

CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, 10 de abril de 2024.

RESOLUCIÓN CA N.º 7/2024

VISTO:

El Expte. CM N° 1687/2021 “Irsa Propiedades Comerciales SA c/ provincia de Santa Fe y su acumulado 1703/2022 Elsztain Eduardo Sergio (responsable solidario) c/ provincia de Santa Fe”, en el cual la firma de referencia y Elsztain Eduardo Sergio promueven la acción prevista en el art. 24, inc. b), del Convenio Multilateral contra la Resolución N° 329-4/2020, dictada por la Administración Provincial de Impuestos de la provincia de Santa Fe; y,

CONSIDERANDO:

Que la presentación se ha realizado cumplimentando las exigencias legales y reglamentarias en lo que hace a su aspecto formal, motivo por el cual corresponde su tratamiento.

Que Irsa Propiedades Comerciales SA señala realiza una actividad inmobiliaria, que cotiza sus acciones en la Bolsa de Comercio de la CABA y en la Bolsa de Valores de Estados Unidos; su actividad principal consiste en alquilar inmuebles, tanto locales comerciales en distintos shoppings del país, así como oficinas a empresas de primera línea en edificios de la Capital Federal; como actividades conexas al alquiler de inmuebles en los shoppings, administra dichos centros comerciales, tanto en lo referente al mantenimiento edilicio como en lo relacionado a la atracción de público a tales centros, mediante promociones. Dice que para fundear su negocio, optó por un modelo de capital propio mínimo, financiando su actividad principalmente con la toma de deuda, mediante un fuerte endeudamiento en moneda extranjera, tanto en mercados locales como internacionales, a través de la colocación de obligaciones negociables, bajo la Ley 23576 y modificatorias. Agrega que, en tales circunstancias, durante los períodos auditados por la fiscalización, el principal flujo de ingresos de la compañía estaba dado por la locación comercial de inmuebles en los shoppings y tales flujos estaban representados en pesos; consecuentemente, según dice, al contar con un flujo de ingresos en pesos y deudas en dólares, ante las expectativas devaluatorias de la moneda argentina, se vio en la necesidad de cubrir los riesgos de devaluación para evitar pérdidas millonarias y/o dificultades en el repago de sus deudas. Por lo tanto, expresa que necesitaba cobertura de riesgo –seguro de tipo de cambio– para afrontar eventuales pérdidas millonarias como consecuencia de la devaluación de la moneda argentina. Así, según manifiesta, debió recurrir a la cobertura de tipo de cambio frente a la contingencia que representa el riesgo cambiario; la principal forma de cumplir dicho objetivo en el mercado argentino es la suscripción de contratos derivados de futuros de dólar estadounidense que es lo que IRSA PC realizó a través de tres sociedades de bolsa/agentes de liquidación y compensación, en las que tenía cuentas comitentes, radicadas todas ellas legal y fiscalmente en la CABA. Por su parte y en forma secundaria –según dice–, recurrió a “fowards” de dólar con entidades radicadas en la CABA, también un contrato derivado y con la misma finalidad; destaca que la exposición al riesgo de tipo de cambio y la estrategia de cobertura surge de los pertinentes Estados Contables.

Que sostiene que:

i) Los ingresos provenientes de actividades no alcanzadas, no resultan computables a los fines de los arts. 1° y 2° del CM;

ii) Los resultados positivos con origen en operaciones con instrumentos derivados de cobertura (futuros y “forwards” de dólar) no constituyen ingresos brutos en los términos de los arts. 1° y 2° del CM, por tratarse de ingresos que provienen de actividad no alcanzada y carecen de la naturaleza de ingresos brutos, por no constituir retribución o remuneración por el ejercicio de actividad, por lo que no corresponde su cómputo a los fines del CM;

(iii) Subsidiariamente, sea que: (a) se entienda que los ingresos provenientes de actividades no alcanzadas resultan computables a los fines de los arts. 1° y 2° del CM y/o (b) que el análisis de si los resultados con origen en futuros y “forwards” cobertura constituyen o no ingresos brutos con origen en actividad alcanzada o no excede la competencia de esta Comisión Arbitral, que, en cualquier caso, dichos resultados no son computables a los fines del cálculo del coeficiente unificado previsto en el art. 2° del CM dado que son accesorios de operaciones que solamente generan costos y/o gastos no computables a los fines del CM, circunstancia no cuestionada por el fisco provincial.

(iv) Subsidiariamente, los resultados positivos en cuestión no son computables a los fines del CM por no constituir manifestaciones aptas de exteriorización de actividad y su volumen en cada jurisdicción, resultando asimilables a diferencias de cambio; y

(v) Subsidiariamente, para el caso en que se considere que estos resultados constituyen ingresos computables a los fines del art. 2° del CM, que no procede su atribución a la provincia de Santa Fe a los fines del cálculo del coeficiente unificado previsto en el art. 2° del CM, como lo pretende el fisco provincial.

Que respecto de i), advierte que ha argumentado frente al fisco provincial que las operaciones de derivados de dólar, con fines de cobertura, sean futuros o “forwards”, no constituyen una actividad alcanzada por el ISIB y que sus resultados no califican como ingresos brutos a los fines del gravamen ni a los fines del CM. En este sentido, dice que no todo ingreso, entendido como enriquecimiento, queda comprendido por el CM, sino que el concepto de los ingresos brutos en el marco del CM está íntimamente ligado al ISIB y su caracterización (cita en su apoyo la Resolución CA N° 52/2015). Es evidente, dice, que los “ingresos brutos” a los que refieren las normas del CM son los que tienen tal característica, es decir, que constituyen un ingreso proveniente de una actividad alcanzada por el ISIB que configura retribución por el ejercicio de dicha actividad; y en relación con los resultados con origen en instrumentos derivados de cobertura no se verifica el presupuesto de gravabilidad, por no encuadrar en el hecho imponible ni constituir ingresos brutos; es decir, no se trata de “ingresos brutos” en los términos de los arts. 1° y 2° del CM y su reglamentación. Cita la Resolución General CA N° 48/1994 y señala que para el cálculo de los coeficientes en los términos del art. 2° del CM se computan los ingresos brutos totales del contribuyente y estos ingresos brutos totales están comprendidos por los ingresos gravados, los ingresos exentos y los ingresos gravados a tasa cero; es evidente, dice, que no están comprendidos los ingresos no gravados (es decir no alcanzados), y no podrían nunca estarlo, porque encontrándose fuera del objeto del ISIB, no podrían constituir ingreso bruto en el contexto del tributo que pudiera ser susceptible (independientemente del tratamiento que cada jurisdicción pudiera darle) de distribución y gravamen.

Que, respecto de ii), señala que, en primer lugar, debe analizarse si en relación con las operaciones en cuestión puede considerarse que exista “actividad” en los términos del art. 1° del CM, que es lo mismo que decir, a los efectos del ISIB; la actividad (como

elemento del hecho imponible del ISIB y presupuesto de aplicación del CM conforme a su art. 1º), requiere en primer lugar del ejercicio de una actividad, entendida como un conjunto de actos vinculados entre sí que hacen un objeto común que es el logro de determinado negocio económico; ello significa que la concertación de contratos de futuros de dólar y de “forwards” de dólar con fines de cobertura no puede considerarse “ejercicio de actividad”, porque no reúne por sí los requisitos de constituir una serie de actos vinculados con un objeto económico común que resulte diferenciable para que pueda ser considerado actividad económica en los términos de la norma; en la medida que no son concertados con finalidad de obtener un rendimiento económico, de generar una línea de negocio o fuente de ingreso, sino exclusivamente mitigar un riesgo, estos actos solamente se explican por su intrínseca vinculación con estos riesgos y, en el caso, pasivos vinculados por su exposición al riesgo cambiario.

En conclusión, dice que no puede entenderse que exista un ejercicio de actividad que sea susceptible del gravamen y comprendido en las normas del CM, sino que deben ser analizados desde el punto de vista de su necesaria vinculación con el riesgo sobre las deudas de IRSA PC: los actos consistentes en la concertación de derivados de cobertura son necesariamente accesorios a lo principal, es decir, en el caso, reducir la carga financiera de la compañía debido a deudas contraídas en moneda extranjera, representando por lo tanto un menor costo de financiamiento y bajo ningún concepto un ingreso. No resulta por ello razonable, agrega, considerar fiscalmente a estas operaciones como hechos económicos autónomos, sino que, por sus características y finalidad perseguida, deben analizarse, al igual que su resultado, conjuntamente y formando parte integrante de la operación cubierta por el instrumento derivado tal como si fuese un seguro; su tratamiento fiscal no debería ser diferente debido a que los resultados que generan los derivados, en el caso, han tenido por objeto mitigar contingencias negativas por la variación del tipo de cambio; además, como en el caso, se busca la cobertura frente a las variaciones del tipo de cambio respecto de pasivos.

Rechaza también la teoría del balance sostenida por el fisco. Dice que es absolutamente impropia del ISIB y su caracterización y lo mismo del CM; la teoría del balance o del rédito-ingreso, sintéticamente, considera renta a todo beneficio o enriquecimiento con independencia de la existencia y características de una fuente productora; ahora bien, en el ISIB, la obtención de renta no es el hecho imponible; el hecho imponible no está dado por la existencia de beneficios o enriquecimientos sino por el ejercicio de determinadas actividades con determinadas características generadoras de ingresos brutos, entendidos como retribución o remuneración por el ejercicio de estas actividades. Es claro, entonces, que no procede la aplicación de la teoría del balance en el ISIB y en el CM y que la circunstancia de que una sociedad experimente un enriquecimiento no lo transforma en un ingreso bruto alcanzado y computable a los fines del CM, sino que siempre se necesita el ejercicio de una actividad con los caracteres del hecho imponible del ISIB y que se trate de un ingreso bruto, con retribución por el ejercicio de dicha actividad.

Que respecto de iii), subsidiariamente, sostiene que los resultados no son computables a los fines del cálculo del coeficiente unificado previsto en el art. 2º del CM dado que son accesorios de operaciones que solamente generan costos y/o gastos no computables a los fines del CM; en dicho sentido asevera que si se entendiera que se trata de ingresos brutos en los términos de los arts. 1º y 2º del CM y/o que la determinación de esta última circunstancia no procedería ante el organismo, plantea que en cualquier caso, estos “ingresos” no deberían ser computables a los fines del CM, puesto que son

accesorios de lo principal y lo principal son operaciones que solamente involucran costos y/o gastos que no son computables a los fines del CM.

Agrega que estas situaciones reflejan la existencia de distintos resultados con los que se vinculan las operaciones de derivados en cuanto al riesgo del tipo de cambio: pagos de capital correspondiente a obligaciones negociables; pagos de intereses de obligaciones negociables; pagos de cuotas por la adquisición de inmuebles; pagos de intereses correspondientes a la financiación de la compra de inmuebles en cuotas; diferencias de cambio correspondientes a estas obligaciones en moneda extranjera. Advierte que en la medida que las operaciones de derivados de cobertura son accesorias a las operaciones citadas, deben, necesariamente, realizar el mismo tratamiento; si representan un menor costo/gasto y se trata de costos y gastos no computables, entonces, no pueden considerarse computables a los fines del CM.

Que respecto de (iv), planteo subsidiario, señala que la generación de diferencias de cambio, como revaluación monetaria por tenencia de divisas (o créditos o deudas en moneda extranjera), siempre presupone una transacción económica y/o financiera anterior: un sujeto posee tenencias en moneda extranjera o créditos en moneda extranjera (que son los casos que, habitualmente, dan origen a diferencias de cambio positivas), es porque, entre las razones más importantes o comunes, (i) las adquirió en una entidad financiera habilitada –cuando ello está permitido–; (ii) se hizo de ellas a través de operaciones en el mercado de capitales; (iii) percibe precios por operaciones en moneda extranjera y mantiene la tenencia de la moneda extranjera o (iv) realizó una transacción económica de la que derivó un crédito en moneda extranjera; es decir, las diferencias de cambio tienen origen siempre en alguna transacción voluntaria del sujeto que determina la existencia de las tenencias o créditos en moneda extranjera. En consecuencia, se equivoca, dice, el fisco provincial al pretender realizar una distinción, dado que tanto los resultados por diferencias de cambio por tenencias o créditos en dólares como los derivados de futuros o “*forwards*” de dólar tienen origen en una transacción que es su causa mediata, que es lo que determina que las diferencias de cambio resulten no computables y que, en el mismo sentido, no lo sean los resultados con origen en futuros y “*forwards*” de dólar como operaciones de cobertura. Lo determinante, agrega, es que tanto en el caso de las diferencias de cambio como en el de derivados de cobertura, el resultado no tiene origen inmediato en la actividad del contribuyente ni es apto para exteriorizar actividad y su magnitud; este resultado depende de una variable contingente, aleatoria, que no depende de la voluntad del sujeto ni es buscada por él ni tampoco la actividad que pueda tener influirá en el volumen del resultado; esto no sólo es así desde un punto de vista subjetivo sino desde uno objetivo: la generación de dicho ingreso es independiente de la actividad y voluntad de las partes, puesto que depende de una contingencia no controlada ni controlable por ellas y que no es susceptible de vincularse con ninguna jurisdicción en particular, tal como sucede con las diferencias de cambio. Carecería de sentido, afirma, decir que las diferencias de cambio de un sujeto constituyen ingresos computables porque el sujeto adquirió moneda extranjera en una jurisdicción y que, además, el resultado por diferencias de cambio como ingreso debe atribuirse a aquella jurisdicción, porque la causa inmediata de esa diferencia de cambio no es esa operación sino una posterior variación de la cotización de dicha moneda extranjera en relación con el peso; lo mismo sucede con los derivados de dólar.

Que, por último (v), también subsidiariamente, señala que aún si se entendiera que los resultados positivos en cuestión tienen el carácter de ingresos brutos computables, de todas maneras, no correspondería su atribución a Santa Fe. Dice que el único pretendido fundamento que brinda el fisco sobre la atribución de los “ingresos” por derivados a la provincia de Santa Fe es que los intermediarios que concretaron las operaciones operan en ROFEX y que, para ello, se encuentran registrados ante el mercado y abonan un costo para poder operar; sin embargo, API no solamente considera en su ajuste a ingresos derivados por operaciones en ROFEX sino también “*forwards*” concretados con entidades financieras en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: si el fundamento de la atribución es que se trata de operaciones que realizan intermediarios en ROFEX, con domicilio fiscal en Santa Fe, debiendo para ello registrarse y abonar un costo, no se explica por qué ello justificaría que los resultados de “*forwards*” que no tienen ninguna vinculación con dicho mercado también deban asignarse a Santa Fe.

Puntualiza que asumiendo que la finalidad del CM es medir la “actividad” ejercida en cada jurisdicción y teniendo en miras la realidad económica, lo cierto es que bajo una interpretación razonable debe entenderse que ningunos de los elementos relevantes tiene lugar en Santa Fe; las razones que expone son las siguientes:

-El riesgo cubierto está radicado en CABA, puesto que los pasivos con los que se vincula el riesgo que busca mitigarse han sido tomados en esta jurisdicción (fundamentalmente, a través de la emisión de obligaciones negociables y toma de financiación en esta jurisdicción en la compra de inmuebles ubicados en ella); las obligaciones negociables, evidentemente, se emiten en la jurisdicción en que está constituida y tiene su sede la sociedad, que es CABA, considerando, además, que se trata de una emisión que requiere autorización de la Comisión Nacional de Valores (organismo situado en CABA). Por otro lado, indica que los pasivos generados por la compraventa de inmuebles también se vinculan con esta jurisdicción, además que corresponden a inmuebles situados en CABA.

-Ante la ausencia de pautas concretas para la determinación de la eventual atribución de ingresos vinculados con operaciones con derivados de cobertura, la localización del riesgo y del sujeto que pretende cubrirlo es relevante desde un punto de vista de la sustancia económica de la operación; destaca que este es el criterio que ha tomado, por ejemplo, para la determinación de la fuente de renta el art. 8° de la Ley de Impuesto a las Ganancias, y extrapolando dicho criterio al caso del ISIB, debería considerarse que el riesgo se ubica en el lugar en que reside el sujeto que percibe los resultados, en el caso IRSA PC, que reside fiscalmente a los fines del ISIB en la CABA. No desconoce, dice, que este criterio está previsto para el Impuesto a las Ganancias, pero, ante la falta de una norma que pudiera servir de base para la definición de la cuestión en el ISIB, dicha norma ilustra que un criterio razonable en atención a la realidad económica de estas operaciones es considerar la ubicación del riesgo y, entender como tal, a la ubicación del sujeto; considerando, además, que no se trata de la venta de bienes ni de la prestación de servicios.

-IRSA PC posee su domicilio legal y fiscal en la CABA y es allí donde se encuentra la sede de su administración, lugar en que se adoptan las decisiones económicas relativas a las operaciones de derivados con fines de cobertura; es exclusivamente en esta jurisdicción, por lo tanto, donde, en caso que se entienda que existe actividad (lo que rechaza), debe concluirse que despliega actividad vinculada con estas operaciones.

-No es posible conocer, como principio, la “contraparte” de la operación con derivados de dólar futuro concertados en mercados; en estos casos, si bien siempre que se toma una posición compradora hay un sujeto que ha tomado una posición vendedora correspondiente, las partes no interactúan directamente ni se conocen; esto, por otro lado, no podría ser de otra manera dado que, encontrándose así estructuradas las operaciones,

rige el art. 53 de la Ley 27.440 que establece secreto bursátil para los agentes registrados, quienes no pueden revelar los nombres y operaciones que realizan por cuenta y orden de sus comitentes, salvo porque es de público conocimiento que actualmente y durante largo tiempo fue el BCRA quien monopolizó la posición de venta de futuros en el ROFEX; es decir, si tuviera que asumirse el lugar de localización de la “contraparte” del futuro de dólar, habría que asumir que se trata de la CABA.

-Los intermediarios de las operaciones que las realizaron por cuenta y orden de IRSA PC fueron sociedades de bolsa (actuales Agentes de Liquidación y Compensación), en todos los casos, radicados en la CABA; esto significa que IRSA PC nunca interactuó con un sujeto radicado en la provincia de Santa Fe y que sus cuentas comitentes vinculadas con las operaciones involucradas en este procedimiento se encontraban abiertas ante entidades domiciliadas y operativas en la CABA; es decir, además, los fondos se debitaban y/o acreditaban, en su caso, en cuentas abiertas y operativas en esta jurisdicción.

-IRSA PC nunca interactuó directamente con ROFEX; que ROFEX tenga domicilio fiscal en Santa Fe es contingente y no resulta económicamente relevante, porque lo cierto es que, además, las operaciones en el marco de este mercado se conciertan exclusivamente en rueda electrónica (es decir, son operaciones virtuales por medios electrónicos) y por lo tanto no son atribuibles en forma tangible a ningún espacio territorial determinado, por lo que no existe desplazamiento de actividad de ningún tipo hacia la provincia de Santa Fe para quienes operan con futuros de dólar en el marco de este mercado; el hecho de que ROFEX tuviera su domicilio fiscal en la provincia de Santa Fe no resulta un punto de contacto relevante teniendo en cuenta la manera en que las operaciones se conciertan y registran, que permita considerar que los ingresos provienen de esta jurisdicción.

-En el caso de los “*forwards*” de dólar, estos contratos fueron concertados en todos los casos con entidades radicadas en CABA; es decir, en estas operaciones ROFEX es absolutamente ajeno, por lo que no hay razón por la cual Santa Fe pueda pretender la atribución a la provincia.

Reitera que es claro que las nociones típicas del CM y su reglamentación, que son venta de bienes y prestaciones de servicios, no se ajustan a las particularidades de los derivados; ahora bien, si tuviera que forzosamente asimilarse un contrato de derivados a algunas de estas categorías, es evidente que, residualmente, solamente podría encuadrar como un “servicio” (aunque, insiste, no lo es); de esta manera, si se entendiera a la operatoria con derivados como una actividad, no puede hablarse de la colocación de un capital a rendimiento sino de la asunción de un riesgo; así, si tuviera que arribarse a un lugar de efectiva prestación del servicio, este naturalmente sería el lugar en que el riesgo se ubica, que es el lugar en que se encuentra situado quien lo asume; además, si se identifica a la operación de cobertura como la cobertura de un riesgo, lo cierto es que en los futuros de dólar resulta imposible conocer la identidad del tercero y su ubicación (con la salvedad expuesta respecto del BCRA, que se radica en la CABA), por lo que el único elemento conocible y que puede ser relevante es la ubicación del tomador del riesgo, es decir, en el caso de IRSA PC, en el lugar en que ella se encuentra radicada (que no es la provincia de Santa Fe) y donde se ubican, además, las cuentas desde las que se debitarían los montos.

Que aporta documental y ofrece informativa. También ofrece prueba pericial en caso de que el fisco cuestionara el informe pericial que agrega como parte de la prueba documental. Hace reserva del caso federal.

Que, por su parte, debe señalarse que Eduardo Sergio Elsztain, en su calidad de tercero responsable, reitera, en términos generales, los argumentos esgrimidos por la contribuyente en su escrito recursivo.

Que en respuesta al traslado corrido, la representación de la provincia de Santa Fe señala que cuando se hace alusión al “dólar futuro”, se está referenciando a un instrumento financiero derivado, consistente en un contrato que permite adquirir determinados bienes a un precio diferido en el tiempo; específicamente, es un contrato por el cual el comprador (vendedor) se compromete a recibir (entregar) determinada cantidad de dólares a un precio fijo en una determinada fecha; en la operatoria de dólar futuro nunca se integra el activo (dólar), sino que solo se compensan las ganancias o pérdidas en pesos contra el tipo de cambio oficial; sin embargo, dichos instrumentos no solo se refieren a los contratos antes mencionados, sino que abarcan adicionalmente los contratos de forwards, opciones, swaps, entre otros. Agrega que un contrato de forward es un acuerdo para comprar o vender un determinado activo con fecha y precios futuros establecidos al momento de contratación; este tipo de contrato no es negociado en los mercados y surge de la libre negociación privada entre partes.

En definitiva, indica que los instrumentos financieros derivados son contratos a plazo que otorgan derechos y/u obligaciones a los contratantes para poder comprar o vender activos de diversa índole en una fecha futura, a los que se les designa con el nombre de activo subyacente.

Cita el artículo 971 del Código Civil y Comercial de la Nación y puntualiza que las operaciones de compra y venta de contratos de futuros sobre subyacente moneda extranjera generan resultados como diferencia entre el precio convenido y el precio al momento del vencimiento del contrato o de la cancelación anticipada si la hubiera; dichos ingresos son los que la firma considera que deberían quedar fuera del alcance del impuesto sobre los ingresos brutos.

Que yendo entonces a la gravabilidad o no de las operaciones de dólar futuro y de “forwards de dólar”, señala que no interesa la naturaleza de la operación que se pretende con aquellas; el ingreso se encuentra gravado, independientemente si la finalidad es de cobertura –como consideran los agraviados– o meramente especulativa; una operación de cobertura es considerada como tal cuando lo que intenta proteger es un riesgo futuro, real o potencial; en efecto, puede decirse que por medio de los contratos de futuros de cobertura se persigue acotar los riesgos de las variaciones de los precios de los bienes subyacentes (en el caso, “dólar”) a través de sucesivas operaciones en sentidos opuestos; por el contrario, se está en presencia de una operación especulativa cuando la inversión en instrumentos financieros derivados responde a la expectativa futura de variación de precios que permita obtener determinadas ganancias.

Indica que los recurrentes pretenden que se dé un tratamiento disímil a unas respecto de otras, pretendiendo dejar fuera del objeto del impuesto a las de cobertura por sobre las de especulación. Entiende que resulta estéril tal diferenciación: para que un sujeto pueda adquirir un contrato de derivados para establecer una estrategia de cobertura, tiene que haber otro sujeto dispuesto a venderlo; este segundo sujeto no necesariamente debe tener un objetivo de cobertura, sino simplemente deseo de vender el contrato; en ambos casos, por tanto, quedan incluidas en el hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos, atento que implican ejercicio de una actividad onerosa en forma habitual.

Manifiesta que no caben dudas, pues, de que la utilización de contratos de futuros demuestra fehacientemente la verdadera intención del contribuyente y surge palmariamente que su efectiva actividad e intención no es otra que atemperar o morigerar

los riesgos de las futuras variaciones de precios de los bienes que comercializa y/o de los pasivos que contrae.

En cuanto a los ingresos, señala que los resultados positivos, generados por las transacciones bajo examen, representan ingresos que devienen de actividades u operaciones como consecuencia de los contratos de dólar futuro y el hecho imponible frente al IsIB se verifica por el ejercicio habitual y a título oneroso de esa actividad, cualquiera sea el resultado obtenido y que la base imponible se determina en función de los ingresos brutos devengados durante el período fiscal, es decir los resultados positivos obtenidos; por lo tanto, corresponde considerar al monto de la compensación efectivamente recibida, es decir, los resultados positivos compensados, como los ingresos que, por provenir de un proceso único económicamente inseparable, inherente a la actividad u operación realizada por un mismo sujeto, en este caso IRSA PC, en más de una jurisdicción –CABA la provincia de Santa Fe– encuadran sin lugar a dudas en el artículo 1° y 2° del Convenio Multilateral.

Además, agrega, que las “comisiones” percibidas por el ROFEX o por los Agentes intermediarios, constituyen –para los contribuyentes involucrados, en el caso IRSA PC– los gastos vinculados a la actividad extra jurisdiccional de estos sujetos que evidencian –sin lugar a dudas– el sustento territorial; tienen relación directa con la actividad en la provincia de Santa Fe por lo que sustentan la presunción de que se ha ejercido actividad efectiva en dicha jurisdicción y, lógicamente, representan gastos computables-artículo 3° del CM.

En cuanto a la supuesta ausencia de habitualidad en este tipo de operaciones, observa que el propio Código Fiscal establece que la habitualidad está determinada por la índole de las actividades que dan lugar al hecho imponible, el objeto de la empresa, profesión o locación y los usos y costumbres de la vida económica; en tal sentido, alega que el ejercicio habitual de la actividad gravada debe ser entendido como el desarrollo en el ejercicio fiscal de hechos, actos u operaciones de la naturaleza de las alcanzadas por el impuesto, con prescindencia de su cantidad o monto cuando las mismas se efectúan por quienes hacen profesión de tales actividades; el ejercicio en forma discontinua o variable de actividades gravadas no hace perder al sujeto pasivo del gravamen su calidad de contribuyente.

Puntualiza, por otra parte y conforme se desprende del primer párrafo del artículo 205 del Código Fiscal de Santa Fe, que los ingresos generados por las actividades, actos u operaciones a título oneroso, sean de carácter lucrativa o no, tal el caso de las operaciones de dólar futuro y forwards realizadas por IRSA PC, se encuentran alcanzados por el impuesto sobre los ingresos brutos, salvo que se encuentren comprendidos en alguna de las franquicias subjetivas u objetivas establecidas en la norma fiscal o constituyan ingresos brutos no gravados, situación que, como puede observarse de la disposición fiscal provincial, no ocurre en la situación de autos; ergo, dichas operaciones están gravadas con el tributo de marras.

Que en cuanto a lo argüido respecto a que los ingresos generados por las operaciones en cuestión, deberían considerarse como no computables a los fines del cálculo del coeficiente de ingresos de Convenio Multilateral, trae a colación la Resolución General CA N° 3/2017 y observa que la Comisión Arbitral ha interpretado, de forma taxativa, cuáles son los ingresos que no deben computarse a los fines del cálculo del coeficiente unificado del régimen general; ergo, al no estar comprendidos los ingresos relacionados con las operaciones en cuestión, debe desestimarse el planteo (cita la Resolución CA N° 28/2015).

Que en cuanto a la pretensión de asimilar estos ingresos con las diferencias de cambio, dice que tampoco puede prosperar. Se remite a lo dispuesto por la Resolución General CA N° 5/2017 y advierte que las diferencias de cambio que provengan de la compraventa de divisas son computables para la conformación de los coeficientes correspondientes; sin embargo, la norma refiere, específicamente, a las diferencias de cambio que se generen por la tenencia de moneda extranjera, es decir, por la valuación de activos y pasivos en moneda extranjera a un momento determinado; en el caso de autos, la situación de los resultados analizados es distinta; se originan por la diferencia positiva que surge –a una fecha convenida en el contrato de futuro– entre el valor del dólar fijado de antemano pactado al momento de formalizar el contrato y el tipo de cambio oficial o precio “spot” a ese momento futuro; es decir, que son consecuencia de operaciones o actividades que resultan de un contrato de futuro y no de una mera valuación de activos y pasivos en moneda extranjera, como ocurre con las diferencias de cambio o cotización que obviamente no son objeto de debate en las presentes actuaciones.

Que en relación al cuestionamiento referido a la atribución de los ingresos a la jurisdicción de Santa Fe, en primer lugar, señala que, en el presente caso, no se está en presencia de operaciones de venta de bienes o de mercaderías, sino que se analiza cual sería la correcta atribución de los resultados que provienen de operaciones o actos como consecuencia de la celebración de contratos de “dólar futuro” o de “forwards” de dólar.

Reitera que en la operatoria en cuestión, nunca se integra el activo (dólar) sino que solo se compensan las ganancias o pérdidas en pesos contra el tipo de cambio oficial; en efecto, bien podría seguirse el criterio de atribución de los servicios, es decir, a la jurisdicción donde se realiza la efectiva prestación del servicio (trae a colación resoluciones de los organismos de Convenio Multilateral, que ya han fijado el criterio respecto a la asignación jurisdiccional de los ingresos derivados de la prestación de servicios, y la Resolución General N° 14/2017).

De los citados pronunciamientos, deduce que no existe margen de cuestionamiento respecto a cuál es el criterio válido para la asignación de los ingresos provenientes de la prestación de estos servicios –contratación de instrumentos financieros derivados o, en otras palabras, “la prestación de servicios financieros”– siendo el lugar de su prestación efectiva adonde deben ser atribuidos.

Pareciera lógico y razonable, entonces –en su parecer–, que los ingresos por las operaciones con instrumentos y/o contratos derivados deban atribuirse a la/s jurisdicción/es donde se transan o negocian los referidos instrumentos financieros derivados; es decir donde efectivamente se prestan tales servicios financieros, sea directamente a los sujetos involucrados –IRSA PC– o a quienes actúen por cuenta y orden de aquella (intermediarios de las operaciones que las realizaron por cuenta y orden de IRSA PC –actuales Agentes de Liquidación y Compensación–).

En tal sentido, sostiene que en el caso de los contratos de dólar futuro, debe tenerse presente que aquellos se operan a través del mercado Rofex, el cual se encuentra ubicado geográficamente en la ciudad de Rosario, provincia de Santa Fe, y los ingresos correspondientes a dichas operaciones deben asignarse a aquella jurisdicción, ya que allí se produce la efectiva prestación del servicio.

Por todo lo expuesto, en relación a la asignación de los ingresos derivados de los contratos de dólar futuro, pide que se rechace lo argüido por los recurrentes.

En el caso de los “forwards de dólar”, reitera que se trata de contratos donde no hay negociación en los mercados, sino que se negocian o transan privadamente entre las partes; en razón de ello, a los fines de determinar la correcta atribución interjurisdiccional de los ingresos, observa, para cada una de las operaciones celebradas, dónde se

negociaron las referidas transacciones y/o instrumentos. Indica que a fs. 560, 562, 561, 563, 564 y 567/571, constan declaraciones juradas relativas al régimen de información – Registro de Operaciones con Instrumentos y/o Contratos Derivados Resolución General N° 3421 Anexo VII– presentadas por la firma ante la AFIP; a través de estas, IRSA Propiedades Comerciales SA declaró operaciones de forward que tuvieron como contraparte al Banco ICBC SA y al Banco de Galicia y Buenos Aires SAU, respectivamente; a fs. 669/673, obra contestación de oficio por parte del Banco de Galicia y Buenos Aires SAU, que informa que durante el periodo solicitado registró contratos Forward con la verificada; de la referida documentación y del informe pericial contable (fs. 709/715), se advierte que, durante el periodo verificado, IRSA Propiedades Comerciales SA celebró operaciones de compra de forwards exclusivamente con Banco de Galicia y Buenos Aires e ICBC SA; ergo, al estar domiciliadas dichas entidades financieras en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y siendo que en aquellas no interviene el Rofex, no corresponde atribución alguna a la jurisdicción de Santa Fe, por lo que le asiste razón a los quejosos.

Que adjunta los antecedentes administrativos correspondiente a la resolución cuestionada.

Que expuestos los planteos de los accionantes y la contestación o réplica de la provincia de Santa Fe, esta Comisión Arbitral observa, en forma preliminar y someramente, que los contratos de derivados a término son aquellos en los que el comprador y el vendedor de un activo subyacente, acuerdan al momento de la celebración del contrato el precio a pagarse por una determinada cantidad del activo subyacente a ser entregada en un determinado lugar o sin necesidad de entrega, postergando su liquidación a la fecha futura pactada. En el caso bajo análisis no hay entrega del subyacente sino que se liquidan las diferencias; los contratos de futuros y los forwards tienen las mismas características, con la única diferencia de que los futuros son contratos estandarizados en cuanto a sus elementos esenciales y son celebrados en mercados institucionalizados.

Que, corresponde, entonces, abordar la cuestiones planteadas.

Que, en primer lugar, respecto al planteo de los accionantes vinculado a que las operaciones determinadas resultan no alcanzadas por el impuesto, corresponde señalar que la gravabilidad o no, de determinados ingresos por parte de una jurisdicción son ajenos a la competencia de los organismos de aplicación del Convenio Multilateral y no resulta per se un elemento determinante para establecer la no computabilidad de un ingreso: necesariamente la conformación y delimitación que cada jurisdicción establezca en relación al hecho imponible importará determinar un ámbito no gravado y un ámbito gravado y dentro de este último, exenciones, deducciones, alícuotas a tasa cero, etc., pero todo ello ajeno al conocimiento de esta Comisión Arbitral.

Por lo expuesto, en este punto, la acción no es formalmente admisible, dado que los organismos de aplicación del Convenio Multilateral tienen vedado intervenir en cuestiones de política tributaria local, como son las que en este caso plantean los recurrentes.

Que, por el contrario, la vinculación de un ingreso con la actividad desarrollada es un punto que no es ajeno a la competencia de los organismos de aplicación del Convenio Multilateral, ya que ese punto se encuentra imbricado con su artículo 1°.

Los ingresos por resultados producidos por los contratos derivados de futuro de dólar y forward de dólar,- sin interesar si la función que pretendió asignarles el contribuyente haya sido de cobertura o especulativo-, son el producto de decisiones vinculadas al desarrollo de sus actividades; no se tratan de ingresos fortuitos, sino de una decisión adoptada por la empresa tendiente –en este caso– a asegurarse ingresos necesarios para cancelar los pasivos por ella tomados.

Es por ello que los ingresos obtenidos por los contratos derivados de futuro de dólar y forward de dólar forman parte de la masa de ingresos a distribuir y se encuentran vinculados al desarrollo de actividad de la empresa.

Por lo expuesto, en este punto, la pretensión de los accionantes no puede prosperar.

Que en cuanto al planteo expuesto por los accionantes referido a que los resultados generan costos y/o gastos no computables, cabe destacar que no se observa de qué manera la vinculación entre los contratos derivados y la deuda tomada por la empresa convierte a los ingresos por resultado en la reducción de un gasto. Dicho razonamiento, llevado al extremo, permitiría concluir que los ingresos obtenidos por locaciones destinados a cubrir las deudas no son ingresos sino una forma de reducir los gastos.

Por ello, también en este punto la acción debe ser rechazada.

Que, por otra parte, corresponde señalar que, a diferencia de lo que manifiesta el contribuyente, los contratos derivados de futuros y forwards han sido una de las formas por él elegidas para obtener ingresos (sin interesar si han sido especulativos o de cobertura) que luego son volcados a inversiones propias de su actividad; por ello, dichos ingresos no son ajenos a la actividad desarrollada.

No resulta, por lo tanto, adecuado asimilar a las diferencias de cambio, en tanto, estas últimas quedan excluidas siempre que se trate de resultados por tenencia.

Por otro lado, el hecho de que el resultado de la operación quede sujeta a una situación incierta –como es el valor del subyacente–, no es muy distinta a otro tipo de incertidumbres que suceden en el ámbito de la economía con los precios relativos que posee cualquier bien utilizado en el desarrollo de una actividad; de esta forma, los contratos derivados de futuros o forwards, pueden arrojar resultados positivos o negativos.

Atento a ello, los ingresos obtenidos como resultado de un contrato derivado constituyen un ingreso que permite medir adecuadamente el desarrollo de la actividad de un sujeto, teniendo en cuenta que –tal como ha quedado establecido–, la toma de un contrato derivado de futuro obedece a una decisión empresarial enmarcada en su objeto social –tanto sea especulativo como de cobertura–.

Tampoco resultan asimilables los ingresos obtenidos de un contrato derivado de futuro o forwards a la variación patrimonial originada en un resultado por tenencia (diferencia de cambio), ya que en el contrato derivado lo que varía es el precio relativo a un bien que no pertenece a ninguna de las partes sino que se ha tomado como referencia para la celebración de la operación.

Por lo expuesto, aquí tampoco puede prosperar la pretensión de los accionantes.

Que, llegados a este punto, corresponde pronunciarse sobre la asignación de los ingresos obtenidos por contratos derivados de futuro de dólar.

Que es necesario dejar en claro que el encuadre tradicional para la asignación de ingresos (por venta de mercaderías o prestación de servicios) en el ámbito del Convenio

Multilateral, no se ajusta a las particularidades de los contratos derivados de futuro de dólar. Por ello, y ante la ausencia de una norma general interpretativa para establecer de que jurisdicción provienen los ingresos, ni antecedentes aplicables, corresponde, en el caso, que los ingresos de contratos derivados de futuro de dólar realizados en el MATBA-ROFEX sean asignados en la misma proporción de los restantes ingresos provenientes de la actividad ejercida por Irsa Propiedades Comerciales SA (coeficiente de ingresos).

Que la provincia de Santa Fe se ha allanado a la posición de los accionantes en lo que se relaciona con los contratos derivados de forwards de dólares, motivo por el cual corresponde en este punto hacer lugar a la acción interpuesta.

Que, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, este decisorio genera efectos en cuanto a la asignación del coeficiente de ingresos sobre los coeficientes unificados expuestos en las declaraciones juradas de los periodos que abarca la determinación practicada por el fisco de la provincia de Santa Fe.

Que la Asesoría ha tomado la intervención que le compete.

Que esta resolución corresponde a una decisión adoptada en la reunión de Comisión Arbitral realizada el 13 de marzo de 2024.

Por ello,

LA COMISIÓN ARBITRAL
CONVENIO MULTILATERAL DEL 18/8/77
RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Hacer lugar parcialmente a la acción interpuesta por Irsa Propiedades Comerciales SA y Elsztain Eduardo Sergio (responsable solidario) contra la Resolución N° 329-4/2020 dictada por la Administración Provincial de Impuestos de la provincia de Santa Fe, conforme a lo expuesto en los considerandos de la presente.

ARTÍCULO 2°.- Disponer que la provincia de Santa Fe deberá efectuar una reliquidación del ajuste de ingresos referido a las operaciones de contratos derivados de futuro de dólar realizadas en el mercado MATBA-ROFEX y de forwards, conforme a lo expuesto en los considerandos de la presente.

ARTÍCULO 3°.- Notifíquese a las partes y comuníquese a las demás jurisdicciones adheridas.



SECRETARIO

PRESIDENTE