DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 27 de marzo de 2014.

No. 125

V I S T O S :

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados "REIS GOLDMAN, ALAN Y OTRA con ESTADO. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Acción de Nulidad" (Ficha No. 510/2010).

R E S U L T A N D O :

I) Que, con fecha 26/8/2010, comparecieron los promotores (fs. 30/35) demandando la anulación de la resolución No. 2165/2009, de fecha 11/12/2009, dictada por el Sub Director General de Rentas, por la cual se determinaron obligaciones tributarias de cargo de la contribuyente PLAZA FACTORING C.A. y C., luego de prescindir de su forma jurídica cooperativa a los efectos tributarios (art. 6, inciso 2°, del Código Tributario), y se impuso a la mencionada multas por las infracciones tributarias de mora, defraudación y contravención.

Asimismo, se responsabilizó al Sr. REIS GOLDMAN solidariamente de las obligaciones tributarias determinadas y personalmente, por las sanciones por las infracciones de mora, defraudación y contravención impuestas (fs. 660/661 Pieza II A.A.).

En lo formal, precisaron que las defensas esgrimidas durante el procedimiento administrativo no fueron consideradas por la Administración, que directamente procedió al dictado del acto de determinación, sin siquiera refutar los descargos efectuados. Razón por la

cual, sostuvieron que en la emergencia se reprodujo una severa transgresión al principio del debido proceso.

Indicaron que en vía administrativa incorporaron una consulta del Catedrático de Derecho Comercial Siegbert RIPPE, que adjuntaron en la actualidad con la demanda anulatoria, destacando que los cuestionamientos a la forma jurídica cooperativa no resultaban acertados, en tanto varios de los incumplimientos que la Administración Tributaria observó, no eran exigidos por la legislación por entonces vigente.

Cuestionaron la competencia de la Dirección General Impositiva para realizar los cuestionamientos formulados, en la medida que el órgano encargado de la fiscalización de las cooperativas era la Auditoría Interna de la Nación.

Afirmaron que los argumentos planteados en los descargos, fueron incorporados al procedimiento administrativo en el año 2004, pero el acto de determinación fue dictado más de 5 años después.

Destacaron que en el procedimiento administrativo tributario, debieron ser oídos inmediatamente antes del dictado del acto de determinación. Sin embargo, la Administración en lugar de otorgar una nueva oportunidad de defensa, tuvo por cumplida la garantía en razón de la existencia de descargos presentados 5 años antes del término de la instrucción.

En lo sustancial, defendieron la sinceridad de las formas jurídicas adoptadas, con apoyo de jurisprudencia europea señalaron que la elección de una de varias alternativas válidas para la consecución de un negocio, en función del ahorro fiscal que ésta apareja, no es una conducta que pueda

reprocharse, tratándose, en todo caso, de un supuesto de elusión de tributos, conducta que resulta lícita en nuestro Derecho.

Expresaron que la Auditoría Interna de la Nación -organismo competente para controlar a las sociedades cooperativas- no cuestionó la acción de la cooperativa, manifestando que no es lícito que una agencia estatal imponga a quien eligió una forma jurídica para lograr un tratamiento fiscal más beneficioso, requisitos no exigidos por la ley, haciendo trizas el principio de seguridad jurídica.

Alegaron que la Administración Tributaria ha interpretado la normativa de un modo arbitrario, fingiendo que ella contiene requerimientos que serían, en todo caso, de *legge ferenda*.

En definitiva, solicitó la anulación del acto administrativo impugnado.

II) Conferido traslado de la demanda, la Administración lo evacuó a fs. 41/47 vta., bregando por su rechazo en base a los siguientes fundamentos.

Sostuvo que la cooperativa de ahorro y crédito cuya forma jurídica fue desconocida por el órgano público, se dedicaba fundamentalmente a operaciones de descuento de cheques y factoring con empresas de plaza. La afiliación a la cooperativa era un requisito para acceder a los servicios que prestaba la entidad.

Manifestó, para demostrar que no se estaba ante una verdadera cooperativa, que el peso específico del ingreso bruto por concepto de cuotas sociales fue de menos del 1% en 2001 y del 3% en 2003. En cuanto a la consulta evacuada por el Prof. RIPPE, dijo que debe considerarse como un acto de alegación de la parte.

En cuanto a su contenido, expresó que el consultante desconsideró hechos relevantes, como por ejemplo, la existencia de la sociedad GOLFMARK S.A. dirigida por las mismas personas que dirigían la cooperativa.

Recordó el régimen legal al que están sujetas las cooperativas de ahorro y crédito y detalló cómo se desarrolló la actividad de fiscalización cumplida en PLAZA FACTORING C. A. y C., y que, al término de la inspección, se puso al descubierto que la cooperativa era utilizada, en realidad, como pantalla para la actividad que, sustancialmente, desarrollaba una sociedad anónima GOLFMARK S.A.

Precisó que dicha sociedad anónima enmascaraba sus actos de comercio interponiendo a la falsa cooperativa, debiéndose tener presente que los clientes de la cooperativa se relacionaban con ésta con prescindencia total de su forma jurídica, considerando que lo que perseguían era obtener financiamiento ya fuera por el descuento de cheques o por la realización de factoring.

Asimismo, indicó que las cuotas sociales representaban una porción muy menor del financiamiento de la entidad que, en puridad, era financiada desde el exterior por inversores externos. El propósito perseguido, lejos estaba del que la ley prevé para las cooperativas de ahorro y crédito, que es fomentar y recibir el ahorro sistemático de los socios. Por otra parte, el aporte de cuotas sociales se hacía únicamente en ocasión de recibir el préstamo, nunca antes o después, lo que es sintomático de que no se trataba de una verdadera cooperativa.

Hizo caudal de las resultancias del proceso penal, en el que el co-actor Sr. REIS GOLDMAN terminó procesado por el delito de

defraudación tributaria. Sustancialmente, narró que la cooperativa se financió con préstamos del exterior, que fueron otorgados sin garantías. Una sociedad extranjera aportó la suma de U$S 2.450.000 para financiar las actividades, y realizaba un seguimiento estrecho de la cartera de clientes. Por ello, la sociedad no se financiaba por medio del aporte de las cuotas sociales ni mediante el ahorro sistemático de los socios, sino por aportes de un inversor externo. El propio Prof. RIPPE en la consulta contratada por los promotores expresó que si bien puede existir aporte externo sin que la sociedad cooperativa se desnaturalice, ese aporte debe ser complementario y no constituirse en la principal fuente de ingresos de la entidad.

Señaló otro punto puesto de manifiesto en la fiscalización, esto es, que la cooperativa descontó cheques de la firma ZARA URUGUAY S.A. por fuertes sumas de dinero, que representaron el 85% de las operaciones en el período 01/2003 a 05/2003. Debe de verse que dicha sociedad no era socia de la cooperativa. La precitada operativa desvirtúa la cooperativa como tal, puesto que uno de los objetivos de estas entidades es conceder créditos a sus socios, a un interés razonable, tal como emerge del propio estatuto de la co-actora.

Agregó que se constataron violaciones de los principios de control democrático de las cooperativas y de educación, fomento e información cooperativa. No existió participación de los socios en la dirección de la cooperativa, ésta era dominada únicamente por sus socios fundadores, quienes controlan aquélla y además integraban los órganos directrices, manejando la entidad a su arbitrio.

En cuanto a la competencia de la Auditoría Interna de la Nación, revalidó lo expresado en el informe de fiscalización, en tanto la desnaturalización de la cooperativa no está referida a los aspectos cuyo control son de competencia de dicho órgano, sino que el control está relacionado con la configuración de los hechos generadores de los tributos, materia de competencia de la Dirección General Impositiva.

Alegó que, en la especialidad del caso, se priorizó la realidad por sobre la forma jurídica escogida, en aplicación del art. 6, inciso 2º, del Código Tributario, asistiéndose a un abuso de la forma jurídica en fraude a la ley tributaria.

Por otra parte, detalló que al margen de las formas jurídicas escogidas, se constató la existencia de una unidad económico-administrativa entre la cooperativa y GOLFMARK S.A., que combinaba capital y trabajo para obtener un resultado económico. Su *modus operandi* era canalizar aportes que realizaba una sociedad del exterior por medio de la sociedad cooperativa, para así evadir el pago de tributos.

En suma, solicitó la confirmación del acto administrativo cuestionado.

III) Abierto el juicio a prueba (fs. 49), se produjo la certificada a fs. 105 y alegaron de bien probado las partes por su orden (la actora a fs. 108/113 vta. y la demandada a fs. 116/123).

IV) Oído el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen No. 223/2013 glosado a fs. 126/127), aconsejó desestimar la demanda anulatoria incoada.

V) Se citó a las partes para sentencia (fs. 129), la que, previo pasaje a estudio de los Sres. Ministros, se acordó su dictado en legal y oportuna forma.

C O N S I D E R A N D O :

I) Que, en la especie, se han satisfecho los presupuestos formales que habilitan el ejercicio útil de la acción anulatoria (arts. 317 y 319 de la Constitución de la República, arts. 4 y 9 de la Ley 15.869).

II) En autos se promueve la anulación de la resolución No. 2165/2009 de fecha 11/12/2009 dictada por el Sub Director General de Rentas, por la cual se determinaron obligaciones tributarias en cabeza de la contribuyente PLAZA FACTORING C.A. y C., luego de prescindir de su forma jurídica cooperativa a los efectos tributarios (art. 6 inciso 2° del Código Tributario).

Por el mismo acto en la fase de cuestionamiento se impuso a la mencionada contribuyente multas por las infracciones tributarias de mora, defraudación y contravención.

Asimismo, se responsabilizó al Sr. REIS GOLDMAN solidariamente de las obligaciones tributarias determinadas y personalmente, por las sanciones por las infracciones de mora, defraudación y contravención impuestas (fs. 660/661 Pieza II A.A.).

III) Que las alegaciones de las partes surgen suficientemente detalladas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación en aras de la brevedad.

IV) Que el Tribunal por unanimidad de sus integrantes y, compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo

Contencioso Administrativo, desestimará la pretensión anulatoria actuada en los contenidos que se intentarán explicitar a continuación.

V) En lo inicial, debe de verse, que la parte actora se agravió por entender que el procedimiento administrativo que precedió el dictado del acto encausado fue irregular, con fundamento en que hizo descargos en el año 2004 y el acto de determinación fue dictado más de 5 años después, ya que la Administración no le confirió una oportunidad de defensa al término de la instrucción; y al sostener que las defensas que articuló durante el procedimiento administrativo no fueron examinadas por la Administración.

Ahora bien, luego de un minucioso análisis de los antecedentes administrativos, a juicio de la Sede los agravios de índole formal o adjetivo no corresponde sean recepcionados.

En efecto, debe ciertamente convenirse que los promotores tuvieron la oportunidad de defenderse al término de la instrucción. Como surge a fs. 604/608 Pieza II A.A., con fecha 2/12/2008 se le otorgó vista previa al Sr. REIS GOLDMAN y con fecha 3/12/2008 se le otorgó vista previa a PLAZA FACTORING C. D. A y C.

Dicha vista fue conferida al término de la instrucción y antes del dictado del acto de determinación cuestionado, sin perjuicio de anotarse que los interesados comparecieron y retiraron el expediente administrativo en confianza (fs. 608/613 ibídem), por lo que gozaron de una razonable ocasión para examinarlo y hacer los descargos que entendían convenientes.

Sin embargo, no presentaron descargos en esa oportunidad, limitándose a presentar el escrito luciente a fs. 617 Ib., en secuencia procedimental por la que los administrados accedieron a los informes de la

inspección y a los dictámenes jurídicos incorporados, actuaciones en las que estaba desarrollada con claridad la posición de la Dirección General Impositiva, la que, por otra parte, no fue variada al emitirse el acto de determinación.

Con tales entendimientos, procede razonablemente convenir, que era carga de los sujetos pasivos controvertir el proyectado enfoque técnico-jurídico de la Administración, lo que no hicieron, en postura que no se conecta con inobservancia de las reglas de procedimiento aplicables.

Procede señalar, que constaba en el expediente un escrito realizando descargos -al que se adjuntó la consulta referenciada- que había sido presentado, efectivamente, varios años antes (el 14/9/2004), como una petición, con anterioridad a que se confiriera la vista previa (ver actuaciones de fs. 444/476 Pieza II A.A.) de precepto. Pese a ello, la Administración -con saludable criterio-, antes de dictar el acto cuestionado examinó los argumentos planteados, tanto en la consulta como en ese escrito por parte de los interesados (véase informe de fs. 634/638 Ib.).

Luego de ese informe, se estima no era preceptivo el conferimiento de una nueva vista, porque los fundamentos de los descargos no hicieron variar el temperamento de la accionada. Apenas el obrar administrativo se limitó a analizar sus descargos, refutando los argumentos ensayados sin variar en absoluto la imputación ni el encuadre jurídico de los hechos.

La necesidad de una vista adicional no se justifica cuando el interesado ya ha tenido la oportunidad de ejercitar sus descargos y defenderse adecuadamente durante el procedimiento administrativo. Máxime cuando, tanto el encuadre jurídico de los hechos y la conclusión de la Administración respecto a la solución a recaer, pudieron ser consideradas

para ejercitar el derecho de defensa. Es decir, si no hay nada nuevo que el interesado no haya tenido en vista al formular los descargos (Cfe. Sentencia Nos. 218/2002, 658/2003, 341/2012, 350/2013, entre otras).

VI) En lo sustancial, a juicio de la Sede, no resulta acertado el cuestionamiento fincado en la incompetencia de la Dirección General Impositiva. No existe duda alguna que el contralor de las sociedades cooperativas compete a la Auditoría Interna de la Nación. Ahora bien, el contralor del cumplimiento de los tributos recaudados por Administración Tributaria claramente se encuentra dentro de los poderes legalmente atribuidos a la Dirección General Impositiva. Razón por la cual, si se constata que una sociedad cooperativa se está utilizando para evadir tributos, o peor aún, para lisa y llanamente defraudar al Fisco, la Administración Tributaria se halla facultada para recalificar las formas jurídicas empleadas y atribuir a la realidad subyacente los efectos tributarios que la normativa impone (véase sobre este punto la Sentencia No. 636/2011 -caso COCASH-, publicada en Revista Tributaria, T. XL, N° 234, págs. 568/579 y, en especial, su considerando IV). De otro modo, se reconocería eficacia vinculante al obrar de cualquier órgano público con proyección sobre la Administración Tributaria, obturando de tal forma el ejercicio de las potestades de fiscalización y verificación del regular cumplimiento con los deberes tributarios.

En la especialidad del caso, al igual que en otros que recientemente se han ventilado ante este órgano jurisdiccional, la accionada constató que prestamistas empleaban formas cooperativas para canalizar sus propósitos de negocios, pretendiendo beneficiarse indebidamente de los beneficios fiscales previstos en la normativa para dichas sociedades (ver *in extenso*

Sentencia No. 636/2011, publicada en Revista Tributaria, T. XL, N° 234, pág. 568-579 y Sentencia No. 495/2012).-

Tampoco puede obviarse el informe inspectivo en el que se demuestra con solvencia el *modus operandi* montado, para la consecución del propósito de realizar una actividad financiera, eludiendo el pago de los tributos correspondientes, empleando una falsa cooperativa, vacía de contenido como tal.

En tal sentido, como bien expresa en su fundado voto la Sra. Ministra, Dra. Mariela Sassón: "…*surge del detallado informe luciente a fs. 319/330 Pieza I A.A., suscrito por los Cres. Gonzalo CUADRADO y Gustavo CASTRO, que la inspección puso al descubierto las siguientes cuestiones.*

La cooperativa PLAZA FACTORING C.A y C funcionaba en un domicilio distinto de aquél que había declarado ante la D.G.I. En dicho domicilio funcionaba también una sociedad anónima (GOLFMARK S.A.). Ambas entidades utilizaban la misma estructura, es decir, los mismos bienes muebles e instalaciones. También se comprobó que los principales clientes de la sociedad anónima eran los principales clientes de la cooperativa. La sociedad anónima empleaba el nombre comercial PLAZA FACTORING.

La actividad desarrollada por la cooperativa consistía en descontar cheques y prestar servicio de factoring. La mayoría de los clientes a los que se entrevistó son sociedades comerciales.

En cuanto al funcionamiento de la cooperativa, se constató que las cuotas sociales participan en una muy pequeña porción del financiamiento total de la firma y eran, en definitiva, un requisito que aceptaban los

clientes para poder descontar los cheques o realizar el factoring. Lejos estaba de su intención constituir la cooperativa y sumarse a propósitos cooperativos, sino que se relacionaban con la co-actora con el propósito de obtener dinero para financiarse.

La cooperativa, por otra parte, lejos está de realizar el propósito de fomentar el ahorro sistemático de sus socios. Los socios únicamente adquieren la calidad de tales para poder realizar el descuento de cheques o el factoring y luego egresan inmediatamente de la cooperativa. El peso específico de las cuotas sociales en el financiamiento de la cooperativa es ínfimo, representa menos de un 1%en el año 2002 y menos del 3% en el 2003.

El financiamiento principal proviene de una sociedad del exterior CRUCIAL AGENTS S.A., que alcanzó a prestar U$S 2.450.000 para financiar las actividades de la firma. Dicho préstamo se otorgó sin garantía y fue documentado en cuatro vales firmados por el presidente de la cooperativa Alan REIS GOLDMAN. Se expresó por parte del Sr. REIS GOLDMAN que se tomaba como garantía los futuros créditos otorgados. Dicha sociedad del exterior hacía un contralor de la actividad de la cooperativa, por lo que en última instancia, la cooperativa era un vehículo jurídico mediante el cual esa entidad prestaba dinero a los "socios" de la cooperativa.

El Sr. Alan REIS GOLDMAN expresó no conocer a los accionistas y a los directores de la sociedad extranjera. Véase que fue la misma sociedad que, sin garantías, le había prestado U$S 2.450.000, documentados en cuatro vales que llevaban su firma. Curiosa coincidencia que alimenta la suspicacia del más ingenuo, como dice el dicho popular,

cargado de sabiduría y sentido común: "Cuando la limosna es grande, hasta el santo desconfía".

Otras cuestiones que coadyuvan a demostrar la hipótesis de que se trataba de una falsa cooperativa son las siguientes. Durante los primeros meses de 2003, el 85 % de las operaciones se hicieron con una sociedad que no era socia de la cooperativa (ZARA URUGUAY S.A.). Ello desvirtúa el objeto consagrado en los estatutos, que es conceder créditos a sus socios a un interés razonable.

Los folletos en los que se hacía la publicidad no mencionaban que se tratara de una cooperativa (ver fs. 252/259 Pieza I A.A.).

En cuanto a la participación de los socios en el control de la cooperativa, se demostró que en realidad esa participación resultaba inexistente. La mayoría de quienes habían operado con la cooperativa no tenía noción de que se había asociado a la entidad cooperativa. La mayoría de quienes fueron entrevistados contestaron que no tuvieron participación en la cooperativa y ninguno conocía los aportes realizados.

En definitiva, los inspectores concluyeron que estaban ante una empresa que combinaba capital y trabajo mediante la realización de operaciones de descuento de cheques y factoring, no frente a una cooperativa. Se trata de una empresa administrada por unas pocas personas que adoptó esa forma jurídica con el único propósito de evitar el pago de impuestos (véanse en especial las conclusiones de los inspectores a fs. 326/327 Pieza I A.A.).".-

No puede sino convenirse que, del soporte probatorio reunido en vía administrativa, resulta contundentemente acreditado el empleo de una falsa

cooperativa para enmascarar la actividad comercial de una empresa financiera, animada por el fin de lucro.

En la emergencia, se asiste ante un supuesto de lo que la dogmática tributaria llama inadecuación de las formas, y es algo que, "*mutatis mutandi"*, presenta similitudes a lo que en el terreno del Derecho Privado se denomina una simulación. Se trata de la adopción de formas jurídicas que, en la realidad, son inapropiadas a los negocios jurídicos que, en los hechos, las partes pretenden realizar y, por lo tanto, por imperio de lo previsto en el art. 6 inciso 2° del Código Tributario el intérprete y aplicador del Derecho tiene el deber de desconocer.

En particular, autores como FAGET llaman a este fenómeno como inadecuación de la forma jurídica. El mismo se presenta cuando las partes realizan un negocio determinado y le dan una apariencia que no condice con esa realidad, lo cual distorsiona la calificación de ese negocio por parte del intérprete. En estos casos, el interés empírico o práctico perseguido por las partes del negocio no coincide con la forma adoptada por las mismas partes, ocultándose la realidad económico-negocial, constituyendo una forma inadecuada. En tal caso, el intérprete tributario puede y debe prescindir de la forma jurídica inadecuada y calificar la situación jurídica en base a la realidad económica subyacente (art. 6, inciso 2º, del Código Tributario).

En estos supuestos en que no existe correspondencia entre la *"intentio facti"*, es decir, entre la finalidad práctica que las partes se proponen con el negocio y la *"intentio iuris"*, es decir la figura jurídica que escogen para viabilizar sus propósitos, el intérprete debe prescindir de las formas jurídicas y determinar la obligación tributaria en base a la realidad

económica (Cfe. FAGET, Alberto: “La forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal”, Revista Tributaria, T. VIII, No. 42, págs. 197 y siguientes; y del mismo autor: “El “disregard of legal entity” en el Derecho Tributario”, Revista Tributaria, T. XX. No. 116, págs. 373 y 374. BLANCO propone una terminología ligeramente distinta para el primero de los fenómenos que individualiza FAGET. A lo que FAGET denomina inadecuación de la forma jurídica, BLANCO lo denomina fraude-engaño. Así, BLANCO, Andrés: “Fraude e ilícitos tributarios en el Derecho uruguayo actual” en AA. VV.: “Derecho Penal, Hacienda y Administración pública (Mariana MALET - Diego SILVA FORNÉ Coordinadores)”, FCU, Montevideo, 2008, págs. 43 y 44).

Mediante la inadecuación de la forma jurídica se viola directamente la ley, ocultando la realidad a través de una falsa imagen. El art. 6º, inc. 2º, del Código Tributario ordena al intérprete atender a la realidad económica, cuando esta aparezca en contradicción con la forma jurídica presentada por los particulares. Esto, por cierto, no es una novedad propia del Derecho Tributario puesto que otras ramas del Derecho también se interesan por la realidad. Como lo destacan SEIJAS Y WHITELAW, es una idea errónea, suponer que al Derecho Tributario le interesa la realidad económica y al Derecho Civil no le interesa, el negocio jurídico es una realidad que interesa a todo el Derecho (SEIJAS, Alicia y WHITELAW, James: “Forma y sustancia en la ley tributaria”, Revista Tributaria, T. XXIX, No. 162, pág. 461).

En esta orientación conceptual, se presenta la dicotomía realidad/forma que atraviesa varios campos del Derecho, como el principio de primacía de la realidad del Derecho del Trabajo o el principio de verdad

material en el campo del Derecho Administrativo (Cfe. DELGADO, Serrana: *"La realidad económica y las formas jurídicas en el Derecho Tributario: un intento de disección epistemológica desde las dicotomías"*, ponencia presentada al seminario Economía y Derecho (Andrés BLANCO y Oscar SARLO: Coordinadores), Facultad de Derecho, Universidad de la República, Octubre-Noviembre de 2008, págs. 6 y 7).

VII) A mayor abundamiento, debe de verse que el Tribunal con anterioridad tuvo oportunidad de pronunciarse sobre aspectos similares a los del caso que nos ocupa en la Sentencia No. 495/2012, donde muchos de los elementos que se presentan en el caso que nos ocupa estaban presentes. En ese fallo el Colegiado expresó:

"*(...) <u>Sobre la inadecuación de las formas y la recalificación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Colón, al amparo del art. 6º, inc. 2º, del Código Tributario.</u>*

Corresponde examinar en primer término la recalificación que la DGI hizo de la forma jurídica cooperativa adoptada por la co-actora, al amparo del art. 6º, inciso 2º, del CT.

Luego de fiscalizar a Cooperativa de Ahorro y Crédito Colón, la DGI detectó determinados hechos que le condujeron a recalificar la forma jurídica adoptada por Cooperativa Colón. Se concluyó finalmente que se estaba ante un caso de inadecuación de las formas jurídicas adoptadas a la realidad subyacente, porque la co-actora no funcionaba, en los hechos, como una verdadera cooperativa, sino como una sociedad comercial con fines de lucro.

En este punto, el Tribunal entiende que asiste totalmente la razón a la DGI, pues la actuación inspectiva puso al descubierto que la co-actora

no tiene las características ni sigue los principios propios del cooperativismo, sino que, por el contrario, se desenvuelve como una verdadera sociedad comercial, que actúa movida con la finalidad de lucro, desarrollando una operativa típicamente comercial y obteniendo ganancias que son divididas exclusivamente entre sus socios mayores, que en los hechos manejan la entidad como si fueran sus dueños.

Estas personas son quienes, en verdad, se benefician de la actividad de la supuesta cooperativa, la que utilizan para otorgar préstamos financieros -tal como se probó acabadamente- a tasas lindantes con la usura civil.

El financiamiento de la actividad proviene casi enteramente del Presidente y Vicepresidente de la Cooperativa -Sres. SZTERMAN y SHAFFEL-, no de los socios cooperativistas. Aquellos, prestan dinero a la entidad, la cual lo utiliza para colocarlo entre sus socios. De esta forma, las cuotas sociales terminan siendo simplemente un requisito para poder acceder a los préstamos.

En cuanto al reparto de utilidades, surge del art. 18 del Estatuto que el 40% de las mismas va a fondos de reserva, repartiéndose luego el remanente con cargo a intereses a partes sociales integradas. Solo en último término, de existir remanente, éste se distribuye entre los socios en proporción a las cuotas que abonaron. No obstante, los socios consultados por la Administración afirmaron no haber recibido ninguna distribución de utilidades.

A su vez, y en lo que refiere a la tasa de interés cobrada, la misma llegó a ser en algunas ocasiones del 300%, desvirtuando de este modo, el art. 3, lit. b), de los estatutos (véase fs. 140 vuelto de los AA – Pieza 2), en

los cuales se establece que el cobro de los intereses será razonable (un prolijo detalle de las características de la operativa obra en el informe letrado del Departamento Jurídico Notarial de DGI que luce a fs. 221-225 de los AA – Pieza 2).

Otro elemento que coadyuva tal conclusión, es el hecho de que se haya acreditado la deducción de gastos por concepto de imprenta totalmente desproporcionados, cuya efectiva traducción en folletos u otros artículos no pudo comprobarse, por lo que, como lo señala la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo (I) en su dictamen, es procedente inferir, conforme las reglas de la sana crítica, que en realidad encubrían retiros de utilidades de quienes en sustancia eran los verdaderos prestamistas. Por la vía de siderales gastos en imprenta, cuya existencia fue imposibles de comprobar se drenaban las utilidades con destino a las arcas de los verdaderos prestamistas, quienes se escondían tras la supuesta "cooperativa".

Además de lo anotado, surge del referido informe de los inspectores actuantes que desde el inicio de la cooperativa hasta la fecha, no se habían realizado asambleas de cooperativistas, ni había existido participación alguna de los socios en la gestión de la cooperativa. Ello pone de manifiesto la vulneración al principio de control democrático, propio de las cooperativas, en tanto los socios menores no tenían injerencia alguna, ni control sobre la gestión de la cooperativa, siendo manejada por el Presidente y Vicepresidente de la misma.

En suma, se coincide con la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo (I) en que, realizado un análisis global de

todos los elementos, es inobjetable la conclusión de que no se está en presencia de una verdadera cooperativa de ahorro y crédito.

Debe destacarse asimismo, tal como se hace en el dictamen de la Procuraduría del Estado, que en el curso del procedimiento administrativo la actora no controvirtió categóricamente tales imputaciones. En efecto, de las notas que lucen a fs. 545 y 557 A.A. se infiere no solamente la voluntad de abonar la deuda preliminarmente determinada, sino una cierta conformidad con tal liquidación. Los fundamentos de la pretensión fiscal recién fueron controvertidos en oportunidad de evacuar la vista previa (fs. 1053 de los AA - Pieza 3), pero tampoco en dicha instancia se aportaron elementos de juicio que pudieran brindar una explicación convincente a la realidad fáctica detectada por la Administración.

En casos como este, de inadecuación de la forma, el interés empírico o práctico perseguido por las partes del negocio no coincide con la forma adoptada por las mismas partes, la cual oculta la realidad económico-negocial, constituyendo una forma inadecuada. Es entonces deber del intérprete y del aplicador del Derecho, prescindir de la forma jurídica inadecuada y calificar la situación jurídica en base a la realidad económica subyacente (art. 6, inciso 2º, del C.T.). En caso que no exista correspondencia entre la "intentio facti", es decir, entre la finalidad práctica que las partes se proponen con el negocio y la "intentio iuris", es decir la figura jurídica que escogen para viabilizar sus propósitos, el intérprete debe prescindir de las formas jurídicas y determinar la obligación tributaria en base a la realidad económica (FAGET, Alberto: "La forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal", Revista Tributaria, T. VIII, No. 42, págs. 197 y siguientes. Del mismo autor

también puede consultarse: "El "disregard of legal entity" en el Derecho Tributario", Revista Tributaria, T. XX. No. 116, págs. 373 y 374).

Lo precedentemente expuesto lleva a la conclusión, indudable de que la recalificación resulta inobjetable, pues la entidad utilizó la forma jurídica de cooperativa, pero en los hechos, funcionó como una sociedad comercial, lo cual habilita la recalificación realizada por la D.G.I. en aplicación de lo dispuesto en el art. 6º, inc. 2º, del C.T.

En función de ello, se estima legítimo lo resuelto en los numerales 1º y 2º del acto impugnado, por lo que en esa fase, el acto será confirmado."

En la emergencia, corresponde anotar que "*intentio facti"* de los partícipes en los negocios, consistía en realizar los descuentos de cheques y el factoring, sin embargo, la "*intentio iuiris"* no se ajustaba a la intención empírica de las partes. No se formalizaba el contrato entre los verdaderos sujetos que tenían interés sustancial en el negocio, tal como hubiese correspondido de acuerdo a la intención de las partes, sino que se interponía a la falsa cooperativa, exonerada de tributos para evitar el pago de las obligaciones tributarias correspondientes.

Con indudable acierto se ha señalado por la dogmática tributaria, que la simulación por interposición de personas tiene un gran campo de aplicación en el caso de personas jurídicas ficticias. La sociedad ficticia, es aquella que no existe sino en la pura forma documental, careciendo de actuación empresarial o económica y sirviendo exclusivamente como un instrumento de evasión fiscal. Tal es lo que sucedía en el presente caso con la cooperativa (que de cooperativa tenía solamente el nombre).

Como enseña SPISSO, la sociedad interpuesta ficticia es, como en el caso de la simulación subjetiva por persona física, un elemento cooperador

del acuerdo de simulación entre el interponente y el tercero contratante, y sirve de fachada a éstos en la titularidad de sus derechos económicos o patrimoniales, a los que resulta absolutamente ajena. Señala que, principalmente, la sociedad ficticia tuvo en su origen la voluntad defraudatoria del IVA dedicada a la emisión de facturas y documentos comerciales correspondientes a su objeto social y a las supuestas actividades vinculadas con terceros.

La sociedad ficticia es el receptáculo en el cual los interesados descargan rendimientos o bienes o cosas que le son imputables: una mera pantalla de conveniencia. La sociedad exhibe titularidades de dominio o renta que no son verdaderos y cuyo motivo es la situación jurídica dirigida a evitar el hecho imponible previsto en la ley: lo simulado en este caso es el propio contrato social y no los actos o negocios realizados a nombre de la sociedad (SPISSO, Rodolfo R: "Fraude a la ley, abuso de las formas y simulación" en AA. VV.: "Interpretación económica de las normas tributarias (Coordinador: José Osvaldo CASÁS)", Universidad Austral – Abaco, Buenos Aires, 2004, pág. 250).

En similar línea argumental, expresa TARSITANO, que una de las modalidades más frecuentes de simulación en fraude a la ley fiscal es la simulación por medio de la interposición ficticia de personas. A éstas, habitualmente se les atribuye la realización de un hecho imponible, que se desvía así desde las partes del acuerdo simulatorio a la persona interpuesta. La persona intermediaria es mera apariencia, que se interpone para perjudicar al Fisco. Esta ficción será la pantalla sobre la que se proyectarán utilidades, se asignarán patrimonios o se integrará en un iter fraudulento como pieza para generar beneficios fiscales (TARSITANO, Alberto:

“Presupuestos, límites y consecuencias de la recaracterización tributaria de actos jurídicos” en AA. VV.: “Interpretación económica de las normas tributarias (Coordinador: José Osvaldo CASÁS)”, Universidad Austral – Abaco, Buenos Aires, 2004, pág. 100).-

TAVEIRA TORRES expresa que saber cómo se conecta la sujeción pasiva al hecho jurídico tributario es el principal criterio para poder iniciar el control sobre la interposición ficticia de personas. (…) Esto es lo que justifica a la Administración Tributaria, en los respectivos actos de control sobre estas hipótesis, privilegiar menos la *forma contractual* presentada que la verificación empírica del cumplimiento de las operaciones, ir a la sustancia, por tanto, o mejor, a la relación entre las partes que quedó disimulada. (TAVEIRA TORRES, Heleno: “Derecho tributario y Derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria”, Marcial Pons, 1ª Edición, Buenos Aires, 2008, págs. 384/385).

En el fuero nacional, FAGET señala que si la realidad evidencia que el negocio no ha cumplido la función económica típica de la forma adoptada, cumpliendo sí la función típica de otro negocio de aquel que aparenta ser, y además, esa función real se cumple para otro sujeto diverso de aquel que figura formalmente, estaremos frente a un negocio simulado relativamente y, además, frente a una interposición ficticia (así: FAGET, Alberto: “La forma jurídica…”, op. cit. pág. 221).

Debe señalarse, por cierto, que no es ilegal la elección de la forma jurídica que permita el ahorro impositivo mayor. VALDÉS COSTA expresa que nadie está obligado a adoptar las formas jurídicas que le obliguen a pagar más tributos. Enseña el citado autor que hay consenso en que “*...los particulares tienen derecho a elegir las formas jurídicas más*

convenientes a sus intereses, incluso los fiscales, cuando esta posibilidad es admitida expresa o tácitamente por el derecho tributario. O en otros términos, cuando no lesione el derecho del Estado a percibir los tributos de acuerdo a la ley. En tales casos se está frente a una elusión y no a una evasión; es decir, a un ahorro impositivo (conocido en la doctrina internacional como tax avoidance) lícito por cuanto ha sido previsto como posible por el propio derecho tributario." (VALDÉS COSTA, Ramón: "Curso de Derecho Tributario"; Temis, Bogotá, 2001, pág. 303, en tal sentido véase la Sentencia No. 278/2013).

Ahora bien, el ejercicio de la economía de opción tiene su límite en el abuso, en el empleo de formas jurídicas manifiestamente inapropiadas. La pauta intelectiva consagrada en el art. 6º, inciso 2°, tiene como propósito evitar maniobras tendientes a disminuir en forma arbitraria el monto imponible de los tributos, en los casos en que el exclusivo propósito de negocio finca en evitar o disminuir el pago del tributo. En esos casos la Administración tiene la prerrogativa de recalificar los hechos (Cfe. ALTAMIRANO, Alejandro: "Derecho Tributario. Teoría General", Marcial Pons, Buenos Aires, 2012, págs. 257/258).

En el ocurrente, resulta ostensible el divorcio existente entre los hechos constatados y las formas jurídicas empleadas. Se puso al descubierto por la exhaustiva auditoría fiscal realizada que la cooperativa no era tal, sino que, en puridad, se trataba de un vehículo o instrumento vacío, que servía únicamente de pantalla para que prestamistas privados lograran hacer sus negocios financieros, evadiendo el pago de los tributos correspondientes.

Si bien la regla es el respeto por las formas adoptadas por las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad, cuando el abuso de las formas es manifiesto -como lo demuestra con holgura la prueba de cargo recabada por la Administración- resulta posible prescindir de las formas jurídicas adoptadas cuando la discordancia es tal que habilita recalificar la situación acorde a la realidad de los hechos constatados.

En definitiva, por los fundamentos expuestos, los arts. 309 y 310 de la Constitución de la República y compartiendo lo dictaminado por el Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, el Tribunal por unanimidad

F A L L A :

Desestímase la demanda anulatoria entablada y, en su mérito, confírmase la resolución impugnada.

Sin sanción procesal específica.

A los efectos fiscales, fíjanse los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de $20.000 (pesos uruguayos veinte mil)

Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.

Dr. Tobía (r.), Dr. Preza, Dr. Harriague, Dra. Sassón, Dr. Gómez Tedeschi.
Dr. Marquisio (Sec. Letrado).