

Maestría y Especialización en Tributación

TALLER DE ELABORACION DEL
TRABAJO FINAL INTEGRADOR
PARTE II

***“INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS
DICTADAS POR EL P.E.N. RESPECTO DEL
IMPUESTO A LOS DEBITOS Y CREDITOS
BANCARIOS”***

Autor: Del Franco Santiago - **D.N.I.:** 35.218.258

Docente Titular: Telias Sara Diana

Código Materia: 5999

Curso: 1

Año: 2019

Período: 2

Tabla de contenido

1 - Introducción	4
2 - El Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios.....	6
2.1 - <i>Evolución Normativa</i>	7
2.2 - <i>Cuadro Resumen</i>	10
3 - Los Principios Constitucionales.....	12
3.1 - <i>El Principio de Legalidad en el Sistema Tributario</i>	13
4 - Vías procesales para impugnar las normas	15
4.1 - <i>Acción de Amparo</i>	15
4.1.1 – <i>Requisitos de Admisibilidad</i>	18
4.1.2 – <i>Plazo de Interposición.</i>	19
4.1.3 - <i>Derechos Amparados.</i>	20
4.2 - <i>Acción Declarativa de Certeza</i>	21
4.2.1 – <i>Requisitos de Admisibilidad</i>	22
4.2.2 - <i>Derechos Amparados.</i>	23
5 - Medidas Cautelares	25
6 - Análisis de Jurisprudencia	26
6.1 - <i>El Fallo Piantoni S.A.</i>	26
6.2 - <i>El Fallo Rebisco S.A.</i>	32
7 – Conclusión.....	38

8 - Referencias y Bibliografía	41
8.1 - <i>Jurisprudencia</i>	41
8.2 - <i>Doctrina</i>	41

1 - Introducción

El presente trabajo se plantea como principal objetivo demostrar y fundar una crítica respecto a la aplicación de normas reglamentarias dictadas por parte del Poder Ejecutivo que, por producir ampliaciones respecto a los hechos imposables alcanzados por los tributos nacionales, generan el incumplimiento de garantías provenientes de la Constitución Nacional.

Analizaremos en particular la Resolución General AFIP N° 1135/2001, sancionada por la Administración Federal de Ingresos Públicos el 07/11/2001, y mediante la cual se vulnera uno de los principios constitucionales de mayor relevancia, el principio de legalidad, en el caso de aplicación del impuesto a los débitos y créditos bancarios. A tal efecto, se repasará la evolución normativa del impuesto desde su origen y la recepción doctrinaria y jurisprudencial que ha tenido a lo largo de su existencia, donde se ha configurado como un tributo muy criticado pero que se mantiene vigente aportando cuantiosos recursos a las arcas fiscales.

En la actualidad, la cuestión que presenta mayor relevancia está dada por la configuración o no del hecho imponible alcanzado por el impuesto, en aquellos casos donde el contribuyente, por su actividad, percibe de sus clientes dinero en efectivo y afronta sus obligaciones mediante el depósito de los fondos en las respectivas cuentas bancarias de los terceros. Para las autoridades fiscales esta operatoria genera, de por sí, una omisión impositiva por parte del obligado quien, al no depositar el dinero percibido en su propia cuenta bancaria, evitaría el ingreso del tributo en cuestión configurándose así una causal de evasión. Así, vemos como la Administración Federal, amparándose en la Resolución General mencionada, busca ampliar el rango de alcance del impuesto, para luego realizar determinaciones de oficio persiguiendo la percepción de una mayor recaudación tributaria. Esta postura ha sido fuertemente rechazada por la doctrina especializada, posición que

podemos ilustrar empleando las palabras de Carlos M. Giuliani Founrouge, quien se pronunció en contra de las reglamentaciones cuando estas exceden su marco interpretativo, afirmando que *“los reglamentos no deben alterar o desvirtuar la ley, pero se ha dicho que pueden apartarse del texto literal de ella, siempre que se ajusten a su espíritu, pues en esa medida integran la ley, aunque la corte ha puesto límite, en excelente doctrina jurisprudencial, a los desvíos reglamentarios mediante resoluciones generales que no se ajustaban a los términos de la ley, invocando la cláusula constitucional según la cual la facultad reglamentaria debe ejercerse cuidando de no alterar el espíritu de las leyes de la Nación”*¹. Del análisis de algunas sentencias administrativas y judiciales podremos observar si esta “excelente doctrina jurisprudencial” se ha alcanzado para el caso del impuesto en cuestión.

Para ello, será necesario, a la vez, analizar las vías procesales admitidas para lograr la declaración de inconstitucionalidad por parte de los contribuyentes, teniendo en cuenta que el recurso de apelación ante el Tribunal Fiscal de la Nación no resulta una vía útil a tales efectos, atento a que el artículo 185 de la Ley de Procedimientos Tributarios establece que la sentencia del Tribunal *“no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas, en cuyo caso podrá seguirse la interpretación efectuada por ese Tribunal de la Nación”*.

¹ Giuliani Founrouge, C. M. (1997). *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, Volumen I, 6ª edición, p.89.

2 - El Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios

Fue el día 26 de marzo de 2001 que se publicó en el Boletín Oficial la Ley N° 25.413, denominada ley de competitividad, la cual creó el denominado impuesto a los débitos y créditos bancarios, ideado por el economista y ex Ministro de Economía Domingo Cavallo.

Pese a las críticas que mereció el impuesto, ello no obsta a que sea un tributo que aporta cuantiosos recursos a las arcas fiscales. Según anunció la Administración Federal de Ingresos Públicos, durante el año 2017, por esta vía se obtuvieron unos \$ 131.669 millones, con un aumento del 35% en forma interanual y un promedio mensual de 10.970 millones. En 2018, el ritmo de crecimiento fue incluso mayor superando los 14.000 millones promedio por mes. Se trata, después de los impuestos al valor agregado y a las ganancias, de la principal fuente de recaudación, lo que la hace difícil de eliminar. A esto se suma que el 29 de diciembre de 2017 se aprobó la Ley N° 27.432 por medio de la cual se prorrogó su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2022, inclusive, extendiendo de este modo su existencia por unos cuantos años más. Además, el decreto 409/2018, publicado el 04/05/2018, amplía los porcentajes para considerar y computar al impuesto a los débitos y créditos bancarios como pago a cuenta del impuesto a las ganancias.

Mucho se había hablado respecto al impuesto en los albores de la discusión de un posible proyecto de reforma tributaria que lo afecte, con comentarios referidos no sólo acerca del incremento del pago a cuenta sino también respecto a la eliminación del mismo por su condición de distorsivo, cuestión esta última que no se terminó concretando. Así, si bien en la reforma se omitió su tratamiento, fue mediante el mencionado decreto que se materializó el incremento de la manera esperada, haciendo al impuesto un tanto más aceptado por los contribuyentes. Sin embargo, este efecto podría considerarse tranquilamente como un

“placebo” si retomamos el análisis primordial de esta obra y descubrimos que el impuesto al débito y crédito bancario continúa ignorando bases constitucionales como las establecidas por los principios de capacidad contributiva y fundamentalmente de legalidad, por cuanto no sólo resulta distorsivo para la economía en general sino también jurídicamente incompleto para su aplicación a las prácticas económicas que pretende alcanzar. Teniendo en cuenta esta introducción al análisis del impuesto, pasaremos a continuación a analizar la evolución normativa que lo ha acompañado.

2.1 - Evolución Normativa

La Ley de Competitividad N° 25.413, sancionada el 26/03/2001, da origen al Impuesto a los débitos y créditos bancarios, tributo también conocido como “impuesto al cheque”. Acompañado de su decreto reglamentario N° 380/2001, publicado el 29/03/2001, surge como un impuesto de emergencia sancionado por el poder legislativo en ejercicio de sus funciones. Dentro de los campos de esta normativa, mediante el artículo 1 inc. a) de la ley se establece la creación de *“un impuesto cuya alícuota será fijada por el Poder Ejecutivo nacional hasta un máximo del seis por mil (6 ‰) a aplicar sobre los créditos y débitos en cuenta corriente bancaria”* delimitando así su objeto y alícuota aplicable. Luego se establece que el impuesto se devengará al efectuarse los créditos y débitos en las respectivas cuentas, y que se hallará a cargo de los titulares, actuando las entidades financieras como agentes de percepción del mismo.

La primer y más sustancial modificación del tributo se introduce el 30/07/2001 cuando mediante la sanción de la ley N° 25.453 se amplía su objeto, quedando alcanzadas según el artículo 3, no sólo las operaciones de créditos y débitos en cuentas bancarias de cualquier

naturaleza sino también *“todos los movimientos de fondos, propios o de terceros, aún en efectivo, que cualquier persona efectúe por cuenta propia o por cuenta y/o a nombre de otras, cualesquiera sean los mecanismos utilizados para llevarlos a cabo, las denominaciones que se les otorguen y su instrumentación jurídica”* como se indica en el inciso c). Estas situaciones ya habían sido previstas por el decreto reglamentario, al estar enunciadas como alcanzadas por el artículo 2, inc. b), pero al omitirse su mención en el cuerpo legal, resultó adecuada la modificación meses después. Además, se indica que, respecto a este nuevo caso, *“se entenderá que dichas operatorias y/o movimientos, reemplazan los créditos y débitos aludidos”* por el primer objeto y por lo tanto *“corresponderá aplicar el doble de la tasa vigente sobre el monto de los mismos”*. En cuanto a los sujetos, se establece que, por la aplicación de los nuevos hechos imposables, corresponderá que todo aquel contribuyente que resulte alcanzado sea quien realice la operatoria e ingrese el impuesto. Por último, se faculta al Poder Ejecutivo Nacional a definir el alcance de los hechos gravados en todos los supuestos. Vemos así, cómo se amplía el rango del impuesto mediante esta nueva ley, dejándolo ajustado a las pretensiones del decreto reglamentario, y definiendo el objetivo del legislador con mayor precisión.

Como reacción a esta sustancial modificación, la Administración Federal de Ingresos Públicos emite la resolución general N° 1135/2001, publicada el 07/11/2001, mediante la cual establece con relación al impuesto sobre débitos y créditos en cuentas bancarias, los requisitos, plazos y demás condiciones que se deberán observar para la liquidación, ingreso e información del mismo a los efectos de alcanzar un marco íntegro de aplicación del impuesto. Sin embargo, no debe perderse de vista que es facultad del órgano tributario la emisión de resoluciones de carácter interpretativo, atribución que se ve superada en el artículo 43 de la

resolución donde, como disposición general, se trata un punto de fundamental análisis que luego será recogido ampliamente por la doctrina y jurisprudencia nacional. En este artículo, se indica que *“los movimientos o entrega de fondos comprendidos en el inciso b) del artículo 2° del Decreto N° 380/01 y sus modificaciones, son aquéllos que se efectúan a través de sistemas de pago organizados, existentes o no a la vigencia del impuesto sobre créditos y débitos en cuentas bancarias y otras operatorias, reemplazando el uso de las cuentas previstas en el artículo 1°, inciso a) de la Ley N° 25.413 y su modificatoria”*. Además, se aclara que *“lo dispuesto precedentemente resulta de aplicación, siempre que dichos movimientos o entrega de fondos sean efectuados, por cuenta propia y/o ajena, en el ejercicio de actividades económicas”*.

Mediante esta última norma, vemos cómo el fisco busca reglamentar el tributo, ya que, las definiciones anteriormente incluidas no resultaban suficientes para determinar con precisión el perfeccionamiento del hecho imponible en las prácticas comerciales. Sin embargo, se pierde de vista que, de acuerdo a lo enunciado por la Constitución Nacional en el artículo 4, solo son válidas las *“contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General”* siendo entonces una clara e indelegable atribución de este órgano *“imponer contribuciones indirectas como facultad concurrente con las provincias; imponer contribuciones directas, por tiempo determinado, proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación (sic)”* de acuerdo al inciso 2 del artículo 75. Además, el artículo 17 enuncia que *“ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley”* dando lugar así, al nacimiento del principio de legalidad.

Planteado este marco legal, del análisis del mismo comenzarán a surgir en la práctica casos que han suscitado la existencia de posiciones encontradas y que aún en la actualidad no

han podido llegar a ser resueltas. La posición que acusa “falta de legalidad” para la determinación de los hechos imposables del impuesto al débito y crédito bancario no sólo es la que avalamos sino también la que más ha movilizó a la doctrina y a la jurisprudencia con el paso del tiempo. Sin embargo, ha sido la propia Corte Suprema de Justicia la que se ha encargado de desestimar este postulado: el tributo goza de legalidad de acuerdo a lo enunciado como parte de sus sentencias.

2.2 - Cuadro Resumen

A modo de resumen, a continuación incluiremos un cuadro sintético incluyendo los puntos más importantes respecto a la desarrollada evolución del impuesto:

Normativa	Publicación	Descripción	Detalle
Ley N° 25.413	26/03/2001	Ley de Competitividad	<i>Creación del Impuesto a los débitos y créditos bancarios (impuesto de emergencia).</i>
Decreto Reglamentario N° 380/2001	29/03/2001	Reglamentación del Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios	<i>El impuesto gravará con una alícuota del seis por mil (6 ‰) a los débitos y créditos en cuentas corrientes bancarias.</i>
Ley N° 25.453	30/07/2001	Modificación del Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios	<i>Quedan alcanzados todos los “movimientos de fondos” que cualquier sujeto efectúe por cuenta propia o de terceros, aun en efectivo.</i>
Resolución General N° 1135/2001	07/11/2001	Ampliación del Objeto del Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios	<i>Debe entenderse por “movimientos de fondos” gravados a aquellos que se efectúen a través de un “sistema de pagos</i>

			<i>organizado” que reemplacen el uso de cuentas bancarias.</i>
Ley N° 27.432	29/12/2017	Prorroga del Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios	<i>Se extiende vigencia del impuesto hasta el 31 de diciembre de 2022.</i>
Decreto N° 409/2018	07/05/2018	Cómputo del Impuesto a los Débitos y Créditos Bancarios	<i>Aumenta el porcentaje habilitado para considerar al impuesto como pago a cuenta del impuesto a las ganancias.</i>

Vemos como, mediante la Resolución General N° 1135/2001, el fisco busca dejar reglado el alcance del tributo cuya recaudación le es inherente. Sin embargo, sustancialmente se pierde de vista que, de acuerdo a lo enunciado por la Constitución Nacional solo son válidas las contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso General a la población, siendo entonces una clara e indelegable atribución de este órgano imponer contribuciones directas, por tiempo determinado y en forma proporcionalmente igual en todo el territorio de la Nación. Esta noción es a partir de la cual se funda el principio constitucional de legalidad al que nos avocaremos en esta obra.

3 - Los Principios Constitucionales

Para entender mejor a qué apuntamos mediante este escrito, resulta prudente analizar previamente a que nos referimos cuando hablamos de los principios constitucionales de la tributación, que emanan de nuestra Carta Magna, y cuáles son los preponderantes a la hora de analizar dictámenes jurisprudenciales sobre la determinación del impuesto al débito y crédito bancario. Allí recién nos toparemos con el principio constitucional de legalidad.

Afirma Dino Jarach en su obra “Finanzas Públicas y Derecho Tributario” que los principios constitucionales de la imposición son *“aquellos postulados que se asumen como limitadores u orientadores de las decisiones estatales en cuanto a la adopción de determinados impuestos y su configuración”*. Además, indica que *“dichos principios son, a veces, simples reglas empíricas formuladas por la doctrina”* y que *“a veces, los principios, coincidentes o análogos a los doctrinales son recogidos por las cartas constitucionales y, por tanto, adquieren un carácter jurídico y dan lugar a pronunciamientos jurisprudenciales que, en algunos casos, divergen sustancialmente de la elaboración científica de los principios que les dieron origen”*². De esta forma se explica la fuerte relación existente entre los principios derivados de la Constitución Nacional Argentina y el conjunto de sentencias, decisiones y fallos dictados por los tribunales de justicia en materia tributaria. Como veremos, esta relación, no siempre resultará armoniosa, puesto que el aparato tributario argentino, se ha caracterizado muchas veces por ignorar principios constitucionales básicos, lo que ha dado a los tribunales de justicia mucha tela por cortar.

² Jarach, D. (1996). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 3ª Edición, p.297.

3.1 - El Principio de Legalidad en el Sistema Tributario

Uno de los pilares de los principios constitucionales es el principio de legalidad o reserva de ley. Según este principio, se afirma que no puede existir tributo sin ley previa que lo establezca. De acuerdo a Hector Villegas, “*el principio de legalidad significa que los tributos se deben establecer por medio de leyes, tanto desde el punto de vista material como formal, es decir, por medio de disposiciones de carácter general, abstractas, impersonales y emanadas del Poder Legislativo*”³. El principio de legalidad o de reserva de ley no es sólo una expresión jurídico formal de la tributación, sino que constituye una garantía substancial en este campo, en la medida en que su esencia viene dada por la representatividad de los contribuyentes, algo totalmente natural en una democracia interna pero que ha resultado subrepticamente eludido por la política fiscal de los gobiernos. Desarrollaremos en esta obra algunos casos donde quedará marcada por la jurisprudencia la falta de aplicación del principio de legalidad, quedando éste vulnerado en las disposiciones tributarias argentinas.

La falta de claridad y determinación de las normas dará lugar a fallos controversiales como el de la causa “Piantoni Hnos. S.A.” por la falta de aplicación del principio de legalidad en la sanción de normas de los sistemas tributarios. También la falta de consideración por el sentido de equidad y realidad económica, pilares de la capacidad contributiva, en la aplicación de los impuestos generará imposiciones no solo injustificables sino también repetitivas, como se plantea, novedosamente, contra el caso de determinación del impuesto a los débitos y créditos bancarios sobre la firma “Rebisco S.A.” Fundamentalmente a raíz del análisis de estas dos causas, pasaremos a demostrar los desperfectos del impuesto pero no solo por cuanto a su constitución como imposición que resulta contraria al sentido de

³ Villegas, H. B. (1999). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 7ª Edición, ampliada y actualizada (2001), p.190.

capacidad contributiva que se debe garantizar en el sistema tributario, sino además desde el punto de vista de cómo su aplicación extendida o ampliada como tributo nacional resulta adversa al principio de legalidad para todos los casos en los que se pretenda imponer.

Es necesario afirmar, además, que corresponde, como atribución de los órganos legislativos y también judiciales, adecuar y garantizar el contenido del principio de legalidad en las leyes tributarias, ya que no sólo se necesita del legislativo para la selección y delimitación de manifestaciones de riqueza que resultarán imponibles sino que también luego, se deberá “*establecer la vinculación entre el presupuesto de hecho generador de la obligación y la existencia efectiva de capacidad económica que le atribuya contenido*”⁴ y esto será atribución de la justicia nacional, como lo afirma en el manual “Estudios de Derecho Constitucional Tributario” el autor Alberto Tarsitano.

Sin embargo, ha sido la propia Corte Suprema de Justicia, órgano judicial máximo, la que se ha encargado de desestimar este postulado de inconstitucionalidad, afirmando que el tributo goza de legalidad en todos sus ámbitos de acuerdo a lo enunciado como parte de sus sentencias.

⁴ Tarsitano et al. (1994). *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, p.337.

4 - Vías procesales para impugnar las normas

Adentrándonos al análisis del porqué de las sentencias adversas y la falta de declaración de inconstitucionalidad en los casos donde mediante la determinación del impuesto se vulnera el principio de legalidad, nos abocaremos al análisis de antecedentes jurisprudenciales relevantes. Para comprenderlos, resulta necesario considerar en forma previa, las vías procesales para obtener una declaración de inconstitucionalidad. Dichas vías son dos de los denominados procesos constitucionales, a saber: la acción de amparo y la acción declarativa de certeza. Estos procesos, representan un freno al desconocimiento del fisco de los principios constitucionales de la tributación, motivados en su imperiosa necesidad de cubrir "baches" fiscales de la recaudación.

En este trabajo, nos enfocaremos al caso del impuesto a los débitos y créditos bancarios, por resultar un ejemplo ilustrativo del exceso en el ejercicio de facultades del Poder Ejecutivo Nacional en materia tributaria.

Si bien han sido muchos los casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha hecho lugar a planteos de impugnación de normas a través de la acción de amparo y la acción declarativa de certeza, estas aún no han sido empleadas de forma adecuada por los contribuyentes para los casos del impuesto a los débitos y créditos bancarios. La explicación, según mi opinión, radica en el alto costo de litigar que involucran estos procesos.

4.1 - Acción de Amparo

Por sus características, se sostiene que la acción de amparo es el remedio procesal más trascendente a los fines de tutelar derechos constitucionales individuales o colectivos. La acción de amparo, tiene carácter excepcional y residual, y está prevista por el artículo 43 de la

Constitución Nacional. Puede tener aplicación en materia tributaria, ya que dicha norma dispone que toda persona puede interponerla, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley. Ha sido conceptualizada como la acción rápida y expedita destinada a proteger los derechos y libertades que, por ser diferentes de la libertad corporal o física, escapan a la protección judicial por otra vía.

En cuanto a su evolución, en nuestro país, hasta el año 1957 el amparo no sólo no estaba previsto en el ordenamiento constitucional, ni en el procesal, sino que tampoco era admitido por la jurisprudencia. Recién en tal año, la Corte Suprema de Justicia comenzó a admitir la acción, aplicándola por primera vez en la sentencia del fallo “Siri Angel” de fecha 27/12/1957.

Luego se sucedió una interesante evolución jurisprudencial que precipitó el dictado de la Ley 16.986 en el año 1966, donde se la regula para aquellos casos de actos u omisiones provenientes de autoridades públicas, pero vedando expresamente su admisibilidad para la declaración de inconstitucionalidad de una norma. Posteriormente, la acción se incorpora al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación como supuesto de aplicación del proceso sumarísimo, llegando luego al actual ordenamiento de tal Código donde se la incluye como admisible también en los supuestos en que la acción lesiva provenga de un particular.

Pero no fue sino hasta la reforma constitucional de 1994, a través de la incorporación del artículo 43, que el amparo recibió jerarquía constitucional, ampliando los supuestos de admisibilidad y consagrando su procedencia como acción de inconstitucionalidad.

El primer párrafo del artículo 43 explicita los requisitos para la procedencia y admisibilidad de la vía, y sus características procesales, a las que nos avocaremos mas adelante.

El segundo párrafo introduce la denominada "acción colectiva de amparo", novedosa en nuestro medio, pero cuya procedencia en materia tributaria debe ser evaluada en forma extremadamente cuidadosa.

El tercer párrafo se refiere a una especie particular de acción de amparo, el hábeas data, que puede resultar de utilidad en materia tributaria en algunas situaciones particulares ante acciones u omisiones del Fisco en el tratamiento de los datos del contribuyente obrantes en sus registros, especialmente cuando los mismos se dan a publicidad. Su finalidad es brindar un medio rápido y expedito de protección en aquellos casos en los que la persona, de existencia física o ideal, no pueda acceder al conocimiento de los datos a ella referidos, obrantes en registros o bancos de datos públicos o privados, o se le niegue información acerca de la finalidad de tales datos. Asimismo, procede en caso de falsedad de los datos o discriminación en base a los mismos, a efectos de obtener su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización.

Finalmente, el cuarto párrafo se refiere a una acción que, si bien mantiene algunas características en común con el amparo, posee dimensiones y propósitos específicos, en tanto tiende a preservar la libertad física y corporal; es la acción de hábeas corpus. El amparo y el habeas corpus tienen similitudes: ambos se caracterizan por un proceso sumario y expedito, que no puede ser demorado con motivo de la necesidad de pruebas complicadas, que requieran para su producción de un juicio ordinario. La diferencia entre estos institutos radica en que, mientras el habeas corpus está dirigido a proteger la libertad física o ambulatoria, el

amparo tiene como propósito la defensa de todos los demás derechos. Esta ha sido la posición dominante que puede extraerse de numerosas sentencias.

4.1.1 – Requisitos de Admisibilidad. La admisibilidad se refiere, simplemente, a la procedencia formal de la acción, es decir a que la misma sea admitida en cuanto a su tratamiento en razón de reunir los requisitos establecidos por la normativa aplicable. Una acción declarada admisible puede desembocar luego en una resolución favorable o en una desfavorable a las pretensiones deducidas. Las condiciones de admisibilidad son:

- a) La inexistencia de otro medio judicial más idóneo para proteger el derecho o la libertad lesionados.
- b) La actualidad o la inminencia de lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley.
- c) La arbitrariedad o la ilegalidad manifiesta del acto o de la omisión lesivos provenientes de particulares o de la autoridad pública.

La primera de las condiciones reviste particular importancia. Desde la misma creación pretoriana de la acción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado invariablemente que la acción de amparo constituye una vía procesal restrictiva, conclusión que, en principio, no se ha modificado. Que no debe existir otro medio judicial más idóneo significa que la acción de amparo, en principio, será inadmisibile cuando la libertad o el derecho lesionados puedan ser preservados eficaz e íntegramente mediante medidas cautelares mientras se sustancia otro tipo de proceso, como por ejemplo una acción meramente declarativa o un proceso ordinario. Además, la complejidad de las cuestiones de hecho a debatir o las pruebas a producir deben ser de tal envergadura o magnitud que se haga imposible la prosecución del trámite sumarísimo, atento a los plazos abreviados y perentorios

del mismo, y al acotamiento de los actos procesales susceptibles de ser realizados. Además, no se debe perder de vista que, como contrapartida del derecho del amparista, debe preservarse también el derecho de defensa de la contraparte, como sería en materia tributaria, por ejemplo, la AFIP. Si tal derecho de defensa se ve afectado en razón de las circunstancias apuntadas, la acción de amparo sería inadmisibile.

Con respecto a la cuestión relativa a la actualidad o inminencia de la lesión al derecho o a la libertad reconocida, consideramos oportuno señalar que no obsta a la admisibilidad del amparo el hecho de que el perjuicio aún no se haya sufrido, bastando demostrar que éste es inminente.

Además, es condición para la procedencia de la acción de amparo que exista arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el acto o en la omisión lesiva. Esto significa, básicamente, que no se requiera un amplio debate con respecto a los hechos o al derecho aplicable para dilucidar la arbitrariedad o la ilegalidad. A menudo, la demostración de estos extremos se logra vinculando el acto o la omisión como agentes causales directos de la violación de un derecho o de una garantía constitucional. El vocablo "manifiesta" es clave en la cuestión: algo es manifiesto cuando aparece ante un simple análisis, es decir, cuando resulta evidente.

4.1.2 – Plazo de Interposición. Cabe incluir, como parte de los requisitos, que la acción debe promoverse dentro de los quince días hábiles contados a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse. Así lo establece el artículo 2 de la Ley 16.986.

En este punto, resulta de interés lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Tejera, Valeria Fernanda c/ANSeS" del 22/03/2018. Mediante el mismo, revocando una resolución previa, la Corte hizo lugar a una acción amparista ejercitada por la madre de una menor discapacitada persiguiendo la rehabilitación del beneficio de asignación

universal por hija menor que le había sido suprimida, invocando como razón puntual que la prestación solicitada era de carácter periódico y que, en consecuencia, no podía aplicarse en contra de los intereses de la peticionante el plazo de caducidad de quince días hábiles reglamentado por la ley 16.986. La cuestión sometida a controversia versa sobre la protección de derechos que trascienden el plano patrimonial y comprometen la salud y la supervivencia misma de los reclamantes, por lo que compete a los jueces la búsqueda de soluciones que se avengan a estas, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas, a fin de evitar que la incorrecta utilización de las formas pueda conducir a la frustración de derechos tutelados constitucionalmente.

4.1.3 - Derechos Amparados. Cualquier derecho establecido en la Constitución Nacional es susceptible de ser protegido por la vía del amparo. Se reconoce legitimación activa para la promoción del amparo, en los casos de cualquier forma de discriminación y en lo relativo a la protección de cualquier tipo de derecho.

Así, por ejemplo, la Justicia ha puesto coto al actuar ilegítimo de los funcionarios del Organismo Fiscal, advirtiendo el uso de medidas de tipo extorsivas como es el caso del impedimento de otorgar o invalidar una CUIT por requerir ciertas condiciones que no se encuentra regladas como requisitos. Por más loable que pueda ser la intención del funcionario público, tendiente por lo general a lograr regularizar situaciones tributarias de sujetos interesados en esa CUIT, el mismo no puede transgredir el ordenamiento jurídico, debiendo siempre respetar la normativa vigente. De lo contrario, estaríamos en presencia de vías de hecho administrativas no compatibles con el principio de legalidad descripto previamente. No se encuentra el Fisco facultado para requerir el cumplimiento de obligaciones tributarias diferentes de aquellas que la normativa prevé.

Vemos como el amparo puede constituir una vía eficaz cuando la autoridad pública, a partir de la sanción o aplicación de una norma o acto administrativo manifiestamente ilegítimo o arbitrario, vulnera un derecho constitucional del contribuyente. Dentro del elenco de garantías constitucionales en materia tributaria, la vulneración del principio de legalidad en todas sus facetas, es una de las cuestiones que presentan una mejor perspectiva, ya que no requieren un gran despliegue probatorio y por ende resultan totalmente aptas para la implementación de esta acción. Por el contrario, no resulta tan aconsejable en los casos que exigen un examen profundo a partir de la producción de la prueba, tales como los de vulneración del principio de capacidad contributiva.

En función a lo expuesto, entonces, estamos en condiciones de afirmar que para nuestro caso de análisis, la vía adecuada para lograr la impugnación de una norma por resultar inconstitucional al vulnerar el principio de legalidad, es la de la acción de amparo, por tratarse del proceso constitucional válido y adecuado a emplear por los contribuyentes afectados por los casos de aplicación del decreto 1135/2001 sancionado por el fisco.

4.2 - Acción Declarativa de Certeza

La acción declarativa de certeza se encuentra contemplada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación desde su origen. Su inclusión en el ordenamiento procesal civil es indicativa de que no fue concebida, en origen, para su aplicación a las relaciones regidas por el derecho público. Tiene por objeto hacer cesar un estado de incertidumbre, sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente.

La acción declarativa de certeza, o meramente declarativa, al igual que el amparo, tiene una finalidad preventiva. El proceso en el cual se plantea la acción meramente declarativa tiene como objeto procesal la obtención de una sentencia que declare el derecho aplicable. Es decir que, este tipo de acción no es de condena, sino que se limita a despejar el estado de incertidumbre, a partir de la mera declaración del derecho. No se condena el cumplimiento de una prestación (sentencia de condena), ni se modifica o constituye un estado jurídico (sentencia constitutiva).

4.2.1 – Requisitos de Admisibilidad. Conforme con la definición legal, para la procedencia de la vía declarativa, se requiere:

- a) Estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidad de una relación jurídica
- b) Que la incertidumbre pueda producir perjuicio o lesión actual
- c) Inexistencia de otro medio legal idóneo

En cuanto al primer requisito, en los términos de la Corte Suprema, esto significa la existencia de un caso concreto que busque precaver los efectos de un acto en ciernes lesivo del régimen constitucional. En materia tributaria, la existencia del caso se configura cuando existe una actividad de la Administración tendiente a la percepción del tributo.

Respecto al estado de incertidumbre, por la naturaleza preventiva de la acción, no se requiere para su procedencia que el perjuicio se haya materializado sino que exista un acto en ciernes, materializado a partir de la pretensión fiscal. En el caso de que se concrete el perjuicio, la acción declarativa no es procedente porque pierde su efecto preventivo.

El último punto significa que, tal como ocurre con el amparo, la vía de la acción declarativa es de carácter residual, de modo que sólo puede acudir a ella cuando no exista otro remedio apto.

4.2.2 - Derechos Amparados. A diferencia de lo que ocurre con el amparo, la demanda declarativa no exhibe restricciones en materia probatoria. En consecuencia, el debate es amplio. Puede tramitar como procedimiento ordinario, sumario o sumarísimo.

Además, no existe plazo para la interposición de esta acción, sin perjuicio de lo cual debe tenerse en consideración que el momento procesal oportuno para el planteo, de acuerdo con los requisitos enumerados, se edifica sobre un delicado equilibrio, ya que, por un lado, debe existir el caso, para lo cual, según lo explicado, en el ámbito tributario, la pretensión fiscal debe haberse cristalizado, y, por el otro, el perjuicio no debe estar configurado porque, en tal caso, ya se habrá perdido el estado de incertidumbre que la acción tiende a evitar.

La acción declarativa de certeza puede ser marco procesal apto para descalificar normas o actos violatorios de nuestra Carta Magna de carácter amplio. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha admitido en numerosos fallos la utilización de la acción meramente declarativa de certeza como medio procesal idóneo para dilucidar la inconstitucionalidad de una norma o un acto. El Supremo Tribunal requiere siempre, como condiciones ineludibles para el tratamiento que se trate, que la declaración de certeza no tenga carácter simplemente consultivo, no importe una indagación meramente especulativa y responda a un “caso judicial” que busque precaver los efectos de un acto en ciernes, al que se atribuya ilegitimidad y lesión al régimen federal.

En razón de la amplitud mencionada, y teniendo en cuenta que el amparo, en principio, resultaría inadmisibles en cuestiones que requieren considerable debate de hechos y

producción de pruebas, resulta prudente evaluar esta vía en materia tributaria, puesto que, a menudo, las problemáticas planteadas en esta área suelen ser complejas. Así, la acción declarativa ha demostrado eficacia, por ejemplo, en los casos en que una pretensión fiscal local se contrapone con una o varias normas federales o agravia directamente el texto constitucional. Sin embargo, y de acuerdo con la doctrina judicial vigente, es controvertida su receptividad en materia de tributos nacionales, por considerarse que la ley 11683 es la vía específica que la desplaza.

A modo de síntesis, debemos señalar que para el caso del impuesto analizado en esta obra, la acción de amparo resulta la vía más idónea incluso al compararla con la acción declarativa. La acción de amparo, que desde 1994 ha sido elevada a jerarquía constitucional, tiene como principal ventaja que se prevé como una vía rápida y expedita, mientras que la acción meramente declarativa, se presenta como un procedimiento de conocimiento, lo cual supone, en principio, que su trámite podría resultar más largo que el del amparo. Además, la acción de amparo resulta la adecuada para controvertir respecto a la aplicación del principio constitucional de legalidad, ya que se trata de una cuestión que, al menos en un principio, no representa la obligación de producir un importante volumen de prueba. Sin embargo, la procedencia del amparo, debe analizarse cuidadosamente ya que a menudo en el área tributaria se ventilan cuestiones con importante complejidad fáctica, sobre las cuales es necesario producir abundante prueba. Ello puede derivar en su inadmisibilidad y en ese caso sí optar por la acción meramente declarativa, ya que presenta como ventaja, con respecto al amparo, la posibilidad de amplio debate de hechos y producción de prueba.

5 - Medidas Cautelares

Las acciones vistas en la sección anterior pueden ser interpuestas acompañadas de una medida cautelar, como por ejemplo, la prohibición de innovar, el embargo o el secuestro a fin de que, en tanto no se resuelva el fondo de la cuestión se preserve provisionalmente el derecho o la libertad que se arguyen lesionados o restringidos. A los efectos de la procedencia de la cautelar, el amparista deberá probar, "prima facie", la verosimilitud del derecho invocado, y el peligro en la demora, de manera que aguardar a la resolución de la acción haría ilusoria la protección del derecho o de la libertad que se pretende resguardar, y prestar la contracautela que fije el Magistrado en previsión de los eventuales daños que pudiera sufrir la contraparte, y de las eventuales costas vinculadas con la tramitación de la cautelar.

La solicitud de la cautelar, juntamente con la promoción del amparo, es particularmente importante en materia tributaria, porque, de tal manera, el contribuyente se asegura de que el Fisco se abstendrá de modificar la situación existente antes de tal solicitud hasta tanto se resuelva el amparo.

Como vemos, las opciones brindadas a los contribuyentes, vía procesos constitucionales válidos, para suspender y evitar lesiones, y obtener la declaración de inconstitucionalidad de una norma tributaria que se configura a partir de una decisión arbitraria del fisco vulnerando principios constitucionales, son varias. Está en los contribuyentes su correcta implementación a los efectos de alcanzar los fines deseados. Pasemos ahora a analizar si, para el caso del impuesto que nos ocupa, el impuesto a los débitos y créditos bancarios, las vías fueron empleadas y el presupuesto planteado de "falta de legalidad" fue alcanzado y determinado por los órganos judiciales.

6 - Análisis de Jurisprudencia

Desarrollaremos en esta obra, algunos casos donde quedará marcada la falta de aplicación del principio de legalidad, quedando éste vulnerado en las disposiciones tributarias argentinas. Del análisis de 2 casos, “Piantoni Hnos. SACIFI” y “Rebisco S.A.”, y de las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales conformadas en base a ellos, obtenemos distintas posturas respecto a la gravabilidad y aplicación del impuesto a los débitos y créditos bancarios.

6.1 - El Fallo Piantoni S.A.

La empresa Piantoni Hnos. SACIFI y A. es una sociedad que se dedica a la distribución mayorista de cigarrillos y productos de tabaco, adquiriendo la mercadería de la fábrica productora, Massalin Particulares S.A., para su colocación en el mercado minorista. La causa tiene su origen a partir de la práctica de Piantoni Hnos. de depositar en forma regular, dinero en efectivo en la cuenta bancaria de su proveedora en el marco de la relación contractual que unía a ambas partes, lo que derivó en un movimiento de fondos que refleja el ejercicio de una actividad económica, y en el cual fue reemplazada de ese modo, la utilización de las cuentas bancarias del contribuyente.

En tales condiciones, y conforme la inteligencia asignada por la ley 25.413 y modificaciones, el fisco concluye en que la aludida modalidad de pagos se encuentra alcanzada por el impuesto al débito y crédito bancario, sin que obste a dicha conclusión la circunstancia de que la actora haya cancelado otras de sus obligaciones mediante otros medios de pago, ya que la normativa aquí examinada no requiere la existencia de uniformidad para determinar la configuración de un sistema de pagos. Esto da origen a la

aplicación de una determinación de oficio por parte del fisco y de la presentación de un recurso de apelación por parte de la sociedad Piantoni Hnos. SACIFI objetando la medida.

La empresa actora afirma que los referidos depósitos en efectivo en la cuenta bancaria de sus proveedores no configuran, contrariamente a lo sostenido por el organismo fiscal, el hecho imponible del impuesto pretendido y funda su afirmación en que los pagos en cuestión no conforman, según lo exige la normativa aplicable, un “sistema de pagos organizado” tendiente a impedir la bancarización de las operaciones para reemplazar el uso de las cuentas bancarias. Por el contrario, se deben a una modalidad particular, típica, lógica y básica de operar comercialmente en el mercado, consistente en cobrar un monto de dinero y depositarlo en una cuenta bancaria ajena. Además, agrega que existe una esfera de libertad que permite a los contribuyentes arreglar sus negocios de la manera más acorde a sus intereses, destacando la distinción entre “economía de opción”, “evasión” y “omisión tributaria”. Tampoco mediante la aplicación del principio de la realidad económica se puede concluir la configuración del hecho imponible, ya que la empresa sometió sus actos a las estructuras jurídicas autorizadas para configurar su intención económica, agraviándose de la actitud fiscal que prescinde de dicha forma y la obliga a tributar un impuesto que no le corresponde por tratarse de una simple transacción financiera.

Por otra parte, plantea la violación de principios constitucionales tributarios. En este sentido y en primer lugar, el decreto reglamentario 380/01 de la norma tributaria en cuestión, en tanto modifica la normativa establecida por la ley 25.413, desnaturaliza el impuesto por ella creado al ampliarlo de manera indeterminada y resulta violatorio del principio de legalidad. Por otro lado, sostiene que se ha vulnerado el principio de capacidad contributiva, al hacer recaer el impuesto en cuestión sobre los pagos efectuados en efectivo cuando ya lo

ha abonado por los pagos efectuados con cheque. Sostiene asimismo la violación a dicho principio ante la desproporción del gravamen que se le exige. Vale recordar que corresponderá aplicar el doble de la tasa vigente del impuesto para este supuesto de gravabilidad.

A raíz de ello, es el Tribunal Fiscal de la Nación quien primero se expide sobre la causa. Indica el Tribunal que, en virtud de los argumentos expuestos, corresponde revocar la resolución recurrida, fallando a favor de la empresa actora.

Sin embargo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, al revocar la decisión del Tribunal Fiscal de la Nación, mantiene la resolución emitida por la División Recursos de la Dirección Regional Mar del Plata AFIP-DGI por medio de la cual se determinó de oficio la obligación tributaria a la empresa Piantoni Hermanos SACIFI en concepto de impuesto a los créditos y débitos en cuentas bancarias, correspondiente a los períodos 04 a 06 de 2003, con más intereses resarcitorios y multa por el tributo omitido. En más reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 12/12/2017, se acepta este criterio, confirmando así la sentencia.

Para resolver de esa manera, ponderó la Corte que la resolución determinativa dictada por el organismo fiscal se sustentó en que el movimiento de fondos verificado entre la actora y su proveedor constituía un sistema organizado de pagos, alcanzado por el referido tributo, atento a que la contribuyente había adoptado como modo habitual para cancelar las facturas de aquel proveedor, el depósito en efectivo en las cuentas de éste. A raíz de esto, afirma que mediante la aplicación del decreto 380/01 y la resolución general AFIP 1135/2001 se precisa el alcance del aludido tributo, creado por la ley 25.413, cumpliendo así con el principio de legalidad para la determinación del tributo ya que, los sujetos obligados, la base imponible y las

exenciones han sido expresamente establecidas por una ley, en sentido formal y material, emanada del Congreso de la Nación. No hay vulneración del principio en la concepción de la Corte.

A esta postura suscribe con su voto el ministro Carlos Fernando Rosenkrantz, quien en su escrito explica además que la amplitud del hecho imponible consagrado en la ley 25.413 en su actual redacción no es producto de un descuido legislativo, sino que es una consecuencia de la aspiración de diseñar un tributo de gran generalidad que abarque muchas conductas específicas diferentes, por lo tanto, no puede Piantoni Hnos. alegar falta de legalidad ya que esta no existe para el tributo en cuestión.

Bien vale hacer referencia a continuación, a la opinión en disidencia del por entonces presidente de la Corte Suprema, Ricardo Luis Lorenzetti, quien expresa su contraposición al voto de la mayoría del máximo tribunal, postura que apoyaremos por encontrarla mucho más concordante con la realidad. Indica el Señor Presidente que, primero, la controversia hace necesario examinar la compatibilidad de las normas con las que la Constitución Nacional ha fijado para el establecimiento de gravámenes o mejor dicho, con los principios constitucionales que de ella emanan. Así, nuestra Carta Magna prescribe, de manera reiterada y como regla fundamental, que sólo el Congreso impone las contribuciones federales, prohibiendo a otro órgano o poder más que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas y, en forma concordante, afirma que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal válidamente creada de acuerdo a esta concepción. Sentado ello, se exige que una ley formal tipifique de manera completa el hecho que se considere imponible y que constituya la posterior causa de la obligación tributaria. En efecto, es de la esencia de este precepto la previsibilidad de las reglas en materia impositiva,

confiriendo un mandato constitucional al legislador para que elabore leyes tributarias claras y precisas, que permitan crear y determinar de manera cierta la obligación sin que resulte necesaria la interpretación de otro órgano de administración.

Teniendo presente el principio de legalidad, de la lectura de los artículos e incisos de la ley 25.413 y su modificatoria 25.453, surge que el legislador ha incumplido su mandato, pues la norma, por demás genérica e indeterminada, no contiene todos los elementos necesarios para producir el nacimiento de la obligación fiscal en el caso en cuestión. Siendo más, ello ha sido reconocido por el propio legislador que, consciente de la notoria vaguedad e imprecisión de los términos empleados, faculta al Poder Ejecutivo a definir el alcance definitivo de los hechos gravados luego de enumerarlos. Es decir, admite que el concepto "todos los movimientos", incluido por la ley 25.453, era indefinido y no resultaba idóneo para generar el efecto jurídico consistente en el nacimiento de la obligación. En este sentido, podemos asegurar que el principio de legalidad no está garantizado en la totalidad de casos de aplicación del impuesto a los débitos y créditos, siempre que los hechos alcanzados pretendan recaer sobre movimientos de fondos efectuados fuera de cuentas bancarias, y debido a las imprecisiones en el contenido formal de las normas para definirlos.

Por otra parte, continúa el presidente de la Corte analizando el caso considerando la RG 1135/2001 dictada por el organismo recaudador, mediante la cual busca definir el aspecto material del hecho generador de la obligación tributaria. De la misma resulta que, para que nazca la obligación, debe existir *"un sistema de pago organizado que reemplace el uso de las cuentas bancarias y que sea efectuado en el ejercicio de actividades económicas"*, lo que denota claramente que estos dos conceptos son elementos constitutivos de la hipótesis de incidencia tributaria. En el caso de Piantoni Hnos., sin la verificación de un "sistema de pago

organizado" que sea efectuado "en ejercicio de actividades económicas", no se configura el hecho imponible y, por ende, el contribuyente no resulta obligado, la deuda no surge.

Además, no puede admitirse, sin flagrante violación al principio de reserva de ley, que la definición de un aspecto sustancial del hecho imponible provenga de una disposición de rango infra legal.

Es por ello que, en concordancia con lo afirmado por el Dr. Lorenzetti, la sentencia apelada resulta contraria al principio de legalidad, ya que, no es el legislador quien termina tipificando los elementos esenciales del presupuesto de hecho, sino el fisco, justificándose en el argumento de una interpretación integral y armónica de las normas. Dicha interpretación, en realidad, no existe, o es al menos cuestionable ya que deja librado al criterio del organismo recaudador la descripción final del presupuesto de hecho, confiriéndole así, libertades para cumplir con su objetivo principal de recaudación. Por último, y ampliado el análisis de Lorenzetti, podemos concluir que la violación a los principios constitucionales no se genera únicamente por la falta de "legalidad" en el caso, sino también por la falta de consideración de capacidad contributiva, al determinarse la imposición en base a la reglamentación de un órgano sin potestad cuya finalidad es la de recaudar. Enfocando el análisis en la capacidad contributiva, nos remitiremos a continuación al caso "Rebisco S.A.", donde la intervención jurisprudencial tratará la falta de aplicación de este principio en el impuesto a los débitos y créditos para finalmente revocarlo. El desenlace es el esperado, pero el motivo, al diferir respecto al planteado en "Piantoni Hnos.", no lo es.

6.2 - El Fallo Rebisco S.A.

La firma Rebisco S.A. lleva adelante su actividad relacionada con prácticas de juegos de azar y apuestas en un bingo ubicado en la Ciudad de Florencio Varela, Provincia de Buenos Aires. El desarrollo de su actividad fue cedido mediante acuerdo, por la Sociedad de Bomberos Voluntarios de Florencio Varela, adjudicataria de la explotación originalmente. La misma incluye el juego de “bingo” o “lotería familiar gigante” y la explotación de las “máquina tragamonedas” o “electrónicas de juegos de azar”, reguladas por las leyes Provinciales N° 11.018 y 13.063, respectivamente. Mediante estas normas se reglamenta el ingreso de un canon que debe abonarse al Instituto Provincial de Lotería y Casinos (IPLyC), encontrándose obligada la firma prestadora del servicio a controlar y contabilizar la recaudación tanto de los sorteos de bingo como de las máquinas tragamonedas, realizar la liquidación vía web, imprimir la boleta y realizar el depósito del canon en un plazo de 72 horas. Ante esta situación, como lo recaudado en el juego es dinero en efectivo y el depósito debe efectuarse en el término perentorio mencionado, la empresa procede a depositar el canon directamente en la cuenta que el Instituto posee en el Banco de la Provincia de Buenos Aires, mientras que el resto de la recaudación es depositada sin excepciones en la cuenta bancaria propia, para luego poder afrontar el pago de obligaciones a los distintos proveedores, que se realizará principalmente mediante la emisión de cheques. Queda claro que, frente a los cortos plazos estipulados por la legislación provincial, no resulta posible a la firma depositar el dinero en cuenta propia para luego librar un cheque a la orden del citado Instituto, motivo por el que, para evitar intereses, la empresa realiza el depósito del canon directamente en la cuenta del Instituto Provincial, cumpliendo así con el ingreso de un canon

que no le resulta optativo al estar configurado como hecho imponible dentro de lo normado para el ejercicio de su actividad.

La causa se inicia cuando la sociedad interpone recurso de apelación contra cuatro resoluciones dictadas por la División Revisión y Recursos de la Dirección Regional Sur de la AFIP– DGI mediante las cuales se determina de oficio la materia imponible en el impuesto sobre los débitos y créditos en cuenta corriente bancaria, por los períodos fiscales 03/2005 a 12/2008, con más intereses resarcitorios y multas equivalentes a dos veces el importe del gravamen.

La sociedad recurrente, rechaza el ajuste fiscal por entender que se sustenta en normas inconstitucionales, dado que no se encuentra configurado el hecho imponible, habida cuenta de que no se acreditó un “sistema de pago organizado” por cuanto la imposición del tributo se contradice con el principio constitucional de legalidad, de igual manera que en la causa analizada previamente. Indica la actora, que con su conducta no intenta eludir el impuesto, fin que busca evitar la ley, sino realizar una elección legítima brindada por el ordenamiento jurídico fundamentada en su economía de opción.

Además, afirma la actora, que el “canon” tiene naturaleza tributaria ya que se trata de un recurso estatal derivado de una actividad monopólica del Estado Provincial, por lo que resulta un instrumento de gobierno destinado a satisfacer necesidades públicas, y, como tal, goza de inmunidad fiscal. Así, de acuerdo a esta visión, el impuesto goza de inmunidad fiscal, configurándose un supuesto de no sujeción, en cuanto a que no hay subyacente una capacidad contributiva gravable sobre ciertas actuaciones del Estado. La actividad estatal, busca directamente la consecución del bien común, es decir, lleva adelante cuestiones de alta política nacional o local y, por ende, debe quedar exenta de la imposición tributaria.

Contrariamente, el fisco afirma que la actora suplantó el depósito de los valores recaudados en sus propias cuentas bancarias para luego transferir los montos en concepto de canon al IPLyC, evadiendo el pago del impuesto a los débitos y créditos. Sostiene que del juego armónico de lo dispuesto por la ley 25.413, modificada por la ley 25.453, por el anexo del decreto 380/01, y por el art. 43 de la RG (AFIP) 1135/01 puede afirmarse que se encuentran alcanzados por el gravamen los movimientos de fondos efectuados en el marco de un sistema organizado de pago que permita reemplazar, como en el caso, el uso de cuentas bancarias en el ejercicio de una actividad económica.

Planteada la causa, es el Tribunal Fiscal de la Nación quien primero se expide al respecto emitiendo su dictamen y abordando a conclusiones que luego van a ser recogidas y sancionadas por la Cámara Contenciosa Administrativa Federal en fallo de fecha posterior.

El Tribunal Fiscal, realiza una reseña de las actuaciones seguidas por el ente fiscal que llevaron al dictado de los actos recurridos y procede revocar las resoluciones, en favor de la empresa recurrente. En la postura del Tribunal, se configuran dos conceptos esenciales que van a asistir a la interpretación razonable de la norma legal en cuestión, vinculándose con principios constitucionales fundamentales como el de legalidad, analizado ya en el caso previo, y el de capacidad contributiva, innovación del órgano ante esta circunstancia.

Por un lado, el "sistema de pagos organizado", que permite afirmar que está fuera del objeto del gravamen todo pago que no responda a un sistema organizado. La cuestión, pasará entonces por dilucidar qué se entiende por "sistema de pagos organizado", considerando que de acuerdo al principio de legalidad los elementos inherentes a un tributo deben estar contenidos en un cuerpo normativo previamente sancionado por el poder legislativo, único orden con potestad tributaria para hacerlo.

No existiendo ninguna definición legal y ateniéndonos a la definición que da el diccionario de la Real Academia Española, se entiende por "sistema" el "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí" o bien, el "conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto". Así las cosas, el "sistema de pagos organizado", debe tratarse de un conjunto de reglas, principios o cosas relacionadas entre sí, ordenadamente, con el objeto de reemplazar el uso de las cuentas previstas en la ley 25.413 y sus modificaciones. Es decir, solamente quienes hayan tenido o tengan un "sistema de pago organizado", tendiente a impedir la bancarización de las operaciones, estarán obligados de manera directa a pagar este impuesto. Analizando los hechos concretos del caso, se observa que la recurrente realiza pagos a sus proveedores mediante cheques propios o transferencia electrónica utilizando sus cuentas corrientes. Incluso los pagos del porcentaje acordado a la sociedad Bomberos Voluntarios de Florencio Varela eran cancelados mediante cheques. Así, el depósito del efectivo recaudado en una cuenta de titularidad del Instituto Provincial de Lotería y Casinos, es circunstancial, y por lo tanto no puede catalogarse como un "sistema organizado" que tenga la finalidad de reemplazar el uso de cuentas bancarias. Además, la práctica tiene el efecto de bancarizar la operación, que es precisamente el propósito que persiguió en su momento el legislador, cuando se sancionó la ley antievasión. En definitiva, el Tribunal marca como el principio de legalidad se ve vulnerado con la pretensión del fisco, abordando a una definición del hecho imponible alcanzado en función a parámetros o criterios establecidos por la legislación emanada de cámara y no por resolución general dictada por la Administración Federal. Esta postura es la que debería bastar para marcar jurisprudencia respecto al impuesto.

Sin embargo, amplía su análisis el Tribunal Fiscal, con una novedosa postura que luego será convalidada por la Cámara, sentando un muy importante precedente de cara al futuro del impuesto. Se refiere el Tribunal a la "actividad económica" como aspecto que circunscribe la gravabilidad de los movimientos de fondos, indicando que únicamente pueden estar alcanzados por el gravamen aquellos que se efectúan en el marco de una actividad económica de la persona que los realiza. Además, focalizándonos en la naturaleza tributaria del monto abonado por la recurrente a la autoridad de aplicación, Instituto provincial de Lotería y Casinos, cabe señalar que el mismo puede considerarse como la contrapartida de un servicio brindado por el Estado provincial o una imposición coercitiva al juego, y por lo tanto hubiera sido más lógico hablar de "tasa" o "impuesto" y no de "canon". Al haber incurrido el responsable en el hecho imponible previsto por la ley, se da nacimiento a la obligación de cumplir con el gravamen por ella establecido. La misma situación se reitera respecto de las dos normas legales de la provincia, lo que hace procedente considerar a sus pagos incluidos dentro de la excepción que contempla el art. 2º inciso a) de la ley N° 25.413 y otorgarles a los mismos el tratamiento de créditos o débitos no sujetos al gravamen ya que se corresponden a recaudaciones por cuentas del Estado o de sus respectivas reparticiones.

Por todo lo expuesto, resulta lógico el proceder de revocar las resoluciones determinativas del impuesto a los débitos y créditos bancarios de acuerdo a lo apelado por la sociedad Rebisco S.A., abriendo así la causa la posibilidad de efectuar un análisis mucho más profundo y exhaustivo respecto a la aplicación del tributo que el que se ha realizado por la legislación desde la sanción del impuesto. Así, en ausencia de normas que aseguren la aplicación de los principios constitucionales en el impuesto, vemos como las sentencias jurisprudenciales pueden llegar a servir para lograr este objetivo y generar condiciones más

justas en materia tributaria. Sin embargo, y reiterando lo expresado en el fallo anterior, hubiera sido deseable que el principio constitucional que los órganos judiciales hubieran salvaguardado sea el de legalidad, desestimando así el impuesto por el supuesto de gravabilidad en el que se sustenta y sin que sea necesario realizar un análisis más extenso respecto a su naturaleza.

Quizás planteos o acciones más generales, que apunten a la salvaguarda de principios constitucionales, y no simples recursos o apelaciones tendientes a evitar el ingreso de una obligación determinada, sea lo que se necesite en nuestro sistema para lograr dar por tierra a las injusticias en materia tributaria. No hay duda que las acciones de amparo podrían llegar a ser las vías que sirvan de medio para hacer reaccionar a la justicia frente a la inconstitucionalidad en la aplicación del impuesto a los débitos y créditos bancarios por vulnerar el principio constitucional de legalidad.

7 – Conclusión

Desde hace ya un tiempo, la Administración Federal de Ingresos Públicos intensificó su actividad de fiscalización respecto del impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias, haciendo hincapié en el concepto definido por la propia administración como "sistema de pago organizado". Parecería ser que no solo el fisco, sino también los máximos organismos judiciales, como ser la Cámara Nacional de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, convalidan la "legalidad" de este concepto definido por una Resolución General, por cuanto configura un hecho imponible alcanzado por el impuesto. Terminan así, priorizando el fin fiscal de recaudar mediante la aplicación del impuesto determinado de oficio.

Por otra parte, se encuentra la postura del Tribunal Fiscal de la Nación. Entiende el Tribunal, contrariamente, que la determinación del impuesto resulta improcedente puesto que la Resolución General 1135 crea un hecho imponible distinto al contemplado por el legislador, lo que se exhibe en pugna con el principio constitucional de legalidad. El Fisco Nacional, con el dictado de resoluciones, sólo puede fijar aspectos administrativos, operativos o formales, sin incursionar en aspectos que hacen a la definición sustancial del gravamen como la configuración de una nueva obligación tributaria, y es mediante la mencionada resolución 1135 que el ente fiscal introduce una definición de aquello que serían los movimientos o entregas de fondos, justificando su gravabilidad.

A esto, podemos sumarle luego casos de firmas dedicadas a la explotación de juegos de azar, bingos, tragamonedas y similares. Ante estos casos, el análisis se extiende más allá del principio de legalidad. Lo que se plantea, es la inconstitucionalidad del impuesto a los débitos y créditos bancarios no solo por la falta de definición del hecho imponible clasificado como "sistema de pagos organizado" de la ley, sino que además se pone en tela de juicio la

aplicación del principio de capacidad contributiva. El Tribunal Fiscal entiende aquí, que el hecho imponible no solo no se define, sino que no se configura. Ello es así, por tratarse las erogaciones depositadas en cuenta ajena, de fondos correspondientes a “canones” exigidos por el Instituto Provincial de Loterías y Casinos, los cuales deberían recibir el tratamiento de tributos provinciales y por ende exentos del impuesto a los débitos y créditos bancarios y de cualquier otra imposición.

Así, se llega al rechazo del impuesto a los débitos y créditos bancarios, refutándolo por anticonstitucional y poniendo fin a las determinaciones del fisco. Teniendo en cuenta que todo impuesto tiene que corresponder a una capacidad contributiva, resulta irrazonable considerar que un contribuyente se encuentra obligado a integrar un gravamen por depositar en efectivo en cuentas ajenas, sumas correspondientes a imposiciones establecidos por normas legales, como lo son las del ámbito provincial.

Sin embargo, sería deseable que esta última postura se sume a una mucho más amplia y el impuesto a los débitos y créditos deje de ser aplicado, por inconstitucional, frente a muchos otros casos. Así, el presupuesto de falta de legalidad debería aplicarse junto con el de falta de capacidad contributiva sobre todos los casos donde mediante el impuesto al débito y crédito bancario se pretendan gravar transacciones financieras o transferencias de fondos, que no se condicen de ninguna manera con manifestaciones de capacidad contributiva y que no se encuentran reglamentadas por disposiciones legales dispuestas y aprobadas por el Congreso de la Nación.

Así, en función a lo expuesto, entendemos que, la razón por la cual el impuesto se mantiene vigente e inalterable en los cuerpos normativos actuales radica en el hecho de la falta de aplicación de las vías procesales adecuadas para obtener una declaración de

inconstitucionalidad en su contra. Creemos que mientras los contribuyentes continúen recurriendo a apelaciones ante el Tribunal Fiscal de la Nación, órgano administrativo incapaz de declarar la inconstitucionalidad de una norma, el impuesto al débito y crédito bancario, permanecerá vivo y formando parte importante del presupuesto estatal, a pesar del conocimiento de que es injusto y distorsivo.

8 - Referencias y Bibliografía

8.1 - Jurisprudencia

“Siri, Ángel s/ interpone recurso de hábeas corpus”, Corte Suprema de Justicia, Tomo 239, Folio 459, 27/12/1957.

“Tejera, Valeria Fernanda c/ ANSeS y Otro s/ Varios”, Corte Suprema de Justicia, Tomo 341, Folio 274, 22/03/2018.

"Piantoni Hnos. SACIFI y A c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", Corte Suprema de Justicia, Tomo 340, Folio 1884, 12/12/2017.

“Piantoni Hnos. SACIFI y A c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo”, Disidencia del Señor Presidente Doctor Don Ricardo L. Lorenzetti, 12/12/2017.

"Piantoni Hnos. SACIFI y A c/ Dirección General Impositiva s/ recurso directo de organismo externo", Cámara Nac. Cont. Adm. Fed., Sala III, 15/08/2014 .

“Piantoni Hermanos SACIFI y A s/recurso de apelación -impuesto sobre los débitos y créditos en cuenta corriente bancaria-”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala C, 01/07/2013.

“Rebisco SA (TF 34359-I) c/DGI s/recurso directo de organismo externo”, Cámara Nac. Cont. Adm. Fed., Sala I, 26/04/2018.

“Rebisco SA s/recurso de apelación”, Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, 16/06/2016.

8.2 - Doctrina

Tarsitano et al. (1994). *Estudios de Derecho Constitucional Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma.

García Vizcaino, C. (1996), *Derecho Tributario Consideraciones Económicas y Jurídicas*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, t.1

Jarach, D. (1996). *Finanzas Públicas y Derecho Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 3ª Edición.

Giuliani Founrouge, C. M. (1997). *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, Volumen I, 6ª edición.

Villegas, H. B. (1999). *Curso de Finanzas, Derecho Financiero y Tributario*, Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, 7ª Edición, ampliada y actualizada (2001).

Giménez, M.I. (2006), “Herramientas Procesales Alternativas en Materia Tributaria”, *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)*, XXVII.

Malamud, J. (2014), “¿Un cambio sin cambio en el “Sistema de Pagos Organizado? Impuesto sobre los débitos y créditos en cuentas bancarias y otras operatorias. Análisis integral desde 1976 a la fecha”, *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)*, XXXV

Amaro Gómez, R. L. (2018), “El Impuestos sobre los Débitos y Créditos Bancarios y Otras Operaciones”, *Práctica y Actualidad Tributaria ERREPAR (PAT)*, XXIV.

Sequeira, M. A. (2019), “Acciones Colectivas en Materia Tributaria”, *Doctrina Tributaria ERREPAR (DTE)*, XL.