

Dolar Futuro Control Judicial Medidas Cautelares Presuncion De Validez Afip

JURISPRUDENCIA

Dólar futuro. Control judicial. Medidas cautelares. Presunción de

validez. AFIP

Se confirma la sentencia que desestimó la medida cautelar solicitada a fin de que se ordene a la AFIP que se abstenga de exigirle al actor el impuesto extraordinario a las operaciones financieras especulativas (dólar futuro), creado por el artículo 7 de la ley 27.346. Ello así, al valorarse que dicha norma se trataba de una ley sancionada de conformidad con los procedimientos que la Constitución Nacional contemplaba y dictada por el Congreso de la Nación, mientras que no se habían siquiera acompañado las declaraciones juradas del impuesto a las ganancias o del impuesto extraordinario, ni efectuado mayores precisiones acerca de la situación patrimonial del actor, ni del concreto daño que le ocasionaría el tributo instituido; solo se adjuntaron los boletos de compra venta de dólar futuro, los cuales no alcanzaban para respaldar alguna circunstancia concreta respecto del peligro en la demora que representaba la exigencia del pago de tributo extraordinario, a fin de acreditar que el alegado daño que pudiera producirse durante transcurso del proceso principal, pueda tornar el pronunciamiento a dictarse como de imposible cumplimiento, o que la mentada pretensión fiscal se erija como una amenaza cierta y actual. Buenos Aires, 5 de febrero de 2019.-

Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto a fs. 57 (vide fs. 116), contra la resolución de fs. 52/53, fundado por el memorial de fs. 59/66 (v. fs. 117/121), cuyo traslado fue replicado a fs. 68/71 (v. fs. 125/128); y, CONSIDERANDO:

I.- Que por las resolución dictada el 20 de octubre de 2017 la señora juez de primera instancia desestimó la medida cautelar solicitada por el Sr. José Luis Abuchdid a fin de que se ordene a la AFIP que se abstenga de exigirle el ?impuesto extraordinario a las operaciones financieras especulativas (dólar futuro)?, creado por el art. 7º de la ley 27.346. Para así decidir, consideró que no se observa que se encuentren suficientemente cumplidos los requisitos que tornarían viable la cautelar requerida, máxime cuando de los hechos relatados por la actora se advierte una situación compleja. Además, la magistrada de grado sostuvo que la ilegitimidad que aduce la actora, con sustento en que la norma resulta retroactiva y una doble imposición tributaria, debe supeditarse a su acabada demostración en la litis, lo cual resulta ajeno al estrecho ámbito de apreciación del remedio preliminar deducido (cfr. considerando V, fs. 53).

II.- Que la parte actora en su expresión de agravios critica la decisión por considerarla arbitraria, ya que en sus fundamentos no examina los planteos efectuados por su parte y resuelve rechazar la cautelar con términos genéricos y carentes de fundamentación. Manifiesta que se configuran en el caso los requisitos que impone la ley 26.854 y los presupuestos que habilitan la procedencia de la medida cautelar. En ese sentido, puntualiza que el pago del gravamen ocasionaría a su parte un grave perjuicio de imposible reparación ulterior, en los términos del inc. a) del art. 13 de la ley de medidas cautelares. Agrega que si no se otorga la medida peticionada y la AFIP requiere la cancelación del tributo tachado de inconstitucional, se vería obligado a ejercer una acción de repetición, obteniendo los fondos que pudieran ser depositados muchos años después, y sostiene que aquellos intereses que adicione la AFIP no serán suficientes para compensar los efectos que la inflación actual junto con la devaluación constante del peso, tiene sobre los bienes y la moneda de nuestro país. Por otra parte, aduce que el derecho invocado es verosímil en la medida en que concurren en el caso indicios precisos serios y concordantes de la ilegitimidad de las normas involucradas, que están dados por la fecha del dictado de la ley, la de las operaciones concertadas y alcanzadas retroactivamente por el tributo. Precisa que el hecho imponible del impuesto extraordinario sancionado el 27/12/2016 abarcaría las utilidades devengadas en el año 2015, tratándose de un periodo fiscal acaecido y finiquitado. Añade que otros indicios de la verosimilitud del derecho son la falta de previsión de la recaudación del impuesto en la Ley de Presupuesto y la forma en que el legislador previó el pago del gravamen como complementario de uno ya existente. Alega que las normas involucradas son ilegítimas, puesto que si bien la AFIP tiene facultades reglamentarias, su ejercicio en la resolución 4078/17 resulta manifiestamente contrario a derecho, afectando derechos del contribuyente.

Por último, sostiene que la medida requerida no afecta el interés público, ya que de acuerdo a lo dispuesto por la ley 27.346 (B.O. 27/12/2016) el gravamen creado es extraordinario y aplicable por única vez. Reitera que ?el impuesto se aplica únicamente a las utilidades obtenidas por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, que no hubieren tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera, conforme el texto de la ley. Ese ingreso tributario debería ser percibido (o recaudado) por el Fisco en 2017, no obstante lo expuesto no ha sido previsto ni previsionado en el Presupuesto Nacional.? En ese orden de ideas, explica que ?la actividad financiera del Estado, siempre y conforme a la ley, debe encontrarse planificada en forma precisa: el conjunto de gastos y recursos debe ser previsto por adelantado para el periodo de cada año en el presupuesto, esto es para que el Estado pueda cumplir sus fines. De este modo, los recursos tributarios deben ser calculados en el Presupuesto, ese cálculo significa que el Estado planificó contar con ellos, con lo cual, la no recaudación de un impuesto podría afectar las arcas estatales. Esto no

ocurre en el caso, la ley 27.341 que aprueba el Presupuesto General de la Administración Nacional para el Ejercicio 2017 no prevé dentro de la recaudación tributaria el impuesto extraordinario a las operaciones especulativas de dólar futuro, por lo que el dictado de la medida solicitada no tiene tampoco efectos jurídicos o materiales irreversibles, no causando gravamen alguno al erario público? (cfr. fs. 64 y vta.). Cita jurisprudencia en sustento de su postura.

III.- Que, antes de ingresar al tratamiento de los agravios expresados es importante destacar que el Tribunal no se encuentra obligado a seguir los apelantes en todas y cada una de las cuestiones y argumentaciones que proponen a consideración de la Alzada, sino tan sólo aquéllas que son conducentes para decidir el caso y que bastan para dar sustento a un pronunciamiento válido (conf. C.S., Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970; esta Sala, Causa 30445/2014, ?Agropecuaria Huinca SRL c/ Dirección General Impositiva s/Recurso directo de organismo externo?, sentencia del 2/09/2014 y sus citas, entre otras).

Ello sentado, cabe comenzar por recordar que la procedencia de las medidas cautelares como la solicitada en autos se halla condicionada, en los términos indicados por las directivas previstas en el art. 230 del CPCCN, a la estricta apreciación de los requisitos de admisión referidos, por un lado, a la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita; y por el otro, al peligro en la demora, que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, efectivizarse (conf. esta Sala, Causa: 32118/2011, in re ?Guimajo SRL c/ EN-AFIP-DGI 154/11 (RMIC) s/medida cautelar (autónoma)?, sentencia del 16/04/2012, entre muchas otras).

En lo atinente al primer presupuesto (fumus bonis iuris) este debe entenderse como la posibilidad de existencia del derecho invocado y no como una incontrastable realidad, que sólo podrá ser alcanzada al tiempo de dictar la sentencia de mérito, (conf. Morello, A.M. y otros "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", t. II-C, pág. 494, ed. 1986). Pues, la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido (conf. esta Sala, Causa: 10907/2012, in re ?Clemente Jorge Luis c/ EN-AFIP-DGI-Resol 245/11 (Epte 10780- 1223/10) s/ Dirección General Impositiva?, sentencia del 05/07/2012; entre muchos otros).

Por su parte, el segundo de los recaudos enunciados (periculum in mora), constituye la justificación de la existencia de las medidas cautelares, tratando de evitar que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde. Puesto que se tiende a impedir que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos (conf. esta Sala, Causa: 12257/2012, in re ?Expofresh SA c/ EN-DGA-SIGEA (Expte 13289-7645/12) s/ medida cautelar (autónoma)?, sentencia del 05/06/2012; entre muchos otros).

IV. Que, al efectuar dicha comprobación, debe tenerse presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que indica que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de las autoridades constituidas obliga, en los procesos precautorios como el presente, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y de los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar (CSJN, 2009, Molinos Río de la Plata, Fallos: 322:2139, entre otros, v. asimismo esta Sala, Causa: 47704/2011, in re ?Cámara Argentina de Farmacias c/ EN-AFIP-DGI-Resol 35/11 (DEV) s/medida cautelar (autónoma)?, sentencia del 24/05/2012).

Asimismo, en el análisis del instituto descripto, debe considerarse la jurisprudencia que ha puesto de manifiesto que los requisitos antes citados se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigente en la apreciación del peligro en la demora y -viceversa- (conf. esta Sala, Causa: 30570/2011, in re ?Inter Logater SA y otro c/EN-JGM-Resol 1164/11 s/Proceso de Conocimiento?, sentencia del 14-2-2012; v. asimismo, esta Cámara, Sala II, ?Pesquera del Atlántico S.A. c/ B.C.R.A.?, del 14-10-85; Sala V, ?Ribereña de Río Negro S.A. c/ D.G.I.?, del 8-11-96; esta Sala, ?Gibaut Hermanos?, del 8-9-83; ?All Central SA?, del 8/9/06, entre otros).

V.- Que, en este orden de ideas, se observa que, con el dictado de la Ley 26.854 de Medidas Cautelares en las Causas en que la Nación es Parte, su artículo 13° ha precisado los alcances de estos requisitos para los casos como el de autos, en los que la pretensión cautelar consiste en obtener la suspensión de los efectos de un acto estatal. Allí, se explicita que los perjuicios invocados han de ser graves de imposible reparación ulterior y que la verosimilitud explicitada precedentemente debe vincularse, tanto con el derecho invocado, como con la ilegitimidad argumentada, respecto de la cual, ha de existir indicios serios y graves al respecto. Por lo demás, también se detalla que para la concesión de la medida preliminar debe valorarse que no se produzca una afectación del interés público ni se generen efectos jurídicos o materiales irreversibles.

VI.- Que en los términos descriptos, corresponde establecer si se verifican los recaudos necesarios para la procedencia de la cautelar requerida o, por el contrario, han de rechazarse los cuestionamientos que formula la parte actora y confirmarse la sentencia apelada.

Bajo la pautas enunciadas, cabe recordar que la ley 27.346 -B.O. 27/12/2016-, en el capítulo III, art. 7°, aprobó como ?Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas (Dólar Futuro)?, el siguiente texto: (art. 1°) Establécese un ?Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas (Dólar Futuro)' aplicable por única vez a las personas jurídicas, humanas y sucesiones indivisas que

hubieran obtenido utilidades por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, que no hubieran tenido como finalidad la cobertura respecto de una determinada operación de comercio exterior o financiera, denominada en moneda extranjera. Se considerarán utilidades alcanzadas por el presente impuesto: b) Para el caso de personas humanas y sucesiones indivisas: las utilidades obtenidas en el año fiscal 2016? Respecto de la cuantía del tributo extraordinario, el artículo 2° se ocupa de establecer que ?El impuesto a ingresar por los contribuyentes indicados en el artículo anterior surgirá de aplicar la tasa del quince por ciento (15%) sobre las utilidades derivadas de ?diferencias positivas de precio' por operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacentes moneda extranjera, no pudiendo ser deducible gasto alguno.? Además, ?El impuesto a ingresar será incluido y liquidado, de manera complementaria, en la declaración jurada del impuesto a las ganancias del período fiscal respectivo? (art. 3°) y ?no será deducible para la liquidación del impuesto a las ganancias y no podrá ser computado como pago a cuenta del mismo? (art. 4°). Por lo demás, el art. 5° dispuso que ?Para los casos no previstos en los artículos precedentes, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la Ley de Impuesto a las Ganancias, texto ordenado en 1997 y sus modificaciones y su decreto reglamentario, no siendo de aplicación las exenciones impositivas -objetivas y subjetivas- previstas en dicha ley? mientras que el art. 6°, precisó que ?El gravamen establecido por la presente se regirá por las disposiciones de la ley 11.683, texto ordenado en 1998 y sus modificaciones, y su aplicación, percepción y fiscalización estará a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica en el ámbito del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas, la que queda facultada para dictar las normas complementarias que resulten necesarias.? La ley entró en vigencia desde su publicación en el Boletín Oficial (el 27/12/2016) y las disposiciones del capítulo III surtieron efecto, ?Para el caso de personas humanas y sucesiones indivisas: las utilidades obtenidas en el año fiscal 2016.? En ejercicio de las facultades a las que alude el art. 6° (texto aprobado por el art. 7° de la ley 27.346), la AFIP dictó la resolución general E4078/2016 a fin de prever las disposiciones a observar por los sujetos alcanzados por el referido impuesto extraordinario, a los efectos de su determinación y pago. VII.- Que, en este estado larval del proceso y aún con la provisionalidad que corresponde atribuir a las consideraciones que seguidamente se formularán en función del régimen legal, de naturaleza tributaria, implicado en la especie, cabe dejar sentado que la norma cuya arbitrariedad denuncia la actora se trata de una ley sancionada de conformidad con los procedimientos que la Constitución Nacional contempla y fue dictada por el Congreso de la Nación, órgano a través del cual el Estado ejerce el poder de imperio en la materia tributaria, con la consecuente potestad de dictar normas a efectos de crear unilateralmente tributos y establecer deberes formales (arg. arts. 4°, 17°, 75, inc. 2, de la Constitución Nacional). En cuanto a la resolución general AFIP E-4078/2016, que reglamentó el Impuesto Extraordinario a las Operaciones Financieras Especulativas ?dólar futuro?, su dictado obedeció al ejercicio de las facultades reglamentarias reconocidas en el art. 7° del decreto 618/97 y, en principio, su articulado (en este examen provisorio y preliminar) se presenta como un conjunto de disposiciones tendientes a hacer operativo el tributo creado por ley, sin que, de momento, se advierta modificado el alcance del impuesto extraordinario cuya suspensión cautelar se peticiona. En ese sentido, resulta oportuno mencionar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación invariablemente ha sostenido que ?las leyes gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente por lo cual es requisito ineludible para admitir la pertinencia de medidas cautelares como la decretada en autos, una especial prudencia en la apreciación de los recaudos que tornen viable su concesión (CSJN Fallos 319:1317; 320:1027; 333:1023). La Corte ha dicho también que ?...escapa a la competencia de los jueces pronunciarse sobre la conveniencia o equidad de los impuestos o contribuciones creados por el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales (Fallos: 242:73; 249:99; 286:301). Salvo el valladar infranqueable que suponen las limitaciones constitucionales, las facultades de esos órganos son amplias y discrecionales de modo que el criterio de oportunidad o acierto con que las ejerzan es irrevisable por cualquier otro poder (Fallos: 7:331; 51:349; 137:212; 243:98). En consecuencia, aquéllos tienen la atribución de elegir los objetos imponibles, determinar las finalidades de percepción y disponer los modos de evaluación de los bienes o cosas sometidos a gravamen siempre que, conviene reiterarlo, no se infrinjan preceptos constitucionales (Fallos: 314:1293)? (?HERMITAGE S.A. C/ PEN - MeyOS?, 15/06/2010). En la especie, la actora funda la arbitrariedad que alega y la verosimilitud del derecho invocado en que el pago del tributo extraordinario ocasionaría un gravamen de imposible reparación ulterior. Sin embargo, obsérvese que ni siquiera acompaña las declaraciones juradas el impuesto a las ganancias o del impuesto extraordinario (que debió haber presentado conjuntamente con la declaración de ganancias), ni efectúa mayores precisiones acerca de su situación patrimonial ni del concreto daño que le ocasionaría el tributo instituido en el art. 7° de la ley 27.346, que en modo alguno autoricen a apartarse del principio de ?solve et repete? que rige en la materia tributaria. VIII.- Que, en definitiva, mediante las manifestaciones vertidas en la apelación, la actora no ha logrado rebatir adecuadamente los fundamentos expuestos en la instancia anterior. En efecto, como se ha dicho en reiteradas oportunidades, la procedencia de medidas como la requerida, queda subordinada a la verificación de extremos básicos e insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora (conf. art. 230 del C. P.C.C.). Asimismo, conforme criterio reiterado en diversas oportunidades por este Tribunal, no debe confundirse la tutela

cautelar con la declaración del derecho en el proceso principal. Ello es así, ya que las providencias cautelares no constituyen un fin en sí mismas, sino que están ineludiblemente pre-ordenadas a una ulterior sentencia definitiva, en la que se deberá restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho (esta Sala, ?TRANSBA SA c/ENRE Acuerdo Nota 99868 102539 y 102731 s/ amparo ley 16.986?, del 10/4/12; ?ARCADI SA c/ EDESUR s/ medida cautelar (autónoma)?, del 4/11/14; ?SOLO FUTBOL SA c/ ADIF SE s/ proceso de conocimiento?, del 30/6/15, entre otros). Desde esta perspectiva, no resultan viables las medidas cuando -como en el caso, en torno a la suspensión del pago de un impuesto extraordinario a las operaciones financieras especulativas ?dólar futuro?- se pretende imponer un inoportuno discernimiento sobre cuestiones que, por su complejidad fáctica y jurídica, exceden el limitado ámbito de conocimiento preliminar propio de una cautelar. IX.- Que tampoco se encuentra acreditado el peligro en la demora. Sobre el particular, no debe olvidarse que - como ya se dijo - el ?periculum in mora? exige la probabilidad de que la tutela jurídica que, eventualmente, la actora obtenga mediante el pronunciamiento de fondo a dictarse en el caso no pueda en los hechos realizarse. Lo cual implica que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo resulten prácticamente inoperantes o se presente durante el proceso un daño de imposible o muy dificultosa reparación. En estos términos, se advierte que la única documental que acompañó la parte actora consiste en los boletos de compra venta de dólar futuro (cfr. fs. 17vta./26), los cuales no alcanzan para respaldar alguna circunstancia concreta respecto del peligro en la demora que representa la exigencia del pago de tributo extraordinario, a fin de acreditar que el alegado daño, que pudiera producirse durante transcurso del proceso principal, pueda tornar el pronunciamiento a dictarse como de imposible cumplimiento, o que la mentada pretensión fiscal se erija como una amenaza cierta y actual (conf. esta Sala, Causa 40938/2013 ?YEATTS, ALEJANDRO c/ EN-AFIP-DGA s/MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)?, sentencia del 3de junio de 2014). Por consiguiente, cabe concluir que no corresponde revocar la sentencia apelada, en atención a que tampoco se ha acreditado un peligro particularizado en la demora (arg. esta Sala, Causa 19556/2012, in re ?Central Térmica Loma de la Lata SA c/ EN AFIP DGI - período fiscal 2011 s/ Proceso de conocimiento?, sentencia del 11-09-2012; Causa 10.070/2011 in re ?Tublaplas SA c/ EN - M° Economía (Ley 25063 - 2004/2010-) s/ Proceso de conocimiento?, sentencia del 7-6-11; Causa 16.084/2011 in re ?Saturno Hogar SA - Inc. Med. (12-IV-11) c/ EN - M° Economía - AFIP - DGI - Resol 2011/06 (RG) s/ Proceso de conocimiento?, del 21-6-2011; v. asimismo, Sala IV in re ?Guilford Argentina SA - inc. med. (25-X-10) c/ EN - AFIP - DGI s/ Dirección General Impositiva?, del 15-03-2011). Por ello, el Tribunal RESUELVE: desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en su consecuencia, confirmar la resolución de fs. 52/53vta. Con costas, por no existir mérito para la dispensa (art. 68, primer párrafo, del Código Procesal; asimismo, esta Sala in re causa n° 41042/2017 Incidente N° 1 - ACTOR: DEGOURMET SA s/INC APELACION, sentencia del 2 de marzo de 2018). Regístrese, notifíquese y devuélvase. JORGE ESTEBAN ARGENTO CARLOS MANUEL GRECCO SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ

036510E