

EFFECTOS DE LA DISCORDANCIA ENTRE EL CONTENIDO DE ORDENES DE INTERVENCIÓN DE LA AFIP Y LA EJECUCIÓN PRÁCTICA DEL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN.

INSPECCIONES SOBRE CASAS DE CAMBIO Y BANCOS

Por el Dr. Oswaldo H. Soler

En fecha reciente hemos dado a conocer un trabajo en el cual aludimos a un operativo de la AFIP dirigido a fiscalizar a las casas de cambio y Bancos mediante un procedimiento de verificación de operaciones de venta de moneda extranjera.

El propósito del mencionado trabajo fue destacar los límites dentro de los cuales debe moverse la inspección tributaria en cuanto al acceso de los inspectores al domicilio del inspeccionado.

Volvemos sobre el particular, en razón de la modalidad adoptada por la inspección actuante durante el procedimiento investigativo en algunos casos que llegaron a nuestro conocimiento, en los cuales las entidades, a diferencia de otras, consintieron el acceso domiciliario de los inspectores previa emisión del acta de intervención firmada por el agente fiscal, por considerar que la discordancia entre lo manifestado en la misma y la ejecución práctica del procedimiento de fiscalización, tiñe, en nuestra opinión al procedimiento de irregular y arbitrario y, por ello, de ilegitimidad.

En el acta de intervención se indica que la AFIP ha dispuesto por intermedio del agente fiscal identificado en la misma "la verificación de los libros, anotaciones, papeles y documentos, a efectos de corroborar información obrante en ese organismo". Precizando en el acta, más adelante, "que se iniciará un procedimiento de verificación de operaciones de venta de moneda extranjera" para lo cual se lo invita al responsable del contribuyente a que preste su conformidad.

En realidad lo actuado por los inspectores implicó un procedimiento de control de comercialización de moneda extranjera, con directa intervención y requisa de información sobre los clientes que concurren al domicilio del contribuyente a realizar este tipo de operaciones. Se observa, así, una clara discordancia entre el objeto declarado en el acta y el desempeño de los inspectores actuantes. En otras palabras, la conformidad prestada por el responsable del lugar inspeccionado de ninguna manera estaba referida a la intervención y presencia de los inspectores con el "modus operandi" antes señalado.

Cabe señalar la irregularidad del procedimiento empleado por la inspección en tanto ello importa una irrupción ilegal en la actividad comercial del inspeccionado con grave afectación, incluso, de los requisitos de seguridad establecidos por normas del B.C.R.A. y de las garantías constitucionales que amparan al contribuyente que informan el procedimiento administrativo y que fijan límites al accionar del organismo fiscal.

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

La comunicación emanada de la dependencia fiscalizadora de la AFIP (acta de intervención) constituye un requisito formal necesario para garantizar el ejercicio de sus derechos por parte del inspeccionado, teniendo en cuenta las consecuencias que pueden derivarse de la actuación administrativa. Ello así, el objeto y alcance de la inspección debe exhibirse claramente en el acta de inicio, con el objeto de que el inspeccionado evalúe si la misma se habrá de ajustar a las facultades legítimas que ostenta el organismo fiscal o, en cambio, adolece de vicios que exceden el marco de esas facultades y, por ello, decidir si permite o no el acceso de los inspectores bajo esas condiciones.

Al mismo tiempo, el aviso de la inspección tiene la virtualidad de acotar el marco dentro del cual la inspección tiene facultades investigativas.

Por otra parte, si la intervención del organismo fiscal en las casas de cambio o Bancos tuviese el propósito, como sospechamos, de corroborar información que obra en poder de dicho organismo respecto de contribuyentes particulares con el objeto de relacionar información patrimonial de éstos con la magnitud de las operaciones de compra venta de moneda extranjera a fin de detectar omisiones patrimoniales o de ingresos en sus declaraciones juradas individuales, ello sumaría una nueva irregularidad a las que expusimos precedentemente. En efecto, las inspecciones realizadas sobre estos contribuyentes deben respetar los mismos requisitos formales que hemos expuesto con anterioridad referidas a las casas de cambio y Bancos, con el objeto de garantizar sus derechos constitucionales.

En dicho contexto, las entidades intervenidas mediante el procedimiento irregular que motiva el presente trabajo, tienen un motivo adicional para evaluar la legitimidad o ilegitimidad del operativo, pues de consentir el "modus operandi" mencionado, permitirían exponer a sus clientes a un procedimiento intrusivo que invade ilegítimamente su ámbito de intimidad, que no sería preservada por la entidad intervenida por omisión de las diligencias necesarias para evitar esa ilegítima exposición. El derecho a guardar reserva (secreto profesional) sobre la información correspondiente a sus clientes, unido a la necesaria preservación de la tranquilidad de éstos en su permanencia dentro del local, se fundamenta en el derecho al respeto a la intimidad y a la autodeterminación informativa del que goza cualquier persona, el que opera como suficiente mandato constitucional para limitar al Estado en el ejercicio de prácticas indiscriminadas, que apuntan a coleccionar pruebas de infracciones a través de intentos conocidos con la denominación de "expedición de pesca".

Tal limitación proviene de la garantía constitucional de reserva de las acciones privadas y la inviolabilidad de los papeles privados, sin que sea menester invocar el secreto financiero establecido por la Ley de Entidades Financieras. El criterio expuesto en el sentido de considerar legitimado el derecho a guardar secreto, apoya sus conclusiones en preceptos de rango constitucional y es por tal motivo que se desentiende de la existencia o ausencia de circunstanciales preceptos legales que lo regulen específicamente.

La facultad del Fisco de requerir información a terceros concerniente a sujetos con ellos relacionados debe examinarse armónicamente teniendo en cuenta tanto las prescripciones del artículo 35° y 107° de la Ley N° 11.683 (que otorgan poderes a la AFIP para verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales) cuanto los derechos y

Oswaldo H. Soler y Asociados

Impuestos - Auditoría - Legales

garantías constitucionalmente reconocidas a favor de los administrados.

Por ello, las facultades conferidas al ente recaudador en cuanto a requerir información a terceros así como a citarlos o, incluso, inspeccionarlos, deberían inscribirse dentro del marco acotado por un proceso de verificación o fiscalización realizado en cabeza de cualquier presunto responsable. No podría, con fundamento en dichos artículos, requerírsele a la entidad intervenida información indiscriminada sobre cualquier sujeto que no esté sometido a verificación porque no es este el propósito de la norma, como se desprende de su redacción, la que en todo momento presupone *la actividad del organismo recaudador orientada a cumplir el desempeño de sus funciones de fiscalización. Sólo la iniciación de una fiscalización concretada sobre un contribuyente o responsable le otorga al fisco las facultades establecidas por el artículo 35 y, en particular, el de requerir a terceros información perteneciente al contribuyente inspeccionado.*

Buenos Aires, 30 de Septiembre de 2011