

DEROGACIÓN RETENCIÓN ISIB SOBRE LA PRESENTACIÓN AL COBRO DE CHEQUES POR RESPONSABLES INSCRIPTOS - SUSTITUCIÓN POR RÉGIMEN DE INFORMACIÓN - CRÍTICA

Resolución Normativa ARBA Nro. 9/2010

Por la Resolución 9/2010, ARBA dispuso dejar sin efecto el régimen retentivo establecido en la Resolución Normativa 81/2009 con relación al cobro de cheques por ventanilla, sustituyéndolo por un régimen informativo el que comenzará su entrada en vigencia a partir del 1º de junio de 2010, previa suscripción del convenio que celebre el BCRA con ARBA al efecto, dentro del marco de colaboración entre los organismos de la Administración Pública a los fines de habilitar un listado con los sujetos alcanzados por su condición de responsables inscriptos en el ISIB bonaerense.

De tal modo, ha quedado también sin efecto, y con carácter retroactivo al 1.02.10 la entrada en vigencia del régimen previsto por la Disposición Normativa Nro. 81/2009.

La norma no indica con similar precisión a la utilizada en el art. 4to. de la Resolución Normativa Nro.14/09, quiénes son los sujetos que quedan obligados a actuar como agentes de información.

Sin embargo, se infiere del nuevo articulado, que será el B.C.R.A. el encargado de proveer la información pertinente, en virtud de que el art.5º de la R.N. 9/2010, dispone:

“La presentación de la primera declaración jurada por parte del B.C.R.A. deberá realizarse hasta el día 20 de julio de 2010 y comprenderá la información correspondiente a pagos efectuados durante el mes de junio del mismo año”.

Por otra parte, su artículo 2º dispone, en su última parte, que

“...Oportunamente, previa suscripción del pertinente convenio, el B.C.R.A. en su carácter de ente de contralor de las entidades financieras, establecerá las pautas y mecanismos operativos de dicho régimen informativo”.

Se desprende de dicho plexo normativo, que el B.C.R.A. debería dictar las normas reglamentarias pertinentes a los fines de que las entidades financieras le remitan la información conducente para la presentación oportuna de la declaración jurada informativa.

En este aspecto, llama la atención que el B.C.R.A., aun a través de los mecanismos de concertación previa que pueda celebrar con ARBA, quede instituido como agente de información de un organismo fiscal provincial. Al respecto, el B.C.R.A. como organismo autárquico del Estado Nacional, no tiene asignado dentro de su Carta Orgánica (Ley 24144, arts.4, 17 y 18) facultades de naturaleza parafiscal, como serían las de proveer información financiera a los fiscos provinciales.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Sin perjuicio del reparo señalado y su eventual conflicto legal, consideramos que la pretensión fiscal en tal sentido, tropieza también con vallas legales, que afectan la validez del nuevo régimen implementado.

Desde un enfoque infraconstitucional, la resolución normativa 9/10, se encuentra en clara colisión con el régimen del secreto financiero y confidencialidad establecidos por los artículos 39 y 40 de la Ley 21526.

Cabe señalar que las cuentas sobre las cuales se requiere información de los clientes de toda entidad bancaria, y los movimientos que en ellas se registren, representan operaciones pasivas, dado que se registran contablemente dentro de las obligaciones de la entidad bancaria, de conformidad con la normativa comercial que regula el contrato de cuenta corriente bancarias, y las normas regulatorias específicas emanadas del B.C.R.A.

En dicho contexto, queda claro que la operatoria de cobro de cheque por ventanilla, se inscribe dentro del contrato de cuenta corriente y la pretensión fiscal de brindar información concerniente a las cuentas bancarias de clientes de la entidad, resulta pues, manifiestamente improcedente, atento que al vincularse la información a operaciones pasivas del Banco, resulta de aplicación las disposiciones del secreto financiero prevista en el art. 39 de la Ley 21526 de Entidades Financieras, modificada por la Ley N° 24.114, el que establece que:

*"Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar **las operaciones pasivas** que realicen.*

Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:

- a) *Los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas;*
- b) *El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones;*
- c) *Los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones:*
 - *Debe referirse a un responsable determinado;*
 - *Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y*
 - *Debe haber sido requerido formal y previamente.*

Respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso.

- d) *Las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina.*

El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento."

Señala al respecto Carlos Gilberto Villegas¹, "...En consecuencia, el secreto bancario comprende el servicio de cheque, como el medio accesorio de utilizar los depósitos "a la vista" que se efectúan en la cuenta corriente bancario. Ergo, tanto los movimientos de cheques, incluidos lógicamente los rechazos, como las consecuencias derivadas de esos movimientos están alcanzados por el secreto".

En consecuencia, el cumplimiento de la obligación informativa establecida, importa lisa y llanamente la violación del secreto financiero establecido por una norma federal, que es oponible al fisco provincial de no concurrir los extremos procedimentales exigidos por el propio art.39 de la Ley 21526.

Información solicitada por el BCRA para satisfacer el requerimiento del Fisco provincial.

La intervención del BCRA en la obtención de información de cualquier tipo y mucho más tratándose de aquella relacionada con las operaciones pasivas de los clientes de las entidades financieras, con destino a ARBA, se encontraría también en pugna con el deber de confidencialidad que le impone el artículo 40 de la Ley 21.526 que, en su primer párrafo, expresa que "las informaciones que el BCRA reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial".

Nótese que el artículo 39 precitado, no autoriza al BCRA a revelar las operaciones pasivas que realicen las entidades comprendidas en la Ley 21.526 ya que el mismo está dirigido a las propias entidades financieras al disponer, en el primer párrafo, que "las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen", para inmediatamente exceptuarlas de tal deber bajo determinadas circunstancias. Con ello queda evidenciado que esta norma legal se circunscribe al secreto financiero que pesa sobre dichas entidades, resultando ajena al deber de confidencialidad impuesto en cabeza del BCRA por el art. 40 de dicho plexo normativo.

El requerimiento de información que el organismo rector de la actividad financiera realice a las entidades sometidas a su supervisión, con una finalidad diversa a la específica que le atribuye las leyes Nros. 24.144 y 21.526, importa un ilegítimo ejercicio funcional de la competencia atribuida por ley. Se subvierte, así, el reparto de competencias que el ordenamiento jurídico ha atribuido al BCRA, por un lado y al organismo fiscal provincial, por el otro. En modo alguno podría justificarse que so color de un requerimiento ajustado a la actividad específica de contralor del BCRA, se encubra un objetivo subalterno vinculado a la entrega de información al Fisco.

El fin no justifica los medios, y no pueden violarse competencias funcionales atribuidas por leyes de la Nación, con el pretexto de un interés fiscal, por más plausible que éste fuese, el que sólo debe ser alcanzado a través de los medios lícitos autorizados por la normativa en vigor. En tal sentido, el BCRA carecería de competencia para celebrar ese tipo de "acuerdos" a los que alude la Resolución Normativa 9/2010, en tanto su accionar se encuentra restringido por la normativa federal antes mencionada.

¹ La Cuenta Corriente Bancaria – Nociones Generales – Villegas Grupo Editor – Ed.2001 – pág.51

El secreto financiero como una expresión del derecho fundamental a la intimidad

A mayor abundamiento, la intervención del BCRA con el alcance señalado desborda ilegítimamente el derecho a la intimidad de la persona humana o de la "autodeterminación informativa" de las personas jurídicas. En efecto, el derecho-deber al secreto (entendido como aquel que debe guardar quien en razón de su actividad mantiene en su poder información de terceros) está estrechamente relacionado con el derecho de cada persona al respeto a su propia intimidad y, con el, el derecho a prohibir que los terceros, incluyendo al Estado, tengan acceso a lo que se pretende mantener bajo un manto de reserva.

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

Mediante el régimen de información instaurado el organismo fiscal obtiene información sin pasar por el tamiz de las garantías reconocidas, expresamente o implícitamente, a favor de los particulares por la Constitución Nacional. La ARBA, como órgano inserto dentro del ámbito de actuación del Poder Ejecutivo provincial, debe circunscribir su función a una actuación administrativa conducente a que las leyes tributarias se cumplan, fiscalizando e investigando con el propósito de conocer la verdad de los hechos y tal función discrecional no puede rebasar los límites de la racionalidad, estando subordinada a los principios que prohíben la arbitrariedad. Está vedado, pues, el abuso de derecho en el ejercicio de esas funciones quedando, por ello, las conductas anómalas de la Administración neutralizadas por la protección que ofrecen las garantías constitucionales que operan a favor de los particulares.

En los últimos tiempos se observa la tendencia a ir haciendo desaparecer paulatinamente el secreto profesional con base en la prevención de la evasión fiscal y del lavado de dinero y ello conduce a la correlativa desaparición de los derechos fundamentales de la persona a la intimidad, a la presunción de inocencia, a no declarar contra sí mismo y a la tutela judicial efectiva. Sin la institución del secreto, protector de tales garantías, no puede existir el Estado de Derecho.

Nótese que el secreto no es un derecho circunscrito a los agentes de información sino que el mismo opera en beneficio de la persona y de la sociedad en su conjunto. Ese derecho es definitivamente imprescindible para el respeto a las garantías individuales y a la libertad.

No advertimos diferencia entre los requerimientos efectuados al sistema financiero, que tiene específicamente establecido el secreto por el artículo 39 de la ley de Entidades Financieras, aunque acotado, con los dirigidos a cualquier otro sujeto no amparado por una ley que lo haya reconocido expresamente, por cuanto consideramos que debe otorgarse un mismo tratamiento a todos los supuestos de obtención de información, ya que en todos ellos se encuentra presente la posibilidad de incidir, con igual intensidad, en el ámbito del derecho a la intimidad y de autodeterminación informativa. El reconocimiento del secreto como derivación del

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

derecho a la intimidad y del derecho a la inviolabilidad de los papeles privados no depende de una configuración infraconstitucional pues su eficacia procede de su posicionamiento constitucional, de su condición de atributo de la dignidad de la persona humana y de límite al ejercicio de la soberanía del Estado.

El Estado no sólo está obligado a respetar los derechos humanos sino que tiene, además, la obligación positiva de promoverlos contribuyendo, así, a su efectivo goce, pues el poder público está al servicio de la persona y de sus derechos y estos constituyen un componente esencial del orden público de la Nación. El Estado es responsable de garantizar el bien común ejerciendo sus potestades respetando, asegurando y promoviendo los derechos fundamentales.

Buenos Aires, 24 de febrero de 2010

Dr. Oswaldo H. Soler - Dr. Enrique D. Carrica