

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

## DIFERENCIAS DE CAMBIO Y EVASION TRIBUTARIA.

Por Tomás Espósito

**SUMARIO:** **I)** Introducción. **II)** Análisis de la cuestión - Conceptos. a) Diferencias de cambio. b) La exigencia de ardid y su idoneidad. **III)** Aplicación práctica de los conceptos desarrollados. a) Casos. 1) Coca Cola Femsa 2) Agrosal S.A. b) Análisis. 1) Las resoluciones de Cámara. 2) ¿Una resolución ajustada a derecho? **IV)** Conclusión.

### **I) INTRODUCCION**

Para poder decir que estamos frente a una evasión es necesario que se configuren los requisitos del art. 1 de la ley penal tributaria.

Uno de los elementos que diferencian el art. 1 de la ley 24769 del art. 46 de la ley 11683 es la existencia, de un factor clave para determinar la existencia de una evasión penal tributaria: el *ardid o engaño en la acción (u omisión)*. Esto es, una conducta del contribuyente, sea por acción o por omisión, tendiente a engañar al Organismo Fiscal.

Si carecemos de este factor, podemos llegar a estar frente a una infracción tributaria -reprimida por la ley 11.683- pero nunca ante un delito de la ley 24.769. Admitir lo contrario sería aceptar la posibilidad de prisión por deudas dinerarias, prohibida por el artículo 7.7 de la Convención Americana de Derechos Humanos que fue incorporada en nuestra constitución con la reforma de 1994.

A través del análisis de dos casos, en el presente trabajo se intentará dilucidar si la conducta del contribuyente al computar diferencias de cambio negativas o

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

positivas constituye una maniobra delictiva en los términos del art. 1 de la ley 24.769.

La discusión quedará básicamente circunscripta a determinar si los ajustes que pudiera llegar a practicar la fiscalización con respecto a estas diferencias de cambio deberían considerarse ajustes técnicos o si, por el contrario, deberían entrar dentro de los llamados ajustes defraudatorios.

Concluiremos que, en estos casos, no estamos frente a una conducta criminal tipificada en la ley penal tributaria porque no se encontraría reunido uno de los requisitos objetivos de la figura penal mencionada: la existencia de una maniobra ardidosa idónea para hacer incurrir en error al Fisco y evitar con ello el pago de lo debido.

## **II) ANALISIS DE LA CUESTION – CONCEPTOS.**

En primer lugar -y como paso previo al análisis de los casos-, pasamos a explicar el concepto de diferencias de cambio y su regulación en la ley de impuesto a las ganancias.

Asimismo, analizaremos el concepto de ardid y veremos la posición de algunos autores que entienden que no solo tenemos que contar con la presencia de un ardid sino que este, además, tiene que ser idóneo.

### **A) Diferencias de cambio.**

El hecho que no se pueda llevar contabilidad o liquidar impuestos en moneda que no sea pesos argentinos hace necesario convertir en moneda local toda operación financiera que se realice en moneda extranjera.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

Según Luis Omar Fernández<sup>1</sup> *"las diferencias de cambio son el resultado de la fluctuación en el valor de las monedas"* en que se realizan dichas operaciones, con referencia a la moneda del país en la que se paga o cobra.

Indica el profesor que *"...estas se producen, cuando un activo o pasivo expresado en moneda extranjera debe valuarse a los efectos de cerrar el balance anual..."*.

Las diferencias de cambio están reguladas en el art. 68 de la ley 20.618 que establece que estas se determinarán por revaluación anual de los saldos impagos y por las que se produzcan entre la última valuación y el importe del pago total o parcial de los saldos, y se imputarán al balance impositivo anual.

Por su parte, el art. 97 del decreto 1344/1998 -reglamentario de la ley de impuesto a las ganancias-, establece la conversión de los saldos activos y pasivos en moneda extranjera al tipo de cambio comprador y vendedor establecido por el Banco de la Nación Argentina.

En otras palabras, podemos decir que las diferencias de cambio imputables al balance fiscal surgen *como consecuencia de la revaluación anual de saldos impagos y/o por el pago, total o parcial, de los mismos*. Debiéndose computar el tipo de cambio más bajo (comprador) para los activos y el tipo de cambio más alto (vendedor) para los pasivos.<sup>2</sup>

Este fenómeno no es propio solo de operaciones de comercio exterior. También puede llegar a ocurrir si dentro del país se pactan negocios conforme al art. 617 y

---

<sup>1</sup> *"Impuesto a las ganancias – Teoría, Técnica y Práctica"* Luis Omar Fernández. Editorial La Ley, Buenos Aires. Primera Edición. Página 425 en adelante.

<sup>2</sup> *"Operaciones en moneda extranjera. Tradición y Actualidad en el Impuesto a las Ganancias"*. Armando Lorenzo, Fabian Bechara, Cesar M Cavalli.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

619 del Código Civil, es decir cuando la moneda convenida sea la extranjera y el tipo de cambio varíe.

Las diferencias de cambio cobraron particular relevancia con la salida del régimen de la convertibilidad y la consecuente devaluación de la moneda en el año 2002 dispuesto por la ley 25.561. En efecto, el grueso de las operaciones en moneda extranjera tenían (y aún tienen) como denominador el dólar, a partir de la nueva realidad cambiaria, las diferencias de cambio se comienzan a ver expresada en mayor cantidad en los balances anuales y se convierte, de esta manera, en un tema de suma importancia.<sup>3</sup>

Los casos que veremos más adelante surgen, por ejemplo, como consecuencia de esta devaluación.

## **B) La exigencia de ardid y su idoneidad.**

Como fuese indicado en la introducción del presente, otro de los conceptos de suma importancia para el análisis del tema es el ardid.

El hecho punible en el art. 1 de la ley 24.769 consiste en evadir fraudulentamente el pago de tributos, siempre que el monto evadido exceda la suma indicada por ley por cada tributo y por cada ejercicio anual.

El medio comisivo que exige el tipo penal para que se configure el delito es a través de *declaraciones engañosas, ocultaciones maliciosas o cualquier otro ardid o engaño.*

---

<sup>3</sup> *El impuesto a las ganancias, las sociedades comerciales del país y las diferencias de cambio por sus inversiones en el exterior.* Rubén Karschenboin. Doctrina Tributaria ERREPAR. Tomo XXIV. Página 516. Junio 2003. Ver también *Operaciones en moneda extranjera. Tradición y actualidad en el impuesto a las ganancias.* Armando Lorenzo, Fabian Bechara y Cesar M Cavalli. Doctrina Tributaria ERREPAR. Tomo XXIII. Mayo 2002.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

*El ardid es el despliegue de artificios disimuladores de la realidad, la maniobra, la maquinación tendiente a producir un error en el otro (en este caso, a la Administración Fiscal)<sup>4</sup>.*

Tiene entendido la doctrina<sup>5</sup> que *"tanto en su forma comisiva como en su modalidad omisiva, solo encuadran en el tipo penal las conductas que efectivamente atenten gravemente contra el bien jurídico protegido"*.

De esto deriva que las maniobras o mentiras con el fin de dificultar el control fiscalizador tienen que estar acompañadas de este elemento adicional.

Esto es fundamental para la existencia del delito. Porque si no estamos en presencia de éste, el contribuyente imputado tendría únicamente una deuda con el organismo: *"entre ser deudor o evasor hay un abismo que la ley denomina ardid o engaño"*<sup>6</sup>.

No siempre el monto de la obligación tributaria que determinó de oficio el Fisco, será la que se imputará luego como perjuicio fiscal en el marco de una causa penal tributaria.

En efecto, como primer paso hay que separar los ajustes técnicos realizados por el Fisco de los ajustes defraudatorios.

---

<sup>4</sup> *"Sobre la defraudación y la evasión fiscal"*. Nercellas, Marta. Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE). Tomo XXV, página 748. Agosto del 2004.

<sup>5</sup> *"Régimen Penal Tributario y Previsional. Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735"*. Borinsky, Galvan Greenway, Lopez Biscayart y Turano. Rubinzal Culzoni. 2012.

<sup>6</sup> Conforme *"Contribuyente Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/ Evasión Tributaria Agravada"*. Juzgado Penal Tributario Nro. 1. 10/12/2008.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

Galván Greenway<sup>7</sup> indica que el ajuste técnico *"es aquel que practica el Organismo Recaudador fundándolo, a modo de ejemplo, en: 1) Una diferencia en la interpretación de la normativa tributaria aplicable (alícuotas, hechos imposables, supuestos de no sujeción tributaria, exenciones tributarias, etc y 2) una diferencia de interpretación en cuanto al año en que se corresponde imputar los costos o gastos deducibles. Ello, siempre que resulte razonable la interpretación efectuada por el contribuyente y aquella no se presente como una disconformidad manifiesta con las normas tributarias de determinación y cálculo del gravamen"*.

En cambio, en los ajustes defraudatorios es en donde se ve claramente la conducta ardiosa.

Para Virgolini y Silvestroni<sup>8</sup> la conducta típica que se describe en el art. 1 de la ley penal tributaria es la que se lleva a cabo generalmente con posterioridad, es decir, en el momento de la fiscalización por parte del Fisco, dirigida a establecer la veracidad de la declaración jurada y la regularidad del pago practicado.

Antes de allí, entienden los autores, *"solo pudo haberse cometido el tipo infraccional, porque se trata del incumplimiento del contribuyente a su deber jurídico administrativo de proveer lealmente a la autoliquidación de su impuesto. Es recién frente a la pesquisa administrativa que se lleva a cabo el intento de escapar, de evadir lo que se debe, a través de un comportamiento objetivamente ardioso y subjetivamente engañoso"*.

---

<sup>7</sup> *"El Ajuste impositivo en el delito tributario"*. Galván Greenway, Juan Pablo. Doctrina Tributaria. T.XXVI N°306, ERREPAR, página 831.

<sup>8</sup> *"Delito e infracción tributaria. Una reinterpretación de las sanciones vigentes en el sistema tributario a la luz de los principios constitucionales de razonabilidad y de extrema ratio"*. Virgolini, Julio y Silvestroni, Mariano. Derecho Penal Tributario. Cuestiones Críticas. Rubinzal Culzoni. Santa Fe. 2005. Página 121/157.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

Parte de la doctrina y la jurisprudencia entienden incluso que no hace falta con la mera presencia de un ardid, sino que este debe ser **idóneo**, es decir, verdaderamente capaz de engañar al Fisco.

La Cámara de Casación Penal tiene dicho en la causa "*Gerold*"<sup>9</sup>, por ejemplo, que el ardid desplegado no puede verse en el simple ocultamiento o la supuesta falsedad que se comete al momento de la presentación de una declaración jurada o del pago de un tributo. Ello por cuanto la figura no tipifica la simple mentira sin basamento alguno y fácilmente detectable.

En este caso, el contribuyente había otorgado el carácter de ingresos exentos no gravados a gratificaciones recibidas. En el momento de la fiscalización, puso en conocimiento del Fisco la percepción del monto real del dinero por el cual se exigía el pago de impuesto a las ganancias. Es decir, bastaba con que el Organismo despliegue sus herramientas para ajustar la pretensión a lo que considerare la verdad real del hecho imponible.

En la misma línea de pensamiento también se encuentra la Dra. Nercellas<sup>10</sup> quien entiende (citando también la postura del Dr. Bonzón Rafart) que cuando el ardid utilizado resulte fácilmente detectable por lo burdo de la maniobra o por las tareas rutinarias del fisco, la norma que debe aplicarse es la infraccional.

En cambio, cuando el ardid difícilmente pueda ser detectado por las actividades rutinarias de la Administración Federal de Ingresos Públicos, debe aplicarse el art. 1 de la ley penal tributaria. Esta disposición requiere conductas de tal gravedad que comprometen seriamente el control estatal, exigiendo un esfuerzo fuera de lo normal para detectarlas.

---

<sup>9</sup> "*Gerold, Walter s. Rec. de Casación*" CNCas Penal. Sala I. 24.07.2008.

<sup>10</sup> Nercellas, Marta: Ob Cit. 4

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

En definitiva, la existencia de un ardid y que éste sea considerado idóneo es una cuestión que exige ser analizada caso por caso. Haciendo énfasis, en particular, sobre las facultades con las que cuenta el Fisco para detectar la maniobra<sup>11</sup>.

En el apartado siguiente analizaremos dos casos que tratan sobre diferencia de cambio. A través de estos podremos ver con mayor claridad la aplicación de los conceptos arriba desarrollados y determinar sobre la existencia o no de delito penal tributario.

### **III.- APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CONCEPTOS DESARROLLADOS.**

#### **A) Casos.**

Los casos que se analizarán tienen varias cosas en común. Una de ellas es que, en ambos, el Juez de Primera Instancia rechazó el requerimiento de instrucción y, también en ambos, la Sala "B" de la Cámara Nacional en lo Penal Económico decidió revocar dicha resolución.

El primero trata sobre diferencias de cambio positivas, es decir, cuando se genera una diferencia de cambio por la cual el contribuyente, en principio, debería pagar impuesto a las ganancias.

El segundo, en cambio, trata sobre diferencias de cambio negativas, es decir, cuando el contribuyente dedujo de la base imponible sumas que, en principio, no debería haber deducido.

#### 1) COCA COLA FEMSA<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> "Inchauspe, Martín y otros - Frigosol SRL (incidente de apelación)" Cám. Nac. Penal Ec. Sala A. 24/08/2007

<sup>12</sup> "Contribuyente Coca Cola Femsa de Buenos Aires S.A. s/ Evasión Tributaria Agravada". Juzgado Penal Tributario Nro. 1. 10/12/2008.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

En este primer caso, la AFIP formuló una denuncia contra los responsables de Coca Cola Femsa de Buenos Aires SA por la presunta comisión del delito de evasión tributaria agravada, por la supuesta evasión del Impuesto a las Ganancias por el periodo fiscal del 2002, por un monto de \$24.697.066,59.

El delito habría sido cometido mediante el hecho consistente en haber considerado como exenta del impuesto a las Ganancias la suma que se habría obtenido como ganancia con motivo de la cotización de la moneda extranjera en que se habrían realizado operaciones de compra y venta de bonos austriacos.

Recomendamos la completa lectura del fallo para ver la totalidad de los argumentos vertidos por ambas partes.

Quiero destacar únicamente que, por un lado, el contribuyente declaró los montos como renta exenta por aplicación del convenio para evitar la doble imposición firmado entre Argentina y Austria. Entendiendo, de esta manera, que los bonos mencionados se consideran ubicados en Austria y, por lo tanto, es en ese Estado y no en la Argentina donde se encuentra gravada la renta<sup>13</sup>.

En cambio, la fiscalización entendió que el resultado de las diferencias de cambio producidas por el capital invertido, y dispuesto en el momento de su enajenación no queda alcanzada por la imposición en el Estado extranjero, porque solo tiene efectos en la República Argentina.

Básicamente, se trató de una diferencia de interpretación entre el Fisco y el Contribuyente en la forma de aplicación del Convenio para evitar la doble imposición.

---

<sup>13</sup> Conforme art. 13, punto 4 del CDI Argentina - Austria.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

El Juez de Primera Instancia entendió que la decisión adoptada por la contribuyente no resulta ser una interpretación irracional de las normas vigentes en ese momento, por lo que la diferencia de criterio con el organismo recaudador resulta ser simplemente eso: *una diferencia de interpretación que no puede equipararse a una maniobra de índole defraudatoria.*

Haciendo la distinción entre ajustes técnicos y ajustes defraudatorios el Dr. Lopez Bizcayart entendió que este caso se encuentra dentro de los primeros. Concluyendo que lo que se pena mediante la ley penal tributaria es el evadir tributos mediante conductas fraudulentas u omisivas, por lo tanto debe estar acompañada de fraude, no encontrándose este elemento en el caso.

## 2) AGROSAL S.A.<sup>14</sup>

En este segundo caso, la conducta denunciada por la AFIP consistía en la deducción impropia, de la base de cálculo del impuesto, de supuestas diferencias de cambio negativas por resultados financieros por la suma de \$43.470.000.

Estas sumas fueron originadas en la actualización de los importes correspondientes a aportes irrevocables de capital efectuados entre los años 1996 a 2002 por Julio Fraomeni (presidente y accionista mayoritario de AGROSAL SA), que la empresa mencionada resolvió no capitalizar en el año 2005 y restituyó al accionista aportante.

Sus aportes fueron realizados cuando cada peso era equivalente a un dólar estadounidense. Con la moneda nacional ya devaluada, los accionistas decidieron

---

<sup>14</sup> "Agrosal S.A. y otros s/ Evasión Tributaria Agravada". Cámara Nacional Penal Económico. Sala B. 31/08/2010. Poner cita también primera instancia.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

por unanimidad, en asamblea, la devolución (parcial) de los aportes para futuras emisiones **para cancelar el valor histórico** de la suma recibida. Se eligió esta mecánica de actualización debido a la fuerte vinculación de la actividad de la empresa a la evolución del tipo de cambio. De este modo, se actualizó el saldo resultante, y éste pasó a integrar el pasivo de la sociedad.

Como en el caso anterior, recomendamos la completa lectura del fallo para ver los argumentos de ambas partes.

Únicamente destaco que el organismo impugnó la diferencia de cambio por improcedente sosteniendo que los aportes habrían sido ingresados en moneda nacional. Asimismo, el Fisco argumentó que mediante la reunión de accionistas se intentó beneficiar al accionista de AGROSAL SA que poseía aproximadamente el 70% del capital social de aquella sociedad, mediante una liberalidad recurriéndose al ardid contable de registrarla como un resultado negativo financiero del ejercicio, para deducirlo después indebidamente del balance impositivo de la sociedad.

El Juez de Primera Instancia rechazó el requerimiento fiscal de instrucción por considerar que no se habría constituido el despliegue de ardid alguno ya que se desprendía de las actuaciones administrativas que el tratamiento que se otorgó a los pasivos estuvo en todo momento plasmado en las declaraciones juradas y documentación contable del contribuyente.

En consecuencia, la AFIP contó siempre con la documentación aportada por el contribuyente para reconstruir su situación tributaria. Por lo tanto, no existió un ardid idóneo tendiente a disimular su criterio, de modo que la contrariedad con el del organismo recaudador era fácilmente detectable para éste.

## **B) Análisis.**

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

## 1) Las resoluciones de Cámara.

Como dijimos, en ambos casos la Sala "B" de la Cámara en lo Penal Económico revocó la resolución del Primera Instancia que había rechazado el requerimiento de instrucción.

En el primero de ellos, Coca Cola Femsa, los camaristas concluyeron que para establecer la existencia o la ausencia de un ardid en la conducta de los imputados se deberá establecer si el hecho en cuestión en principio puede ser adecuado a algún tipo penal. Entendieron que la presencia o no de ardid no es una cuestión que pueda descartarse por la complejidad que presente o por lo discutible que pueda ser doctrinariamente el objeto de la investigación requerida.

En efecto, los Dres. Grabivker y Hornos revocaron la resolución apelada resolviendo que *"la existencia o ausencia de ardid en la conducta desarrollada por los imputados es un elemento que debe investigarse en los términos previstos por el art. 193 inc. 1 del código procesal penal de la Nación, si el hecho imputado en principio puede ser adecuado a algún tipo penal y no se trata de una cuestión que pueda descartarse por la complejidad que pudiera presentar o por lo discutible que pudiera ser doctrinariamente el objeto de la investigación requerida"*.

En Agrosal S.A., con la resolución firmada también por Dr. Pizzatelli, el análisis fue más extenso.

Haciendo un examen de las normas tributarias aplicables, los jueces expresaron que *toda vez que el ingreso a la sociedad de aportes irrevocables de capital (no préstamos) efectuados por los accionistas, no se encuentra gravado por la ley del Impuesto a las Ganancias, en principio la diferencia en más que se restituye a los*

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

*accionistas al revertirse el aporte irrevocable de capital no puede ser deducido del tributo en cuestión.*

Es decir, los accionistas pueden decidir devolver el capital recibido en concepto de aporte irrevocable con más las diferencias que estimen convenientes, pero lo que no se puede hacer es deducir aquella diferencia del balance impositivo de la sociedad.

Haciendo una distinción en cuanto al origen del capital, los jueces expresaron que en este caso el ingreso de las sumas fue realizado a través de la figura de aportes irrevocables y no a través de un mutuo en el cual se acordó el devengamiento de algún interés. Por lo tanto, lo decidido por los accionistas constituye una liberalidad, al no estar obligado a restituir ninguna diferencia en más.

En unanimidad, los jueces entendieron que bajo el ropaje de "*resultados negativos financieros*" de la sociedad, se habrían deducido importes que representan liberalidades de la empresa y que no son deducibles de la base del cálculo del tributo. Por lo tanto, la declaración jurada presentada por el contribuyente **podría** ser engañosa en los términos del art. 1 y 2 de la ley penal tributaria.

## 2) ¿Una resolución ajustada a derecho?

Ambas resoluciones de Cámara, si bien revocan lo dispuesto por el Juez de Primera Instancia que rechaza el requerimiento de instrucción, indican en resumen lo siguiente:

Que la declaración jurada "*podría llegar a ser engañosa*" (en el caso de Agrosal) o en que se debe determinar si el hecho "*puede ser adecuado a algún tipo penal*" para luego investigar la existencia o ausencia de ardid en la conducta (en el caso de Coca Cola Femsa).

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

Es decir, en ambas resoluciones se deja la cuestión abierta sobre el fondo del asunto: ¿Constituye una maniobra delictiva en los términos de la ley 24.769 la conducta del contribuyente que computa diferencias de cambio negativas como deducciones cuando no debería haberlo hecho o cuando no paga impuesto a las ganancias sobre diferencias de cambio positivas cuando debería haberlo realizado?

Las pautas para contestar estas preguntas están dadas, en cambio, por las resoluciones de Primera Instancia analizadas.

De ellas surge que en ambos casos el contribuyente puso a disposición toda la documentación contable requerida por el Organismo Fiscal, no ocultando en ningún momento su comportamiento.

En el caso de Coca Cola Femsa, como dijimos, se trató básicamente de una diferencia de interpretación de la aplicación del convenio para evitar la doble imposición. Una interpretación por parte del contribuyente que, entendemos, resulta jurídicamente razonable por la particularidad del caso y por la ausencia de una normativa clara al respecto.

En Agrosal S.A., la conducta del contribuyente se vio reflejada tanto en el balance anual practicado como en el acta de asamblea de la reunión de accionistas.

Conforme lo expresado por el Dr. Bonzón Farfat en la causa *Fracchia*<sup>15</sup> "...la acción o la omisión desplegada debe contener un ardid o engaño idóneo, real, significativo y oportuno. A fin de establecer su concurrencia corresponde, en cada caso, evaluarlo de acuerdo a las posibilidades que tiene el Fisco de detectar la irregularidad, considerando la existencia del sistema autodeclarativos de tributos.

---

<sup>15</sup> Voto del Dr. Bonzón en "*Fracchia*" Cámara en lo Penal Económico, Sala "A".

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

*La evasión debe ser consecuencia de una efectiva maniobra ardiosa o engañosa concebida de tal manera que realmente pueda impedir o dificultar gravemente el debido control del ente recaudador".*

En ninguno de los dos casos analizados existió una conducta ardiosa por parte de los contribuyentes tendiente a eludir el pago del tributo en cuestión. Por el contrario, el Organismo Fiscal siempre tuvo a su alcance la documentación necesaria para realizar una impugnación, de corresponder.

En el fallo *Iannozi*<sup>16</sup>, se resolvió que la circunstancia de que las pretensiones de quienes formularon esas declaraciones no se ajusten a lo que establece la ley vigente en materia tributaria, no implica la existencia de una evasión tributaria lograda mediante ardid o engaño, en tanto lo declarado no oculta los hechos generadores de la obligación ni impide las reclamaciones del Fisco.

Asimismo, en la causa *Inchauspe*<sup>17</sup> se entendió que el comportamiento engañoso no puede entenderse acreditado con la sola circunstancia de que *los pagos que el contribuyente pretende deducir sean inoponibles. Esto último sólo concierne a las obligaciones adeudadas, no al comportamiento ardidoso que la ley penal sanciona.*

Es decir, conforme a los fallos citados, ambos contribuyentes en los casos analizados podrían llegar a tener una deuda con el Fisco pero de ninguna manera podrían ser considerados evasores.

---

<sup>16</sup> "Iannozi, Domingo s/inf. leyes 23771 y 24769" Cám. Nac. Penal Ec. Sala "A". 13/03/2008.

<sup>17</sup> "Inchauspe, Martín y otros - Frigosol SRL (incidente de apelación)" Cám. Nac. Penal Ec. Sala A . 24/08/2007.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

Sobre cuestiones similares se pronunció la Cámara Nacional de Casación Penal en dos fallos emblemáticos: *Pluspetrol S.A.*<sup>18</sup> y en el fallo anteriormente citado, *Gerold, Walter*.

En *Pluspetrol S.A.* los camaristas de la Sala "II" resolvieron que *si la imputación contable era ajustada a la normativa y práctica impositivas es una cuestión que no define la cuestión de la tipicidad, pues lo decisivo es la existencia de una declaración engañosa o de un ardid por parte del contribuyente, en los términos de la ley 24.769.*

En este caso, que si bien no trata sobre diferencias de cambio tiene cierta similitud con los analizados en el presente, nunca se ocultó el motivo de la deducción practicada que posteriormente fue rechazada por el fisco.

El organismo nunca demostró qué la conducta del contribuyente debía ser calificada como declaración engañosa, o como ardid, en la medida en que la administración tributaria estaba en condiciones, por la misma naturaleza de la imputación contable, de realizar un escrutinio sobre su pertinencia y admisibilidad.

Los camaristas entendieron que *"no puede constituir engaño la pura imputación contable errónea, o inadmisibles según la técnica contable, si al mismo tiempo no está acompañada de una simulación u ocultamiento de la realidad patrimonial sobre cuya base se determina la obligación tributaria, pues lo primero, es de fácil determinación conforme a las reglas contables pertinentes, mientras que lo segundo impone una indagación sobre hechos que deben ser establecidos sobre la base de una indagación que excede la de la pura técnica contable, y sobre los*

---

<sup>18</sup> "Pluspetrol SA s/recurso de casación" Cám. Nac. Casación Penal. SALA: II. 08/09/2011

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533  
Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

*cuales el contribuyente tiene deberes de declaración y cooperación en su determinación".*

Por último, los jueces expresaron que *la presentación de una declaración jurada basada en asientos contables fácilmente confrontables (el subrayado es mío), no configura una declaración engañosa ni un ardid. En última instancia, la recurrente tampoco rebate la alegación del contribuyente, en cuanto a que la deducción fue fruto de una interpretación plausible de la ley impositiva, aunque finalmente rechazada por la autoridad de aplicación.*

En *Gerold, Walter*, por su parte, los camaristas de la Sala "I", hicieron hincapié en que en la práctica se pueden dar discrepancias técnicas entre la AFIP y el contribuyente sobre distintos aspectos de la norma tributaria aplicable. Pero en estos *"nada se oculta ni se despliegan artificios o maniobras disimuladoras de la realidad realmente aptas para burlar al Fisco"*. Recalcando que lo que se pena en el caso de evasión tributaria es *"la conducta de evadir el pago de los tributos mediante conductas fraudulentas u omisivas, por lo cual, para ser punible esta figura, debe estar acompañada de fraude"*.

Como pudimos observar, en los casos relativos a diferencias de cambio por lo general la conducta adoptada por el contribuyente se encuentra plasmada en las declaraciones juradas y documentación contable del contribuyente. El Organismo Recaudador cuenta con la facultad de hacer valer sus derechos solicitando la documentación para ser fiscalizada.

En casos como el de Agrosal S.A., por ejemplo, su comportamiento incluso estuvo expuesto en el acta de asamblea de la reunión de accionistas.

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

En algunas circunstancias nos podemos encontrar ante una discrepancia en la interpretación de la norma tributaria aplicable, como fue el caso de Coca Cola Femsa. Si la interpretación resulta jurídicamente razonable, como en el caso mencionado, no habría delito penal tributario.

En todos estos escenarios analizados, no hay ocultación de la conducta adoptada por parte del contribuyente. Por lo tanto, quedaría descartada la existencia de fraude.

## IV.- CONCLUSION

Considerando tanto los conceptos y elementos desarrollados como también los casos analizados, descartamos la posibilidad de estar frente a una conducta criminal tipificada en la ley penal tributaria por motivos vinculados a diferencias de cambio.

En efecto, no constituirá una maniobra delictiva en los términos de la ley 24.769 la conducta del contribuyente que computa diferencias de cambio (negativas) como deducciones a la base imponible del impuesto cuando no debería haberlo hecho. Tampoco cuando deja de pagar el importe correspondiente al impuesto a las ganancias sobre diferencias de cambio (positivas) cuando debería haberlo realizado.

Por las razones expuestas entiendo que en estos casos no se encontraría reunido uno de los requisitos objetivos de la figura penal mencionada. Es decir, la existencia de una maniobra ardidosa idónea para hacer incurrir en error al Fisco y evitar con ello el pago de lo debido.

A mi criterio, esta debe ser la regla general. Como toda regla general, pueden llegar a existir excepciones que deberán ser analizadas caso por caso. Como, por

# ESPOSITO & TRAVERSO

Abogados  
Sarmiento 930, 8° Piso, of. "B"  
C1041AAT

Te./Fax: (054 11) 4326-3533

Website: [www.espositotraverso.com.ar](http://www.espositotraverso.com.ar)

ejemplo, cuando lo que se oculte (o por lo que se engañe) sea el monto real de las diferencias de cambio a computar. En este caso, podría llegar a existir una maniobra ardiosa y, en consecuencia, un delito penal tributario.

El análisis de los casos debe ser realizado siempre a la luz de los principios del derecho penal entre ellos el que establece que la reacción penal es la "*última ratio*" del ordenamiento jurídico.

En resumen, si el Fisco realiza un ajuste por diferencias de cambio, este no será más que un ajuste técnico. Por lo tanto, estaremos frente a una infracción tributaria -reprimida por la ley 11.683- pero nunca ante un delito de la ley 24.769.