

AGIP- Resolución N° 108-AGIP-2021

RÉGIMEN DE INFORMACIÓN PARA LAS ENTIDADES FINANCIERAS (Ley 21.526)

Por el Dr. Oswaldo H. Soler

Buenos Aires, 4 de Mayo de 2021

El pasado 29.04.2021 fue publicada en el Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires, la Resolución 108-AGIP- 2021 (27.04.2021) a través de la cual, el organismo recaudador porteño implementó un nuevo régimen de información destinado exclusivamente a las entidades financieras comprendidas en la ley 21.526 que tributan el Impuesto sobre los Ingresos Brutos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo las categorías Locales o Convenio Multilateral.

Tal como se expone en los considerandos de la norma, el nuevo régimen se destina a obtener información detallada respecto de la base imponible especial del Impuesto sobre los Ingresos Brutos de las Entidades Financieras, facilitando de este modo la fiscalización y verificación del correcto cumplimiento de pago del gravamen.

De ese modo, los obligados deberán proporcionar mensualmente, en formato pdf y a través del Servicio "Comunicaciones Web" información que suele formar parte de fiscalizaciones individuales:

- Información requerida:

a) Balance de Sumas y Saldos (total País) Histórico o Ajustado por Inflación (con la identificación del ajuste por inflación contenido en cada cuenta), que haya sido utilizado para determinar la base imponible gravada por la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del período a informar, conteniendo sólo cuentas de Resultados de Ingresos y Egresos en el formato de nueve (9) dígitos o más.

b) Papeles de trabajo que contengan, por cada cuenta de resultado con saldo acreedor (cuentas del haber del Estado de Resultados), informada en el Balance de Saldos aportado por inciso a), los siguientes datos:

1. Número de cuenta, considerando las cuentas comprendidas en rubros de ingresos como aquellas contabilizadas en rubros de egresos que posean saldo acreedor.
2. Nombre y descripción Cuenta.
3. Importe total según Balance de Saldos provisto en inciso a).
4. Importe Gravado en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, de acuerdo al Código Fiscal vigente en el período informado.
5. Importe exento y/o no gravado en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, de acuerdo al Código Fiscal vigente en el período informado.

Oswaldo H. Soler y Asociados

6. Motivo de la exención y/o de la no gravabilidad, debiendo incluirse una breve explicación y/o información pertinente que exprese claramente los motivos por los cuales determinadas cuentas no fueron incluidas en la base imponible del gravamen, a saber:

I. Conceptos excluidos corresponden a “Ajuste por Inflación”, “Ajustes por aplicación de las Normas

Internacionales de Información Financiera” u otros conceptos;

II. Ingresos por títulos públicos exentos del tributo.

III. Ingresos por VPP/dividendos de acciones.

IV. Intereses hipotecarios declarados exentos en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que encuadran en la liberalidad del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, incluidos en base imponible separada.

V. Otros conceptos que justifiquen exención o no gravabilidad.

La explicación solicitada deberá ser consignada para las cuentas cuyos saldos contables superen el importe de Pesos veinte millones (\$20.000.000) promedio mensual.

7. Motivo de deducción de la base imponible, exclusivamente para aquellas cuentas (con código de 9 dígitos) cuyo saldo es deudor y se las hubiera considerado disminuyendo la base imponible. Se deberá incorporar la cuenta con saldo deudor, restando de la base imponible, y proveer una breve explicación de cada una de ellas cuando los saldos contables superen el importe de Pesos veinte millones (\$20.000.000) promedio mensual.

8. Totales Generales. c) Impuesto determinado por el período mensual a informar, identificando el total de Ingresos Gravados por el Código Fiscal vigente obtenidos en el punto b), Coeficiente según artículo 8 del Convenio Multilateral atribuible a esta jurisdicción y la/las alícuota/s aplicadas según la Ley Tarifaria vigente en cada período.

Al importe así obtenido, se le detraerá el impuesto acumulado al mes anterior, para arribar al tributo del mes. La información prevista en este artículo deberá proveerse siguiendo el formato previsto en los

- **Plazo para informar:** El plazo para presentar la Declaración Jurada Informativa se extiende hasta el día veinticinco (25) o el día hábil inmediato siguiente si el mismo fuera inhábil, del mes calendario siguiente al período a informar

-**Entrada en vigencia:** Si bien el artículo 9 señala como fecha de entrada en vigencia el 02.5.2021, el artículo 6to establece como fecha de vencimiento excepcional para la presentación de la Declaración Jurada Informativa correspondiente al primer cuatrimestre del año 2021, el día 11 de junio de 2021, la cual deberá detallar los períodos mensuales de enero, febrero, marzo y abril del año 2021.

De ese modo, se establece su aplicación retroactiva al mes de enero de 2021.

-**Sanciones:** Como es habitual en este tipo de regímenes, se advierte sobre la posibilidad de iniciar sumarios por infracciones formales en caso de incumplimiento.

Oswaldo H. Soler y Asociados

I - Consideraciones generales

CABA no le da al régimen el alcance de una “inspección” y pretende calificarlo como un régimen de información. En tal caso nos encontramos frente a una iniciativa que, por estar fuera del marco jurídico regulado normativamente como “inspección”, con todas las limitaciones inherentes a favor del inspeccionado que ello conlleva, devendría contraria a los intereses de este último, pues, a través de este medio, el Fisco podría soslayar el respeto debido a limitaciones establecidas expresamente por la ley de procedimientos, con raigambre constitucional.

Las fiscalizaciones de oficina tienen como objeto principal verificar en la propia sede del organismo fiscal, determinados aspectos específicos exhibidos por la declaración jurada del contribuyente. En el caso que se detecten irregularidades que excedan a la investigación efectuada en la sede de la Administración Tributaria, suele derivarse la cuestión al área de fiscalización de campo para su seguimiento.

Las fiscalizaciones de campo se efectúan en el domicilio donde el contribuyente realiza su actividad económica y en donde están situados los libros, registros, anotaciones y documentación que posibilite la realización de una auditoría contable-impositiva. La fiscalización puede ser más o menos integral, dependiendo del objetivo al cual ésta va dirigida.

Este tradicional método de investigación ha sido motivo de regulación en la ley de procedimiento tributario, la que fija los límites a los que están sometidos los funcionarios públicos en cuanto a su actuación en el procedimiento administrativo. En los últimos años, a través de la adopción de ciertas iniciativas desmedidas por parte de los Fiscos, se ha difuminado peligrosamente el valladar constitucional que vela por la tutela de los derechos fundamentales.

Con ajuste al principio de publicidad de los actos administrativos, para que estos tengan eficacia es condición la comunicación al contribuyente del inicio de la inspección, pues para que un acto emitido por la Administración Pública sea un “acto administrativo” es imprescindible que al hacerlo dicha Administración actúe en su calidad de tal, es decir, como órgano esencial de la estructura del Estado. Dado que los efectos del acto administrativo trascienden la esfera de la propia Administración para proyectarse sobre la esfera jurídica del administrado, todo el camino por el cual aquella transite debe regirse por el principio de publicidad.

La actuación administrativa orientada a alcanzar un determinado propósito deber ser realizada conforme al procedimiento garantizador con raigambre constitucional, para que tanto el objetivo al que se dirige cuanto la manera de procurarlo queden legitimados.

Por otra parte, los requerimientos de información sobre datos propios o de terceros, para que estén legitimados, deben efectuarse conforme con las pautas que establece el artículo 6° de la Ley N° 25.326, que ha reglamentado el instituto del hábeas data, según el cual cuando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara:

- La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios;
- La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier

Oswaldo H. Soler y Asociados

- otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable;
- El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga;
- Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de éstos;
- La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos.

Además, sobre la base del principio constitucional de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo al iniciarse una inspección debería comunicársele al contribuyente o responsable que la información obtenida durante su transcurso puede ser usada en su contra en un eventual proceso penal, con el objeto de que, mediando la colaboración del inspeccionado bajo tal prevención, queden legitimados los elementos colectados para ser usados como pruebas de cargo. El principio de incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, y por ello la invocación del derecho a no declarar contra sí mismo, es un atributo con raíz constitucional en el cual el particular puede escudarse toda vez que vislumbre que su declaración puede incriminarlo en un delito.

El procedimiento de inspección tributaria debe adecuarse al fin para el cual se implementa, no pudiendo convalidarse que bajo el ropaje de una investigación tributaria de rito se soslaye su connotación penal, lo que ocurriría si se pretendiese utilizar con posterioridad en el proceso sancionador los datos obtenidos bajo la coerción del deber de declarar.

En todo caso, tanto con relación a la fiscalización de oficina como con respecto a la inspección de campo o presencial, los administrados se encuentran bajo la tutela de los derechos fundamentales y, por lo tanto, ambos procedimientos deben ajustarse a las prescripciones de la ley de procedimiento tributario, la cual debe estar gobernada por los preceptos constitucionales en lo que atañe al debido respeto a los derechos y garantías reconocidos a favor de los administrados. En ambos casos el organismo fiscal debe respetar el principio de transparencia y publicidad a través de la notificación del inicio de la inspección, para que el sujeto pasivo, sin que medie coacción del fisco, pueda juzgar libremente si los requerimientos se compadecen o no con los derechos individuales que lo protegen. La eficacia del acto administrativo se adquiere mediante su publicidad o comunicación al administrado.

El Fisco no puede ni debe soslayar el debido respeto a los principios que tutelan derechos de los particulares apelando a vías indirectas u oblicuas, tales como encubrir la existencia de una verdadera "inspección" dentro del ropaje de un régimen de información. Más aún si se pretendiese utilizar la información colectada como prueba de cargo frente a la comisión de algún hecho antijurídico.

A la potestad del Estado para crear y recaudar tributos se le oponen los derechos y garantías individuales. Se trata, pues, de transitar una solución superadora con base en el principio de razonabilidad, con ajuste a la Carta Magna.

En este caso la actuación de la AGIP responde a "actos de administración" que sólo tienen efectos dentro del ámbito jurídico de la Administración Pública, agotándose dentro de él por no producir consecuencias jurídicas para los particulares, y que, por lo tanto, no están regidos por el requisito de la publicidad. Estos "actos de administración" no tienen virtualidad para

Oswaldo H. Soler y Asociados

otorgarle legitimidad a consecuencias que caen bajo la acción del derecho en cabeza de los administrados y, en caso que el Fisco pretendiese invocar tal capacidad jurídica, dicha pretensión debe desestimarse por estar en contra de la naturaleza del acto administrativo y de las garantías constitucionales que amparan a los particulares. Todo el camino por el cual transite la Administración, desde el inicio, debe regirse por el principio de la publicidad.

En este aspecto, bajo el ropaje de legalidad que exhibiría la Resolución que impone el régimen informativo, destinada a proveer datos con presunta trascendencia fiscal, subyace la razonable duda acerca de su legitimidad. Ello es así, porque solamente el inicio de una inspección en cabeza de los Bancos justifica el pedido de información, ya que el acto administrativo de verificación comunicada al contribuyente habilita a este último a poner en actividad el elenco de garantías constitucionales que lo tutelan.

II - Temporalidad de la carga pública y el principio de razonabilidad

El régimen de información creado por la Resolución dictada por el organismo fiscal está en pugna con el principio de temporalidad de la carga pública pues se trata de un peso que el contribuyente debe soportar en forma permanente sin límite temporal alguno.

Por un lado se obliga a los administrados a realizar tareas que son propias de los organismos recaudadores lo que, en sí mismo, es contrario al mandato constitucional y, por el otro, la "duración" de la carga no se compadece con la condición de "temporalidad" de la carga pública.

Una de las notas características de la carga pública es su duración "temporaria", con ello quiere significarse que debe ser "breve", "circunstancial", "ocasional" o "accidental".

Entre el elenco de requerimientos que prevé la Resolución comentada, se le pide a los Bancos que expliquen el Motivo de la exención y/o de la no gravabilidad, debiendo incluirse una breve explicación y/o información pertinente que exprese claramente los motivos por los cuales determinadas cuentas no fueron incluidas en la base imponible del gravamen, a saber:

I. Conceptos excluidos corresponden a "Ajuste por Inflación", "Ajustes por aplicación de las Normas Internacionales de Información Financiera" u otros conceptos;

II. Ingresos por títulos públicos exentos del tributo. III. Ingresos por VPP/dividendos de acciones.

IV. Intereses hipotecarios declarados exentos en la jurisdicción de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que encuadran en la liberalidad del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, incluidos en base imponible separada.

V. Otros conceptos que justifiquen exención o no gravabilidad. La explicación solicitada deberá ser consignada para las cuentas cuyos saldos contables superen el importe de Pesos veinte millones (\$20.000.000) promedio mensual.

7. Motivo de deducción de la base imponible, exclusivamente para aquellas cuentas (con código de 9 dígitos) cuyo saldo es deudor y se las hubiera considerado disminuyendo la base imponible. Se deberá incorporar la cuenta con saldo deudor, restando de la base imponible, y

Oswaldo H. Soler y Asociados

proveer una breve explicación de cada una de ellas cuando los saldos contables superen el importe de Pesos veinte millones (\$20.000.000) promedio mensual.

Solicitarle al contribuyente que exhiba por escrito el motivo por el cual no ha tributado el impuesto sobre operaciones no alcanzadas es una tautología que, como tal, no tiene asidero. Tal pedido importaría, además, la inversión de la carga de la prueba, presumiendo una universalidad de actos gravados, cuya exclusión por el contribuyente requeriría de éste el aporte de los elementos de convicción necesarios que justifique tal exclusión. Cabe recordar al respecto que por aplicación del principio de legalidad sólo están gravados los actos expresamente previstos en la ley fiscal y por el principio de reserva (art. 19, Constitución Nacional) el contribuyente no está obligado a exponer las razones de la no imposición de sus actos, en tanto el organismo fiscal no le formule los cargos pertinentes.

III - Estado de incertidumbre

Un procedimiento administrativo de inspección permanente no prevé fecha de terminación con lo cual se somete al contribuyente a un estado de incertidumbre acerca del resultado de la inspección y lo expone a nuevas verificaciones sobre los mismos impuestos, los mismos hechos y los mismos períodos, pudiendo, así, quedar afectados derechos y garantías explícitas o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional.

Aún cuando la legislación fiscal no prevé un plazo dentro del cual la inspección debe concluir, siempre se ha interpretado que si la misma se extendiese más allá de lo razonable, el contribuyente puede solicitar por escrito al organismo fiscal un pronunciamiento acerca de los motivos de la prolongación de la verificación y del plazo aproximado de terminación. Si vencido el plazo de sesenta días, el organismo fiscal no se ha pronunciado, el contribuyente podrá solicitar pronto despacho. Transcurridos otros treinta días sin que la resolución administrativa haya sido dictada, se podrá promover ante la justicia acción de amparo por mora de la administración, con fundamento en el silencio de la administración.

Con relación a la cuestión vinculada con la ausencia en la ley de plazos máximos de duración de la fiscalización al contribuyente y de términos para el dictado del acto administrativo y/o la aplicación de sanciones, una vez finalizada dicha verificación, recordamos las recomendaciones efectuadas en el marco de las XVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario de Montevideo (Tema II, puntos 3 *in fine*, y 4): “3. Las tareas de fiscalización deben efectuarse en un plazo razonable, tomando en cuenta la complejidad y demás características de cada caso, debiendo quedar concluida la fiscalización al término de dicho plazo. 4. Es conveniente que la ley, en virtud del principio de seguridad jurídica, establezca un plazo dentro del cual la Administración debe dictar el acto de determinación luego de concluida la fiscalización”.

IV - Oportunidad u ocasión de la inspección

El impuesto sobre los ingresos brutos, grava el ejercicio habitual de actividades realizadas a título oneroso (artículo 175 CF). Es un impuesto periódico de ejercicio fiscal anual (año calendario, artículo 235 CF), cuya base de imposición esta dada por los ingresos brutos devengados en el ejercicio de la actividad gravada (artículo 208 CF).

Asimismo se prevé la posibilidad del pago de anticipos cuya forma y modo pueden ser establecidos por la autoridad de aplicación.

Oswaldo H. Soler y Asociados

El impuesto se liquida e ingresa de la siguiente forma (artículo 237 CF):

- a) Doce (12) anticipos mensuales liquidados sobre la base de los ingresos devengados en los meses respectivos.
- b) Una liquidación final sobre la base de la totalidad de los ingresos devengados en el período fiscal.

Los anticipos son pagos a cuenta de la obligación tributaria principal, pero son obligaciones fiscales de cumplimiento independiente y con individualidad distinta del impuesto final que se determine (CSJN, Fallos 285:177; 302:504; 303:1496; 303:1500; 306:1970; 308:919; 316:3019; 318:646; 319:1245, entre otros).

La circunstancia que sean obligaciones que deben diferenciarse en forma clara y precisa del impuesto (CN. Fed. Cont. Adm., Sala I, "Carbocomet S.A.I.C.I.", sentencia del 27.10.83), no impide su conexidad o vinculación con la obligación principal u obligación tributaria propiamente dicha, de modo tal que los anticipos mensuales adelantan el pago del impuesto definitivo que surja de la liquidación final practicada sobre la base de la totalidad de los ingresos devengados en el período fiscal.

El control acerca de la correcta liquidación del impuesto debe ser hecho *ex post* por el organismo fiscal, pues someter la determinación practicada por el sujeto pasivo a una verificación actual y permanente entraña una verificación de la Administración Tributaria *ex ante*, incompatible con el sistema reglado.

Ello es así, en tanto y en cuanto el hecho imponible del impuesto se va configurando durante el transcurso del ejercicio fiscal, culminando el ciclo de formación al momento del cierre del ejercicio fiscal. El nacimiento de la obligación tributaria se verifica en este impuesto en ocasión en que se produce dicho cierre. La doctrina prevaleciente considera el elemento temporal (ejercicio fiscal) como un elemento constitutivo del hecho imponible, entendiéndose que éste sólo se ha completado o perfeccionado en la fecha en la que el cierre del ejercicio se ha producido.

Entre las Facultades de la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos, el artículo 3º del Código Fiscal porteño dispone que dicho organismo fiscal está facultado para:

1. *Recaudar, determinar y **fiscalizar los tributos** del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

Según hemos visto, el "tributo" adquiere virtualidad jurídica cuando se ha cerrado el ciclo que completa la configuración del hecho imponible, cosa que ocurre al cierre del ejercicio fiscal. De modo tal que la fiscalización solo puede efectuarse si existe tributo, es decir mediante una verificación *ex post*.

En este aspecto, el Código Fiscal en su artículo 3º ha adoptado el correcto criterio en la materia, sin contaminarse con prácticas irregulares y arbitrarias que pretenden imponer los

Oswaldo H. Soler y Asociados

Fiscos en los últimos tiempos, que denotan una conducta ilegítima guiada exclusivamente por fines recaudatorios, apelando a prácticas que marchan a contrapelo de los derechos y garantías constitucionales que tutelan a los particulares..

En las actuales condiciones en las que opera la recaudación tributaria, las normas reguladoras le han transferido al contribuyente la responsabilidad de liquidar el impuesto, dado que éste está en condiciones materiales de determinar el impuesto debido. Ello sin perjuicio que el administrado deba probar la veracidad de la estimación realizada, el que debe quedar expuesto al control *ex post* del organismo fiscal.

Dicha conclusión se deduce dócilmente de las pautas que surgen de las normas legales, las que deben interpretarse razonablemente y siempre respetando la armonía que campea en la naturaleza y estructura del impuesto para que no se conculquen derechos del contribuyente.

La declaración jurada presentada por el contribuyente es, en el plano formal, una determinación del impuesto efectuada por el sujeto obligado que tiene carácter de mera declaración que requiere un posterior y auténtico acto administrativo de comprobación por parte del organismo fiscal. Así es como se reconoce la operatividad del método de la autoliquidación aplicado en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos, por cuyo motivo, el control *ex ante* es un mecanismo que no se compadece con la naturaleza del método de autoliquidación establecido por las normas reglamentarias.

Dado que la función del organismo fiscal es la de verificar que se haya determinado correctamente el impuesto, no es posible que dicho organismo esté en condiciones o facultado para realizar tareas de investigación con tal alcance, cuando, según hemos visto, el hecho imponible no tiene aún virtualidad jurídica y, por lo tanto, la obligación tributaria tampoco ha nacido. No existe, en tal caso, cosa, materia, motivo o razón para investigar.

Cabe preguntarse si la legitimación de la potestad investigadora de la Administración fundada en el interés público y en el correlativo deber de contribuir a cargo de los administrados, puede ser ejercitada sin cortapisa alguna o, en cambio, reconoce algún límite que actúe como valladar a su pleno ejercicio.

Frente a la potestad administrativa fundada en el deber de contribuir, que dimana de la propia Constitución, se yerguen los derechos fundamentales de los ciudadanos que también tienen rango constitucional. Es obvio que un poder absoluto e indiscriminado en el ejercicio de la potestad investigadora implicaría reconocer la supremacía del interés colectivo frente a los derechos fundamentales de los administrados, cosa que no admitimos por considerar que la solución al punto en crisis pasa por adoptar una postura más moderada que reconozca la inexistencia de tal supremacía, pues no cabe despreocuparse de la situación jurídica de los ciudadanos.

La gestión investigadora orientada a la justa recaudación y, con ello, al interés público, debe tener en cuenta la situación jurídica individual de los particulares y el elenco de derechos y garantías que dimanan de la Constitución, transitando el *iter* administrativo a través de un delicado equilibrio para que la misma esté legitimada. La Administración Tributaria debe ejercer su cometido con fundamento en los dictados de la Constitución en punto a su potestad recaudadora pero, al mismo tiempo, debe respetar, por así exigirlo el postulado de justicia, el

Oswaldo H. Soler y Asociados

resto del ordenamiento constitucional y en particular los principios, derechos y garantías que protegen a los ciudadanos de los excesos de los poderes públicos.

En dicho contexto, debe conciliarse la efectividad de los valores constitucionales de justicia tributaria a través de la actuación eficaz de la inspección tributaria, con las garantías también constitucionales de los ciudadanos, procurando que la actuación investigadora perturbe en la menor medida posible la vida de los administrados, en el marco de un moderno Estado de Derecho.

Los intereses colectivos están en el mismo plano de igualdad con relación a los intereses individuales, sin que ello implique desconocer que tal equilibrio deba quebrantarse ante situaciones en las que existan fundados indicios de conductas fraudulentas o delictivas que afecten los derechos de la colectividad los que, en tal caso, habrán de sobreponerse a ciertos intereses individuales. Pero ello en tanto que se den tales circunstancias y siempre dentro del marco garantizador que ofrece el procedimiento administrativo respetuoso, entre otros, del principio de la "división de poderes", que impone la necesidad de la actuación del Poder Judicial como órgano independiente que legitima dicho procedimiento.

En este aspecto, el principio de proporcionalidad viene a constituirse en un límite al ejercicio desmedido de la función administrativa. Este principio dimana de la propia esencia del Estado de Derecho y de la idea de Derecho y es concebido como de fundamental importancia para la adecuada relación medio-fin entre el interés estatal y la tutela de las libertades individuales. Coadyuvan aquí dos principios, el de necesidad, según el cual al haber varios medios posibles adecuados para alcanzar el fin perseguido, deberá ser utilizado aquel que ocasione las menores consecuencias desfavorables para el particular. Y el de proporcionalidad, es decir, debe existir una adecuación entre la utilización de un determinado medio y el fin con que aquél pretende alcanzarse. A la suma de ambos principios se la conoce también con la denominación genérica de interdicción de la excesividad.

Así como el sistema tributario justo debe fundamentarse en los principios de generalidad, igualdad, capacidad contributiva y el resto de los principios que integran la base constitucional de los tributos, dicho régimen tendrá que respetar, además, los derechos y garantías que protegen la situación jurídica de los ciudadanos contra los excesos de los poderes públicos, y ello comprende a la inspección como instrumento de seguridad destinado a verificar el correcto cumplimiento de las normas fiscales.

A de tenerse en cuenta que la obtención de información en base al deber de colaboración del contribuyente o responsable reglado por el Código Fiscal está sometida a las garantías que la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires han consagrado en beneficio de los particulares y que han sido recogidas por la ley de procedimiento penal y, por lo tanto, cualquier inobservancia a las garantías del debido proceso legal, tiñe de ilegitimidad a las pruebas colectadas en caso de que se pretendiese usarlas como prueba de cargo en un proceso sancionador.

Los derechos fundamentales inherentes tanto a la persona humana cuanto a las personas jurídica nutren no sólo al proceso penal, sino también a los procedimientos administrativos aún cuando no deriven de ellos consecuencias penales, ya que actúan como límites a la soberanía del Estado y nacen del principio de la soberanía de pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Oswaldo H. Soler y Asociados

La intangibilidad de los derechos ya asegurados implica el reconocimiento de que éstos constituyen límites a la soberanía estatal. Los derechos fundamentales componen la base jurídica material del ordenamiento constitucional y la legitimidad de éste descansa principalmente en el afianzamiento de aquéllos.

La Administración Tributaria se mueve en un marco de discrecionalidad lindante con la arbitrariedad, atribuyéndose un poder discrecional excesivo e ilegítimo, al no tomar en cuenta que el ejercicio de dicha atribución siempre debe estar gobernado por el principio de proporcionalidad, el cual no solo viene a justificar la petición de datos sino, además, la intromisión razonable en la esfera de libertad de los sujetos afectados por el requerimiento.

En virtud de tal principio, la legitimación del pedido no viene dado solamente por su aptitud cualitativa, es decir, por la exigencia de que los datos solicitados guarden relación con el hecho imponible del impuesto investigado, sino además, por la necesidad de que la limitación del derecho a la intimidad del administrado provenga de un procedimiento de gestión administrativa que no reconozca otra alternativa menos gravosa para el sujeto afectado y que el derecho individual siga siendo practicable.

El sometimiento de la Administración al derecho es absoluto y, por ello, también lo es al principio de proporcionalidad en cuanto principio general del Derecho, que actúa como un límite impuesto a las potestades de la Administración en la adopción y ejecución de actos administrativos¹ y por cuyo imperio aquella nunca puede ir más allá de lo que sea estrictamente necesario para la satisfacción del interés público de que se trate.

La legislación tributaria no brinda actualmente adecuada respuesta, desde el punto de vista de las garantías personales, a las nuevas relaciones trabadas entre el Estado y los particulares en cuanto a la situación de los sujetos obligados a informar ni respecto de los sujetos denunciados, pues las normas de procedimiento tributario han sido tradicionalmente pensadas para regular la obligación dineraria que nace de la relación jurídica tributaria sustancial, sin que hayan tenido cabida en ellas los nuevos deberes de colaboración, como el de información que aquí repasamos, ni las fiscalizaciones de oficina o a distancia inclusive por medios electrónicos, que son una consecuencia del advenimiento del moderno procedimiento de gestión tributaria.

Se impone, pues, la necesidad de analizar cuidadosamente, a la luz del texto constitucional, la penetración de los deberes de información impuestos coercitivamente en la esfera de los derechos de los ciudadanos, con el propósito de definir el ámbito esencial de tutela de la posición jurídica de los administrados en su relación con la Administración Tributaria. Se trata, así, no ya de efectuar el estudio desde la visión procedimental como presupuesto formal o de mero trámite, sino hacerlo a partir de su dimensión material, es decir, desde una visión que enfoque al tema como presupuesto sustancial, que apunte al acierto o desacierto de la decisión, en la búsqueda del necesario equilibrio entre el deber de contribuir y el respeto de los derechos de los administrados.

V - Derecho a la intimidad

¹ González Cuellar-Serrano, N., "Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal", Ed.Colex, Madrid, 1990, pág.37.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Por fuera de la irregularidad de que adolece el régimen de información creado por la Resolución de AGIP N° 108, en razón de conculcar el principio de legalidad, por haber sido establecido a través de disposiciones emanadas del propio organismo fiscal sobre la base de la delegación de facultades efectuada por la legislatura, lo que debe reputarse en sí mismo inconstitucional, pues la facultad de establecer cargas públicas otorgada por la Constitución al Poder Legislativo es indelegable², consideramos, además, que dichos regímenes conculcan garantías constitucionales por desbordar ilegítimamente el derecho a la intimidad de la persona humana y jurídica.

En efecto, el derecho al secreto está estrechamente relacionado con el derecho de cada persona al respeto a su propia intimidad y, con el, el derecho a prohibir que los terceros, incluyendo al Estado, tengan acceso a lo que se pretende mantener bajo un manto de reserva.

El modelo en el cual se ha forjado nuestra Constitución Nacional reconoce como fundamento la libertad e independencia de los particulares, de lo que da cuenta, entre otros, el artículo 19° al disponer que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.

Desde el punto de vista del objetivo al que se dirigen los regímenes informativos, es decir, la necesidad de contar con información que le facilite el ejercicio de sus facultades de contralor, el interés general de evitar la evasión impositiva entra en colisión con el derecho individual a la intimidad.

Por otra parte, el suministro de la información requerida, teniendo en cuenta su naturaleza y alcance, deviene en la consecuencia que muy probablemente se le estarían proveyendo al Fisco datos incongruentes con la finalidad perseguida, por carecer dicha información, muchas veces, de trascendencia tributaria, lo que está en pugna con el denominado por la doctrina “principio de la interdicción de la excesividad”, que actúa como límite al accionar de la Administración tributaria y que prohíbe que el Fisco, al amparo del deber de colaboración a cargo del inspeccionado, efectúe requerimientos excesivos, exorbitantes o desmesurados.

Una base de datos indiscriminada conduce al riesgo de que los investigadores puedan conocer del sujeto requerido hábitos, intimidades personales o familiares, ideas políticas y religiosas, intereses culturales, dándole un perfil definido del sujeto, pero con tal alcance que exceda el interés fiscal. Con ello se invade el ámbito de reserva protegido por el artículo 19° de la Constitución Nacional. No parece aceptable que con el propósito de castigar a los evasores el Fisco pueda abrogar las barreras constitucionales.

El análisis de esta cuestión, mediante un proceso de ponderación entre el deber de colaboración tributaria y los derechos y libertades de los sujetos afectados por la imposición del deber de información, nos conduce a la conclusión que sólo la iniciación de una fiscalización que cumpla con las exigencias de publicidad le confiere a la AFIP la facultad de

² **Constitución de la Nación Argentina, artículo 76-** *Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca.*

Oswaldo H. Soler y Asociados

solicitar informaciones, pero siempre dentro de las limitaciones brindadas por la tutela de los derechos y garantías que consagra la Constitución.

Lo que cabe proteger no es sólo la intimidad personal o familiar, la que sólo cabría referirla con relación a las personas humanas, sino algo más amplio que puede afectar también a las personas jurídicas. En este último caso podríamos aludir al derecho a la *autodeterminación informativa* como una extensión del derecho a la intimidad, el que fue concebido en origen en interés de las personas individuales.

Con relación a las personas jurídicas de derecho privado, cabe reconocerles la titularidad de derechos fundamentales siempre que se trate, claro está, de derechos de naturaleza tal que puedan ser ejercitados por este tipo de personas fictas (ejemplos de derechos no ejercitables son el derecho a la intimidad familiar, a la honra de la persona y de su familia, la libertad personal, la libertad de conciencia, la protección de la salud). La plena efectividad de los derechos fundamentales implica reconocer que la titularidad de éstos no está restringida únicamente a las personas consideradas individualmente, sino que también la ostentan las organizaciones integradas por grupos de individuos que persiguen determinados fines lícitos, que necesitan resguardar determinados ámbitos de libertad que les garantice la completa vigencia del sustrato último del derecho fundamental.

Las personas jurídicas y, entre ellas las sociedades mercantiles, disfrutan de los derechos fundamentales cuya naturaleza lo permite. Las personas jurídicas del mismo modo que las personas humanas, pueden ser titulares del derecho al honor, a la inviolabilidad de su domicilio y de los papeles privados, y el derecho a que el Fisco respete los principios de legalidad, de igualdad, de razonabilidad o proporcionalidad, búsqueda de la verdad material, del debido proceso adjetivo, el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a una decisión fundada, el derecho a la no autoincriminación, el derecho a la intervención judicial, entre otros.

VI - Falta de transparencia. Lesión al principio de legalidad.

El verdadero propósito de la Resolución AGIP N° 108, es decir, el de realizar una inspección "ex ante" sobre los Bancos con relación al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, se mantiene oculto, Bajo la apariencia de crear un régimen de información subyace la verdadera finalidad, es decir, realizar una inspección permanente y continua. Se observa, así, la existencia de un propósito encubierto y tal falta de transparencia denota una grave irregularidad de técnica legislativa que conduce, por ese solo hecho, al resultado de que la Resolución del organismo fiscal deba ser reprochada por ilegítima por lesionar el principio de transparencia y, por lo tanto, de legalidad. Nos hallaríamos ante un acto administrativo que se emite simulando satisfacer una determinada finalidad, pero que, en realidad, responde a la satisfacción de otros objetivos, prescindiendo del fin declarado en aquél.

Incorre, de este modo, la AGIP en desviación de poder, entendida como la falta grave que comete quien infringe el ordenamiento jurídico afectando un interés público concreto.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Coincidimos con González Navarro³ quien sostiene que la “desviación de poder” no es sino la versión administrativa de una unidad jurídica de aplicación del derecho en general “el fraude a la ley” remitiéndose para afirmar su criterio a conceptos vertidos por Jaime Guasp en el libro titulado *Derecho*⁴, donde bajo el título de “fines jurídicos anormales” estudia este autor lo que él denomina verdaderas enfermedades del derecho, el abuso y el fraude que ataca a todos los ámbitos jurídicos, sosteniendo que mientras que el que abusa del derecho, simplemente lo violenta, el que defrauda el derecho lo que hace en realidad es estafarlo”.

Quien dicta la norma permisiva del ocultamiento de los fines para la que ha sido creada incurre en desviación de poder, porque consciente y deliberadamente persigue un fin distinto del que sabe que le corresponde satisfacer en ejercicio de su potestad tributaria, lo que constituye una infracción al principio de legalidad al encontrarse viciada la finalidad de la norma.

La ley tiene un fin determinado que cumplir y ese fin debe quedar claramente plasmado en el plexo normativo, en los debates parlamentarios o en las consideraciones que a modo de introducción (“considerandos”, en ciertos casos) justifican su sanción. La norma legal sólo será válida si realiza dicho fin, que es el espíritu que la ha inspirado. Cuando existe contradicción entre la intención declamada y el fin real perseguido por la norma falta el necesario ligamen entre la idea de poder y el debido respeto a los derechos de los particulares, pues se omite que la relación que une a éstos con el Estado está tutelada por principios fundamentales de rango constitucional, entre los cuales la transparencia ocupa un lugar fundamental.

A esa falta de ligamen que conduce a la invalidez de la Resolución AGIP N° 108 debe añadirse el sentido teológico de la actividad estatal, en cualquiera de sus estamentos, orientada a la promoción del interés público y sometida a ineludibles imperativos de moralidad.

La Corte Suprema ha tratado el tema (Fallos 250: 491 y Fallos 118:278 “Zacarías Canale”) donde fundado en los artículos 14, 17, 19, 20 y 28 de la Constitución Nacional, los jueces del máximo tribunal dijeron que la Jurisdicción es competente para revisar la oportunidad y conveniencia de las medidas legislativas y administrativas cuando las mismas no tienen relación con sus fines aparentes y que han desconocido con ellas innecesaria e injustificadamente derechos primordiales, reconociendo el apartamiento de la finalidad perseguida por la norma en el caso concreto.

La debida observancia del principio de legalidad exige que las leyes tributarias y sus normas reglamentarias se estructuren de manera que presenten técnica y jurídicamente el máximo posible de inteligibilidad y sus disposiciones sean tan claras y precisas que excluyan toda duda sobre los derechos y deberes de los contribuyentes, y con ello la arbitrariedad en la liquidación y recaudación de los impuestos. En este sentido los principios de transparencia y claridad son una derivación necesaria del principio de legalidad señalado.

³ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, “Derecho Administrativo Español” El acto y el procedimiento administrativo. Ed. EUNSA Pamplona Navarra 1997.pag. 438

⁴ GUASP, Jaime “Derecho” Instituto de estudios políticos Madrid 1971 pags. 370-382 citado por González

Oswaldo H. Soler y Asociados

El principio de legalidad es el principal principio del Estado de Derecho y es la manifestación jurídica del principio político del imperio o supremacía de la ley, considerada ésta como expresión de la voluntad popular soberana, materializada a través del Parlamento que la representa.

La norma legal debe ser clara y transparente y por lo tanto no debe contener ambigüedades y su texto no debe prestarse a dudas.

Los efectos perversos de la falta de legalidad y transparencia en las sociedades modernas se ven traducidos en la falta de credibilidad en las instituciones. Por otra parte, el respeto a dichos principios conduce a darle efectiva virtualidad al derecho a la información consagrado por la Constitución, a la garantía fundamental del derecho de defensa y a la auténtica tutela de la seguridad jurídica.

Desde el punto de vista jurídico la transparencia tributaria se dirige, pues, a la protección y garantía de los derechos de los contribuyentes. Además, coadyuva al mejor cumplimiento de las obligaciones fiscales, al tiempo que facilita la verificación de las obligaciones fiscales y las facultades de comprobación del Fisco. Apunta también a evitar fraudes y conflictos entre el Estado y los particulares.

Un Estado de Derecho debe regirse y administrarse bajo normas legales de comportamiento predecibles, conforme a las leyes vigentes, con el objeto de evitar caer en la discrecionalidad y, peor aún, en la arbitrariedad.

VII - Invasión de facultades propias del Congreso Nacional y del Banco Central de la República Argentina . Violación de la ley de entidades financieras.

La investigación reglamentada por la AGIP a través de la Resolución N° 108, invade facultades propias del Congreso Nacional y del Banco Central de la República Argentina y de la ley de Entidades Financieras.

La actividad de las entidades financieras se encuentra sometida a la reglamentación de la legislación federal y fuera del alcance de las jurisdicciones locales. Esto es así, porque aquella forma parte del régimen del dinero, del crédito y del comercio interprovincial cuya regulación es una atribución inescindible del Gobierno Nacional (conf. doctrina de Fallos: 322:3092; 324:2107 y 2620).

En ese marco, debemos destacar que el BCRA es la autoridad gubernamental que tiene las facultades privativas y excluyentes destinadas a regular el funcionamiento del sistema financiero y de todos sus elementos por expresa disposición del Congreso Nacional. Ello, de conformidad con los lineamientos de los incisos 6, 11, 19 y 32 del artículo 75 de la Constitución Nacional y de las previsiones de las Leyes 21.526 y 21.144 y su normativa modificatoria y complementaria.

Las entidades financieras regidas por la Ley N° 21.526, entre las cuales se encuentran nuestras representadas, están sujetas a la autoridad de control exclusiva del Banco Central de la República Argentina.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Es el BCRA el que asume el poder de policía bancario o financiero (leyes 21526 y 24144), que implica ejercer la fiscalización efectiva de ellas, con capacidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento. Todo ello con base constitucional en las disposiciones del art.75 incs. 6 y 32 de la C.N.

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires no puede controlar la actividad central de los Bancos ni ejercer el poder de policía financiero porque dicha actividad se encuentra desplazada por normas federales hacia los entes reguladores, en el caso en el BCRA. Sin embargo, la Resolución AGIP N° 108 interfiere con las normas federales al establecer un pseudo “régimen de información” sobre los Bancos que va más allá de sus propias facultades por las razones expuestas precedentemente, que lo convierten en arbitrario e ilegítimo.

En dicho contexto, dicha Resolución, por el exceso que ostenta, irrumpe ilegítimamente en un ámbito tutelado por normas federales, interpolándose en un escenario cuyo control está a cargo del BCRA. Nótese, en este aspecto, que la potestad tributaria del Fisco porteño solo aplica en tanto y en cuanto el ejercicio de la misma se realice dentro de los límites precisos que delimitan esa potestad y, como hemos probado precedentemente, la Resolución de marras excede dicha frontera. Por lo tanto, dicho exceso implica que el organismo recaudador pretende apropiarse de una facultad que no tiene, por cuanto su esfera de actuación legítima ha sido sobrepasada con el dictado de dicha Resolución.

Por otra parte, los niveles de presión tributaria que viven las entidades financieras por el exceso de las cargas públicas no dinerarias creadas por el Fisco a través de pedidos de información que pretenden derivar en el contribuyente tareas que son propias del organismo fiscal y además son ilegítimas, atentan contra la uniformidad de los objetivos fijados por la autoridad monetaria.

En tal sentido, uno de los elementos de mayor relevancia de la estructura de costos es el derivado de la gestión operativa y administrativa, por cuanto el fiel de la balanza, en muchos casos, se inclina a uno u otro lado, según el impacto que el mismo tenga en el bolsillo o las arcas de las partes. El efecto disvalioso con motivo de la superposición de tareas administrativas impuestas por el Fisco porteño con facultades de supervisión de naturaleza federal se agudiza ante iniciativas como la promovida por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, al incrementar el costo de la operatoria financiera,

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Banco Credicoop Cooperativo Limitado c/ Entre Ríos, provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”⁵ expresó:

“...se debe examinar la validez del régimen impositivo desde su compatibilidad con las disposiciones del Banco Central que regulan la especie; y desde su exigibilidad frente a las cláusulas contenidas en los artículos 9°, 12, y 75, inciso 13 de la Constitución Nacional; dado que los actos de las legislaturas provinciales pueden ser invalidados en los casos en que la Constitución concede al Congreso Nacional, en términos expresos un poder exclusivo, o en los supuestos en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las provincias, o cuando hay una absoluta y directa incompatibilidad en el ejercicio de ellos (Fallos:

⁵ Expte. B.194. XLIII, sentencia del 26.03.2014.

Oswaldo H. Soler y Asociados

3:131; 302:1181, entre muchos otros).

7º) Que el encargado del manejo de la política monetaria (y la regulación del crédito) es el Banco Central, en tanto que el fundamento jurídico de esa función se encuentra en la norma del artículo 75, incisos 6º, 11, 19 y 32 de la Constitución Nacional, según la cual corresponde al Congreso establecer y reglamentar un Banco federal con facultad de emitir moneda, fijar y defender su valor, y dictar las normas necesarias para poner en ejercicio los poderes antecedentes.

...8º) Que esta Corte ha resuelto en Fallos: 310:203 que “es admisible la delegación en el Banco Central del llamado poder de policía bancario o financiero, con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen, ejercer funciones de fiscalización de las entidades y aplicar sanciones por transgresiones a dicho régimen. Razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria encuentran base normativa en las cláusulas del artículo 67, incisos 5º, 16 y 28 de la Constitución Nacional”; como así también ha establecido que “el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que complementa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a política monetaria y crediticia, la aplicación de la ley y su reglamentación y la fiscalización de su cumplimiento”.

“12º)... La ley de entidades financieras, 21.526, establece que el Banco Central es su autoridad de aplicación (artículo 4º) y que “la intervención de cualquier otra autoridad queda limitada a los aspectos que no tengan relación con las disposiciones de la presente ley”.

“13) Que esas facultades del Banco Central no se hallan dirigidas a individuos cualesquiera, sino a cierta clase de personas jurídicas que desarrollan una actividad específica (intermediación habitual entre la oferta y demanda de recursos financieros) y esa actividad afecta en forma directa e inmediata todo el espectro del mercado financiero y la política monetaria y crediticia en el que se hallan involucrados vastos intereses económicos y sociales, en razón de los cuales se ha instituido un sistema de contralor permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta su cancelación (Fallos: 305:2130 y 317:1391).

14) Que ello es así porque la actividad bancaria y financiera reglada por las leyes 21.526 y 24.144, modificada por la ley 26.739, debe entenderse como configurativa de un sistema en el que converge un conjunto complejo de relaciones que interactúan en diversas formas, lo que significa que cada toma de decisión trasciende la situación inmediata y surte efectos también a nivel sistémico.

Tal carácter constituye un factor tipificante de la actividad bancaria, e importa que la suerte de cada operación o el funcionamiento de cada entidad financiera no puede considerarse y tratarse de modo aislado, sino inmerso en el conjunto de unas y otras, en atención a la repercusión o resonancia que cada situación pueda provocar en los restantes factores de la dinámica del mercado. A su vez, la existencia del sistema implica que el ámbito donde se desarrollan las operaciones bancarias está conectado en su integridad, de modo que todas las partes que lo integran y operan son interdependientes y están sujetas a la influencia las unas de las otras.”

Oswaldo H. Soler y Asociados

“16) ... Así, la política monetaria, crediticia y cambiaria y las consecuentes actividades de fiscalización de dichas políticas, resultan inherentes al Banco Central, por constituir la ley de entidades financieras una ley especial de carácter federal que el Congreso Nacional está facultado a dictar en miras del interés nacional, para ser aplicadas en todo el territorio de la República.”

Y continúa diciendo la Corte: *“20) Que ... la actividad financiera (intermediación en el cambio de dinero) participa de la naturaleza y caracteres de las actividades comerciales (intermediación en el cambio de cosas). De tal manera la afectación en examen alcanza a la hipótesis de prestación de servicios financieros, por cuanto éstos participan del género “bienes”, y se inscriben plenamente dentro de las múltiples actividades que pueden realizar los agentes económicos dentro de la economía, y que como tal, es pasible de sufrir discriminaciones y distorsiones por parte de los fiscos, en forma análoga a las que pueden afectar a las actividades vinculadas con el tránsito de mercaderías desde el interior o hacia el exterior de la provincia.”*

En la misma línea, en autos “Asociación de Bancos de la Argentina y otros c/ Misiones, provincia de y otro s/ acción de repetición y declarativa de inconstitucionalidad”⁶ Nuestro Más Alto Tribunal dispuso:

“19) Que ... por medio de dicha ley – la 21.526- el legislador ha querido dotar al Banco Central de una amplia gama de facultades relativas al ejercicio del poder de policía sobre todas las personas o entidades privadas o públicas - oficiales o mixtas - de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros (Fallos: 307: 2153); al colocarlo como eje del sistema financiero, estableciendo normativamente sus atribuciones exclusivas e indelegables. (Fallos:303:1776; 310:203 y sus citas).”

En consecuencia, la normativa atacada supone una invasión en facultades reservadas al Congreso Nacional, una intromisión en esferas exclusivas y excluyentes del Banco Central de la República Argentina y una violación de la Ley de Entidades Financieras.

⁶ Expte. A.2103.XLII, sentencia del 11.11.2014.