

Buenos Aires, 12 de Septiembre de 2017.

AUTOS Y VISTOS:

El Expte. N° 32.511-I, caratulado: "BERTINETTI, DANIEL EDGARDO S/APELACIÓN" y su acumulado N° 32.512-1, de igual carátula;

Y CONSIDERANDO:

I. - Que, a fs. 24/29 y a fs. 72/78, la actora interpone sendos recursos de apelación contra las Resoluciones Nos. 147/08 y 146/08 (DV RRSF), de fecha 8 de Septiembre de 2008, emanadas de la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Santa Fe de la AFIP-DGI.

En virtud de la Resolución N° 147/08, se determinó un saldo a favor de la AFIP de \$100.465,47 en concepto de Impuesto a las Ganancias, por el período fiscal 2005, y la suma de \$61.434,63 con respecto a intereses resarcitorios, mientras que la Resolución N° 146/08 se refiere a la determinación de oficio en el Impuesto al Valor Agregado, período fiscal 10/2004 a 06/2005 por \$115.063,65 e intereses resarcitorios liquidados que ascienden a \$81.627,96.

Resulta necesario mencionar que las resoluciones apeladas reconocen su origen en las determinaciones de oficio Nros. 112/08 y 111/08 (DV RRSF) de fecha 11 de Julio de 2008, dado que el deudor principal del tributo ("Establecimiento Chico B S.A."), no cumplió con el pago de las obligaciones intimadas en los artículos 3° y 4° de dichas resoluciones.

Por ello, se resolvió determinar de oficio la responsabilidad solidaria del Sr. Daniel Edgardo Bertinetti, que revestía el carácter de presidente del Directorio de dicha sociedad al momento en que se generaron las obligaciones tributarias en cuestión.

En primer lugar, la actora manifiesta que la documentación que acredita el giro comercial de la empresa y la situación fiscal ajustada a la normativa vigente, ha sido imposible de entregar por un ilícito (robo) sufrido, según denuncia policial formulada en fecha 29 de marzo de 2007.

Admite el recurrente que manejó aspectos relativos a la administración y sus fondos, y ejerció la representación legal de la sociedad en los períodos fiscalizados, así como también firmó los distintos requerimientos de la AFIP, mas ello no significa en absoluto que las decisiones y manejo de fondos fuera exclusivamente realizado por su persona y que, si hubiese sido de esa manera, se habría desvirtuado el régimen societario.

Destaca que todas las decisiones importantes, que excedían el límite de la cotidianeidad, se tomaron siempre en conjunto, en algunos casos asentados en las reuniones de directorio (actas que no puede aportar por el ilícito sufrido y denunciado el 29 de Marzo de 2007) y otras veces simplemente en reuniones verbales.

Considera que por esa simple razón, no corresponde que se le impute íntegramente la responsabilidad que se pretende en las resoluciones apeladas.

Por todo lo expuesto, solicita se revoquen las Resoluciones N° 147/08 y 146/08 (DV RRSF).

II. - Que, a fs 38/44vta. y 84/90vta. el Fisco Nacional contesta los recursos interpuestos por la recurrente.

Manifiesta que no ha sido arrimado a las presentes actuaciones elemento probatorio alguno, limitándose la actora a decir que se vio en la imposibilidad de aportar los medios de prueba por haber sufrido un ilícito.

Alega que de haberse comprobado el supuesto ilícito sufrido por el apelante, ello no lo hubiera eximido de acreditar la operatoria invocada, ya que existen otros medios de prueba ante la carencia de documental en poder del contribuyente aptos para demostrar la capacidad prestable de la acreedora, la entrada y salida de fondos, la aplicación dada al dinero percibido, etc.

Señala que contrariamente a lo dicho por el contribuyente, el Fisco Nacional no hubiera necesitado recurrir a más "fundamentos de cargos" puesto que los recabados son más que suficientes para cuestionar el pasivo exteriorizado por la sociedad que representa el apelante. Agrega, que de haberse probado el robo invocado, ello no hubiera sido óbice para que la fiscalización determine de oficio la materia imponible ante la falta de prueba aportada por la recurrente.

Concluye que la atribución de responsabilidad al Sr. Bertinetti resulta a todas luces procedente, de acuerdo con la legislación vigente, por lo que solicita a este Tribunal confirme las resoluciones apeladas, con expresa imposición de costas a la actora.

En cuanto a los intereses intimados en las resoluciones apeladas, señala que la actora no expresó agravio alguno en relación a los mismos, por lo que cabe tenerlos por consentidos. Finalmente, hace reserva del caso federal.

III. - Que, a fs. 93, el Tribunal en Pleno resolvió acumular el expediente N° 32.512-I al que lleva el N° 32.511-I, en razón de la existencia de premisas de hechos comunes y conexidad requeridas por el artículo 8 del Reglamento de Procedimiento.

Con fecha 9 de Septiembre de 2010, se resolvió hacer lugar a la prueba informativa ofrecida por la actora, abriendo el período probatorio por el término de sesenta (60) días.

Que, a fs. 106, atento al tiempo transcurrido desde la notificación del auto de apertura a prueba y la inactividad de la recurrente dentro de ese plazo, se declaró la clausura del período probatorio, dando por decaído el derecho de producir la prueba informativa ofrecida.

A fs. 133 se elevan los autos a consideración de la Sala "B", la que de inmediato los llamó para sentencia.

IV. - Que, corresponde a este Tribunal entrar a analizar la causa de acuerdo con los términos en que ha quedado trabada la litis.

Ante todo cabe advertir que las presentes actuaciones se relacionan con el ajuste realizado a "Establecimiento Chico B S.A." originado a su elevado nivel de endeudamiento respecto de las compras del ejercicio. Asimismo, la fiscalización revisó las "cuentas particulares de los socios", en atención a que los mismos no presentan declaraciones juradas en el Impuesto a las Ganancias.

Según acta labrada a fs. 1/3 del 3° cuerpo de los antecedentes administrativos, los socios de la firma son Bertinetti Daniel (presidente del directorio), su esposa Raimondi Ofelia Nivia y la Sra. Pellegrina Graciela B., madre de Bertinetti.

Tal como surge de los antecedentes administrativos, la auditoría tributaria requirió a dicha firma por el período 2005 (7/2004 a 6/2005) los comprobantes de compras, ventas y gastos, registros contables, documentación respaldatoria de las deudas comerciales, mayor de las "cuentas particulares de los socios" y copia de los Estados Contables.

Además, fue solicitado el respaldo documental de las deudas con el Sr. Bertinetti Conrado (familiar de la contribuyente) por \$272.908,30 y con Orcosur, distribuidora mayorista de productos alimenticios, de Valentina Romana Valdez por \$244.000. (ver fs. 1/3 del Cuerpo 1 de los A/A).

Asimismo, no se admitió el pasivo exteriorizado que tenía con la empresa de la Sra. Valdez en atención a que la misma, tenía baja provisoria en el IVA a partir de 4/2006; nunca efectuó presentaciones de declaraciones juradas, no efectuó pago alguno, no posee bienes registrables y no se localizó en las bases informáticas de la AFIP. Tampoco aportó la contribuyente las pruebas suficientes para respaldar dicho pasivo, ya que el boleto de compraventa con el que pretendía respaldar tal operatoria resultaba inadmisibles. En definitiva, entendió que carecería de capacidad financiera y de consumo. Además, argumentó que no efectuó el pago de la operación mediante los medios de pago prescriptos por la ley 25.345.

Con fecha 19/09/2007 se amplió la fiscalización al Impuesto al Valor Agregado, teniendo en cuenta la ausencia de documentación que amparaba la celebración de las operaciones comerciales de la firma, y en particular el cómputo de los créditos fiscales.

Por lo expuesto, se desprende que los ajustes de inspección se originaron por incremento patrimonial no justificado, en ausencia de documental que respaldase los pasivos declarados al cierre del ejercicio y el desconocimiento de créditos fiscales como consecuencia de falta de comprobantes de compras que avalen su cómputo.

Además, visto los montos resultantes de la verificación y teniendo en cuenta que la empresa no podía bienes registrables, la fiscalización solicitó medidas cautelares en cabeza del presidente del directorio, el Sr. Bertinetti Daniel, en carácter de responsable solidario de la firma, a fin de resguardar el interés fiscal.

En cumplimiento a una medida para mejor proveer, el Fisco Nacional informó a este Tribunal que la firma Establecimiento Chico B S.A. se encuentra inhibida, sin haber regularizado la deuda impositiva cuestionada y que no existe ingreso de pago alguno (ver fs. 125 de autos).

V. - Que, en ese contexto, corresponde a este Tribunal en primer lugar, analizar la procedencia de la extensión de responsabilidad del Sr. Daniel Bertinetti por el incumplimiento de Establecimiento Chico B S.A. en el pago de sus deudas tributarias.

El artículo 8° de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y sus modif.) establece que: "responden con sus bienes propios y solidariamente con los deudores del tributo y, si los hubiere, con otros responsables del mismo gravamen, sin perjuicio de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas: a) todos los responsables enumerados en los primeros 5 (cinco) incisos del artículo 6° cuando, por incumplimiento de sus deberes tributarios, no abonaran oportunamente el debido tributo, si los deudores no cumplen la intimación administrativa de pago para regularizar su situación fiscal dentro del plazo fijado por el segundo párrafo del artículo 17...".

VI. Que, en este orden de ideas, debe señalarse que con fecha 23/08/2012 este Tribunal requirió a las partes para que informen si las determinaciones de oficio practicadas a la firma Establecimiento Chico B S.A. se encontraban apeladas y si la referida sociedad se encuentra en actividad.

A fs. 113, el Fisco Nacional manifestó que dicha sociedad poseía clave inactiva y que no surgía la existencia de recursos de apelación interpuestos, cabiendo destacar que la parte actora no respondió dicho requerimiento. Con posterioridad la representación fiscal aclaró que las Resoluciones N°111/08 y N° 112/08 correspondientes a Establecimiento Chico B SA fueron notificadas el 8 de Agosto de 2008, contra las cuales el deudor principal interpuso sendos recursos de reconsideración (artículo 76 inc. a) de la ley de rito), los que fueron resueltos mediante Resoluciones N° 345 y N° 346 (DRSF) el 16 de Septiembre de 2008 y notificadas el 9 de Octubre de 2008, encontrándose firmes (verfs. 121 de autos).

En cuanto al artículo transcripto ut supra, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en el caso "Bozzano, Raúl José (TF 33.056-I) el DGI" de fecha 11/02/2014 que: "...la norma transcripta no requiere el carácter firme del acto de determinación del tributo al deudor principal, sino únicamente que se haya cursado a éste la intimación administrativa de pago y que haya transcurrido el plazo de quince días previsto en el segundo párrafo del art. 17 sin que tal intimación haya sido cumplida. La conclusión expuesta resulta acorde con la doctrina establecida por el Tribunal en el precedente "Brutti" (Fallos: 327:769). En efecto, allí se señaló que la resolución mediante la cual se hace efectiva la responsabilidad solidaria sólo puede ser dictada por el organismo recaudador "una vez vencido el plazo de la intimación de pago cursada al deudor principal. Sólo a su expiración podrá tenerse por configurado el incumplimiento del deudor principal, que habilita -en forma subsidiaria- la extensión de la responsabilidad a los demás responsables por deuda ajena".

En tales condiciones, conforme el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el recaudo necesario para extender la responsabilidad solidaria se encuentra cumplido en el caso en examen, pues los actos administrativos por los que se determinó la obligación tributaria del principal (Establecimiento Chico B SA) fueron dictados el 11 de Julio 2008 y notificados a aquél el 8 de Agosto de 2008, sin que éste cumpliera con las intimaciones de pago, en tanto que la resoluciones referentes al responsable solidario (Sr. Bertinetti) se dictaron el 08 de Septiembre de 2008, vencido el plazo otorgado al deudor principal.

VII.- Que, sentado ello, corresponde ahora analizar los presupuestos fácticos y jurídicos que habilitan la responsabilidad solidaria del recurrente.

En ese sentido, corresponde al responsable aportar la prueba irrefutable y concluyente, apta y necesaria para desvirtuar el principio de responsabilidad e incumbencia que viene dado por la posesión del cargo y, de esa forma, permitir desarticular la responsabilidad solidaria imputada desde la óptica de su actuación concreta y específica en el seno de la sociedad, es decir, desde el plano de la imputación subjetiva.

En efecto, la carga probatoria de los aspectos o circunstancias en las cuales el presunto responsable solidario pretende hacer recaer las causales exonerativas de dicha responsabilidad, recae en el propio contribuyente, debido a que "así resulta también de la clara letra de la ley cuando en el art. 18 inc. a) de la Ley N° 11.683 ..." (se hace referencia al actual art. 8° del t.o. vigente)"... se establece que no existirá sin embargo, esta responsabilidad personal y solidaria, con respecto a quienes demuestren debidamente a la Dirección General que sus representados, mandantes, etc., los han colocado en la imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales; esto es que el onus probandi se coloca en

cabeza de quien pretende eximirse de responsabilidad, como lo intentó sin éxito la recurrente.” (cfr. “COLLEP ANZULOVIC DE ARIAS MILEVA ISABEL S/RECURSO DE APELACION - IVA, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala B sentencia del 1998/02/06”)

VIII.- Que las manifestaciones del Sr. Bertinetti no llegan a constituir una crítica concreta y razonada de las resoluciones que dice causarle agravio, limitándose a señalar que la admisión de la denuncia de robo de documentación por parte del Fisco ameritaría que se dejen sin efecto las determinaciones de oficio, tanto en lo que hace a la deuda determinada en cabeza del principal, como en lo relativo a la determinación de su responsabilidad solidaria.

El carácter formal de responsable solidario se encuentra probado con la copia del Estatuto de la empresa, del cual se desprende que el Sr. Bertinetti Daniel E. era el presidente del Directorio de la firma. Asimismo, tal investidura surge del Formulario de inscripción de la sociedad ante el Fisco Nacional y en acta constitutiva de la sociedad -cuya copia fue solicitada por la fiscalización al Distrito Gálvez-, El carácter sustancial de su responsabilidad solidaria surge del acta labrada por la fiscalización con el Sr. Bertinetti con fecha 19/09/2007 donde manifiesta que las decisiones de la empresa las tomaba él mismo (ver Acta N° 010- 035297 del 19/09/07 fs. 1/3; Acta Constitutiva de la S.A. fs. 7/7vta. y F. 460/j AFIP fs. 4/4vta., todos ellos agregados en el “Cuerpo De Responsabilidad Solidaria” de los antecedentes administrativos).

La prueba adjunta resulta adversa a las pretensiones de la actora. En el certificado policial de robo se observa que con fecha 29/03/2007 se iniciaron actuaciones sobre robo, a raíz de la denuncia radicada por el Sr. Daniel Bertinetti, donde resultara damnificado. De dicha denuncia no se vislumbra que la empresa bajo fiscalización “Establecimiento Chico B SA” haya sido víctima de robo, sino que expresamente se lo identifica como damnificado al Sr. Bertinetti, quien es el presidente de la firma. Tampoco se aporta un detalle de lo robado, con lo cual no se puede inferir que la documentación contable y comercial de la empresa haya sido objeto del robo sufrido (ver certificado de denuncia, obrante a fs. 22 de las actuaciones).

Por otro lado, según se desprende de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas de la sociedad verificada (ver Acta Constitutiva, fs. 5/ 8 del 3° Cpo. de los AJA), el Sr. Daniel Edgardo Bertinetti revestía el carácter de Presidente del Directorio de dicha sociedad; al momento en que se generaron las obligaciones tributarias citadas precedentemente tuvo a su cargo el manejo y administración de los fondos sociales, hecho que él tampoco niega.

En definitiva, conforme surge de los antecedentes mencionados, resulta que la actora: a) Era el Presidente del Directorio de la firma Establecimiento Chico B SA. b) Poseía los manejos relativos a la administración y representación amplia, según contrato social en sus cláusulas 9 y 11, c) Ejercía la representación legal de la sociedad, d) Fue quien contestó requerimientos mediante multinotas a la AFIP en el transcurso de la fiscalización, suscribiendo actas de constatación, información, etc., e) Es quien declaró mediante acta haber efectuado el manejo de los fondos y la toma de decisiones de la firma.

Por lo tanto, ha quedado demostrado el carácter de presidente del directorio de la sociedad que ostentaba el Sr. Bertinetti en el período fiscalizado, de lo que se deduce que ha desempeñado las funciones inherentes al cargo, sin que haya aportado pruebas tendientes a demostrar haberse encontrado en imposibilidad de cumplir correcta y oportunamente con sus deberes fiscales.

En función de lo expuesto cabe concluir que en el presente caso se ha configurado el elemento subjetivo requerido por la ley procedimental, por lo que resulta ajustada a derecho la atribución de la responsabilidad solidaria en el Sr. Bertinetti, como presidente del Directorio de la sociedad.

IX.- Que, finalmente, no habiendo agravios concretos en relación a los intereses resarcitorios sólo cabe su confirmación, recordándose que los mismos constituyen una indemnización debida al Fisco como resarcimiento por la mora en que ha incurrido el contribuyente o responsable en la cancelación de sus obligaciones tributarias (cfr. CSJN, Citibank NA el DGI, 01/06/2000).

Por ello, SE RESUELVE:

Confirmar las resoluciones apeladas en autos, con costas.

Regístrese, notifíquese, oportunamente devuélvanse los antecedentes administrativos y archívese.

DR. ARMANDO MAGALLÓN VOCAL

VOCAL

DR. JOSÉ LUIS PÉREZ

VOCAL

DR. IGNACIO J. BUITRAGO

SUBROGANTE