

LA CREACIÓN DE UNA DEPENDENCIA ESPECÍFICA DE CONTROL DE OPERACIONES CAMBIARIAS DENTRO DE LA AFIP

Por el Dr. Oswaldo H. Soler

1. Introducción

La Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) emitió la Disposición 388/2011 del 2/11/2011, publicada en el Boletín Oficial del 4/11/11 mediante la cual notifica la creación de una unidad orgánica con nivel de Dirección denominada "Investigación Financiera", dependiente jerárquicamente de la Administración Federal de Ingresos Públicos.

El propósito perseguido con tal iniciativa consiste en profundizar la actuación coordinada de la AFIP instrumentando los mecanismos necesarios para coleccionar la información relacionada con datos que involucran al universo de personas físicas o jurídicas sobre las que recae el pago de los tributos impositivos, aduaneros, y aportes y contribuciones de la seguridad social que pueden resultar indicativos de la comisión de delitos vinculados al accionar financiero de los contribuyentes y demás sujetos, a fin de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir estas conductas delictivas.

En dicho contexto, la nueva área ha sido creada para investigar las operaciones sospechosas de los delitos vinculados al accionar financiero mencionado, a través de los cruces de la información disponible, fiscalizaciones, monitoreo de operaciones financieras, estudios sectoriales y supervisión de operaciones de cambio de moneda extranjera; así como toda otra actividad necesaria para la consecución de los fines perseguidos por la disposición 388.

La responsabilidad primaria de la Dirección de Investigación Financiera consiste en analizar la información vinculada al movimiento de divisas, acciones, bonos y demás títulos valores y todo tipo de crédito originado en operaciones económicas y financieras, así como también de operaciones en las que se sospeche lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. Planificar y realizar relevamientos, investigaciones y fiscalizaciones sobre casos que resulten susceptibles de incurrir en los delitos previstos en las Leyes N° 19.359 y N° 25.246 y sus respectivas normas modificatorias y complementarias, coordinando las acciones que pudieran corresponder.

Su ámbito de actuación es el siguiente:

1. Realizar relevamientos y desarrollar acciones de investigación y fiscalización a entidades financieras y sectores vinculados a operaciones que involucren el empleo de divisas, acciones, bonos y demás títulos valores y todo tipo de crédito, a efectos de prevenir infracciones cambiarias, de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

2. Supervisar el cumplimiento de los regímenes informativos vinculados con la compra y venta de acciones, bonos y demás títulos valores y todo tipo de crédito.
3. Centralizar la información pertinente de las Direcciones Generales, para luego efectuar denuncias ante la instancia competente acerca de delitos previstos en las Leyes N° 19.359 y N° 25.246 y sus respectivas normas modificatorias y complementarias, coordinando las acciones que pudieran corresponder.
4. Adoptar las medidas preventivas para evitar infracciones cambiarias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.
5. Solicitar colaboración a otros organismos públicos y de fuerzas de seguridad para el cumplimiento de sus funciones.
6. Prevenir la comisión de infracciones previstas en el Código Aduanero a través de la supervisión del egreso e ingreso de divisas.
7. Coordinar y planificar con las áreas operativas los relevamientos, investigaciones y fiscalizaciones sobre casos que resulten susceptibles de incurrir en los delitos previstos en la Ley N° 24.769.
8. Ejercer toda otra actividad inherente a las funciones de prevención, información, investigación y fiscalización, que le sean propias.

El dictado de la Disposición 388 viene ahora a concentrar a través de un órgano especializado, según vimos, el análisis de la información vinculada al movimiento de divisas, acciones, bonos y demás títulos valores y todo tipo de crédito originado en operaciones económicas y financieras, así como también de operaciones en las que se sospeche lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo.

Por fuera del efecto mediático de la disposición comentada y su apariencia legitimadora de mayores poderes en beneficio del organismo fiscal, la Disposición 388/11 no acrecienta, ni podría hacerlo, las facultades que el organismo fiscal detenta, de conformidad con las atribuciones conferidas por la Ley 11.683 y el Decreto 618/1997.

En consecuencia, mantienen plena virtualidad nuestros comentarios efectuados últimamente con relación a recientes operativos de la AFIP sobre casas de cambio y Bancos.

En realidad la disposición de marras se inscribe, desde el plano formal, dentro de las facultades de reglamentación interna que le confiere el artículo 6°, apartado 12, inc. b) del Dto. 618/97.

La norma en cuestión, constituye en principio un organigrama, donde se dota a la dependencia así creada de las facultades que se enumeran y a las que hemos aludido precedentemente.

Prueba de ello, es el inciso relativo a la facultad de solicitar el auxilio de la fuerza pública, en tanto ello hace alusión a facultades ya conferidas por la ley al

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Administrador General, colaboración que sólo puede brindarse con la intervención judicial previa; con lo cual esta referencia, desprovista del efecto mediático señalado, nada crea respecto de la situación normativa vigente. Ello es así, en razón de la inferior categoría jurídica de una disposición administrativa con respecto a la ley. Aún una ley dictada por el legislador debería ser respetuosa del mandato constitucional y, por lo tanto, le está vedado otorgarle facultades exorbitantes al organismo recaudador por las cuales se lesionen arbitrariamente derechos fundamentales de los particulares.

Merece nuestra preocupación que dentro de las facultades asignadas a esta nueva dependencia, se utilicen las frases "Adoptar las medidas preventivas para evitar infracciones cambiarias, lavado de activos y financiamiento del terrorismo apartado. 4., que luego se replica en el apartado 6.-

Más allá de la posible asignación exorbitante al organismo fiscal de competencias relativas a las infracciones cambiarias, lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, nos llama la atención dentro de la asignación de facultades de control a la adopción de medidas "preventivas".

En tal sentido, las funciones de control y fiscalización asignadas por ley, siempre han tenido la impronta de un control "ex post"; es decir, los contribuyentes y responsables actúan dentro del plano de connotación tributaria y el Fisco fiscaliza la veracidad de lo declarado o de las omisiones incurridas por los sujetos pasivos de los gravámenes sujetos a fiscalización.

En esta oportunidad, se alude a la adopción de medidas preventivas, con lo cual, el Fisco se atribuye facultades "ex ante", no previstas en la ley, es decir, las medidas preventivas, según sea cómo se las plasme en el plano normativo o de ejecución, podrían introducirse dentro de un ámbito "prima facie" vedado a las autoridades, en tanto rige el principio constitucional de "reserva" de las acciones privadas (art. 19 CN).

Por lo que, deberá tenerse sumo cuidado en que los actos de aplicación y ejecución de estas medidas, no importen una indebida intromisión del organismo fiscal dentro del ámbito de dicho principio, en tanto bajo el objetivo de una pretendida lucha contra conductas ilegales, se podría incurrir en actos que importen un efectivo menoscabo del principio de libertad antes señalado para el universo de los contribuyentes.

2. Comentario

La disposición bajo comentario se inscribe dentro del marco de la denominada "fiscalización especializada", también conocida como inteligencia fiscal, la cual en nuestro país tomó cuerpo a fines del siglo pasado (año 1997) con la creación de un área especializada cuyo objetivo fue realizar estudios e investigaciones a nivel sectorial con el propósito de suministrar a las restantes áreas de inspección de la AFIP las herramientas a ser empleadas durante el procedimiento de auditoría tributaria.

Esta nueva técnica investigativa se basa en la planificación previa a fin de orientar la búsqueda hacia aspectos claves de la situación del contribuyente, en vez de realizar la inspección de manera automática e indiscriminada, en búsqueda de una mayor eficiencia en el ejercicio de contralor. La idea central es que la inspección tome conocimiento de las principales presunciones de evasión de cada actividad económica

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

y diseñar estrategias de fiscalización más efectivas para atacar esas hipótesis evasivas.

Entre otras circunstancias que caracterizan y diferencian a la fiscalización especializada respecto de la tradicional pueden destacarse la especialización por actividad económica (vg. Agropecuaria, industrial, comercio, entidades financieras y de servicios), por zona geográfica, por importancia económica o por tratamientos tributarios diferenciados.

La AFIP ha dictado la Disposición N° 275, publicada en el B.O. del 9/6/2009 mediante la cual modificó la estructura administrativa de la Dirección de Análisis de Fiscalización Especializada, en el ámbito de la Subdirección General de Fiscalización, con el objeto de introducir acciones que permitan evaluar el impacto de las estrategias de fiscalización implementadas. A tales fines, estructuró áreas encargadas de asistir y colaborar en el desarrollo de las actividades de fiscalización llevadas a cabo por las áreas operativas del citado organismo, analizando y evaluando los procesos involucrados mediante la realización de actividades de campo que permitan establecer hipótesis de fiscalización, evaluar sus resultados, relevar las necesidades emergentes de la gestión operativa de fiscalización impositiva y previsional y proponer los prototipos para la optimización de los procesos de fiscalización.

En dicho contexto, la División de Entidades Financieras y de Servicios de la AFIP y el resto de las Divisiones especializadas fueron instruidos para desarrollar diferentes tareas dentro de su ámbito de incumbencia.

Así, la División Entidades Financieras y de Servicios tiene a su cargo las tareas inherentes a la ejecución de controles que aseguren un trámite rápido y preciso de las fiscalizaciones a los contribuyentes y/o responsables de las actividades de los sectores de su competencia, las que se describen a continuación:

1. Realizar relevamientos, consultas, entrevistas y toda otra gestión que resulte de utilidad para el acabado conocimiento de los modos de operación y prácticas de elusión y evasión de las actividades del sector a su cargo.
2. Obtener información necesaria para la clasificación de los contribuyentes por segmentos de importancia y de grado de cumplimiento con relación al conjunto de cada actividad.
3. Realizar las inspecciones aplicando los prototipos, técnicas y estándares de producción desarrollados para la actividad en cuestión.
4. Analizar y homologar lo actuado por los equipos de trabajo direccionando, según corresponda, los expedientes y actuaciones para su trámite en la unidad jurisdiccional pertinente.
5. Analizar la incidencia que las fiscalizaciones de las actividades bajo análisis tienen en el comercio exterior, tanto de importación como de exportación.
6. Entender en las normas del Banco Central de la República Argentina, Comisión de Valores, como así también en las emanadas de la Superintendencia de

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

Seguros, que puedan ser utilizadas en la fiscalización de los contribuyentes y/o responsables.

7. Obtener información acerca de la modalidad operativa así como de las transacciones financieras realizadas a través de entidades bancarias, financieras, Bolsas y mercados de valores.
8. Entender en el ordenamiento, archivo y custodia de la documentación y antecedentes de los contribuyentes y/o responsables fiscalizados.

La fiscalización especializada se apoya en abundante información, la que es clasificada en función del objetivo al que se dirige el estudio seleccionado. En dicho contexto, la base de datos del organismo fiscal se nutre de antecedentes obtenidos de fuentes diversas y dicha circunstancia nos impone la necesidad de evaluar el origen de ésta y el modo de obtener la información, con el objeto de juzgar la legitimidad del procedimiento utilizado para su acopio.

Se observa que ha variado sustancialmente el modo en que se ejerce actualmente el control fiscal con relación a la forma tradicional. En efecto, al control mediante inspecciones individualizadas en el domicilio de los contribuyentes o responsables efectuado sobre la contabilidad y documentación respaldatoria, se le ha sumado cualitativa y cuantitativamente, la verificación a través de terceros distintos del contribuyente mediante el requerimiento de abundante información, contando para ello con la importante colaboración de la informática.

Una parte importante de la información colectada proviene de los regímenes generales de información y de los requerimientos sectoriales efectuados por Divisiones dependientes de la Dirección de Análisis de Fiscalización Especializada de la AFIP, y también de los regímenes de retención y de percepción, carga pública que afecta a los administrados y, en especial, a los terceros ajenos a la relación jurídica tributaria que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria a cargo de los contribuyentes.

En nuestra opinión, bajo el ropaje de legalidad que exhiben los regímenes generales de información creados por el organismo fiscal y los pedidos especiales de los jefes de División sectoriales, destinados a proveer datos con presunta trascendencia fiscal, subyace la razonable duda acerca de su legitimidad. Ello así, en razón de que la imperativa manera de obtener información de los administrados, en su calidad de denunciante de datos ajenos, no parece un procedimiento compatible con los derechos individuales consagrados constitucionalmente.

Al respecto cabe señalar que solamente deberían integrar el universo de los antecedentes que el organismo fiscal está legitimado a administrar, aquellos datos obtenidos mediante procedimientos que no impliquen lesión a los derechos fundamentales de los administrados.

La actuación de la Administración Pública, en cuanto a su vinculación con los particulares, se encuentra sujeta a las reglas generales de transparencia y publicidad, que regulan la actividad de los organismos estatales en un Estado de derecho.

Atendiendo a las posibles consecuencias de todo orden, incluso penales, a las que podría conducir una actuación administrativa de verificación, ésta debe armonizarse

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

con los preceptos constitucionales para que resulte eficaz para extender sus efectos al terreno penal tributario o infraccional.

Es imperativo que el organismo fiscal ejecute con prudencia las tareas de fiscalización para las que ha sido creado y que han sido establecidas por ley, para no lesionar los derechos de los administrados. El camino a transitar es la vía natural que provee a dicho organismo la Ley 11.683, aplicando los recursos humanos y las técnicas de relevamiento universalmente reconocidas, la cual posibilita actuar en armonía con las garantías que amparan a los administrados, permitiendo alcanzar el propósito fiscalizador sin mengua de tales garantías.

Nótese que, en este aspecto, las tareas de inteligencia fiscal son de índole interna, pues son desarrolladas por la AFIP puertas adentro y, por ello, no son conocidas por el contribuyente. En dicho contexto, deben extremarse las precauciones para no lesionar derechos individuales pues, de lo contrario, las actuaciones administrativas podrían resultar ineficaces en el plano jurídico.

Las tradicionales inspecciones rituales, dentro de cuyo marco se realizan requerimientos a los contribuyentes, aportan un procedimiento garantizador sin mengua de los derechos individuales consagrados por nuestra Constitución. En efecto, la publicidad del acto administrativo a través de la notificación fehaciente efectuada por alguno de los medios previstos por el artículo 100° de la Ley N° 11.683 (t.o.1998) constituye una garantía a favor de los administrados, ya que sólo así éstos pueden imponerse de la existencia y contenido del acto, pudiendo, sobre esta base, articular las defensas y medidas de control que el caso amerite. Adviértase, que la eficacia del acto administrativo se adquiere mediante su publicidad o comunicación al administrado.

En nuestra opinión, las tareas de inteligencia interna sólo habilitan a la AFIP a obtener de terceros información del investigado en tanto y en cuanto dicho requerimiento se realice conforme a las leyes de procedimiento garantizadoras de los derechos de los contribuyentes, sin que medie coacción, la que sólo podría articularse en los casos y condiciones previstas por el artículo 35° de la Ley N° 11.683 (t.o. 1988), que prevén la intervención judicial. Obsérvese que, precisamente, las normas de procedimiento administrativo pertinentes han tenido en cuenta el elenco de derechos y garantías que amparan al administrado, como no podría ser de otro modo si se tiene en cuenta que, finalmente, dichas normas vienen a constituirse en una especie de reglamentación de la Constitución nacional y, en este caso, de la parte dogmática destinada a tutelar a dichas garantías.

En el procedimiento investigativo realizado dentro del ámbito interno del organismo fiscal, no rige el principio de transparencia y publicidad, pero aun así, dentro de dicho ámbito la administración debe actuar con ajuste a los preceptos garantizadores que la Constitución ha establecido a favor de los particulares. No puede soslayarse el debido respeto a dichos principios apelando a vías indirectas u oblicuas, tales como obligar a cualquier persona a aportar información de terceros, si no se lo hace conforme a un procedimiento respetuoso de las garantías individuales. Más aún si se pretendiese utilizar dicha información como prueba de cargo frente a la comisión de algún hecho antijurídico.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

El Derecho Tributario Administrativo y el Derecho Tributario Penal se nutren de los principios generales del Derecho Constitucional y los administrados se encuentran bajo la tutela de los derechos fundamentales.

La eficacia jurídica del acto administrativo que impone sanciones presupone un procedimiento administrativo respetuoso del debido proceso legal, para que los administrados puedan ampararse en los principios garantizadores reconocidos por la Constitución Nacional y, por lo tanto, estén en condiciones de articular la defensa de sus derechos para que estos no se vean afectados arbitrariamente.

La limitación del derecho a la intimidad o a la privacidad de las transacciones realizadas entre particulares sólo puede tener virtualidad frente a la existencia de presunciones precisas, asertivas y concordantes que conduzcan a la calificación lógica y razonable de que la información requerida guarda una necesaria y estrecha relación con la realización de algún hecho imponible o la comisión de alguna infracción fiscal y siempre dentro del marco garantizador del control judicial.

La utilización de medios de información indirectos u oblicuos, cuando el organismo fiscal no ha acreditado aún la realización de las etapas necesarias y previas que consoliden una presunción razonable que justifiquen su necesaria ejecución, importa la supresión de etapas en la tarea de fiscalización, que quita fundamento legal al requerimiento efectuado.

En dicho contexto, es un deber de la autoridad de aplicación, ante el aparente antagonismo entre la aplicación del secreto, amparado por el derecho a la intimidad, y la represión de la evasión fiscal, armonizar ambos conceptos mediante una interpretación sistemática que preserve los derechos y garantías constitucionales relativos al punto en crisis. Con ello ha de lograrse simultáneamente la adecuada protección tanto de los derechos individuales cuanto del interés colectivo, que subyace en la tarea relativa a la debida administración y recaudación de los recursos fiscales.

La actuación controladora de la Administración Tributaria y el pedido de información indiscriminado, afectan necesariamente la esfera jurídica de los administrados al irrumpir en sus derechos fundamentales. Teniendo en cuenta la posición preeminente que los derechos y libertades de la persona ocupan en nuestro ordenamiento constitucional, las facultades de intervención administrativa en materia de derechos fundamentales debe interpretarse restrictivamente.

Se trata de una cuestión en la que se enfrentan el interés individual de los administrados en priorizar la tutela de los derechos y garantías que lo protegen, y el interés social, representado por la recaudación tributaria con la que el Estado debe proveer a los gastos públicos. En otras palabras, se trata de determinar el alcance y límite del deber de colaboración de los ciudadanos con el Estado a fin de coadyuvar al ejercicio de contralor de las obligaciones fiscales que, por mandato constitucional, está a cargo del organismo fiscal.

En este contexto, a la potestad del Estado para crear y recaudar tributos se le oponen los derechos y garantías individuales. Se trata, pues, de transitar una solución superadora con base en el principio de proporcionalidad o razonabilidad, que dimana de la propia esencia del Estado de Derecho y de la idea de Derecho y es concebido como de fundamental importancia para la adecuada relación medio-fin entre el interés

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

estatal y las libertades individuales y, respecto del cual, vemos que dicho principio no refiere sólo a la necesidad de que la información requerida por el organismo fiscal debe estar vinculada con el hecho imponible del impuesto investigado sino, además, a la necesaria existencia de proporcionalidad entre los medios para recabarla y los fines que con ella pretenden alcanzarse, lo cual se entronca con el principio de interdicción de la excesividad, para cuyo cabal y puntilloso respeto el Fisco tiene a su alcance los instrumentos jurídicos, a partir de la Ley 11.683, que le permiten desempeñar adecuadamente sus funciones de contralor, los que han sido establecidos con un alcance amplio, pero de modo tal de no lesionar el contenido básico de los derechos individuales.

Buenos Aires, 7 de Noviembre de 2011