

IMPUESTO DE SELLOS DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO FISCAL
PORTEÑO RECIENTEMENTE INTRODUCIDAS**

Por su trascendencia en la actividad financiera, nos abocaremos en este informe a la modificación introducida al inciso 18 del artículo 385 del Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires. .

En ese artículo se encuentra prácticamente concentrado el beneficio exentivo concedido a las garantías, cuando éstas concurren en refuerzo de obligaciones que hayan pagado el impuesto o se encuentren exentas en su jurisdicción de otorgamiento.

Hasta el momento de la modificación, esta exención alcanzaba a derechos reales (prendas e hipotecas), obligaciones o garantías personales (fianzas y avales) y, genéricamente, toda “obligación accesoria” que respalde los compromisos asumidos en una “obligación principal”.

A la hora de analizar la reforma reciente, resulta importante tener presente que las garantías siempre resultan “accesorias” de una obligación principal, salvo cuando esa obligación principal no exista en términos del Impuesto de Sellos, por no encontrarse perfeccionada en un instrumento (por ejemplo una garantía instrumentada que cubra una obligación emergente de un contrato perfeccionado por aceptación tácita) o bien por no haber nacido todavía (una garantía que cubra deudas a contraer en el futuro).

Vayamos ahora al texto de la modificación bajo análisis.

En el único párrafo que contenía este inciso se introdujo un nuevo miembro en la serie de actos y contratos exentos. Este nuevo miembro se expresa como “todos los instrumentos financieros que avalen, garanticen y/o cubran obligaciones”.

En primer término deberíamos detenernos a considerar cuáles instrumentos son “financieros” y cuáles no lo son, situación que a primera vista parece relevante pero que, entendemos, pierde importancia a la hora de evaluar cuáles son los instrumentos beneficiados por esta exención.

La razón es clara: para que resulte exento, ese instrumento financiero debió haber nacido con el único objeto de actuar como garantía o respaldo de otra obligación principal. Y en la legislación Argentina sólo encontramos contratos aislados que cumplen con dichos extremos, como lo son la anticresis, las cesiones de derechos en garantía (en rigor de verdad son prendas de derechos creditorios no constituidas formalmente como tales) además de los fideicomisos de garantía, negocios fiduciarios que son creados con la única misión de funcionar como respaldo de otra obligación, que pudo haber nacido al momento de la creación del fideicomiso (en cuyo caso resultará exento, por amparar una obligación preexistente, que habrá tributado el impuesto o habrá resultado exenta) o bien puede estar por nacer, en cuyo caso ese fideicomiso de garantía habrá de tributar el impuesto.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

No podrían considerarse comprendidos otros instrumentos, contratos, documentos comerciales o papeles de negocios, por cuanto su creación no puede estar limitada exclusivamente a la función de garantía. Veamos el caso, bastante común, de la emisión de un pagaré: cuando el pagaré es librado nace la obligación tributaria. El librador del pagaré no puede establecer condicionamientos que limiten su función esencial de título de crédito o que entorpezcan o anulen su circulación, más allá de las posibilidades que la ley contempla para ello. Sólo el acreedor o legítimo tenedor (en caso de pagarés al portador) podrá ceder sus derechos para garantizar otra obligación propia o de un tercero..

En el caso recién mencionado, no será el pagaré, entonces, el instrumento de garantía sino "la cosa" otorgada en garantía, pagaré que jamás pudo haber nacido como instrumento de garantía, toda vez que el pagaré es un título de crédito que documenta (o "instrumenta" en términos del Impuesto de Sellos) una deuda que deberá pagarse en dinero y que se originó en una transacción distinta: un préstamo, una compra-venta con pago diferido, una obligación de dar sumas de dinero que se formaliza, entre deudor y acreedor, mediante un pagaré.

Y este ejemplo de tratamiento de pagaré como "instrumento financiero que avale, garantice o cubra obligaciones" no ha sido elegido al azar, por cuanto estas conclusiones del pagaré como instrumento financiero resultan plenamente aplicables al segundo párrafo del inciso 18. del artículo 385 del Código Fiscal agregado por la reciente modificación. Ese nuevo párrafo dice: "La presente exención también comprende los pagares emitidos para garantizar los actos, contratos y/o instrumentos que hubiera tributado el impuesto correspondiente o se encontraren exentos". Y lo que dice este nuevo párrafo es lo mismo que se pretendió decir con el agregado al primer párrafo, siendo el pagaré una especie dentro del gran espectro genérico de los instrumentos financieros.

Nos queda ahora la compleja tarea de desentrañar el espíritu del legislador al establecer estas modificaciones. Por cuanto no hemos tenido acceso a los considerandos o la exposición de motivos de la elevación del proyecto a la Legislatura porteña, no estamos en condiciones de aventurar una opinión certera al respecto.

La cuestión inherente a la imposición autónoma del pagaré con respecto al contrato con el cual está relacionado, en nuestra opinión no queda suficientemente resuelta con la nueva redacción asignada al inciso bajo comentario, dado que los pagarés exentos serían aquellos que cumplan una función de garantía y en tal condición se encontrarían aquellos que son transmitidos en tal carácter al acreedor. En cambio, los pagarés firmados por el deudor para instrumentar su deuda son títulos autónomos que en el plano jurídico vienen a comprometerlo personalmente y con sus propios bienes, sin que tal circunstancia le confiera la condición de garantía conforme a las regulaciones que en tal sentido contiene el Derecho Privado.

Si bien la doctrina prevaleciente ha reconocido que el Derecho Tributario puede apartarse de las definiciones y conceptos que suministra el Derecho Privado, para que ello tenga virtualidad es menester que tal apartamiento resulte expresamente indicado proveyendo una definición concreta de la cual surja claramente que es lo que se ha querido legislar teniendo en cuenta, precisamente, a dicho apartamiento. La ley fiscal, en el tema que nos ocupa, se limita a eximir a los pagarés emitidos para "garantizar" los actos, contratos y/o instrumentos que hubiera tributado el impuesto

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

correspondiente o se encontraren exentos, sin definir que es lo que debe entenderse por “garantizar”. En dicho contexto cabe acudir al Derecho Privado, que es la fuente en la que cabe abreviar para resolver el punto en crisis.

Sin embargo, tenemos presente que en el mercado financiero se habían planteado dudas sobre la gravabilidad de los pagarés que instrumentan operaciones que son materia de exenciones objetivas, tales como la exención a las operaciones de importación y exportación.

En nuestra opinión, aun cuando la intención legislativa hubiera sido la de eximir los pagarés que instrumentan operaciones de comercio exterior, la redacción utilizada no se compadece literalmente con dicho objetivo.

De tal modo, si la hubiera, la incoherencia señalada, fruto de la defectuosa técnica legislativa utilizada, no autoriza por el momento al intérprete, a considerar consagrada la exención de los pagarés que se emitan como accesorios (desde el plano instrumental) de un contrato u operatoria que hubiera estado gravada o exenta en el impuesto de sellos.

Ello con independencia de la opinión ya vertida por el Estudio, acerca de que las exenciones establecidas en la Ley de Sellos para aquellas operaciones que sean instrumentadas a través de la emisión de pagarés, alcanzan también a éstos, en tanto sea suficiente la exteriorización instrumental de la vinculación que existe entre el pagaré y la operación exenta..

La incertidumbre que genera esta reforma es evidente, toda vez que los instrumentos que resultan en títulos de un acto u operación exentos no pueden tener otra suerte, en el Impuesto de Sellos, que la del acto u operación que instrumentan.

En tal sentido, somos conscientes que atribuir nula eficacia práctica a la modificación, importa un resultado disvalioso que podría dar lugar a la aplicación de otros principios, que no pasan necesariamente por la literalidad de la norma, atendiendo a la finalidad subyacente existente en su dictado, a los fines de conciliar el texto con dichos objetivos.

Sin embargo, en este caso, la utilización del término “garantía” que el texto atribuye a los pagarés del inciso que el Código Fiscal dedica al tratamiento de la exención para las garantías personales y reales que se otorguen, no permite definir con certeza cuál habría sido la intencionalidad legislativa en juego, como para establecer el puente interpretativo que pudiera justificar arribar a una conclusión diversa a la antes expresada.

Por lo tanto, mientras no medie una expresa aclaración reglamentaria o interpretativa del organismo fiscal, consideramos que la modificación legislativa en el punto bajo análisis, no altera el “status” vigente con anterioridad a la sanción, y por lo tanto la mera accesoriedad instrumental que se verifica en el caso de la emisión de los pagarés, no afecta la condición autónoma de estos últimos en cuanto al tratamiento legal aplicable en el impuesto de sellos.

En otras palabras, si la operación principal se encuentra gravada, atendiendo a su instrumentación, la emisión adicional de un pagaré, quedará alcanzada también por el

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

impuesto, verificándose en el caso un fenómeno de una doble imposición económica, por encontrarnos ante dos hechos imposables diversos.

Sin perjuicio de lo expuesto, sobre la base de la inconsecuencia que se desprende de la conclusión arribada, en orden a la aplicación práctica de la modificación, consideramos que se impone formular la consulta pertinente a la AGIP, a los fines de que ésta se expida en el caso concreto o a través de una resolución general de carácter interpretativo, acerca del alcance a asignar a la modificación señalada, dado que ante el defecto legal observado, el organismo fiscal se encuentra en condiciones de superar la conflictividad planteada, y otorgar certeza a los interrogantes generados, a través de sentar un criterio claro y preciso sobre el tema, cualquiera sea el sentido de las conclusiones a las que arribe.

Buenos Aires, 18 de enero de 2010

Dr. Oswaldo H. Soler