Ganancias por la afectación de principios constitucionales, violación al principio de división de poderes toda vez que el mismo ha sido dictado en clara contraposición a las disposiciones contenidas en el art. 99 inc. 2 ya que el Ejecutivo se ha extralimitado en sus facultades reglamentarias.

En esta misma línea, opone la violación al principio de reserva de ley en materia tributaria. Alega la inconstitucionalidad de la limitación a la exención prevista por el art. 20 inc. w) de la ley del impuesto a las ganancias por vía reglamentaria, la afectación al derecho de propiedad y al de capacidad contributiva.

Finalmente solicita se disponga la improcedencia de la determinación practicada por el Fisco Nacional, en tanto oportunamente solicitó que se rectificaran las liquidaciones practicadas en virtud de las cuales se determinó el impuesto en base al costo histórico, correspondiente a la fecha de compra de los títulos, al cual se le sustrae el precio de venta convertido a pesos argentinos al tipo de cambio de esa fecha. Indica que, de aplicarse dicho criterio se estaría gravando una ganancia ficticia, generada por las variaciones del tipo de cambio de la moneda argentina producto del contexto inflacionario y la devaluación de ésta.

Continúa aseverando que dicho criterio no refleja de manera cierta la real capacidad contributiva de Tonconogy, toda vez que no es una ganancia real, sino que la misma es únicamente producida por la diferencia de cambio generada entre la fecha de compra y la de venta, es decir que es un incremento ficticio de su patrimonio.

Por el contrario, sostiene que la forma correcta de demostrar la real ganancia obtenida en los periodos fiscales ajustados, es por aplicación del criterio de “moneda dura o constante”, el cual consiste en receptar la fecha de venta de los títulos, en lugar de la fecha de adquisición, como parámetro temporal de conversión de la moneda extranjera a la moneda local.

Para así demostrarlo realizó una comparación entre los resultados de venta en pesos determinados por el Fisco y el determinado aplicando el criterio de moneda constante (conf. Anexo I de la prueba acompañada).

En cuanto a la multa aplicada, plantea de modo preliminar la existencia de error excusable en tanto se evidencia la razonable complejidad en la norma, debido a la existencia de criterios interpretativos distintos del alcance de la exención dispuesta, que al momento de confeccionar la declaración jurada han colocado al apelante en la posibilidad -razonable- de equivocarse al aplicarla.

Continúa indicando que sujetó su conducta a derecho, considerando que las ganancias obtenidas se encontraban exentas y así las ha declarado, por aplicación e interpretación razonable, y a su criterio correcta, de la norma. Alega que esta es una omisión inculpable, porque no puede reputarse responsabilidad alguna frente a la interpretación razonable y coherente que ha hecho de la normativa aplicable para la determinación del impuesto.

En subsidio plantea la falta de antijuridicidad de la conducta en tanto hay ausencia de elementos objetivos y subjetivos de la infracción y la improcedencia de la graduación de la sanción propuesta por el Fisco Nacional. Tampoco puede imputársele negligencia en su actuar, atento la razonable complejidad en la norma, debido a la existencia de criterios interpretativos distintos del alcance de la exención en cuestión.

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

II.- Que, el Fisco Nacional a través de IF-2023-21530218-APN-DTD#JGM contesta el recurso y niega todos y cada uno de los hechos alegados por la recurrente.

De manera preliminar y en respuesta a la nulidad opuesta por la actora, el representante fiscal menciona lo normado por el artículo 62 del Decreto N° 1759/72 Reglamentario de la Ley N° 19.549, donde establece que el juez administrativo se regirá por lo dispuesto por el artículo 386 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación al momento de apreciar de la prueba.

Efectúa una serie de consideraciones respecto al rechazo de la prueba pericial, que concluyen en que el ajuste en pugna se sustenta en una interpretación normativa. Sostiene que hay una clara contradicción por parte del apelante en cuanto a la normativa vigente, por lo que al no tratarse de aspectos estrictamente técnicos no ameritó una evaluación de la prueba aportada, entendiendo al ofrecimiento de la misma como dilatoria.

A modo de corolario, asevera que el recurrente pudo hacer un absoluto ejercicio de su derecho de defensa, que los argumentos del apelante carecen de asidero encontrándose la resolución recurrida debidamente fundada y dictada conforme las disposiciones legales vigentes. Por todo ello solicita el rechazo de la nulidad.

En cuanto al fondo del asunto, el Fisco Nacional recuerda que la reforma introducida por la Ley 26.893 modificó las exenciones del inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. en 1997 y sus modificatorias). A su vez, la reforma al Decreto Reglamentario de la ley del gravamen, mediante el Decreto N° 2334/2013, en su artículo 42 aclara que: *“Se encuentran comprendidos en la exención que establece el Artículo 20, inciso w), de la ley, los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales -incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión-, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES...”* excluyendo de esta manera la exención a los resultados obtenidos por venta de acciones o de los títulos valores radicados en el exterior.

En punto a lo señalado, sostiene que correspondió gravar en el impuesto a las ganancias por los ejercicios fiscales

2015 y 2016 el resultado proveniente de las operaciones de compra y venta de títulos y/o acciones del exterior. Cita el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, autos “Stuart Milne, Jorge Guillermo c/ EN-AFIP DGA s/PROCESO DE CONOCIMIENTO” donde indica que la Sala V, ha interpretado que la exención que se discute en autos se encuentra limitada a las operaciones de venta de acciones y demás títulos que se realicen exclusivamente en los mercados locales.

Trae a colación el debate parlamentario de esa ley en la Cámara de Senadores, señalando que del mismo surge el “espíritu” o “finalidad” de la ley N° 26.893 que fue la de gravar las ganancias provenientes de las ventas de acciones, y eximir las cuando constituyeran un medio para estimular la capitalización de las bolsas y mercados locales. Considera que, quien compra acciones que cotizan en bolsas argentinas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores contribuye con su capital a financiar las actividades de las empresas que cotizan en bolsas o mercados locales, de manera tal que se trata de capital que se coloca en el país para el desarrollo de empresas argentinas o extranjeras que se negocian en nuestro país y de algún modo vinculadas con la economía local (vide contestación del Fisco Nacional, págs. 18/19).

Agrega que el hecho de que mediante la ley 27.430 se haya sustituido el inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones, por un texto que dispone que están exentas las ganancias provenientes de la enajenación de acciones en bolsas o mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores, tiene el sentido de ratificar y extender los términos del régimen vigente en materia de la denominada “renta financiera”. Añade que la función de los decretos reglamentarios es definir los pormenores y detalles necesarios para la ejecución de la ley, sin alterar su espíritu o su finalidad. Cita jurisprudencia.

Concluye que la modificación introducida al artículo 42 del Decreto n° 1344/98 por el artículo 1°, inciso d), del Decreto N° 2.334/13 no constituyó un supuesto de exceso reglamentario, no se ha cambiado el espíritu o alcance de la ley, sino que por el contrario se ha procedido a reglamentar la ley siguiendo su finalidad.

Seguidamente, en orden a los planteos de inconstitucionalidad efectuados por la actora, el representante fiscal señala que excede palmariamente la limitada órbita jurisdiccional del Tribunal Fiscal de la Nación por lo que debería declararlo improcedente. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

En cuanto a las objeciones formuladas respecto a la forma en que fue calculado el ajuste objetado, el fisco señala que fue calculado siguiendo estrictamente lo normado por la Ley del Impuesto a las Ganancias, resultando los dichos del recurrente una simple queja carente de sustento técnico y legal con la que intenta condicionar y adaptar a sus intereses el procedimiento aplicado. Cita los arts. 127, primer párrafo del Art. 131, 132, 158 165 del Decreto Reglamentario N° 1344/1998 de la ley del impuesto a las ganancias.

Con respecto a la aplicación de multa en los alcances del art. 45 de la Ley 11.683 considera que ha quedado de manifiesto la presentación de declaraciones juradas inexactas ante el fisco y el deficiente ingreso del correspondiente impuesto, constituyendo un accionar culposo correctamente subsumido en la figura prevista en el artículo 45.

En adición, sostiene que no puede admitirse que se presente en autos un supuesto eximente de responsabilidad o error excusable, ya que el actor ha evidenciado conocer lo que prescriben literalmente las normas aplicables y vigentes, es decir el responsable no incurrió en un error al omitir incluir como gravados en sus declaraciones juradas los resultados derivados de la venta de instrumentos financieros, lo que se verificó es una elección en aventurarse en tributar un menor impuesto afrontando el riesgo de que se detecte su ilegal accionar. Agrega que,

el contribuyente reconoce apartarse de la normativa aplicable en multinotas F.206/I obrantes a fojas 13 y 14 del Cuerpo Principal.

Respecto a la valoración de la conducta, indica que se pudo constatar oportunamente la presencia del elemento material de la conducta antijurídica para la configuración del tipo descripto por la norma y en cuanto a la graduación de la multa a aplicar, el juez administrativo haciendo uso de las facultades discrecionales que le competen a tales efectos, estableció la multa cuestionada, dando para ello debidos fundamentos del porqué de su decisión y haciendo una descripción de las tareas de auditoría realizadas como así también de la relevancia de las inconsistencias detectadas.

Por último, en relación con los intereses resarcitorios aplicados indica su aplicabilidad al caso en tanto la mora es atribuible a la actora, solicitando su confirmación.

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

III.- Que mediante PV-2023-46451480-APN-VOCV%TFN en virtud de las facultades conferidas en el artículo 35 del Reglamento de Procedimiento (IF-2023-74067906-APN-TFN#MEC, publicado por Resolución TFN 91/2023 en el B.O. Del 3/7/2023) este Tribunal declara que devine inoficiosa la audiencia prevista en el artículo 173 de la Ley N° 11.683, abre la causa a prueba ordenando la producción de la prueba pericial contable. Dicha prueba se encuentra agregada a las actuaciones mediante IF-2023-132078690-APN-DTD#JGM.

Que, en atención al estado de la causa, mediante PV-2023-140920380-APN-VOCV#TFN se elevan los autos a consideración de la Sala “B”, la que los pone para alegar encontrándose agregados en IF-2023-149560549-APN-DTD#JGM e IF-2023-150624627-APN-DTD#JGM los alegatos de las partes. Finalmente, pasan las actuaciones a dictar sentencia.

IV.- Que, en principio, corresponde destacar 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 Macchaiavello y Cía. S.A.” del 26/4/2007, entre otros).

V.- Que en primer lugar corresponde expedirse en torno al planteo de nulidad articulado por la actora, por la prescindencia injustificada de prueba decisiva, en particular de la producción de la prueba pericial contable.

Cabe señalar, que para la procedencia de una nulidad interesa que exista un vicio o violación de una forma procesal o la omisión de un acto que origina el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefensión, por lo que las nulidades procesales son inadmisibles cuando no se indican las defensas de las que se habría visto privado de oponer el impugnante, debiendo además ser fundadas en un interés jurídico, ya que no pueden invocarse por la nulidad misma, razón por la cual deben ofrecerse elementos que acrediten, en principio, el perjuicio sufrido, si se quiere que la anulación de lo actuado pueda tener lugar (ver en tal sentido “Asociación del Magisterio de Enseñanza Técnica - AMET. c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo”, CSJN, 5/10/95, T. 318 , P. 1798; “Aguirres, Mirta Ramona c/ La Rioja, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, CSJN, 6/02/01, T. 324 , P. 151; “Simijosky Juan c/ E.N. (E.M.G.E.) s/ personal militar y civil de las FFAA. y de Seg. Causa: 31.321/94”, C. NAC. CONT. ADM. FED. SALA II , 9/10/96, entre otros).

Respecto de lo estrictamente formal, la resolución determinativa de autos, en cuanto acto administrativo, aparece

satisfaciendo acabadamente los requisitos estatuidos por el artículo 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Asimismo, no se observa que el organismo fiscal se haya apartado en su accionar del ordenamiento jurídico positivo.

En cuanto a la no admisión de una prueba ello no puede considerarse como causal de nulidad si se tiene en cuenta que en el procedimiento común se halla previsto el supuesto de la apertura a prueba en los casos en que en la alzada deba realizarse una prueba que no ha sido admitida en la primera instancia (CPCC art. 260). Ello es también valedero en la instancia de este Tribunal, toda vez que las partes pueden ofrecer ante el mismo la prueba que hubiera sido denegada en sede administrativa, de acuerdo con lo que establece la ley de procedimiento fiscal (doctrina TFN en la causa “Carboquímica SACIM” fallo del 5-7-77) lo que está corroborado por los pasos seguidos en la instrucción del presente caso durante la cual la actora ha tenido ocasión de proponer las medidas que estime conducentes a esclarecer los hechos controvertidos.

Que, por otra parte, debe tenerse en cuenta que: "...cuando la restricción de la defensa en juicio ocurre en un procedimiento que se sustancia en sede administrativa, la efectiva violación del art. 18 de la Constitución Nacional no se produce, en tanto exista la posibilidad de subsanarse esa restricción en una etapa jurisdiccional ulterior, porque se satisface la exigencia de la defensa en juicio ofreciendo la posibilidad de ocurrir ante un organismo jurisdiccional en procura de justicia" (cfr. CSJN, fallos 205:549, 247:52, 267:393).

En definitiva, los agravios de la actora son argumentos que hacen a su disconformidad con la forma en que resolviera el juez administrativo, circunstancia ésta que excede el marco de la nulidad planteada. Más aún teniendo en cuenta que en esta instancia ha podido ofrecer y producir la prueba pericial contable pretendida, no advirtiéndose afectación de su derecho de defensa.

Corresponde señalar aquí que, si bien el planteo mereció un tratamiento previo por razones de lógica precedencia, lo cierto es que no fue articulado por la actora como excepción en los términos del art. 171 de la ley ritual sino como defensa contra el acto determinativo apelado y con la finalidad de obtener la revocación del criterio fiscal (vide petitorio del escrito de apelación), razón por la cual no corresponde una imposición de costas autónoma. En este aspecto cabe traer a colación lo dicho por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, in re “Ferioli, Jorge Oscar” (sentencia de fecha 24/08/2007), por cuanto “...al estar subsumidos los planteos de nulidad dentro del ámbito recursivo, y por tanto, no haber generado o dado lugar a una actividad procesal autónoma, distinta o específica de aquella que es propia de la sustanciación ordinaria de la apelación de fondo, no se justifica tampoco un tratamiento especial y distinto -en materia de costas- que aquel asignado al resolverse la cuestión sustancial...”.

En el mismo sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en cuanto “Que tampoco pueden prosperar los agravios dirigidos a que se impongan a la actora las costas por el rechazo de la nulidad planteada ante el Tribunal Fiscal; ya que con independencia de que esa defensa había sido introducida como excepción de previo y especial pronunciamiento (conf. fs. 132), lo cierto es que fue tratada y resuelta en la sentencia de fondo y —tal como lo puso de relieve el a quo— la actora la planteó "como defensa contra la determinación tributaria y encaminada a obtener la revocación de la pretensión fiscal" (conf. sentencia de cámara, considerando V, fs. 735). En tales condiciones, y si bien a ese resultado se llegó en virtud del examen y la decisión del aspecto sustancial de la controversia, cabe coincidir con el a quo en cuanto a que no corresponde una imposición de costas autónoma por la aludida incidencia” (B-485-XLV, “Bolland y Cía. S.A.”, sentencia de fecha 21/02/2013).

VI.- Que para entrar a analizar el fondo de la cuestión, corresponde revisar los hechos constatados por la inspección actuante y expuestos en los antecedentes administrativos.

De los mismos surge que Tonconogy Julio Alberto, tiene como actividad principal la de “Servicios de asesoramiento, dirección, y gestión empresarial realizados por integrantes de los órganos de administración y/o fiscalización en sociedades anónimas”.

Con motivo de la fiscalización iniciada por la Dirección General Impositiva, se dio inicio a la OI 1.803.770 por el Impuesto a las Ganancias, períodos fiscales 2015 y 2016.

En primer lugar, se advierte que conforme surge del informe final de inspección, del análisis efectuado por la División Investigación y de la información recabada de la Base E-fisco, en las declaraciones juradas de impuesto a las ganancias presentadas por Tonconogy, se observaron inconsistencias relacionadas con el resultado por ventas de bonos en el exterior, la cual el contribuyente consideró exentas en las declaraciones juradas del impuesto a las ganancias por los períodos fiscales 2015 y 2016.

Los funcionarios actuantes confeccionaron papel de trabajo Anexo II con los cálculos de las rentas obtenidas por venta de títulos y acciones que cotizan en el exterior, en base a la documentación aportada y los extractos del J.P. Morgan, referenciando la documentación respaldatoria de cada operación aportada por el contribuyente para los períodos fiscales 2015 y 2016.

Invocan el artículo 90 de la ley de impuesto a las ganancias aplicando la alícuota del 15% y determinan el resultado por aplicación del art. 61 de la ley del impuesto.

Con relación al costo computable para la determinación de la ganancia neta aplican el cálculo a “valores históricos”, tomando este como el de la fecha de la compra de acciones (vide fs. 604/606 del informe final de inspección, cuerpo 4 impuesto a las ganancias).

En fecha 11/05/2022 notifican el ajuste efectuado, siendo no conformado por el contribuyente.

VII.- Que, previo a adentrarnos en las particularidades de la causa conviene resumir, en su parte pertinente, la normativa involucrada. En ese orden cabe recordar en principio que la reforma introducida por la Ley 26.893 modificó el inciso w) del artículo 20 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. En 1997 y sus modificatorias), definiendo que quedarán exentos *“Los resultados provenientes de operaciones de compraventa, cambio, permuta, o disposición de acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, obtenidos por personas físicas residentes y sucesiones indivisas radicadas en el país, en tanto no resulten comprendidas en las previsiones del inciso c) del artículo 49, excluidos los originados en las citadas operaciones, que tengan por objeto acciones, cuotas y participaciones sociales, títulos, bonos y demás valores, que no coticen en bolsas o mercados de valores y/o que no tengan autorización de oferta pública”*.

Asimismo, la reforma al Decreto Reglamentario de la ley del gravamen, mediante el Decreto N.º 2334/2013, en su artículo 42 agrega que: *“Se encuentran comprendidos en la exención que establece el Artículo 20, inciso w), de la ley, los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales -incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión-, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES...”*

Sentado ello, cabe señalar que el objeto de la cuestión a decidir consiste, en definitiva, en dilucidar si resulta acertado el criterio esbozado por la actora la cual entiende que el acto administrativo únicamente basa su postura en las previsiones del decreto reglamentario citado, lo cual entiende que resulta a todas luces improcedente o si bien como entiende el Fisco Nacional la exención sólo procede cuando las operaciones se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores (CNV).

En primer lugar creo necesario precisar que en nada modifica a lo expresamente normado por la ley del impuesto, lo expuesto en el artículo 42 del Decreto Reglamentario que el Fisco invoca en sustento de su postura. En efecto, de la literalidad del artículo reglamentario se observa que viene a aclarar, innecesariamente a mi criterio, que en la exención del artículo 20, inciso w) se encuentran **comprendidos** los resultados de las operaciones que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores. En efecto, de acuerdo con el diccionario de la RAE (<https://www.rae.es/drae2001/comprender>) el vocablo “comprender”, utilizado en la norma, tiene 4 acepciones: 1. Abrazar, ceñir, rodear por todas partes algo. 2. Contener, incluir en sí algo. 3. Entender, alcanzar, penetrar. 4. Encontrar justificados o naturales los actos o sentimientos de otro. Es la acepción segunda la que corresponde al caso en estudio, es decir, que el decreto reglamentario en su artículo 42 vino a confirmar que las operaciones en bolsas o mercados autorizados por la CNV estaban *contenidos o incluidas* en el universo del inciso w) del artículo 20.

Cabe señalar, que el suscripto no desconoce el fallo citado por el Fisco Nacional de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, autos “Stuart Milne, Jorge Guillermo c/ EN-AFIP DGA s/PROCESO DE CONOCIMIENTO”, Sala V, sin embargo no comparte la interpretación vertida en dicho precedente.

En ese sentido, si bien en dicho precedente se trae a colación el debate parlamentario de la ley 26.893 en la Cámara de Senadores, señalando que del mismo surge que el “espíritu” o “finalidad” del legislador fue la de gravar las ganancias provenientes de las ventas de acciones, y eximir las cuando constituyeran un medio para estimular la capitalización de las bolsas y mercados locales, interpreto que tal aclaración surge del comentario aislado de uno de los legisladores lo que no podría interpretarse como que esa era la “intención del legislador”.

Cabe recordar que nuestro Alto Tribunal ha señalado *"Que, de conformidad con el criterio expuesto por esta Corte en Fallos: 120:372, debe suponerse que las comisiones parlamentarias estudian minuciosa y detenidamente en su fondo y forma los asuntos que despachan, por lo cual sus informes orales o escritos tienen más valor que los debates en general del Congreso o las opiniones individuales de los legisladores (Fallos: 77:319; 141 U.S. 268; 166 U.S. 290) y constituyen una fuente legítima de interpretación (Fallos: 33:228; 100:51 y 337; 114:298; 115:186; Sutherland y Lewis Statutes and Statutory Construction, párrafo 470, segunda edición 1904 y numerosos fallos allí citados, entre ellos 143 U.S. 457 y 192 U.S. 470)."*

"Es por ello, que frente a una disparidad de opiniones deberá adquirir relevancia la voluntad expresada por quienes sometieron el proyecto de ley a la consideración de los restantes integrantes del Parlamento, como así también la instrumentación finalmente plasmada en el texto aprobado." (CSJN, in re “Hermitage S.A. c/Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos - Título 5 - ley 25063 s/proceso de conocimiento”, sentencia del 15/06/2010).

En el caso particular, ni del mensaje de elevación del proyecto por parte del Poder Ejecutivo, ni de los informes de comisión, ni del debate parlamentario en la Cámara de Diputados, se puede inferir que la intención del legislador fue limitar la exención a aquellas bolsas o mercados autorizados por la CNV. La referencia de un único senador al tamaño del mercado de capitales local y su comparación con otros de Latinoamérica no justifica, a criterio del suscripto, limitar la exención consagrada en el texto expreso de la ley (aprobado por ambas cámaras), amparándose en la intención del legislador.

A su vez, como tiene dicho nuestro Más Alto Tribunal no debe olvidarse que es criterio recibido en la interpretación de las leyes, que debe cuidarse especialmente que la inteligencia que se les asigne no pueda llevar la pérdida de un derecho, o que el excesivo rigor de los razonamientos no desnaturalice el espíritu que ha

inspirado su sanción (Fallos 303: 758; 308:1978, con remisión al dictamen del Procurador Fiscal), lo que en el caso resulta especialmente requerible en virtud de los efectos que proyecta la solución que se adopte.

Que ello es así, por que tal como se ha sostenido reiteradamente, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador y la primera fuente de interpretación de la ley son sus palabras que deben entenderse empleadas en su verdadero sentido, en el que tienen en la vida diaria, partiendo de la base de que no son superfluas sino que han sido empleadas con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (fallos 200:165; entre muchas otras).

Ante ello, debo señalar que le asiste razón a la recurrente, por lo que corresponde concluir que la interpretación que efectúa el Fisco Nacional no se ajusta a derecho, deviniendo inoficioso el tratamiento de los demás agravios planteados, por lo que corresponde revocar el ajuste determinado y, como consecuencia de ello, los intereses resarcitorios y la multa aplicada en la especie. Las costas se imponen por su orden en atención a las particularidades y complejidad de la cuestión a resolver y la jurisprudencia divergente en la materia.

El Dr. Porporatto dijo:

I.- Que, adhiero al voto del Dr. Pérez.

II.- Que, a mayor abundamiento, entiendo que en estos actuados la normativa legal y reglamentaria es clara en su literalidad, en cuanto al alcance de la exención. Particularmente el art. 42 del decreto reglamentario aplicable al caso, cuando hace referencia a la exención del art. 20 inciso w) de la ley del Impuesto a las Ganancias –con la modificación de la ley N° 26.893-, expone que se encuentran “comprendidos” en dicha exención los resultados de las operaciones que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la Comisión Nacional de Valores, para no dejar dudas –o de manera redundante- de que están abarcados cuando refieran a bolsas y mercados autorizados en el país, pero de ninguna manera podría el decreto reglamentario cercenar la exención prevista en la norma legal, que también, a través de una redacción nítida, no diferencia entre mercados y bolsas del país y del exterior. Dice la norma legal respecto de la exención, que están excluidos de dicha dispensa aquellos resultados referidos títulos valores en tanto “... no coticen en bolsas o mercados de valores y/o que no tengan autorización de oferta pública”.

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).

El Dr. Magallón dijo:

I.- Que adhiero al relato de los hechos que hace el Dr. Pérez en su voto así como también al rechazo del planteo de nulidad que formula la parte actora.

II.- Difiero, en cambio, en cuanto la solución que estimo correspondería adoptar respecto del fondo de la contienda traída a consideración de este Tribunal, esto es, si resulta acertado el criterio sostenido por el Fisco Nacional al considerar alcanzados por el Impuesto a las Ganancias los resultados obtenidos por la actora como derivación de las operaciones de venta de bonos y/o acciones con cotización en mercados extranjeros, ello con arreglo a las previsiones del art. 42 del decreto 1334/98 reglamentario de la ley del gravamen -texto según art. 1°

inc. d) del Decreto 2334/2013-, o bien, si ha sido correcto el criterio de la actora al tratar dichos resultados como ingresos exentos en sus declaraciones juradas del gravamen en cuestión presentadas por los periodos fiscales 2015 y 2016.

III.- En efecto, a mi modo de ver la norma del art. 42 del decreto 1344/98 -texto vigente a la fecha de los hechos que aquí son juzgados- no ofrece dudas acerca del alcance que correspondería asignar a sus disposiciones en cuanto al ámbito de operatividad de la exención del art. 20 inc. w) de la ley del tributo, al señalar que *“Se encuentran comprendidos en la exención que establece el Artículo 20, inciso w), de la ley, los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales —incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión—, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la COMISION NACIONAL DE VALORES entidad autárquica actuante en la órbita de la SUBSECRETARIA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARIA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS (...)”*.

Así lo pienso puesto que, en primer lugar y a poco que se analice el texto del referido inc. w) del art. 20 de la ley del impuesto con la reforma introducida por la Ley 26.893 -originada en un proyecto del Poder Ejecutivo-, se advierte que la exención apunta a dar tratamiento preferencial a las operaciones con títulos de distinta índole siempre que tales instrumentos tengan cotización en bolsas o mercados de valores o bien que hubiesen sido emitidos mediando autorización de oferta pública.

Seguidamente, cabe reparar en que el texto del citado art. 42 del decreto reglamentario dispuso que *“Se encuentran comprendidos en la exención (...) los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales -incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión-, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la COMISION NACIONAL DE VALORES entidad autárquica actuante en la órbita de la SUBSECRETARIA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARIA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS (...)”*.

Puede corroborarse que el texto legal generó algunas dudas entre los operadores jurídicos en cuanto alcance de la exención del art. 20 inc. w), pudiendo consultarse, en tal sentido, el documento “Proyecto de Nota Reglamentación Reforma Ganancias Ley 26.893” producido por la Comisión de Estudios Tributarios del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad de Buenos Aires (https://archivo.consejo.org.ar/noticias13/files/Informe_Proyecto_Reglamentacion_Ley26_893.pdf). Allí se consignaba -punto 3, apartado 2)- la necesidad de que se emitiesen precisiones reglamentarias, en los siguientes términos: *“La Ley 26.893 no distingue si la condición se refiere a mercados del país únicamente o también resulta válida para mercados del exterior, ni así tampoco diferencia el caso de que se trate de títulos emitidos por sociedades constituidas en el país o en el exterior. La norma reglamentaria debería aclarar el tema”*. Es evidente, entonces, que el decreto reglamentario dió respuesta a lo que demandaban los operadores jurídicos en orden a ciertas precisiones que demandaría el texto legal en el marco conceptual de la reforma.

IV.- Yendo a los agravios de la recurrente, no encuentro consistencia en la interpretación que realiza en cuanto sostiene que *“Es el propio Fisco quien reconoce el carácter aclaratorio del artículo 42, pero yerra en su interpretación puesto que no excluye de la exención a las rentas de acciones negociadas en mercados extranjeros, a la vez que tampoco excluye a las provenientes de acciones cuya oferta pública haya sido autorizada por las autoridades que regulan los mercados de otros países”*.

En efecto, a mi modo de ver tales aserciones de la actora no pueden llevar a la conclusión de que las operaciones de venta de títulos que ella había concretado en mercados extranjeros se encontraban exentas, con apoyo en que

ellas no fueron expresamente excluidas por el texto del decreto reglamentario, pues la referencia normativa a que “Se encuentran **comprendidos** en la exención (...) los resultados provenientes de la enajenación de acciones, cuotas y participaciones sociales -incluidas cuotas partes de fondos comunes de inversión-, títulos, bonos y demás valores, que se realicen a través de bolsas o mercados de valores autorizados por la COMISION NACIONAL DE VALORES entidad autárquica actuante en la órbita de la SUBSECRETARIA DE SERVICIOS FINANCIEROS de la SECRETARIA DE FINANZAS del MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS PUBLICAS (...) está claramente enderezada a puntualizar que el beneficio exentivo se circunscribe al referido ámbito (nacional) de bolsas o de mercados de valores.

En tren de hacer un análisis interpretativo de los alcances de la exención que nos ocupa, pienso que es importante tener en consideración, también, las definiciones que consigna el texto de la Ley 26.831 (B.O. 28/12/2012) de Mercado de Capitales en su art. 2° para:

*Mercados: Sociedades anónimas **autorizadas por la Comisión Nacional de Valores** con el objeto principal de organizar las operaciones con valores negociables que cuenten con oferta pública, quedando bajo competencia del citado organismo las actividades afines y complementarias compatibles con el desarrollo de ese fin.*

*Mercado de capitales: Es el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables u otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, **todo ello bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores.** (Las negrillas me pertenecen).*

Como puede colegirse de las definiciones legales pretranscriptas, para la ley que regula el mercado de capitales de nuestro país, aquellos ámbitos en donde se negocian los títulos valores requieren o se encuentran sujetos, indefectiblemente, a la autorización o contralor de la Comisión Nacional de Valores.

Dicho esto, cabe tener presente también la doctrina de la Corte Suprema emitida en oportunidad de definir conceptualmente a los “mercados de Valores” en el marco interpretativo de la regulación del mercado de capitales por la Ley 17.811 -antecedora de la Ley 26.831 citada precedentemente- en el precedente de Fallos 328:456, cuando -al hacer parcialmente suyo el dictamen del Procurador General- expresaba que “A tal fin, corresponde resaltar que esta norma distingue claramente entre las “bolsas o mercados de comercio en general” (cap.III), y las “bolsas de comercio autorizadas a cotizar títulos valores y mercados de valores” (cap. IV).

Las primeras fueron incluidas expresamente en la ley con el objeto de delinear, con mayor detalle, su ámbito de aplicación, atento el régimen especial establecido para las segundas, y poner término -de esta forma- a “confusiones terminológicas existentes” (cfr . segundo párrafo del punto 13 de la exposición de motivos elaborada por la comisión redactora de la ley 17.811, ADLA XXVIII-B-1979).

Añade la citada exposición que los términos “bolsas” y “mercados” son utilizados como sinónimos, para designar las instituciones que agrupan a comerciantes y agentes de comercio, que se reúnen en los locales correspondientes para la realización de operaciones mercantiles lícitas, conforme a las leyes y a las normas reglamentarias establecidas por dichas entidades (tercer párrafo, punto 13).

Y aclara en el párrafo siguiente: “Las bolsas de comercio cuyos estatutos prevean la cotización de títulos valores y los mercados de valores son regulados por esta ley en su capítulo IV” (subrayado, añadido).

Esto ratifica, en mi parecer, la clara diferenciación que el legislador pretendió establecer entre las “bolsas y mercados de comercio en general”, reguladas por el capítulo III, y los “mercados de valores”, materia del capítulo IV.

En el cuarto párrafo del punto 14) de la exposición de motivos se define a estos últimos en la forma siguiente:

"Los mercados de valores -que dentro de la concepción del proyecto, son las entidades que tienen a su cargo la fiscalización de las operaciones sobre títulos valores efectuadas por sus socios y la garantía de estas últimas, en determinadas circunstancias; y el control de la actuación de dichos socios deben también ser autorizados para funcionar como tales por el Poder Ejecutivo Nacional. El retiro de dicha autorización es causal de disolución de la sociedad, atento al objeto específico de la misma..." (el subrayado me pertenece).

La autorización del Poder Ejecutivo Nacional se evidencia, así, como un requisito esencial para el funcionamiento de los "mercados de valores". De esta forma lo consideró la Comisión Redactora, en atención a las características y modalidades de las operaciones en títulos valores, que constituyen una parte del mercado mobiliario argentino, concebido como una unidad para el territorio de la República, ya que afecta al comercio interprovincial (cuarto párrafo, pto.14, exposición de motivos).

Y este criterio fue plasmado en el art. 28 de la ley 17.811, que obliga a los "mercados de valores" que deseen constituirse en el futuro a requerir la autorización del Poder Ejecutivo Nacional, por inter medio de la C.N.V., posición ratificada por el art. 64 del mismo ordenamiento, que fijó un plazo de 180 días a partir de su entrada en vigencia para que los "mercados de valores" que operaban a dicha fecha, ajustaran sus estatutos y los sometieran a consideración del Ejecutivo.

En este marco, la intervención de la C.N.V. -como acertadamente sostiene el decisorio recurrido- se exhibe como necesaria y previa al dictado del acto autorizante (art.6, inc.a., ley 17.811), pero no excluyente de éste. De la misma forma, la C.N.V. Sólo puede solicitar el Poder Ejecutivo Nacional el retiro de la autorización, pero es este último quien decide (art.6, inc. g., ley citada).

Y para aventar toda duda, el art. 35 establece que sólo las entidades autorizadas en estos términos podrán utilizar la denominación "mercado de valores" y desarrollar las actividades propias de tales instituciones.

Destaco, por último, que la necesidad de autorización del Poder Ejecutivo Nacional para el funcionamiento de los "mercados de valores" ha sido sostenida ya por este Ministerio Público desde el dictamen publicado en Fallos 303:1812 (in re "INTA Industria Textil Argentina S.A.", del 23 de abril de 1981), a cuyos fundamentos V.E. remitió en su sentencia del 19 de noviembre del mismo año (cfr. cons. 3°).

En síntesis de lo expuesto con relación a las definiciones o a la aplicación concreta de las normas federales que han venido regulando el mercado de capitales, llego a la conclusión de que por regla, cuando la Ley 26.893 -y eventualmente cualquier otra- utilizó la expresión "mercado de valores" en el art. 20 w) se refirió a entidades o ámbitos de comercialización de títulos regulados o autorizados por la CNV. Y dentro de este razonamiento, corresponde concluir que el art. 42 del Decreto 1344 -modificado por el art. 1° inc. d) del Decreto 2334/2013- es -casi innecesariamente, podría decirse- aclaratorio del alcance de la exención.

Más aún y asumiendo por vía de hipótesis la propia postura de la actora con relación a los alcances que -entiende- correspondería atribuir a la exención en base a la amplitud del texto legal, aparecería como innecesaria y superflua cualquier aclaración reglamentaria tendiente a la inclusión de operaciones que, merced a tal amplitud, ya se encontraban comprendidas; tal el caso de las operaciones con títulos y acciones concretadas en mercados autorizados por la CNV.

Contrariamente a esa visión, es claro para mí que lo que sí tiene sentido -en el sistema de relación entre la ley, su objetivo y su reglamentación- es la precisión limitativa de los alcances del beneficio exentivo cumpliendo con la premisa esencial de que "...existe la necesidad -reiteradamente sostenida por V.E.- de que el Estado prescriba claramente los gravámenes y exenciones, para que los contribuyentes puedan fácilmente ajustar sus conductas

respectivas en materia tributaria” (Fallos 253:332; 312:912; 315:820; 316:1115; 319:3208).

V.- Descartada ya la interpretación de la norma del art. 42 del Decreto 1334/98 que propone la parte actora para el supuesto bajo examen, cabe advertir que este Tribunal no podría abstenerse de validar su aplicación aún cuando se la tachase de inconstitucional, ello con arreglo a los alcances de la limitación que en tal sentido le viene impuesta por el art. 185 de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modificaciones).

En el caso, el planteo de la actora no va más allá de la denunciada falta de coincidencia entre el texto de la ley y de su reglamento; aduce la verificación de un exceso de este último -por fijación de límites- al ser contrastado con los alcances de la exención contenida en la ley reglamentada. Sin embargo, omite toda consideración relativa a la finalidad que inspiró el dictado de la Ley, así como también ha soslayado el análisis del contexto normativo en el que se desenvuelve el mercado de capitales en nuestro país, lo cual impide que su agravio pueda ser atendido como pretende.

Sentado lo que antecede, no puedo dejar de poner de relieve que comparto la opinión expresada por la mayoría de la Sala V de la alzada cuando afirmó que el decreto cuestionado por la actora, lejos de contraponerse o subvertir el sentido de la exención del art. 20 w) de la ley del gravamen, se compadece claramente con su espíritu y finalidad.

Así, la Sala señaló que “(...) el “espíritu” o “finalidad” de la ley N° 26.893 fue la de gravar las ganancias provenientes de las ventas de acciones, y eximir las cuando constituyeran un medio para estimular la capitalización de las bolsas y mercados locales. En otras palabras, quien compra acciones que cotizan en bolsas argentinas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores contribuye con su capital a financiar las actividades de las empresas que cotizan en bolsas o mercados locales, de manera tal que se trata de capital que se coloca en el país para el desarrollo de empresas argentinas o extranjeras que se negocian en nuestro país y de algún modo vinculadas con la economía local.[-]

Es que las exenciones impositivas solamente están justificadas cuando a juicio del legislador cumplen con finalidad social determinada (Fallos: 321:1660, 312:529), pues de lo contrario significarían un privilegio indebido concedido al contribuyente de manera graciosa y a cambio de nada. En semejante orden de consideraciones es necesario tener presente que en ese mismo debate parlamentario se consideró la exención introducida en el inciso h) del artículo 20 de la ley 20.628 con respecto a “los intereses originados por los siguientes depósitos efectuados en instituciones sujetas al régimen legal de entidades financieras: 1. Caja de ahorro. 2. Cuentas especiales de ahorro. 3. A plazo fijo. 4. Los depósitos de terceros u otras formas de captación de fondos del público conforme lo determine el Banco Central de la Republica Argentina en virtud de lo que establece la legislación respectiva...”.

Desde el punto de vista económico, tanto las inversiones realizadas por los ahorristas en las entidades financieras como las realizadas en las bolsas y mercados nacionales constituyen diversas formas de ahorro o captación de fondos del público y contribuyen a fortalecer de manera directa al capital de las empresas que desarrollan sus actividades en la jurisdicción nacional. Es que no tendría ningún sentido que el Fisco resignara parte de sus ingresos para estimular la capitalización de empresas ajenas a la economía nacional, ni que beneficiara a sus accionistas” (“STUART MILNE, Jorge Guillermo”, 03/05/2018).

Viene al caso recordar aquí que “Las exenciones tributarias deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicación de las normas que las establezcan, y fuera de esos casos corresponde la interpretación estricta de las cláusulas respectivas, por lo que, en caso de duda, deben ser

resueltas en forma adversa a quien invoca el beneficio fiscal” (Fallos: 329:5210; 344:140).

Además, es sabido que por regla general, la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la *ultima ratio* del orden jurídico y su procedencia requiere que el pedido pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y contar con fundamentos de igual carácter (Fallos 344:1952; Voto de los jueces Highton de Nolasco, Maqueda, Lorenzetti y Rosatti). Más allá de este requisito de carácter general, el recurrente debería invocar, adicionalmente, la existencia de una concreta declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada por parte de la Corte Suprema, lo que tampoco se verifica en el caso.

En mérito de los fundamentos expresados hasta aquí, voto por confirmar el acto apelado en todas sus partes, con costas (art. 68 CPCCN).

Por lo expuesto, por mayoría, SE RESUELVE:

Revocar el acto apelado, costas por su orden.

Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.