

**LEGALIDAD DE LAS RETENCIONES POR ACREDITACIONES
BANCARIAS MEDIANTE SISTEMA SIRCREB EN EL DERECHO
ARGENTINO**

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

ABOGACÍA

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO XXI

ALUMNO JUAN MARCELO DE SAN MARTÍN – MATRÍCULA VABG 17541

22 DE JULIO DE 2014



El siguiente trabajo busca analizar, ubicándonos dentro del impuesto a los ingresos brutos, el sistema de retenciones sobre acreditaciones bancarias, y su evolución desde la entrada en vigencia del Convenio Multilateral, firmado por las distintas jurisdicciones, al día de la fecha, con el fin de determinar si el mismo es contrario a la normativa a nivel legal y constitucional. Se brinda un acercamiento a la materia impositiva, identificando los tipos de impuestos existentes, sus particularidades y los requisitos para su entrada en vigencia, centrándose en el impuesto sobre los ingresos brutos y su relación con la Ley de Coparticipación. También se analizan casos de jurisprudencia en los que se presentan algunas de las situaciones conflictivas generadas por el sistema de retenciones.

The following essay tries to analyze, within the tax on gross income, the bank account accreditation's deductions system, and its evolution since the entry into force of the Multilateral Convention, signed by different jurisdictions, till today, in order to establish if it is contrary to the current legislation, on a legal and constitutional level. It provides an approach to the taxation, identifying types of existing taxes, their characteristics, and the requirements for entry into force, paying special attention to the tax on gross income and its relation with the Law of Partnership. It also discusses cases of jurisprudence in which conflictive situations are generated by the SIRCREB deduction system.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
Objetivo general.	5
Objetivos específicos.	5
CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES GENERALES.	6
1.1 Los tributos: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Conceptualización.	7
1.2 Los impuestos - Clasificaciones - Enumeración – Características.	8
1.3 Coparticipación a nivel nacional de los impuestos.	9
1.4 Las retenciones impositivas y los agentes de retención/recaudación.	12
1.5 El Impuesto a los Ingresos Brutos: concepto y características.	13
CAPÍTULO 2: EL SISTEMA SIRCREB.	17
2.1 Origen.	18
2.2 Características.	18
2.3 Sujetos afectados y alcance territorial.	21
CAPÍTULO 3: INCONVENIENTES Y FALENCIAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL SIRCREB	22
3.1 El derecho a la propiedad.	23
3.2 La creación de un “nuevo impuesto” no legislado.	29
3.3 Jurisprudencia.	32
CONCLUSIONES	35

INTRODUCCIÓN.

Uno de los mayores obstáculos que se le presenta a todo Estado es el incremento del gasto público, ya sea en la esfera nacional, provincial o municipal, generándose, en forma inmediata y no siempre equilibrada, una mayor carga tributaria sobre los ciudadanos. Este aumento de “pasivo” estatal, no siempre justificado, y acompañado de una, cada vez mayor, disminución de la inversión extranjera, encuentra como punto de apoyo o único recurso “viable” para sostenerse a la generación de impuestos, aumento de las tasas, y, muchas veces, un deterioro de los servicios en términos cuali-cuantitativos.

Dentro de los impuestos a los que están compelidos los ciudadanos, y más específicamente, aquéllos contribuyentes que realizan actividades comerciales, encontramos el Impuesto a los Ingresos Brutos. Dicho impuesto, cuya recaudación corresponde a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a las Provincias, actualmente, y por medio de un “Convenio Multilateral”, encuentra un punto de conexión entre las jurisdicciones, por lo que dicha situación pasa a tener tintes particulares.

No hay que perder de vista que el eje de toda la economía nacional es el contribuyente, ya sea la persona física-consumidor, el comerciante, profesional, personas jurídicas, empresas de servicios, industrias, etc. Y al ser tan amplio el universo de sujetos pasivos de los impuestos, con sus infinitas realidades y diferencias en lo económico, cultural y social, la imposición tributaria debe tender a ser lo más transparente, clara, imparcial y sencilla, a los fines de que solamente sea una “carga” desde lo económico, y no lo sea, además, en burocracia, generación de distracciones que impidan la realización de las actividades que cada contribuyente realiza, y demás inconvenientes que una mala implementación de una política tributaria pueden suscitar.

A fin de lograr una correcta exposición de la temática, en el Capítulo I analizaremos las consideraciones generales, definiendo qué son los impuestos, sus diferencias con las tasas y los servicios, las características de los impuestos nacionales y provinciales, y, atento a la particularidad del sistema SIRCREB, la Ley de Coparticipación. También conceptualizaremos las “retenciones impositivas”, para llegar, finalmente al Impuesto a los Ingresos Brutos.

En el siguiente capítulo, nos adentramos en el análisis de un peculiar sistema de aplicación de retenciones sobre acreditaciones bancarias llamado SIRCREB, buscando tanto analizar si el mismo es acorde al ordenamiento legal vigente a nivel constitucional, como así

también si su aplicación implica realmente un beneficio al contribuyente y al ente recaudador. Ahondaremos en sus particularidades de origen, funcionamiento, alcance y demás características.

En el Capítulo III, analizaremos los inconvenientes y falencias del citado sistema, su afectación sobre el derecho a la propiedad, su particularidad normativa, haciendo mención a la jurisprudencia y doctrina existente, considerando lo novedoso de la materia.

Finalmente, se realizarán las conclusiones, considerando si la pregunta que dio origen a la presente investigación, y los objetivos, general y específicos, planteados pudieron ser corroborados.

Objetivo general.

Analizar la legalidad de las retenciones, a nivel constitucional, realizadas mediante la utilización del sistema SIRCREB.

Objetivos específicos.

Mediante el presente trabajo explicaremos en qué consiste el impuesto a los ingresos brutos. Comenzaremos diferenciando los impuestos nacionales de los provinciales, para luego explicar en qué consiste la coparticipación de impuestos entre Nación y Provincias.

En una segunda etapa, nos enfocaremos en el Convenio Multilateral y cómo se crea e implementa el SIRCREB, identificando los derechos afectados por el uso de retenciones a nivel legal. Precisaremos los límites a respetar por el Estado en la utilización de retenciones.

Por último, analizaremos la jurisprudencia existente desde la implementación del SIRCREB en lo relativo a su legalidad, destacando las ventajas e inconvenientes de la utilización de sistemas de retenciones bancarias en forma automática.

CAPÍTULO 1: CONSIDERACIONES GENERALES.

1.1 Los tributos: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Conceptualización.

Dentro de los medios de financiación de los Estados, encontramos principalmente a los tributos, los cuales VILLEGAS define como *"las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines."* (Villegas, 2001, pág. 67)

Dichas prestaciones, que en casos excepcionales no son en dinero, contribuyen al sostenimiento y desarrollo de los países, y pueden dividirse en tres tipos: impuestos, tasas y contribuciones especiales. Explica Villegas:

En el impuesto, la prestación exigida al obligado es independiente de toda actividad estatal relativa a él, mientras que en la tasa existe una especial actividad del Estado materializada en la prestación de un servicio individualizado en el obligado. Por su parte, en la contribución especial existe también una actividad estatal que es generadora de un especial beneficio para el llamado a contribuir.¹

El artículo 13 del Modelo de Código Tributario del CIAT, define obligación tributaria de la siguiente manera:

La obligación tributaria surge entre el Estado y los sujetos pasivos, en cuanto ocurre el presupuesto de hecho previsto en la ley. Constituye un vínculo de carácter personal aunque su cumplimiento se asegure mediante garantía real o con privilegios especiales

Continúa, en su artículo 14 con el concepto de hecho generador, el cual define como *"el presupuesto, de naturaleza jurídica o económica, establecido por la ley para tipificar el tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación."*, para definir en su artículo 17 que *"Es sujeto activo de la relación jurídica tributaria el ente público titular de la potestad administrativa para la gestión y exigencia del tributo."* Finalmente, el artículo 18 señala que:

Sujeto pasivo de la obligación tributaria es la persona natural o jurídica que debe cumplirla, sea en calidad de contribuyente, directo o sustituto, o tercero responsable. Tendrán también la condición de sujetos pasivos, en las leyes tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o un patrimonio separado, susceptibles de tributación.

¹ VILLEGAS, H.B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, pág. 69, (7ª edición ampliada y actualizada), Buenos Aires: De Palma.

Por impuesto, VILLEGAS define "*el tributo exigido por el Estado a quienes se hallan en las situaciones consideradas por la ley como hechos imponibles, siendo estos hechos imponibles ajenos a toda actividad estatal relativa al obligado*"², por lo que se toma en cuenta a la persona o los bienes del sujeto pasivo, la presunta capacidad contributiva del mismo, y el hecho generador de la imposición, ajenos a una actividad estatal determinada.

Por su parte, la tasa es caracterizada por el Modelo de Código Tributario del CIAT, en su artículo 11, como el "... *el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva o potencial de un servicio en régimen de derecho público, individualizado en el contribuyente*". Por último, la contribución especial es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador actividades estatales que repercuten en beneficios al contribuyente.

1.2 Los impuestos - Clasificaciones - Enumeración – Características.

VILLEGAS nos enseña que dentro de las clasificaciones, encontramos, primeramente la que hacía la diferenciación entre ordinarios y extraordinarios, diferenciándolos por la habitualidad de las necesidades a solventar con su recaudación. Con el transcurso del tiempo, y tomando como ejemplo al Impuesto a las Ganancias, que pasó de ser un impuesto extraordinario y por un plazo breve, a tener décadas de efectiva vigencia, dicha diferenciación, entre ordinarios y extraordinarios, pasó a referirse a la permanencia o transitoriedad del impuesto (Villegas, 2001).

También se los ha clasificado en personales y reales, ya sea que tomaran en cuenta o no las diferentes capacidades contributivas, el origen de la renta y demás situaciones particulares de los contribuyentes, o se basaran para su cálculo en la riqueza gravada, sin considerar las particularidades de cada contribuyente. Actualmente, esta clasificación ha perdido vigencia, ya que los impuestos reales consideran situaciones particulares (subjetivas), y, a su vez los personales consideran situaciones objetivas.

Otra clasificación los divide en proporcionales o progresivos, ya sea que la alícuota aplicada se mantenga constante o aumente al hacer lo propio la riqueza gravada por dicho

² VILLEGAS, H.B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, pág. 72, 7ª edición ampliada y actualizada, De Palma, Buenos Aires.

impuesto. El Impuesto al Valor Agregado corresponde al primer grupo, y el Impuesto a las Ganancias de las Personas Físicas al segundo.

La clasificación más importante es la que diferencia entre impuestos directos e indirectos, atento a que es la tomada por nuestra Constitución Nacional para establecer a quién le corresponde las facultades para establecerlos. Valdés Costa define en términos generales, que son impuestos directos los impuestos a la renta y al patrimonio, y son impuestos indirectos los impuestos al consumo y a las transacciones.³

1.3 Coparticipación a nivel nacional de los impuestos.

En la República Argentina nos encontramos con tres entes estatales: nacional, provincial y municipal, que según la Constitución Nacional, coexisten bajo la forma federal de gobierno. Según lo establecido en la mencionada Constitución, corresponde a las provincias el poder no delegado a la Nación, a la cual le corresponde el delegado por las provincias, al igual que a los municipios (según lo delegado en cada Constitución Provincial).

Del articulado de la Constitución Nacional se desprende que le corresponde a las provincias los impuestos indirectos en forma permanente y en concurrencia con la Nación, y los directos en forma exclusiva y permanente. Sin embargo, el artículo 75 inciso 2° establece que el Congreso Nacional podrá *“Imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan.”* (cabe recordar lo mencionado previamente con respecto al Impuesto a las Ganancias, el cual, pese a ser un impuesto directo impuesto por la Nación, lleva décadas de vigencia, transformándose en una excepción constante a la normativa del artículo 75 inciso 2). También corresponden a la Nación los derechos aduaneros, según los artículos 4 y 75 inciso 1.

En la actualidad, la Administración Federal de Ingresos Públicos, organismo recaudador de impuestos dependiente del Ministerio de Economía de la Nación, es el encargado de la fiscalización, verificación, y recaudación de impuestos directos e indirectos a nivel nacional

³ VILLEGAS, H.B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, pág. 72, 7ª edición ampliada y actualizada, De Palma, Buenos Aires.

(Impuesto a las Ganancias, Impuesto sobre los Bienes Personales, Impuesto al Valor Agregado, Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta, impuestos aduaneros, etc.). La recaudación lograda por dicho organismo, en gran medida, pasa a ser coparticipable. Dicha coparticipación, surge del inciso 2° y 3° del artículo 75 de la Constitución, los cuales, al hacer referencia a las contribuciones, establecen:

Las contribuciones previstas en este inciso, con excepción de la parte o el total de las que tengan asignación específica, son coparticipables. Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos

Cabe recalcar la importancia a nivel económico de la ley convenio, ya que la misma significa, en definitiva, la mayor o menor capacidad de financiamiento por parte de las provincias y la Nación, y de la misma forma, mayores o menores posibilidades de cumplir sus objetivos y desarrollar sus actividades.

A continuación el artículo establece que:

La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional

Podemos comprender, dada las diferencias de desarrollo entre las distintas zonas geográficas del país, que el reparto de los fondos entre los distintos estados no puede realizarse en forma idéntica, ya que se generarían grandes desigualdades. Tomemos por ejemplo a la Provincia de Buenos Aires, la Provincia de Catamarca y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En el primero de los casos tenemos a una provincia con más de diez millones de habitantes, gran cantidad de municipios, y una extensión territorial superior a la de Italia, siendo la mayor en superficie de la República Argentina. Catamarca, por su parte, cuenta con una población de menos de 400.000 habitantes, y una superficie de un tercio del de la Provincia de Buenos Aires. Por último, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con una superficie algo superior a los 200 km², cuenta con una población de casi tres millones de habitantes, siendo la más densamente poblada. Del análisis de estos datos, y considerando los distintos niveles de desarrollo tecnológico, industrial, cultural y económico, entre otros factores (no podemos dejar de lado el climático, que condiciona tanto a las provincias del sur argentino principalmente), surge

claramente que no puede ser justa una división de los recursos en cifras iguales para las distintas partes, porque generaría una crisis insuperable, generadora de violencia desde lo económico, y atentaría contra la unión nacional. Por todo esto, es que una ecuación que respete y colabore a un equilibrado desarrollo de los distintos estados es tan necesaria para mantener el progreso del país.

La ley convenio tendrá como Cámara de origen el Senado y deberá ser sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no podrá ser modificada unilateralmente ni reglamentada y será aprobada por las provincias.

No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.

Un organismo fiscal federal tendrá a su cargo el control y fiscalización de la ejecución de lo establecido en este inciso, según lo determina la ley, la que deberá asegurar la representación de todas las provincias y la Ciudad de Buenos Aires en su composición.

Es interesante analizar que el origen de la ley debe ser el Senado, donde se representan los intereses de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en un pie de igualdad, ya que todos cuentan con la misma cantidad de representantes (aunque debe considerarse que la presión de los partidos genera que dicha federalización quede muchas veces desdibujada por la realidad de los intereses en juego, no cumpliéndose en forma pura la representación federal buscada con la existencia del Senado).

“3. Establecer y modificar asignaciones específicas de recursos coparticipables, por tiempo determinado, por ley especial aprobada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.” Es muy importante recalcar las mayorías necesarias para el dictado de la ley y para establecer y modificar asignaciones específicas, ya que exige la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, asegurando una mayor discusión y análisis por parte de los miembros del Congreso.

La coparticipación impositiva se rige actualmente por la ley N° 23.548, promulgada el 22 enero de 1988. La misma establece en su artículo 2° que *“La masa de fondos a distribuir estará integrada por el producido de la recaudación de todos los impuestos nacionales existentes o a crearse”*, para continuar mencionando las excepciones a dicha distribución, encontrándose los derechos aduaneros (importación y exportación), aquéllos impuestos previstos o a preverse en

otros sistemas o regímenes especiales de coparticipación, los con afectación específica y vigentes al momento de la promulgación de la ley, los destinados a actividades declaradas de interés nacional por la Nación y las provincias y tendrás duración limitada. Hay que mencionar que la masa de impuestos a distribuirse aumenta si los previstos por regímenes especiales y los destinados a actividades de interés nacional se prolongan en el tiempo, ya que pasan a formar parte de la masa coparticipable. Por último, incluye dentro de la masa coparticipable los impuestos existentes y a crearse que graven la transferencia o el consumo de combustibles, con ciertas particularidades que exceden al presente estudio.

Continúa dicha ley estableciendo los porcentajes en los que se repartirá la recaudación entre Nación y provincias, y detalla el porcentaje correspondiente a cada provincia y a la Ciudad de Buenos Aires. Es importante notar que, al especificar distintos porcentajes, toma en consideración las diferencias existentes entre las distintas provincias, según lo analizado previamente. Esta diferenciación, lograda gracias a una valoración de las distintas características de cada una de las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, permite, o tiene por objeto permitir, un armónico desarrollo del territorio nacional y los habitantes del mismo. Además, en su artículo 9° hace expresa referencia al impuesto a los ingresos brutos, lo que se analizará en el capítulo correspondiente a dicho impuesto.

1.4 Las retenciones impositivas y los agentes de retención/recaudación.

Entendemos por agentes de retención o percepción aquellos responsables a los que los organismos recaudadores obligan a ingresar el monto total o parcial de determinado tributo adeudado por otro sujeto pasivo (contribuyente) de la relación tributaria. Este agente, es designado por el ente estatal, pero no forma parte del mismo. Solamente se encuentra obligado a retener o percibir el importe correspondiente a la alícuota establecida e ingresarla al ente. En caso de incumplimiento, el agente es pasible de multas de tipo administrativas e incluso puede ser alcanzado por la Ley Penal Tributaria.

El artículo 21 del Modelo de Código Tributario hace referencia a los terceros responsables, al señalar que:

Son quienes sin tener el carácter de contribuyente deben, por disposición expresa de la ley o de norma general administrativa en el caso de los agentes de retención o percepción a que se refiere el párrafo tercero del artículo 20 de este Código, cumplir con obligaciones tributarias materiales y formales atribuidas a éstos.

Explica VALDÉS COSTA que el contribuyente y el agente de retención no se confunden. En caso de no realizarse la retención, el agente tendrá su responsabilidad por la retención no ingresada, ya sea esta responsabilidad administrativa o judicial. En cambio, el contribuyente, deberá ingresar el monto no retenido en el caso de no habersele realizado la misma, pero, en caso de haber sido sujeto pasivo de una retención, dicho monto no deberá ser ingresado por él, ya que el responsable será el agente, debiendo ingresar el resto del monto del impuesto, en caso de corresponder (Valdés Costa, 1996).

1.5 El Impuesto a los Ingresos Brutos: concepto y características.

Villegas lo define como el *“impuesto que se paga en virtud de la capacidad económica demostrada por el ejercicio de cierto tipo de oficio, actividad o profesión que normalmente produce lucro”*⁴. Es un impuesto indirecto, ya que presume capacidad contributiva por parte del sujeto pasivo, y es también real, basándose para su imposición en el hecho objetivo del desarrollo de alguna de las actividades alcanzadas por el mismo. Pero, por sobre todo, es local, recaudado por las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El artículo 9º de la Ley de Coparticipación establece que el impuesto a los ingresos brutos no se encuentra alcanzado por dicha ley, agregando:

En lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: Reaerán sobre los ingresos provenientes del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales) civiles o comerciales con fines de lucro, de profesiones, oficios, intermediaciones y de toda otra actividad habitual excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos.

⁴ VILLEGAS, H.B. (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, pág. 699, 7ª edición ampliada y actualizada, De Palma, Buenos Aires.

El universo de contribuyente es muy amplio, abarcando a todo aquel que realice algún tipo de actividad de tipo comercial. Es por esta razón que dicho impuesto es de tal importancia. Tiene un gran volumen de contribuyentes, y por ende, un nivel muy alto de recaudación.

Continúa fijando que el impuesto se determinará sobre la base de ingresos del período, con ciertas exclusiones en la base de cálculo (importes correspondientes a fondos nacional de autopistas, tecnológico, del tabaco y, por último, de los combustibles), siendo requisito estar inscripto como contribuyente de tales gravámenes.

Agrega que *“en casos especiales la imposición podrá consistir en una cuota fija en función de parámetros relevantes;”*, para continuar estableciendo que *“Podrán gravarse las actividades conexas a las exportaciones (transporte, eslingaje, estibaje, depósito y toda otra de similar naturaleza);”* es decir, que mantiene la exclusividad de los derechos por impuestos aduaneros en la Nación, pero permite gravar las actividades conexas, con lo que las provincias y la Ciudad de Buenos Aires acceden a la posibilidad de hacerse de un volumen mayor de operaciones. Esta posibilidad, que no genera una doble imposición con los derechos aduaneros, ya que los objetos y las operaciones de cada uno grava, en su naturaleza, no son idénticos, permite a dichas jurisdicciones a participar, en cierto modo, de la recaudación que se genera por dichas actividades (importación/exportación).

Podrán gravarse las actividades cumplidas en lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción del Estado Nacional (puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y todo otro de similar naturaleza), en tanto la imposición no interfiera con ese interés o utilidad.

Continúa, según el párrafo precedente, con el claro objetivo de ampliar el universo de contribuyentes, permitiendo una penetración del fisco, a través del impuesto a los ingresos brutos, en todo tipo de actividad, precisando que la jurisdicción nacional no será un impedimento o generará exenciones para su aplicación.

“En materia de transporte interjurisdiccional la imposición se efectuará en la forma prevista en el convenio multilateral a que se refiere el inciso d)”. El mencionado inciso establece *“Que continuarán aplicando las normas del convenio multilateral del 18 de agosto de 1977 sin*

perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos.”.

Vemos del análisis del articulado, que en ningún momento se limita la recaudación del impuesto, sino que se le permite ampliarse a todas las actividades posibles.

Continúa el artículo detallando las actividades alcanzadas y exentas, volviendo a hacer mención en uno de sus párrafos al convenio multilateral del 18 de agosto de 1.977, fijando que los períodos fiscales serán anuales, determinando en forma precisa que los anticipos serán sobre base cierta (no presunta como en otros impuestos), y que *“en el caso de contribuyentes comprendidos en el régimen del convenio multilateral del 18 de agosto de 1977, comprenderán períodos mensuales”*, lo que genera vencimientos mensuales de dicho impuesto. Por último, y de gran trascendencia, finaliza estableciendo que los contribuyentes comprendidos en el citado convenio multilateral *“pagarán el impuesto respectivo en una única jurisdicción”*. Permite, de esta forma, evitar un dispendio, tanto de dinero y tiempo, centralizando la recaudación del mismo en una sola jurisdicción, facilitando la organización y desarrollo de la actividad por parte del sujeto pasivo.

Finaliza el mencionado artículo señalando que *“las jurisdicciones adheridas deberán concertar la mecánica respectiva y la uniformidad de las fechas de vencimiento”* para permitir el pago del impuesto en una sola jurisdicción. Genera, por lo tanto, tanto el derecho como la obligación, por parte de las jurisdicciones, de lograr, mediante el acuerdo, una ordenada y clara forma de llevar adelante la recaudación y distribución de lo recaudado por este impuesto. Lo que se busca es permitir al contribuyente el ejercicio de su actividad, con la menor carga, desde lo administrativo, posible, más allá de generársele una mayor carga tributaria.

Hay que puntualizar que, al quedar fuera de los impuestos coparticipables, el impuesto a los ingresos brutos genera un pilar fundamental dentro de los presupuestos de los sujetos activos. Su recaudación y distribución es manejada dentro de cada jurisdicción, sin tener que distribuirse previamente entre las distintas provincias, la nación y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Por eso es de vital importancia para los distintos estados el poder determinar a cuál jurisdicción corresponde su cobro.

A continuación analizaremos el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977 y su importancia en la materia bajo análisis.

CAPÍTULO 2: EL SISTEMA SIRCREB.

2.1 Origen.

Recordando lo establecido por la Ley de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales, mediante el Convenio Multilateral del 18 de agosto de 1977, las distintas provincias y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (actualmente, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires), establecen un régimen de distribución de la recaudación de los ingresos brutos, según su artículo 1° para,:

Las actividades a que se refiere el presente Convenio son aquéllas que se ejercen por un mismo contribuyente en una, varias o todas sus etapas en dos o más jurisdicciones, pero cuyos ingresos brutos, por provenir de un proceso único, económicamente inseparable, deben atribuirse conjuntamente a todas ellas ya sea que las actividades las ejerza el contribuyente por sí o por terceras personas, incluyendo las efectuadas por intermediarios, corredores, comisionistas, mandatarios, viajantes o consignatarios, etcétera, con o sin relación de dependencia.

Dentro de los organismos de aplicación creados por el Convenio, encontramos a la Comisión Arbitral, la cual, mediante Resolución General 104 del año 2004, creó el Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias “SIRCRESB”, el que comenzó a regir el 1° de octubre de dicho año, y que consiste, según lo define su propia página web, en:

Un sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias para posibilitar el cumplimiento de los regímenes de recaudación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos correspondientes a los contribuyentes comprendidos en las normas del Convenio Multilateral, aplicable sobre los importes que sean acreditados en cuentas abiertas en las entidades financieras.⁵

2.2 Características.

El artículo 2° de la mencionada Resolución General es el encargado de establecer quiénes serán los agentes encargados de su implementación, al establecer:

⁵ <http://www.sircresb.gov.ar/>

Intégrese el universo de agentes de recaudación con las entidades financieras regidas por las normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina, las que serán debidamente notificadas de su inclusión por la Comisión Arbitral, en cumplimiento de las normas locales dictadas a estos efectos.

Por lo que incluye a las entidades bancarias, generando así un control sobre todas las acreditaciones que se realicen en las distintas cuentas que posean los contribuyentes en ellas.

Crea, además, un Comité de Administración, encargado de interactuar entre los componentes de la operatoria y para la implementación de decisiones que tomen los fiscos con relación a los reclamos presentados por los contribuyentes.

Dentro de los procedimientos para los contribuyentes, detalla el Anexo I de la Resolución General, que: *“1) Los contribuyentes alcanzados por el régimen contarán con el detalle de las retenciones sufridas en los resúmenes o extractos bancarios, que les servirán como comprobante suficiente”*. Cabe aclarar que, la generalidad de los contribuyentes son personas físicas, no contando en muchos casos con el conocimiento no sólo de la materia bancaria, sino, además, de la legislación vigente en tal materia. No puede esperarse la misma capacidad de análisis de un simple extracto bancario por parte de un profesional de ciencias económicas que de un comerciante independiente con un nivel inferior de conocimientos en la legislación tributaria vigente. De todas formas, se permite un rápido y simple acceso a la información, sirviendo la misma de comprobante para realizar reclamos o imputaciones al pago del impuesto.

2) La aplicación de los importes retenidos para la liquidación del impuesto, deberán agruparse por mes calendario y descontarse en los anticipos correspondientes a ese mes que les fueron practicadas, según los coeficientes de distribución que le corresponda entre las jurisdicciones adheridas.

Cumple con lo establecido por el artículo 9° de la Ley de Coparticipación, que establece que los anticipos deben realizarse en forma mensual.

“3) Los coeficientes de distribución, se consultarán en el sitio www.sircreb.gov.ar para lo cual deberán identificarse con la C.U.I.T. La consulta deberá realizarse en forma mensual puesto que dichos coeficientes pueden variar de un anticipo a otro.” Este punto será analizado al tratar los inconvenientes del funcionamiento actual del sistema.

Al referir a la forma de realizar los reclamos pertinentes, determina un procedimiento que no permite un contacto directo con la persona encargada de analizar y resolver la situación, ya que se debe, a través del sitio web, canalizar el mismo, acompañando la documentación, que varía según la situación particular del caso, *“por fax, imagen por correo electrónico o fotocopia por correo postal, los formularios de Convenio Multilateral que justifiquen su reclamo”*. Además, las dudas sobre el uso del sistema podrán realizarse, según establece el punto 5) *“a través de un correo electrónico disponible en sitio mencionado”*. No se facilita otro medio de contacto que no sea la del envío de correo electrónico, a excepción de los contribuyentes que figuren como “Contribuyente local de la jurisdicción Capital Federal”, los cuales cuentan, además con un número de teléfono para comunicarse y la dirección de atención. En el caso del interior del país, los contribuyentes pertenecientes a cualquier otra jurisdicción (salvo los pertenecientes a Misiones y Tucumán, únicas no adheridas al sistema) deberán realizar las consultas solamente vía correo electrónico.

En relación a los agentes de recaudación, establece la forma de acceso de los mismos al sistema, mediante clave de acceso. Además, informa que, en forma mensual se les entregará un padrón de contribuyentes alcanzados por el régimen. Se los obliga a efectuar decenalmente la presentación de una declaración jurada, donde deberán informar las recaudaciones efectuadas en el período, pudiendo hacer presentaciones de declaraciones juradas rectificativas.

El sistema les permite devolver en forma directa a los contribuyentes los importes retenidos por error, con la condición de que no tengan una antigüedad de más de nueve períodos decenales. Superado dicho plazo, solamente puede realizarse tal devolución con la intervención del Comité de Administración, debiendo, en ambos casos, reflejar tal situación en la declaración jurada siguiente.

Con relación al pago, el mismo se hará mediante medio electrónico de pago (MEP), pudiendo ser consultado en una cuenta corriente habilitada por el sistema el cumplimiento de sus obligaciones. En el caso de detectarse pagos fuera de término, los intereses generados por los mismos serán informados por el Comité de Administración a los agentes, que deberán ingresarlos vía MEP.

Finalmente, con respecto a las jurisdicciones adheridas, cabe recalcar lo establecido, al hacer referencia a las mismas, en el punto 3), que establece que *“Las jurisdicciones que adhirieron o adhieran al presente régimen incorporando los contribuyentes del Impuesto sobre los Ingresos Brutos locales, deberán enviar un padrón de sujetos comprendidos y serán las únicas responsables de la actualización del mismo”*.

2.3 Sujetos afectados y alcance territorial.

Surge de la Resolución General que los sujetos comprendidos son tres: los contribuyentes del impuesto a los ingresos brutos, los agentes de retención (entidades financieras regidas por las normas dictadas por el Banco Central de la República Argentina, debidamente notificadas de su inclusión por la Comisión Arbitral), y, finalmente, las jurisdicciones adheridas, que son las que establecen el alcance territorial del mismo. Sobre los efectos del sistema SIRCREB en los sujetos y el alcance territorial del mismo se realizará un análisis más profundo en el capítulo siguiente.

Podemos resaltar que, por lo mencionado ut supra, el presente sistema de retenciones ejerce un control sobre las acreditaciones realizadas en cuentas determinadas por la autoridad de aplicación, quedando alcanzados ciudadanos que, en muchas oportunidades no cuentan con los conocimientos ni el respaldo profesional o, en definitiva, estructura o capacidad financiera para reclamar ante un sistema engorroso.

CAPÍTULO 3: INCONVENIENTES Y FALENCIAS EN EL FUNCIONAMIENTO DEL SIRCREB.

3.1 El derecho a la propiedad.

Como se precisó anteriormente, el sistema SIRCREB guarda la peculiaridad de ser un sistema, el cual, en base a la carga de los datos de los contribuyentes dentro de una base de datos informada por las jurisdicciones (dentro de las que encontramos a casi todas las provincias, con excepción solamente de Misiones y Tucumán), genera en forma automática una retención sobre cada acreditación a las cuentas que tengan en las entidades obligadas a actuar como agentes de recaudación. A simple vista surge la practicidad del sistema, ya que permite un rápido ingreso de la recaudación a sus arcas. Además, facilita el ingreso del monto del impuesto por parte del contribuyente, en forma de anticipos. Entre otras ventajas también encontramos que el mismo es moderno y de fácil acceso, tanto por el contribuyente, como por los agentes de recaudación, y desde cualquier computadora, con el sólo requisito de estar conectada a la INTERNET.

Ahora bien, de un análisis más profundo del peculiar sistema, observamos situaciones que entran en conflicto con lo antes expuesto. Dichas situaciones, muchas veces logran, a priori, el cumplimiento del fin buscado al ser establecido el sistema, pero, a posteriori, generan consecuencias adversas, ya sea para el contribuyente, las jurisdicciones, sus entes recaudadores, y en general, para la seguridad jurídica.

En primer término, un sistema que genera una retención automática sobre cualquier acreditación bancaria, desconociendo absolutamente la causa de la misma, es un “arma de doble filo”. El sistema prescinde de cualquier análisis de causalidad, y efectúa una retención sobre las acreditaciones, pudiendo generarse situaciones que de ninguna manera pueden justificarse por el sólo hecho de que el sistema busque generar un ingreso de la recaudación más rápido.

No toda acreditación es fruto de la actividad comercial, del ejercicio de una profesión o una actividad con fines de lucro. Muchas veces puede darse el caso de que se realice un depósito o transferencia a una cuenta alcanzada por el SIRCREB, y no corresponda a ningún tipo de ejercicio de actividad comercial. Veamos algunos ejemplos al respecto. Una devolución de un viático por parte de un agente, depositado directamente en la cuenta del empleador, quedará alcanzada por la retención. También vemos el caso de la existencia de cotitulares de una cuenta, ya sea cuenta corriente, caja de ahorros o cuenta especial, que no sean sujetos pasivos del

impuesto, que verán disminuido su patrimonio cada vez que se les realice una acreditación en una cuenta compartida con un contribuyente de ingresos brutos informado al sistema.

Podemos citar gran cantidad de casos en donde se realizará, por la mecánica del sistema, la retención sobre el importe acreditado, por el simple hecho de formar parte, el contribuyente, de la base de datos, sin consideración alguna a la causa. Este mecanismo genera, de esta forma, casos injustificados de disminución de montos en el patrimonio de dichas personas, físicas o jurídicas. Al realizarse retenciones a las acreditaciones por operaciones que no caen bajo el ámbito de aplicación del impuesto a los ingresos brutos se está avanzando sobre el patrimonio, y en definitiva, sobre el derecho de propiedad de la persona.

Para profundizar la problemática, el sistema conduce a un distanciamiento del reclamante con el Comité de Administración, al cual, en el caso de contribuyentes del interior del país, solamente puede contactar vía correo electrónico. Considerando que, al realizar reclamos frente a organismos en persona, el ciudadano muchas veces no puede llegar a ejercer una defensa o exposición en forma clara y precisa, ¿qué podemos esperar de un reclamo estructurado de esta forma? Podríamos decir que, siendo los medios electrónicos aún materia en desarrollo y cuyos respaldos y fidelidad no siempre están claros para el ciudadano común, se lo aleja aún más de poder ejercer un derecho de defensa en forma eficiente. Queda a disposición de una respuesta por parte de las personas nombradas por el Comité, con los cuales no podrá tener contacto en forma directa, ni probablemente podrá acceder a conocer si la persona que responde su reclamo es la indicada o autorizada para hacerlo. Deberá confiar plenamente en que el correo electrónico en el cual vierta su reclamo sea contestado por remitente autorizado y que vincule a la administración de SIRCREB, que sea contestado en un plazo prudencial, en forma clara, fundamentada y objetiva.

Adentrándonos en la problemática del respeto al derecho de propiedad, especialmente en el caso de ciudadanos que no son sujetos pasivos del impuesto a los ingresos brutos o de operaciones exentas del mismo, al no responder a actividad comercial alguna, debemos especificar ciertos puntos. ¿Nos encontramos ante un avance sobre los derechos de propiedad de los ciudadanos? ¿Al realizarse la retención sobre operaciones no alcanzadas por el impuesto a los ingresos brutos o a ciudadanos no inscriptos en el mismo, estamos en presencia de un nuevo

impuesto? ¿Se crea una confiscación automática al realizarse estas retenciones sobre operaciones o personas no alcanzadas por el impuesto a los ingresos brutos?

El artículo 17 de la Constitución Nacional determina que:

La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4°. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie.

Al referirse el artículo a que ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, debe entenderse que gozan de dicho derecho tanto las personas físicas y las de existencia ideal, argentinos o extranjeros. Hay que destacar, como bien lo indica Bidart Campos⁶, que las normas del derecho constitucional refieren a la propiedad adquirida, partiendo del presupuesto de que quién las invoca ya es propietario de algún bien. Aunque también se protege el derecho a adquirir una propiedad.

Según la Corte Suprema, propiedad abarca todo aquello que el hombre puede poseer o tener, fuera de su vida, libertad u honor, con la sola condición de que sea susceptible de apreciación pecuniaria (bienes, derechos, intereses, actos jurídicos de disposición y uso, etc.). Por lo tanto, quedan comprendidos dentro del concepto de derecho de propiedad, las acreditaciones bancarias, ya que las mismas son representaciones del derecho de propiedad sobre una suma de dinero determinado existente en una cuenta bancaria.

Hemos mencionado con anterioridad que se dan casos en donde la retención se realiza sobre acreditaciones que no tienen como causa una actividad económica. En estos casos, donde se priva de la propiedad al contribuyente sin una causa genuina que justifique dicha situación, y ante la imposibilidad de ejercer un reclamo eficaz por parte del mismo, por la mecánica de las reclamaciones ya explicadas anteriormente, se lo deja al contribuyente con pocas alternativas. Efectuar el reclamo, esperar la negativa por parte del sistema e imputar dicha retención al pago

⁶ Bidart Campos, G.J. (2.006), *Manual de la Constitución Reformada*, (5ª reimp.), Buenos Aires: Ediar.

del impuesto; o directamente imputarlo al pago del impuesto. En el caso de exceder con dicha, mal llamada en este caso, retención al impuesto a los ingresos brutos el monto a pagar, podrá imputarlo al pago de otro impuesto correspondiente al ente recaudador de la jurisdicción (impuesto automotor, inmobiliario, etc.). En el caso de cesar en su actividad o disminuir la misma, el contribuyente, si no tiene otro impuesto al cual afectar dicho importe, obtendrá un saldo a favor que no podrá transferir, que mantendrá en forma indefinida, y que, principalmente, carece de todo sustento en su origen. Deberá agotar los medios administrativos, para llegar a los judiciales, con el gasto al particular y la sobrecarga al sistema judicial que conllevaría dicha decisión.

En el caso de un cotitular de cuenta, no inscripto en el impuesto, el caso es aún más alarmante. El cotitular queda alcanzado por un impuesto del cual no es sujeto pasivo. Es decir que, por el hecho de compartir una cuenta pasa a compartir la carga tributaria de un sujeto pasivo. El caso del ama de casa, un estudiante, un desempleado, o de un empleado en relación de dependencia que, sin estar inscriptos, sufren una disminución en su patrimonio, es más que irregular. ¿Qué posibilidad de defensa tienen estas personas? Deberán realizar sus reclamos, en el caso de percatarse de que hayan sido víctimas de una situación tan anómala como la de una retención sobre un impuesto al que no deben tributar, y esperar una pronta y satisfactoria respuesta, con devolución del importe incluido, por parte del agente de recaudación o del Comité de Administración. Muy improbable será que logren hacerse nuevamente de los importes, ya que deberán probar, vía correo electrónico, que dicha acreditación les correspondía a ellos por una razón particular, y no al sujeto pasivo de ingresos brutos, cotitular de la cuenta, no dejando duda alguna sobre que dicha acreditación no respondía a alguna actividad con fines de lucro realizada por el contribuyente. Y si efectivamente lograran superar todos estos escollos, el tiempo transcurrido, un proceso inflacionario de los que suelen presentarse en el país, los intereses pagados por no poder contar con el dinero a tiempo para determinado vencimiento, etc., no lograrían dejar indemne al tercero, extraño a este sistema, y víctima del mismo.

La situación planteada en el anterior párrafo nos obliga a tener que compararla con la de los responsables por deuda tributaria ajena. Los mismos son aquéllos sujetos que, no siendo parte de la relación tributaria, se ven obligados legalmente a su cumplimiento, es decir, al pago de la misma. Debe entenderse que los mismos son deudores y responsables, lo primero por cuanto aunque no lo sean sustancialmente, son deudores formales del tributo y en cuanto a la

responsabilidad, porque afrontan con su patrimonio el cumplimiento de las obligaciones tributarias.

Para quedar alcanzado, legalmente, por la figura del responsable por deuda tributaria ajena, es decir, ser responsable solidario por un tributo de una persona, física o jurídica, es necesario que se determinen los hechos por los cuales se produce el nacimiento de dicha obligación. Sin la existencia de un hecho imponible generador de la responsabilidad, no podemos, bajo ningún concepto, estar en presencia de una responsabilidad solidaria.

En los casos de la cotitularidad de cuentas bancarias, por citar uno de los ejemplos a los que previamente se ha hecho mención, no existe, legalmente, disposición alguna que autorice al sistema bajo análisis a realizar retenciones a los terceros ajenos a la relación tributaria. Es comprensible que resulta imposible, por cómo está estructurado actualmente el SIRCREB, la discriminación de los importes a los que corresponde la retención y a los que no debe realizársela, ya que el mismo, en el caso de las cotitularidades, no realiza diferenciación alguna. Es por esto que, sin estar comprendido en ninguna normativa como hecho generador de una responsabilidad por deuda ajena, el movimiento bancario a favor de una persona no contribuyente del impuesto sobre los ingresos brutos que comparta la cuenta con el sujeto pasivo del mismo, lo incluirá “de hecho” dentro de la nómina de sujetos alcanzados por el sistema de retenciones. La inexistencia de norma legal que lo coloque, en forma expresa y precisa, en la situación de obligado al pago de un tributo y la constante vulneración por parte del sistema de su derecho de propiedad, no puede, bajo ninguna interpretación, ser protegida. En el fallo de autos “Bulacio, Rafael”, de la C.N. Cont. Adm. Sala II, del 21/05/91, expresa el Tribunal que no puede surgir la responsabilidad solidaria en materia tributaria por implicancia ni por vía de interpretación analógica. Más aún, no puede ampararse, bajo la figura de la responsabilidad solidaria, un sistema que ataca el patrimonio de un tercero ajeno a la relación tributaria, sin exigir previamente el cumplimiento de la obligación por parte del verdadero sujeto pasivo. Se lo coloca al tercero, en este caso, como responsable principal del impuesto, no verificándose previamente una intimación de pago al sujeto pasivo real, ni se espera que este último incumpla con sus deberes fiscales.

Rodolfo R. Spisso señala:

El art.17 de la C.N. establece la inviolabilidad de la propiedad, e impone la previa indemnización en caso de expropiación por causa de utilidad pública, que debe ser calificada por ley. Los tributos, a fin de no conculcar este derecho tan enfáticamente reconocido, tienen una valla infranqueable, constituida por el principio de no confiscatoriedad, que, según reiterada jurisprudencia de la Corte, impide que el gravamen absorba una parte sustancial de la renta o del capital.⁷

Entendemos que en caso de afectar a un tercero que no es sujeto pasivo del impuesto sobre los ingresos brutos, no estamos en el caso de una confiscatoriedad por absorber una parte excesiva de su renta o capital, sino ante una situación carente de todo sustento legal. Se cumple el requisito de la confiscatoriedad, es decir, el apoderamiento de los bienes de una persona para dárselos al Estado. En el caso del contribuyente cuyo patrimonio se ve afectado por retenciones sobre operaciones no alcanzadas por el tributo, como la venta de su casa o vehículo, la situación es la misma, ya que no estamos frente a un gravamen excesivo, sino frente a una injustificada aplicación sobre una porción de su patrimonio. Explica Bidart Campos que:

De ahí que toda privación arbitraria de la propiedad se equipare a la confiscación y sea inconstitucional. Y de ahí el principio general que impone indemnizar cada vez que se priva a alguien de su propiedad: privar de la propiedad sin indemnizar equivale a confiscar.⁸

Según el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre *“Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”*, y según el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos *“1- Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2- Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.”*. Como podemos observar, el derecho a la propiedad ha sido protegido no solamente por nuestra Carta Magna, sino que también lo ha sido por los Tratados Internacionales ratificados por el Congreso de la Nación y que, según el art. 75 inc. 22 de la misma, tienen jerarquía constitucional y son complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Observando, de acuerdo a la normativa nacional, en especial la constitucional y, dada la amplitud territorial, parcialidad ante las reclamaciones de los ciudadanos; y

⁷ Spisso, R. R., (2.000). *Derecho Constitucional Tributario*, (2ª Ed.), Depalma, Buenos Aires.

⁸ Bidart Campos, G.J. (2.006), *Manual de la Constitución Reformada*, (5ª reimp.), Ediar, Buenos Aires.

generalidad de situaciones que el SIRCREB abarca, no podemos dejar de advertir su peligroso avance sobre el derecho de la propiedad.

Magallón Ibarra⁹ nos enseña que el uso de una cosa se realiza mediante su posesión, permitiéndonos aprovecharla según su función. Si se nos priva del uso y disfrute de los bienes que la misma produce, se están violando nuestros derechos. Si una, mal llamada, retención nos priva de los intereses que el dinero depositado genera en una cuenta, se nos está privando de los frutos que la propiedad produce, es decir del disfrute de la misma. Se genera en cabeza del afectado, daños y perjuicios que serán muchas veces irreparables, atento a las dificultades en las que se encontrará para poder ejercer su derecho de defensa, y encausar satisfactoriamente su reclamo de justicia.

Dentro de las funciones de la propiedad, encontramos a la social, la cual puede ser exigida, según nos explica Bidart Campos¹⁰, por el Estado, a través de los tributos. Pero no puede, bajo el pretexto de estar ejerciéndose ese derecho por parte del Estado, avanzar ilícitamente sobre los derechos de los particulares.

3.2 La creación de un “nuevo impuesto” no legislado.

Si la relación entre el Estado y los contribuyentes es, al decir de VALDÉS COSTA¹¹, una relación jurídica y no una relación de poder, y solamente se obliga al sujeto pasivo al pago de los impuestos por una obligación cuyo fundamento jurídico es un mandato legal condicionado por la Constitución, nos sorprendemos cuando analizamos las situaciones alcanzadas, mencionadas previamente, por el sistema bajo estudio.

¿Cómo se justifica la aplicación de una quita del patrimonio a una persona, so pretexto de quedar alcanzada por un impuesto en el cual, muchas veces, no está inscrita? ¿Qué fundamenta la extensión de la aplicación del impuesto a los ingresos brutos a hechos no alcanzados por el mismo?

⁹ Magallón Ibarra, J.M. (2.000), *Derechos del Propietario*, U.N.A.M., México D.F.

¹⁰ Bidart Campos, G.J. (2.006), *Manual de la Constitución Reformada*, (5ª reimp.), Ediar, Buenos Aires.

¹¹ Valdés Costa, R. (1.996), *Curso de Derecho Tributario*, De Palma-Temis-Marcial Pons, Santa Fe de Bogotá.

Debemos comprender la estructura del impuesto en general, y la particularidad del impuesto sobre los ingresos brutos, para poder establecer con precisión cuándo se estará ante una situación alcanzada por el mismo y en qué casos no. Recordemos que para el dictado de una ley se debe cumplir, a nivel nacional, con el trámite establecido por la Constitución Nacional, y a nivel provincial y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por sus respectivas constituciones. Una vez dictada, promulgada, y entrada en vigencia una ley, tributaria en el presente estudio, el sujeto activo podrá reclamar al pasivo el cumplimiento de lo que ella establece, es decir, del pago de las obligaciones que la misma crea o modifica.

El Código Fiscal de la Provincia de Mendoza (Ley 1284/93) establece, en su Artículo 159:

El ejercicio habitual y a título oneroso en jurisdicción de la Provincia de Mendoza del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso _ lucrativa o no _ cualquiera sea la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas y el lugar donde se realice (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos , terminales de transporte, edificios y lugares de dominio público y privado y todo otro de similar naturaleza), estará alcanzado con un impuesto sobre los ingresos brutos en las condiciones que se determinan en los artículos siguientes.

Podemos ver que son requisitos, para quedar alcanzado, un ejercicio habitual y a título oneroso de una actividad, sin importar si la misma es lucrativa, ni si el sujeto pasivo es persona de existencia física o ideal, o el lugar en el cual se realice. Es decir, que el mismo cumple con lo establecido por artículo 9° de la Ley de Coparticipación.

Sin lugar a dudas, no puede ser alcanzado, bajo ninguna ficción o excepción no establecida expresamente por la ley, una persona que no realiza ninguna actividad a título oneroso, o de hacerlo, no la realice en forma habitual. En dicho caso, se estaría colocando en la posición de responsable de un impuesto a alguien que no cumple con los requisitos legales para serlo. La venta de un inmueble por un particular, cuyo importe se deposite en una cuenta cuya titularidad exclusiva o cotitularidad corresponda a un contribuyente del impuesto a los ingresos brutos, será automáticamente, y en forma injustificada, objeto de la retención por intermedio del agente recaudador. De dicha retención se pueden desprender un gran número de perjuicios, que encuentran como origen una presunta retención carente de toda causa legal.

Se cae, ante la necesidad de lograr un medio ágil y moderno de asegurar la recaudación por parte de los entes estatales, en la creación de un sistema que genera situaciones que no encuadran dentro del alcance del impuesto y se asemejan a la confiscación, no por ser de excesivo peso fiscal sobre el sujeto pasivo del impuesto, ya que si dicha presión fuera dentro de lo establecido por la ley se estaría violando el principio de capacidad contributiva (Valdés Costa, 1.996), sino por la apropiación del Estado de la propiedad de los ciudadanos sin una justa compensación. Pero observamos que no es la razón de la irregularidad del sistema la inexistencia de una compensación justa por parte del Estado. La razón es la carencia de toda base legal que dé sustento a la supuesta “retención” sobre una acreditación que no debe estar alcanzada por la misma.

El SIRCREB, sin una norma legal que lo autorice, logra un alcance mayor al buscado. Alcanza situaciones que exceden al ejercicio de la actividad por parte del sujeto pasivo, y lo llevan a ser sujeto pasivo del impuesto por cualquier situación que genere una acreditación, por más que la misma sea eventual o excepcional. Entiéndase por esto que deja de tomar en consideración a la actividad desarrollada en forma habitual y a título oneroso, que son las circunstancias o condiciones tomadas en consideración para quedar alcanzado por el impuesto sobre los ingresos brutos, para centrarse en un movimiento bancario.

No podemos confundir a las situaciones generadas por el funcionamiento del SIRCREB con la figura del embargo, ya sea éste preventivo o ejecutivo. Las mismas se realizan fuera de todo proceso judicial, sin analizarse la verosimilitud del derecho por parte del ente recaudador, ni el peligro en la demora, en el caso del preventivo solicitado mediante medida cautelar, por una posible insolvencia o desaparición de bienes. Tampoco se dan las mismas dentro de un proceso administrativo, ni con la intervención de ningún órgano correspondiente a los entes recaudadores. Además, no hay ningún tipo de notificación al afectado, más allá de la constancia de la retención en su extracto bancario.

Se abarca también a los sujetos no inscriptos al impuesto, y que no están incluidos en la base de datos del sistema, ya que no han sido informados por las distintas jurisdicciones. Las circunstancias que exceden su ámbito de aplicación a los sujetos pasivos, y las que se presentan con terceros no contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos, sin una ley que las respalde, llevan a un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, según el artículo 907 del

Código Civil Argentino, el cual establece: “cuando por los hechos involuntarios se causare a otro algún daño en su persona y bienes, sólo se responderá con la indemnización correspondiente, si con el daño se enriqueció el autor del hecho, y en tanto, en cuanto se hubiere enriquecido”.

3.3 Jurisprudencia.

Por la novedad del tema bajo análisis, la jurisprudencia no es voluminosa, pero es evidente que la misma irá en aumento, atento a los defectos demostrados hasta el presente capítulo por el sistema. Igualmente, encontramos fallos y dictámenes muy interesantes, que dejan en evidencias las falencias del SIRCREB.

En la causa del T.S.J. C.A.B.A., “Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, en el cual, entre otros defectos, se acciona porque:

(El) sistema está ideado para generar saldos a favor del contribuyente, o sea para instituir un empréstito forzoso sin ley, y que el sistema no prevé en modo alguno que el organismo fiscal pueda otorgar constancias de no aprobación o aprobación reducida de los depósitos bancarios.

Por lo que se crea, según continúa agregando el accionante, un “*tributo a las acreditaciones bancarias imputable al pago de los anticipos del impuesto sobre los ingresos brutos*”. Deja en claro el actor la inconstitucionalidad, según su opinión, de un impuesto creado por resoluciones administrativas, y recalca que en el caso de generarse reiterados casos de retenciones generadores de saldos a favor del contribuyente, no dejará otra vía, cuando los mismos excedan los montos compensables, que la repetición. Por último, y no menos importante, señala que la misma viola la Ley de Coparticipación en su artículo 9° inc. b, el cual “*obliga a no aplicar por sí y a que los organismos administrativos y municipales de su jurisdicción, sean o no autárquicos, no apliquen gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos por esta Ley*”. El Ministerio Público Fiscal, al momento de emitir su dictamen, sugiere que no se admita la acción intentada, agregando las falencias del accionante al momento de interponerla, y sosteniendo que no demuestra en ningún momento la creación de un nuevo impuesto ni la inconstitucionalidad del SIRCREB.

En la causa “Badino Turismo S.A. c/ GCBA, y otros sobre Amparo A278-2013/0”, la actora busca que se deje sin efecto su inclusión en la base de datos del SIRCREB, atento a sufrir, por la alícuota más elevada de las establecidas en el sistema, constantes retenciones sobre el total de las acreditaciones, a pesar de consistir su actividad en la intermediación en materia de servicios mayoristas de agencia de viaje. Explica que su base imponible sobre los ingresos brutos consiste en la diferencia entre lo acreditado y el monto a transferir a los operadores turísticos, y que, SIRCREB aplica indiscriminadamente la alícuota del 5% a todas las acreditaciones. Indica, además de que entre las retenciones sufridas por otros medios y la operatoria del sistema, ha excedido en casi un 15.000% su obligación tributaria. Por último, solicita que los montos improcedentemente retenidos le sean devueltos con sus respectivos intereses. En los considerandos de la resolución, el Tribunal entiende que:

Dicha circunstancia permitiría tener por acreditada , en el presente estado de la causa, la verosimilitud del derecho invocado, en el grado que exige una decisión provisoria como la que se analiza, en tanto la lectura primaria de las normas que instituyen el sistema que se trata (SIRCREB) indica que, efectivamente, se prevé la retención sobre el total de los depósitos del contribuyente, independientemente de su origen y sin restringirla a las actividades alcanzadas por el impuesto, lo que hace evidente y manifiesta la probabilidad de que se afecten sumas que la ley no ha gravado, circunstancia en principio ilegítima, pues se estaría imponiendo la carga a supuestos ajenos a la ley.

Hemos mencionado, en reiteradas oportunidades, lo que en el presente caso refiere el Juzgado, es decir, la imposición del impuesto a hechos ajenos a los establecidos por la ley. En el presente caso se hizo lugar a la actora, ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se abstuviera de realizar retenciones por aplicación del SIRCREB sobre las cuentas del actor que no constituyeran la base del impuesto sobre los ingresos brutos.

En la acción interpuesta en “Minera IRL Patagonia S.A. c/ GCBA S/ Amparo (Art. 14 CCABA).”, la actora sostiene que se le han realizado retenciones por una suma elevada, pese a no registrar ingresos, y que corresponden a los aportes de capital realizados por los accionistas extranjeros. En la presente no se ataca al sistema SIRCREB en su legalidad, sino que se cuestiona su implementación con respecto a la empresa, ya que por la particularidad de su actividad (exploración minera), donde los beneficios pueden o no darse luego de varias etapas,

implicando una fuerte inversión y un lapso no menor para conseguirlos, el ingreso que sirve de base al impuesto no se ha dado aún. Por ello solamente solicita su exclusión de los regímenes de retención. Se determina que la actora sufre un perjuicio actual y cierto, ya que, en forma irrazonable, sufre retenciones sobre aportes de capital, los cuales no son objeto del impuesto sobre los bienes personales, haciéndole lugar a la acción.

Hemos podido observar en el presente capítulo las ventajas que el sistema brinda, siendo la más relevante el rápido ingreso de dinero a las arcas del Estado. Sin perjuicio de esto, no podemos dejar de lado la crítica efectuada a su falta de análisis previo sobre la causa que da origen al movimiento bancario, objeto de la retención. La casuística presentada, dentro de la que se observan diferentes situaciones, deja en claro la complejidad de acceso a medios de reclamo efectivo, que permitan una pronta solución de los inconvenientes, y que no deriven, finalmente, en una privación ilegítima de la propiedad, ya sea en forma temporal o permanente. Recordemos, además, que en muchos casos nos encontramos frente a ciudadanos que sufren retenciones, no siendo los mismos contribuyentes del impuesto a los ingresos brutos, ni debiendo ser tomados como responsables solidarios por normativa alguna, “creándose” un nuevo impuesto no legislado.

CONCLUSIONES

Mediante la implementación del SIRCREB, y con el transcurso del tiempo, hemos visto salir a la luz circunstancias que escapan al objeto tenido en vista al momento de su implementación. Un sistema moderno, rápido, eficaz y que facilitara la recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos, junto con su aplicación sobre las cuentas existentes en entidades financieras y los medios informáticos al alcance de los entes recaudadores, los estados, y los contribuyentes, a simple vista parecía ser un medio excelente de acompañar al desarrollo de los negocios actuales, permitiéndole al Estado asegurarse la recaudación necesaria para el cumplimiento de sus funciones y al contribuyente el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en tiempo y forma.

Sin embargo, las situaciones en que su aplicación carece de fundamento legal, el desamparo que en que se encuentra el particular al momento de realizar reclamos, los daños y perjuicios que la incorrecta o excesiva aplicación del mismo pueden ocasionar, y las dificultades para el ejercicio del derecho de defensa por parte de los afectados, son sólo algunas de las circunstancias que nos obligan a mirar con antipatía a este sistema de retenciones. Es incompatible con el derecho constitucional un sistema recaudador automático de un impuesto que genera un sistemático enriquecimiento injustificado por parte del Estado.

No puede caerse en la generalización y estipular que todo el funcionamiento del sistema es inconstitucional, pero podemos afirmar que, en determinadas situaciones, viola el derecho de propiedad establecida en la misma. Se configuran situaciones en las que su aplicación sobre transacciones, por diversos importes, ya sean cifras significativas o no, en casos aislados o reiterados, y a contribuyentes y no contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos, se transforma en una confiscación, la cual, en no pocos casos, quedarán sin indemnización alguna a favor de los sujetos antes mencionados. No solamente se viola el derecho a la propiedad, sino también el principio de razonabilidad de los actos. Se genera una desproporción entre el fin recaudatorio y el medio, informático, implementado para lograrlo, en los casos concretos.

Un sistema que no permita, a priori, establecer que una operación bancaria debe ser excluida de ser afectada, genera, a la larga, infinidad de operaciones alcanzadas, las cuales no serán observadas por gran parte de los contribuyentes (pensemos en el independiente, pequeño

comerciante, o cotitular de una cuenta, entre otros), y cuyo resultado será un engrosamiento de las arcas del estado, bajo la figura del enriquecimiento sin causa antes mencionado. Por su parte, en otras circunstancias, ejerce, en forma excesiva, e ilegal, sobre el patrimonio del contribuyente una carga fiscal desproporcionada, pero que a priori cumple con el respeto al derecho constitucional de la propiedad, por lo cual no podemos sino hablar de ilegalidad.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que, potencialmente, las falencias del sistema desembocarán en una gran cantidad de reclamos judiciales, colaborando con la actual sobrecarga del sistema judicial argentino. Y dichas causas, muchas de las cuales serán favorables a los actores (contribuyentes y afectados no sujetos pasivos del impuesto), producirán mayores gastos al Estado, con la consecuente pérdida de presupuesto. Es decir, se producirá el efecto inverso al buscado al implementar el sistema. La recaudación, que gracias al sistema aumenta en volumen y celeridad en ser ingresada a las arcas del estado, se verá reducida debido a los daños y perjuicios que le serán reclamados a éste por su incorrecta, desmedida, y en muchos casos, injustificada aplicación.

Las retenciones, cuando son aplicadas en forma correcta en su monto y sujeto afectado, no son un elemento menor con el que cuenta el Estado para su financiación, sino que le permiten una recaudación más simple y rápida. Colaboran con el desarrollo de la actividad de los entes dependientes de los distintos gobiernos y el cumplimiento de los fines del Estado. Pero cuando, con el afán de aumentar la recaudación, se cae en un sistema que viola principios constitucionales, genera situaciones injustificables, y puede derivar en una avalancha de juicios en contra de los gobiernos provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, dichas retenciones pasan a convertirse en algo muy negativo.

La abundante legislación tributaria, la multiplicidad de tributos, y su consecuente carga fiscal sobre el ciudadano, la falta de conocimiento por parte de la población en general de la materia impositiva, acompañados con la creación del SIRCREB, con todas sus falencias en su implementación, conllevan a una clara posición de abuso de poder por parte del sujeto activo. El mismo puede, a la espera de que no sean advertidas las operaciones de retenciones por la ciudadanía, continuar su enriquecimiento injustificado y, en muchos casos confiscatorio.

En razón de las observaciones realizadas, consideramos que el sistema SIRCREB debe ser eliminado o reformulado en forma urgente. No pueden escapar a su programación y

funcionamiento los hechos que han sido analizados en el presente trabajo. La realidad económica de las personas (físicas y jurídicas) debe ser contemplada en forma previa a la implementación de sistemas automáticos de retenciones, y no pueden dejar de considerarse las múltiples y especiales circunstancias por las cuales una transacción bancaria puede realizarse, caso contrario podemos inferir una postura abusiva por parte del Estado, la cual deviene en una clara violación a la normativa constitucional. Resultan más seguras las retenciones y percepciones realizadas por agentes al momento de realizar una operación alcanzada por el impuesto sobre los ingresos brutos, junto con las declaraciones juradas mensuales, que no dejan de ser exigidas a los contribuyentes con la implementación del SIRCREB, y el pago de los importes correspondientes, ya que se permite una mayor posibilidad de ejercer el derecho de defensa, efectuar una precisa liquidación y, finalmente, no verse privado de la propiedad sin justa causa ni indemnización de ningún tipo.

Bibliografía consultada.

Doctrina

- Spisso, R. R., (2.000). *Derecho Constitucional Tributario*, (2ª Ed.), Depalma, Buenos Aires.
- Borgonovo, F. y Cabanillas, E., (1.995). *El Federalismo Fiscal a partir de la Reforma Constitucional*, Asociación Mutual Federal de Empleados de la Dirección General Impositiva de la República Argentina, Buenos Aires.
- Soler, O. H., (2.003). *Abuso del Estado en el ejercicio de la potestad tributaria*, La Ley, Buenos Aires.
- Valdés Costa, R., (1996). *Curso de Derecho Tributario*, Depalma – Temis – Marcial Pons, Santa Fe de Bogotá.
- Villegas, H. B., (2001). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, (7ª Ed., ampliada y actualizada), Depalma, Buenos Aires.
- Bidart Campos, G.J. (2.006), *Manual de la Constitución Reformada*, (5ª reimp.), Ediar, Buenos Aires.
- Magallón Ibarra, J.M. (2.000), *Derechos del Propietario*, U.N.A.M., México D.F.

Revistas jurídicas electrónicas

- Almada, L. y Matich, C., (2008). El régimen de recaudación sobre acreditaciones bancarias y su desvinculación del hecho imponible del impuesto sobre los Ingresos Brutos. <http://www.fiscalex.com.ar/articulos-publicaciones/fl59.htm>
- Navarrine, S.C., (2012). Las causales del embargo preventivo y la inhibición general de bienes en las pautas establecidas para su procedencia por la AFIP. www.checkpoint.laleyonline.com.ar
- Spisso, R.R., (2012). Competencia originaria de la Corte Suprema en materia tributaria. Cuestión federal relevante.

<http://derechotributario.joseluiscavalieri.com/2012/11/competencia-originaria-de-la-corte.html>

Jurisprudencia

- Juzg. Cont-Adm. y Trib. N°1 C.A.B.A., “Badino Turismo S.A. c/ GCBA, y otros sobre Amparo A278-2013/0”.
- Juzg. Cont-Adm. y Trib. N° 3, Secretaría 6 C.A.B.A., “Minera IRL Patagonia S.A. c/ GCBA S/ Amparo (Art. 14 CCABA).”

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Código Fiscal de la Provincia de Mendoza
- Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires
- Ley N° 23548 de Coparticipación Federal de Recursos Fiscales
- Convenio Multilateral del 18/8/77

Otras

- Resolución 104/04 de la Comisión Arbitral
- T.S.J. C.A.B.A., “Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (dictamen del Ministerio Público Fiscal).