

TÍTULO:	LAS PENALIDADES ECONÓMICAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS
AUTOR/ES:	Malvitano, Rubén H.; Gebhardt, Jorge
PUBLICACIÓN:	Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)
TOMO/BOLETÍN:	XLV
PÁGINA:	-
MES:	Enero
AÑO:	2024
OTROS DATOS:	-

RUBÉN H. MALVITANO
JORGE GEBHARDT

LAS PENALIDADES ECONÓMICAS EN EL IMPUESTO A LAS GANANCIAS

La cuestión del título ha sido objeto de diversos análisis publicados en este mismo medio por los autores. ⁽¹⁾

No obstante, la mezcla generada por la evolución que viene operando respecto a lo normativo y a lo jurisprudencial deriva en novedades que ameritan nuevos análisis.

En esta oportunidad, una causa nos invita a repasar el estado de situación y a meditar acerca del verdadero alcance de las limitaciones a que se enfrentan los contribuyentes que, al momento de preparar su liquidación impositiva, se encuentran con erogaciones de las que debieron hacerse cargo durante el ejercicio, producto de haber sufrido la aplicación de alguna multa económica.

No es nuestro propósito aquí repasar los antecedentes históricos del asunto; antes bien, tener presente que más allá de su endeble sustento legal la norma reglamentaria (art. 227) impide el cómputo de "...*las sumas pagadas por cuenta propia en concepto de multas, costas causídicas, intereses punitivos y otros accesorios -excepto los intereses a que se refiere el artículo 37 de la ley 11683 ... y la actualización prevista en esta-, **derivados de obligaciones fiscales...***" (el destacado nos pertenece).

En el marco de la reglamentación de la reforma introducida por la ley 27430 a la ley de impuesto a las ganancias (LIG) (D. 1170/2018), este artículo fue objeto de la incorporación de un último párrafo:

*"Tampoco son deducibles las multas, sanciones administrativas, disciplinarias y penales aplicadas, **entre otros organismos o autoridades**, por el BCRA, la UIF, la CNV o la SSN, que se apliquen a las entidades por ellos controladas o reguladas; y las sumas que estas últimas destinan -directa o indirectamente- a sus directivos y representantes a los fines de que estos cancelen las multas, sanciones administrativas,*

disciplinarias y penales, que por su actuación en representación de las mencionadas entidades, les fueron aplicadas” (el destacado nos pertenece).

Entre los trabajos identificados en la nota 1 hemos dado cuenta de nuestra opinión respecto a la invalidez de la exorbitante extensión de una prohibición ya de por sí de dudosa legalidad. Sin embargo, el Fisco ha venido aplicando este alcance de la restricción, desde tiempo anterior incluso a su incorporación reglamentaria. Este silencioso proceso comenzó a hacer ruido, tal como surge de la jurisprudencia que se comienza a conocer; y que se refiere a situaciones previas a la incorporación del último párrafo antes transcripto.

De todos modos, corresponde señalar que en algunas oportunidades ese accionar se ha visto rechazado por la jurisprudencia (particularmente en el caso de penalidades aplicadas en el marco de contratos de concesión de servicios públicos)⁽²⁾; aunque en otros casos se lo aceptó (multa aplicada en el contexto del régimen de Defensa de la Competencia)⁽³⁾.

Es propósito de estas líneas referirnos a un pronunciamiento alineado con esta última postura, aunque el sujeto que sufriera la aplicación de la pena al que no se le reconociera el derecho al cómputo como parte de las erogaciones vinculadas con su actividad, ha sido una entidad bancaria.⁽⁴⁾ Correspondiendo resaltar, nuevamente, que el caso se refería a períodos anteriores a la reforma reglamentaria.

De acuerdo con los hechos relatados, el banco -y sus directivos- fue objeto de una multa aplicada por el Banco Central de la República Argentina (BCRA) como consecuencia de haberse verificado la existencia de legajos incompletos y falta de conocimiento del cliente. También se indica que la pena aplicada a los directivos fue cancelada por el banco, que había otorgado a aquellos una indemnidad (a través de una carta) y había contratado una póliza de seguro específico para cubrirlos de este tipo de contingencias.

En el marco de su liquidación impositiva la entidad impugnó el cómputo de la pérdida, para luego proceder a rectificar su presentación original generando un saldo a su favor por el que fue en repetición.

Sintéticamente, los principales argumentos del Fisco y de la Justicia para sustentar el rechazo de la acción intentada fueron los siguientes:

- No se trata de un concepto *propio* de la actividad generadora de rentas; ni tampoco se relaciona con el mantenimiento de la fuente productora.

- Se vincula con el *riesgo empresario* del banco; ello por no advertirse cómo y en qué medida el cumplimiento estricto de la ley constituiría un *riesgo*. Agregando que aceptar lo contrario supondría “*asumir que las infracciones ... son propias de la actividad bancaria y que su imposición es meramente aleatoria, poniendo en igualdad de condiciones a todas las entidades financieras independientemente de si su accionar resulta o no conforme a derecho*”.

- El banco no intentó demostrar que el pago de la multa o su incumplimiento podrían haber repercutido en la fuente generadora de rentas o afectado el desarrollo de su objeto (hacemos notar que el monto de la pena ascendió a \$ 166.000.000 por el período fiscal 2014).

- Con respecto al pago por cuenta de los directivos, la sentencia sostiene que “*...de las constancias no surge el criterio de necesidad o de pertenencia del gasto ni el motivo por el cual el pago de la multa a las personas imputadas lograría una ganancia para el banco o el mantenimiento o conservación de su fuente*”.

Los argumentos anteriores resultan endebles por sustentarse en la premisa de que las actividades son desarrolladas por los contribuyentes en un marco ideal, sin errores ni fisuras y donde la posibilidad de un desvío no existe. Es justamente este tipo de

situaciones el que puede provocar la obligación de asumir un resarcimiento impuesto por las autoridades.

Sostener que no se advierte riesgo por cumplir estrictamente con la ley, parece un argumento desviado de lo que resulta importante en el caso; esto es, que cometer errores o que un dependiente actúe con negligencia, por ejemplo, no dejan de ser alternativas propias de toda actividad empresarial. En definitiva, el riesgo de que se cometan faltas -por los que deba pagarse una sanción-, forma parte del riesgo empresario.

Para eso, precisamente, es que existe un "*corpus*" que califica las infracciones y ordena la represión económica. Extremando, se puede observar que si, por ejemplo, una empresa decidiera evitar todo gasto tendiente a lograr un cumplimiento excelso de sus obligaciones, obtendría un mayor rendimiento gravado; pero esa circunstancia la somete a la posibilidad de sufrir una pena cuya magnitud podría superar el ahorro logrado. De modo, pues, que es la multa la herramienta con la que no solo se intenta equiparar el estatus del cumplidor con el del no cumplidor, sino incluso castigar a este, ya que la lógica del sistema debiera llevar a que la magnitud de la multa superara con creces el ahorro buscado. Involucrar en el contexto de la magnitud de la penalidad, una pretendida impugnación a efectos fiscales no parece propio de la norma impositiva; más aún cuando no existe sustento legal para ello. Es justamente este mecanismo el que evita la equiparación entre cumplidores y no cumplidores; para nada lo es la herramienta tributaria.

Si el chofer de un automóvil de una empresa de seguridad que acompaña un camión de caudales cruza una bocacalle con el semáforo en rojo, la penalidad es, sin duda, consecuencia de un accionar disvalioso que gatilla el reclamo de la autoridad sobre quien resulta el titular del vehículo (la empresa).

La afirmación de que la infracción no es "propia de la actividad" es parte del andamiaje que decanta en la equivocada idea de actividades desarrolladas sin fisuras. De allí que, siguiendo con el ejemplo anterior, la existencia de la pena es consecuencia de que la empresa de seguridad está desarrollando una actividad que le genera un resultado gravado, sin dudas afectado por la infracción cometida por uno de sus empleados en el desempeño de su tarea. No reconocer esa afectación rompe con uno de los fundamentos que forman parte del "*corpus identitario*" del impuesto a la renta, cual es el de la imprescindible determinación de una renta neta real y no ficticia.

También, resulta llamativo que la sentencia refiera a la doctrina de la CSJN que aceptara la deducción de gastos en favor de empleados en tanto ello "*resulta una herramienta utilizada para lograr una mayor eficiencia en el cumplimiento de su objeto social*"⁽⁵⁾. Para a partir de allí concluir que, en el caso, "*...no se especifica de qué manera la indemnidad pudo haber logrado una mayor eficiencia en el cumplimiento de su objeto social, ni que se hubiese dado con el fin de otorgar un incentivo para el correcto y leal cumplimiento de las tareas ...; tampoco se observa que el dictado de la indemnidad haya puesto al Banco de Valores SA al cubierto de eventuales reclamos por parte de las personas sancionadas o si la falta de dicho compromiso le podría haber traído algún perjuicio en la fuente generadora de rentas*".

Hasta aquí la remisión al fallo citado es pertinente, en tanto permite entender que los juzgadores adhieren a la idea de que la cancelación de la penalidad aplicada a los directivos calificaría como un gasto en favor de aquellos.

Pero a partir de ello -reiterando que nos guiamos exclusivamente por el relato de los hechos que surge de la sentencia-, lo afirmado en esta nos sorprende; básicamente porque se identifican en el pronunciamiento aspectos que por ser parte de la realidad evidente no debieran exigir prueba alguna. Nos preguntamos así, ¿cómo no entender que reconocer una indemnidad que limita las consecuencias de un eventual reclamo de las autoridades al directivo del banco es un incentivo para que este acepte la asunción

de responsabilidades que, por su extendido alcance, de otro modo no serían aceptadas? O, en otras palabras, ¿es concebible en la práctica que alguien esté dispuesto a formar parte del cuerpo directivo de una empresa (particularmente de un banco, por el estricto seguimiento de la actividad que hace el BCRA como organismo de control) con el arrastre que una sanción puede significar sobre su patrimonio personal? ¿No es esta la realidad que impera en el mercado a la hora de interesar a aquellos que pueden asumir tamañas responsabilidades? ¿Es posible que se obvien estas circunstancias, más allá de las pruebas aportadas en el expediente?

Es decir que, por otra vía, el pronunciamiento llega a lo que fuera el razonamiento empleado en su momento por la AFIP (Circular N° 2/2015), y que fuera la génesis del texto que hoy luce como última parte del párrafo agregado al artículo 227 del DRIG; esto es, que la disposición de fondos que la entidad haría a favor de sus representantes y directores para que estos cancelen las multas, constituye una liberalidad. Lo que no evitaría -según este antecedente-, que el banco debiera actuar como agente de retención. Lo que ciertamente es contradictorio: si es remuneración para el beneficiario, también tiene ese carácter para el sujeto pagador. Y ya sostuvimos en su momento que la presunta "mayor remuneración" del directivo quedaba neutralizada por el importe de la multa que debía pagar al BCRA la que, por ser deducible en nuestro criterio, neutralizaba íntegramente la pseudo retribución tornando improcedente la retención, al no existir ganancia neta gravada. (6)

Aunque no es parte de los tópicos desarrollados en la sentencia, se observa que la litis no involucró la procedencia del gravamen sobre el monto cobrado por el contribuyente (indemnización) de la compañía aseguradora; así como tampoco respecto a la deducibilidad de la prima pagada por el banco para conseguir la cobertura del riesgo.

Si, indubitadamente, estos conceptos resultan computables, ¿qué puede justificar la imposibilidad de considerar la pérdida por la multa sufrida?

Lo anterior deja fuera de foco la conclusión de la sentencia; la deposita en un plano desajustado e inorgánico respecto a los fundamentos estructurales del tributo.

En definitiva, esta línea jurisprudencial parece más orientada a volver a juzgar la conducta (cosa que en el caso ya había hecho la autoridad de control de la actividad bancaria), que a analizar el tratamiento de una cuestión de técnica determinativa del resultado gravado.

El abanico de situaciones que se abre es muy amplio, ya que, como se dijo, la situación juzgada fue previa a la modificación reglamentaria; es evidente que el accionar fiscal se extenderá a partir de esta jurisprudencia que, además, avala el texto reglamentario vigente.

A ello debe agregarse que no solo las empresas se ven comprendidas por este contexto, sino que también quedan involucradas las personas humanas en el desarrollo de su actividad gravada. Así, en fecha reciente nos anoticiamos del caso de una abogada que, en el marco de un juicio por accidente firmó una demanda contra una Aseguradora de Riesgo del Trabajo (ART) equivocada; cuando se enteró del error, su cliente denunció a la profesional en el Colegio de Abogados de la CABA. Como producto de ello, la Justicia la condenó a pagar una multa equivalente al 10% del sueldo mensual de un juez nacional de Primera Instancia en lo Civil de la CABA. (7) Insistimos que en casos como este, carece de lógica sostener la improcedencia del cómputo sobre la base de la supuesta desvinculación entre la erogación y el desarrollo de la actividad generadora de renta gravada.

Es cierto que la abogada pudo haberse desempeñado en forma negligente, lo que la convirtió en sujeto de un castigo; pero no se observan razones legales para considerar que el impuesto a la ganancia debe actuar como amplificador de la pena aplicada. Este

camino conduce a sostener que el tributo es parte del castigo, lo que no está legalmente previsto.

Sin perjuicio de los argumentos que hemos desarrollado antes y por los cuales no compartimos las afirmaciones y conclusiones de esta sentencia, observamos -con respecto a las multas aplicadas a los directivos de las que se hace cargo el contribuyente-, que existe una norma legal que si bien no fue objeto de consideración, por su literalidad y el alcance que se le reconoce, guarda relación con el caso.

Se trata del artículo 86, inciso d), LIG que, entre los conceptos deducibles para determinar la ganancia neta de las cuatro categorías, menciona a *"Las pérdidas debidamente comprobadas, a juicio de la Administración Federal de Ingresos Públicos, originadas por delitos cometidos contra los bienes de explotación de los contribuyentes, por empleados de los mismos, en cuanto no fuesen cubiertas por seguros o indemnizaciones"*.

Desgranando las pautas habilitantes del cómputo, se advierte que las mismas se encuentran presentes; así:

a) Existe una pérdida fácilmente comprobable por el Fisco a partir de la existencia de una resolución del organismo público de contralor;

b) Originada en un delito (acción disvaliosa) del directivo; lo que está justificado en la conclusión del BCRA en su pronunciamiento;

c) Es obvio que el accionar repercute sobre los "bienes de explotación del contribuyente"; y además que la referencia a los "empleados" debe interpretarse de modo extendido. Téngase presente que la jurisprudencia concluyó que tal expresión tiene, en el contexto del artículo, un sentido genérico y amplio (CAF, Sala Contencioso Administrativo, "Compañía Argentina de Cosméticos SA", 16/7/1963. Se trataba en el caso de un delito cometido por un director gerente de la sociedad); mientras que en otro caso se afirmó que *"...la labor desarrollada por el contador de la empresa que también se desempeñaba como auditor y síndico, resulta incluida dentro de la expresión 'empleados del contribuyente' ... interpretando a dicha expresión en un sentido amplio, es decir que abarca no solo a los empleados que se desempeñan en relación de dependencia, sino también a aquellos que, sin estar vinculados con un contrato de trabajo, prestan servicios fundamentales para el desarrollo de la actividad empresarial y en forma habitual"*. ("Natural Foods Industrial Exportadora SA" - TFN - 30/8/2010).

La -para nosotros- falta de densidad del andamiaje de la sentencia aquí comentada nos deja expectantes respecto a un futuro pronunciamiento de la Corte que ponga las cosas en su lugar y brinde certeza a todos los contribuyentes que deban enfrentar situaciones como las aquí comentadas.

Notas:

(1) El último de ellos donde se condensan anteriores publicaciones, ha sido "Deducción de multas en el impuesto a las ganancias" - ERREPAR HOY - 1/8/2023)

(2) "EDELAP SA" - TFN - C - 28/11/2022; "EDESAL SA" - CNACAF - II - 8/11/2022

(3) "Loma Negra CIA SA" - CNACAF - I - 13/6/2023

(4) "Banco de Valores SA" - CNACAF - IV - 13/7/2023

(5) "Pan American Energy LLC Suc. Arg." - 26/8/2014

(6) Véase de los autores: "Las penas de las entidades bancarias" - DTE - ERREPAR - marzo 2015

(7) Nota periodística de INFOBAE del 22/10/2023 - no se identifican los autos

Cita digital: EOLDC109042A

Editorial Errepar - Todos los derechos reservados.