

Texto Completo del Dictamen DIC. N° 180/99

Expte. N° 13.289-4.862/99
MINISTERIO DE ECONOMÍA
Y OBRAS Y SERVICIOS

PÚBLICOS

BUENOS AIRES, 11 de noviembre de 1999

SEÑORA SUBDIRECTORA GENERAL
DE LEGAL Y TÉCNICA IMPOSITIVA
DE LA DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA:

Se consulta a esta Procuración del Tesoro acerca de si el Banco de la Provincia de Buenos Aires está obligado al pago del impuesto a los automotores, embarcaciones y aeronaves, instituido por la Ley N° 25.053 (B.O. 15-12-98) con destino al Fondo Nacional de Incentivo Docente.

- I -

1. Mediante el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859, la Provincia de Buenos Aires se reintegró a la entonces Confederación Argentina bajo ciertas condiciones: el examen y eventual reforma de la Constitución Nacional de 1853, como paso previo a jurarla, y la garantía de que no se dividiría su territorio sin el consentimiento de la Legislatura provincial (v. arts. 1 a 5;).

Otra importante reserva para la reincorporación se acordó en el artículo 7 del Pacto, conforme con el cual "Todas las propiedades del Estado que le dan sus leyes particulares, como sus establecimientos públicos, de cualquier clase o género que sean, seguirán correspondiendo a la Provincia de Buenos Aires, y serán gobernados y legislados por la autoridad de la Provincia".

2. En los artículos 8 y 9 las partes signatarias exceptuaron de esta salvedad a la Aduana, cuyo traspaso a la Nación se estableció en estos términos: "Se exceptúa del artículo anterior la Aduana que como por la Constitución federal corresponden las aduanas exteriores a la Nación, queda convenido en razón de ser así en su totalidad, las que forman las rentas de Buenos Aires que la Nación garante a la Provincia de Buenos Aires su presupuesto de 1859, hasta 5 años después de su incorporación, para cubrir sus gastos, inclusive su deuda interior y exterior" (art. 8). "Las leyes actuales de Aduana de Buenos Aires sobre comercio, seguirán rigiendo hasta que el Congreso Nacional

revisando las tarifas de aduana de la Confederación y Buenos Aires, establezca la que ha de regir para todas las aduanas exteriores" (art. 9) (v. Dictámenes 209:290).

3. El 6 de junio de 1860 se firmó un Convenio de Unión que complementó y modificó el Pacto de San José de Flores, en cuyo artículo 12 se precisó que "El gobierno de Buenos Aires continuará en el régimen y administración de todos los objetos comprendidos en el presupuesto de 1859, aun cuando ellos correspondan por su naturaleza a las autoridades nacionales, hasta que incorporados los diputados de Buenos Aires al Congreso, disponga éste sobre la materia y sobre el modo de hacer efectiva la garantía dada a Buenos Aires por el artículo 8° del convenio de 11 de noviembre" (v. Dictámenes 209:290).

4. En el artículo 3 de la Ley de Capitalización de la ciudad de Buenos Aires N° 1029 de 1880 (ADLA 1852-1880:1188), se dispuso que "El banco de la Provincia, el Hipotecario y el Monte de Piedad, permanecerán bajo la dirección y propiedad de la Provincia, sin alteración a los derechos que a ésta corresponden".

5. El actual artículo 121 de la Constitución Nacional preceptúa que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación".

6. El artículo 31 de la Ley Fundamental establece que "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859".

7. El artículo 1 de la Carta Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires, aprobada por la Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 9434 (t.o. por Dto. de la Prov. de Bs. As. N° 9166/86, B.O. de la Prov. de Bs. As. 23-2-87), lo define como una entidad autárquica de Derecho público, con el origen, las garantías y privilegios declarados en el Preámbulo y en los artículos 31 y 121 de la Constitución Nacional, en la Ley N° 1029 y en las leyes de la Provincia.

El artículo 4 de esa Carta Orgánica prevé que "El Banco, sus bienes, actos, contratos y operaciones y derechos que de ellos emanen a su favor, están exentos de todo gravamen, impuesto, carga o contribución de cualquier naturaleza. El banco abonará exclusivamente el servicio de obras sanitarias, la tasa por alumbrado, limpieza y

conservación de la vía pública y la contribución de mejoras".

- II -

1. En su presentación ante el Director de la Administración General de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, el Banco de la Provincia de Buenos Aires solicitó la restitución de la suma de dinero abonada el 5 de marzo de 1999, bajo protesta, al Registro Automotor N° 1 de la ciudad de La Plata, en concepto del impuesto creado por la Ley N° 25.053, por la adquisición de ocho automotores.

Fundamentó su pedido en los siguientes argumentos:

a) El gravamen no le es aplicable porque el artículo 6, inciso e), de la Resolución General de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) N° 368/99 (B.O. 3-2-99) -que sustituyó el mismo artículo de la Resolución General AFIP N° 332/99 (B.O. 12-1-99)- excluyó del pago del impuesto a los bienes "...respecto de los cuales se establezca, en las normas que regulen el respectivo régimen, que se encuentran exentos de todo impuesto nacional vigente o a crearse".

b) El Banco está exento del pago de este tributo por lo que disponen los artículos 1 y 4 de su Carta Orgánica, el artículo 7 del Pacto de San José de Flores y los artículos 31 y 121 de la Constitución Nacional.

c) La Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 11.802 ratificó que el banco provincial goza de inmunidad tributaria frente a impuestos, tasas y contribuciones nacionales de cualquier naturaleza, y declaró inoponibles al banco los actos legislativos y administrativos emanados de autoridades nacionales que pretendan desconocer esa inmunidad tributaria.

d) En los autos "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/Dirección General Impositiva" -que tramitaron ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11-, se hizo lugar a la medida de no innovar solicitada por el Banco y se ordenó a la Dirección General Impositiva abstenerse de adoptar medidas de recaudación, fiscalización y punitivas contra él. Dicha resolución fue dictada el 21 de diciembre de 1993, ampliada el 6 de julio de 1994 y confirmada por la Sala I de la Cámara del fuero el 15 de febrero de 1994; actualmente se encuentra firme.

Ese proceso concluyó con el fallo del 23 de febrero de 1999, en el que se estableció que el Banco de la Provincia de Buenos Aires goza de inmunidad tributaria nacional con fundamento en el Pacto de San José de Flores, como lo ha reconocido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v. fs. 46/49).

2. En su dictamen de fojas 62/67, el Departamento de Asesoría Legal de la Dirección General Impositiva sostuvo que:

a) Ni de la Ley N° 25.053, ni de su reglamentación, dada por la Resolución General de la AFIP N° 586/99 (B.O. 17-5-99), modificada por su similar N° 650/99 (B.O. 2-8-99), surge la exclusión del Banco de la Provincia de Buenos Aires como sujeto obligado al pago del tributo.

Por el contrario, de esas normas se desprende que son sujetos pasivos del impuesto las personas jurídicas públicas, incluso el Estado Nacional, los Estados provinciales y los municipios. También la Ley de Procedimiento Tributario prevé que los mismos sujetos están alcanzados por los tributos nacionales, salvo exención expresa.

b) El régimen de coparticipación federal de impuestos actualmente previsto en el artículo 75, inciso 2, de la Constitución Nacional, supone la derogación del Pacto de San José de Flores.

La autolimitación a las que se sometieron las provincias por las leyes-convenio de coparticipación implicó una delegación de sus potestades tributarias en el Congreso de la Nación, y la abdicación, por parte de la Provincia de Buenos Aires, de las facultades reservadas en el Pacto de San José de Flores, por lo que la inmunidad del Banco fundada en dicho Pacto ya no tiene razón de ser.

3. A fojas 70 la Subdirectora General de la Subdirección General de Legal y Técnica Impositiva de la Dirección General Impositiva solicitó el dictamen de esta Procuración del Tesoro.

- III -

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en diversas ocasiones sobre la interpretación del artículo 7 del Pacto de San José de Flores.

1. El primer pronunciamiento de la Corte data del 5 de septiembre de 1895 y se halla registrado en Fallos 61:161.

En esa oportunidad, el Alto Tribunal advirtió que:

a) El poder del Congreso de la Nación para legislar en forma exclusiva en el territorio de la Capital Federal -emergente del artículo 67, inciso 27, de la Constitución Nacional (hoy art. 75, inc. 30)- no fue alterado por el artículo 3 de la Ley N° 1029, que se limitó a declarar que la Provincia de Buenos Aires conservaba sobre su banco los derechos que "le correspondan", es decir, los que le otorga la Constitución Nacional.

b) Ninguna interpretación de los artículos 31 y 104 (hoy art. 121) de la Constitución puede llegar a extender los poderes de la Provincia más allá de sus límites territoriales; y dado que "...la ley de federalización no

ha creado para la Provincia de Buenos Aires un derecho especial a la legislación y gobierno de su Banco, ella se halla en el territorio de la Capital, a ese respecto, en condiciones de igualdad con las demás provincias...".

2. Esta postura inicial de la Corte fue revertida en el caso "Condomí c/ Caja de Acumulaciones, Subsidios y Pensiones de los Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires en liquidación s/ Reintegro y devolución de pensiones", del 15 de diciembre de 1933 (Fallos 170:12), con el que comenzó una línea de opinión opuesta a la anterior.

En esa sentencia la Corte afirmó que la Provincia de Buenos Aires puede sancionar leyes laborales y previsionales para los empleados de su banco, "...porque, en tal concepto, no puede ser afectado por el carácter obligatorio de las leyes nacionales...", en razón del Pacto de San José de Flores.

Esta conclusión fue reiterada en la causa "Portas c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ Indemnización por despido", del 16 de septiembre de 1938 (Fallos 181:412).

3. La doctrina de la Corte favorable al reconocimiento de un privilegio extraordinario de la Provincia de Buenos Aires respecto de su banco oficial tuvo su expresión más acabada en el fallo recaído el 15 de marzo de 1940 in re "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ Nación Argentina" (Fallos 186:170).

En esa sentencia se analizó la pretensión de cobrarle al Banco el impuesto a los réditos sobre las utilidades obtenidas por sus accionistas, pretensión que lo alcanzaba directamente en virtud de su carácter de agente de retención y de responsable solidario de ese tributo.

En aquel caso, la Corte resolvió que la institución provincial no estaba alcanzada por la legislación nacional en materia tributaria.

Se dijo entonces, en sustento de tal conclusión, que:

a) En virtud del Pacto de San José de Flores, la Provincia de Buenos Aires se reservó poderes que la Constitución Nacional le atribuía al Gobierno Nacional, los que fueron incorporados a los artículos 31 y 104 (hoy 121) de aquélla; dicha salvaguarda es ajustada al Derecho público argentino y a los pactos preexistentes a la Constitución Nacional.

b) Lo convenido en el Pacto de San José de Flores no respondió a la capitalización de la ciudad de Buenos Aires, establecida en el artículo 3 de la Constitución Nacional de 1853, puesto que ese artículo fue derogado por el artículo 5 del Pacto, al prohibir la división del territorio provincial sin la conformidad de la Legislatura bonaerense.

c) El artículo 7 del Pacto de San José de Flores "...conforme a su letra y a su espíritu tendía, pues, a asegurar a las autoridades de la Provincia no sólo la

propiedad de sus edificios, sino también el derecho de legislar y gobernar el Banco (...), frente a las autoridades federales con exclusión de ellas y en cualquier tiempo..."; de modo que "...el Banco de la Provincia de Buenos Aires, a mérito de antecedentes históricos y legales cuya fuerza de convicción no es posible desconocer, se encuentra sujeto desde la fecha del pacto de noviembre de 1859 a la jurisdicción y legislación exclusivas de la provincia...".

Ese derecho "...tiene como antecedente mediato el Pacto de 11 de noviembre de 1859, que reconocía a la Provincia, además de jurisdicción exclusiva sobre el Banco, el derecho de legislar a su respecto; y, como antecedentes inmediatos, los artículos 104 y 31 de la Constitución Nacional y 2 y 3 de la Ley N° 1029, que dieron a esa jurisdicción y a ese derecho de legislar la categoría que corresponde a las disposiciones de carácter constitucional, poniéndolas, por consiguiente, fuera del alcance de las leyes dictadas por el Congreso Nacional".

d) Tal privilegio "...fue, en parte, el precio de la unión e integridad nacional...", "...respondió a un determinismo histórico y económico de fuerte gravitación y hondo arraigo; y (...) los beneficios obtenidos por el país superan -con creces- al sacrificio que puede importar...".

e) La Provincia de Buenos Aires, en ejercicio de la facultad exclusiva de legislar sobre su Banco de Estado, lo ha eximido "...de toda contribución, impuesto de sellos y de cualquier otra clase, creada o por crear (...) estas exenciones, consecuencia de la facultad conferida a la Provincia por el Pacto de 1859 de legislar sobre su Banco, deben ser respetadas por las autoridades nacionales, pues gozan de la misma supremacía que corresponde a las disposiciones de orden constitucional sobre las leyes nacionales y provinciales a mérito de lo dispuesto por los artículos 31 y 104 de la Carta Fundamental y 2° y 3° de la ley n° 1029 ya señalados...".

4. En el fallo bajo examen votó en disidencia el doctor Luis Linares, quien opinó:

a) El artículo 7 del Pacto de San José de Flores fue establecido en previsión de que la ciudad de Buenos Aires quedara como capital de la República.

b) La única prerrogativa de la Provincia de Buenos Aires sobre su banco es la de no estar sometida a las leyes que el Congreso dicte para la Capital Federal, de modo que no se le puede aplicar ninguna ley ni impuesto local. No puede haber sido otro el espíritu del Pacto que el de hacer esta reserva en resguardo de un cambio de jurisdicción de las instituciones y su traslado a otro lugar de la Provincia.

c) No es concebible que Buenos Aires propusiera, y que el resto del país aceptara, que cosas e instituciones del

país y radicadas en su territorio quedaran fuera del alcance de las leyes federales, como si pertenecieran a un Estado extranjero. Dentro de la República no hay ni puede haber personas, cosas o instituciones que no estén bajo el imperio de las leyes dictadas por el Congreso y que se consideren intangibles o exentas de toda contribución.

d) Todo banco de Estado provincial se rige por su ley provincial, y si en este caso se hizo especial mención de ese derecho fue únicamente para mantenerlo a través del cambio de jurisdicción que iba a realizarse como consecuencia de la cesión de la ciudad de Buenos Aires para capital de la República; pero esto no significa que, como parte integrante de la Nación, no deba acatamiento a las leyes nacionales.

4. En la sentencia del 20 de mayo de 1979, recaída en los autos "Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco) c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos 276:432), se expresó que:

a) El Banco de la Provincia de Buenos Aires es un "...organismo autárquico de la administración pública provincial, extraño a las regulaciones de orden laboral o de otra índole dictadas para instituciones de crédito que no revisten esa condición ni gozan de sus privilegios constitucionales...".

b) "...en virtud de las prerrogativas acordadas a la Provincia de Buenos Aires por el Pacto del 11 de noviembre de 1859 y lo dispuesto en la ley 1029 y en los artículos 31 y 104 de la Ley Suprema, el Banco, como entidad estatal, sólo puede ser gobernado y legislado por la autoridad de la Provincia".

Estas conclusiones fueron repetidas en los casos "González c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos 280:304) y "Richardí c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires" (Fallos 301:1010).

- IV -

Esta Procuración del Tesoro de la Nación se expidió en varias oportunidades sobre el tema que nos ocupa.

1. En Dictámenes 40:403, este Organismo Asesor opinó que no era procedente gravar las utilidades, los dividendos normales y de liquidación de las acciones y los intereses de los bonos hipotecarios del Banco de la Provincia de Buenos Aires, por cuanto, de conformidad con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aquél no está sujeto a los impuestos nacionales, en virtud de la reserva establecida en el artículo 7 del Pacto de San José de Flores.

Esta postura fue mantenida en Dictámenes 126:241, en el que se analizó la aplicación al Banco provincial de un gravamen extraordinario impuesto por leyes nacionales a los

bancos oficiales.

2. En Dictámenes 166:355 se sostuvo que el Banco de la Provincia de Buenos Aires estaba eximido del pago de derechos aduaneros -en virtud de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el artículo 7 del Pacto de San José de Flores-, por ser aquellos una especie del género "impuestos", de los que el Banco de la Provincia de Buenos Aires está exento por lo que dispone su Carta Orgánica, sancionada en ejercicio de los poderes reservados por el Pacto.

3. Esta doctrina fue modificada en Dictámenes 209:290, en el que, sobre la base de argumentos que no viene al caso reproducir aquí, se sostuvo que la exención de la que goza el Banco de la Provincia de Buenos Aires respecto de los impuestos en general no incluye a los derechos aduaneros, toda vez que en esta materia las facultades nacionales son exclusivas y no concurrentes con las provincias, y los derechos aduaneros no son una especie del género "impuestos".

4. En Dictámenes 210:234 se opinó que el Pacto de San José de Flores no impide que Banco Central de la República Argentina mantenga su competencia para instruir un sumario al Banco de la Provincia de Buenos Aires por giros indebidos de divisas al exterior, puesto que la doctrina de la Corte se refiere "...exclusivamente a la inmunidad fiscal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en relación a la potestad tributaria del gobierno federal y no se relaciona con otras materias también alcanzadas por el Pacto de San José de Flores".

- V -

1. De la reseña efectuada hasta aquí se infiere que si bien este Organismo Asesor admitió que el Pacto de San José de Flores no exime al Banco de la Provincia de Buenos Aires del pago de derechos aduaneros, ni lo pone fuera del alcance de la competencia del Banco Central de la República Argentina para instruir sumarios por el giro indebido de divisas al exterior en violación de leyes nacionales, en ambos casos consideró que no se trataba de supuestos incluidos en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los alcances de la reserva establecida en artículo 7 de aquel pacto.

2. En la especie estamos ante la pretensión de imponer al Banco el pago de un impuesto nacional. Y de acuerdo con la doctrina de nuestro más Alto Tribunal, cualquiera que sea la naturaleza del impuesto establecido por la Ley N° 25.053, no puede obligarse a la institución provincial a pagarlo, por estar alcanzado por la reserva que la Provincia de Buenos Aires obtuviera en el Pacto del 11 de noviembre de 1859. Ello sin perjuicio de que dicho impuesto

sí resulte aplicable a los demás organismos públicos nacionales, provinciales o municipales.

3. Siendo esto así, debo recordar que esta Casa ha dicho reiteradamente que la jerarquía de la Corte, el carácter definitivo de sus sentencias, la armonía que debe haber entre los distintos órganos estatales, y la necesidad de ahorrarle al Estado los gastos que se derivarían de acciones judiciales previsiblemente desfavorables, determinan la conveniencia de que la Administración Pública se atenga a los criterios de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la aplicación e interpretación del Derecho, aun cuando se opongan a los de esta Procuración del Tesoro (v. Dictámenes 196:64, 202:145, 207:578, 212:327, entre otros).

4. En consecuencia, opino que no es procedente imponer al Banco de la Provincia de Buenos Aires el impuesto establecido por la Ley N° 25.053 y, por lo tanto, que los montos abonados por esa institución en tal concepto le deben ser restituidos.

DICTAMEN N° 180

<http://www.ambitoweb.com/seccionesespeciales/suplementos/novedadesfiscales/ampliar.asp?id=1616>

Martes 13 de mayo del 2008

Deducción de incobrables en el iva: ¿creación pretoriana?

Escribe: José Ramón D'Agostino

El 11/12/07 la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en la causa "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/DGI", en relación con la inmunidad tributaria de la citada entidad financiera, desestimando la pretensión del organismo recaudador.

Para resolver en tal sentido, el Tribunal se respaldó en el pacto celebrado entre la provincia de Buenos Aires y el gobierno de la Confederación en la Ciudad de San José de Flores el 11 de noviembre de 1859, acuerdo constitucionalizado conforme artículos 31 y 121 de nuestro Estatuto fundamental.

El Banco de la Provincia de Buenos Aires había interpuesto demanda ordinaria ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, solicitando la nulidad del acto administrativo a través del cual la AFIP-DGI dispuso reencuadrar la situación tributaria de la entidad bancaria frente al Impuesto al Valor Agregado, respecto de las «...colocaciones y prestaciones financieras...» que, por Decreto 879/1992, ingresaban al ámbito de aplicación del tributo.

El juez de grado hizo lugar a la demanda instaurada, sentencia que la Sala I del fuero competente confirmó.

Disconforme, la DGI interpuso el recurso extraordinario, el cual le fue concedido. Con el voto de cinco de sus ministros, el Tribunal confirmó la sentencia apelada.

El pronunciamiento es altamente provechoso en su contextura jurídica. Fuera de las argumentaciones de orden político-institucional, se introduce **obiter dictum**, en el análisis de la clasificación de los impuestos basada en los efectos repercusión e incidencia. A este aspecto del fallo, en su relación con una cuestión particular del IVA, dedicaremos este trabajo. Se trata, precisamente, de las derivaciones que surgen de la traslación (que por expreso mandato de la ley deben llevar a cabo los contribuyentes de derecho del citado tributo), en aquellos casos en que, habiéndose facturado la operación gravada, el importe de la misma no es percibido, aun cuando sobre ella recaiga igualmente el impuesto. Es decir, la inveterada problemática de las cuentas incobrables frente al IVA. Ciertamente, la ley del tributo no les otorga a estos créditos frustrados ningún tratamiento expreso.

Sabido es que el legislador argentino ha estructurado el IVA bajo la modalidad del criterio de lo devengado, adoptando el sistema de determinación

denominado «impuesto (débito fiscal) contra impuesto (crédito fiscal)» sobre base financiera. Algunas específicas excepciones en que la ley del tributo contempla el principio de «percibido», no alcanzan a invalidar lo expresado en el párrafo anterior.

En general, la ley reconoce que, en cada una de las etapas de la circulación económica, el IVA pagado a quien lo factura en la etapa anterior, constituye para el adquirente del bien o servicio un crédito fiscal que puede ser restado del débito fiscal para la determinación del impuesto. Y así se protraslada sucesivamente, hasta incidir en el consumidor final, destinatario último del tributo.

Es tema de ocupación recurrente por parte de la doctrina especializada, y de los contribuyentes, en planteos ante los órganos jurisdiccionales, la situación que se crea cuando, facturada una determinada operación, ésta se transforma en incobrable, bien que el débito fiscal ya ha sido exteriorizado y pagado.

En lo que respecta al debate en sede tribunalicia, no ha habido hasta ahora a este respecto pronunciamientos que admitan la modificación de la base imponible del impuesto para reflejar los efectos de la incobrabilidad de la operación. Todo lo contrario; así, podemos citar el precedente de la Sala B del Tribunal Fiscal de la Nación **in re** «Farías Ubaldo Abel», del 28/6/99, en el que se rechazó la posibilidad de la deducción de incobrables argumentando que «...no fue reconocida por el Impuesto al Valor Agregado... por considerarse muy difícil retrotraer dejando sin efecto la deducción que por el importe de las respectivas ventas por el impuesto cargado en la factura, hubieran hecho los adquirentes de los productos que finalmente no fueran pagadas en razón de la incobrabilidad sobreviniente (vid. Reig, «El Impuesto al Valor Agregado», pág. 534)».

En la búsqueda de una interpretación de la normativa del impuesto que les permitiera suponer que de alguna manera el legislador no se ha desentendido de la problemática de los créditos incobrables, no ha sido extraño que los contribuyentes argumentaran la concesión de una quita o bonificación por el total del crédito. Ello, con invocación del art. 12, inciso b) de la ley del tributo. Así, en la causa «ATELCO SA s/recurso de apelación - Impuesto al Valor Agregado», resuelta en fecha 8/2/05 por la Sala A del Tribunal Fiscal de la Nación, la empresa emitió notas de crédito en concepto de mora en el pago por parte de los abonados y, en consecuencia, al confeccionar las declaraciones juradas del Impuesto al Valor Agregado, procedió a restar del débito fiscal total el impuesto que surge de dichas notas de crédito.

El Tribunal sostuvo que es improcedente la posibilidad de que el vendedor emita una nota de crédito por 100% de la operación, en tanto ello implicaría la anulación de la misma. Por ello, resolvió que la norma en la que el actor sustenta su pretensión no contempla la situación de los créditos emergentes por la existencia de índices de incobrabilidad.

En otro precedente, la Sala B del mismo Tribunal se pronunció el 3/11/06 en la causa «L&F SA s/apelación-IVA». Frente a las ventas concertadas con deudores que resultaron a su juicio incobrables, el contribuyente confeccionó Notas de Crédito mediante las cuales se descontaba 100% del valor de cada operación, computando a su favor el crédito fiscal que surgía de las mismas. El Tribunal no hizo lugar al planteo del contribuyente, considerando que la

emisión de una nota de crédito por 100% de la operación no puede ser asimilable a una «quita» como pretende el apelante, en tanto ésta supone una reducción del saldo deudor del cliente, una liberación o conmutación parcial hecha por el acreedor conforme a los usos y costumbres, fundada en la esperanza de recuperar el remanente del saldo adeudado, lo que no se verifica en el caso por haberse renunciado a su total percepción.

OPINION DEL FISCO

En lo que respecta a la opinión del fisco sobre el tema que nos ocupa, su servicio asesor se ha manifestado expresando, que la ley del tributo -en su artículo 12, incisos a) y b)-: ... no establece como hecho generador de crédito fiscal la incobrabilidad de operaciones que, en su momento, estuvieron gravadas, como sí lo hace en el caso de los descuentos, bonificaciones, quitas, devoluciones o rescisiones, las cuales implican la anulación de operaciones que en su momento generaron el ingreso del gravamen, situación ésta que no se contempla en el caso de la incobrabilidad (Dictamen N° 73/01 de la DAT, de fecha 2/11/01).

No es insustancial al presente trabajo la evocación de un precedente legislativo que años atrás intentó resolver la cuestión. Nos estamos refiriendo a la Ley N° 25.453, sancionada el 30/7/01, la cual facultaba al Poder Ejecutivo Nacional para modificar la Ley de Impuesto al Valor Agregado exclusivamente en los aspectos necesarios tendientes a establecer que los débitos y créditos fiscales se imputen al período fiscal en que se perciba y/o pague total o parcialmente el precio de las operaciones gravadas, de acuerdo con la definición de percepción y pago que el mismo establezca a tal fin.

Al no ejercer el PEN dicha facultad (lesiva, por otra parte, del principio constitucional de reserva de ley), el mencionado criterio de imputación no llegó a aplicarse; años más tarde, por virtud de la Ley N° 25.717 aquella norma legal fue finalmente derogada.

Cubiertos estos aspectos introductorios, cabe desarrollar el tema central de este trabajo, el cual, como se dijo, se apoya en el pronunciamiento de nuestro más Alto Tribunal en la causa citada al comienzo. Entre los argumentos referidos a la inmunidad fiscal de la institución bancaria, el fisco esgrimió que la misma debe ceder, en tanto el Impuesto al Valor Agregado es un tributo indirecto, por lo que el patrimonio o renta de la institución no se ven necesariamente y de hecho afectados. Es decir, la autoridad recaudadora enfatiza en el efecto repercusión del tributo, pretendiendo con ello abonar la postura de que, tratándose de un impuesto indirecto, la carga impositiva es soportada invariablemente por el contribuyente de facto.

En respuesta al citado argumento, la Corte expresa en la causa bajo comentario que dicho efecto no resulta atendible, añadiendo, en lo que más nos interesa, lo siguiente: ... cabe señalar, a mayor abundamiento, que la recurrente omite hacerse cargo de la certificación obrante... en la que, precisamente, se da cuenta del detrimento patrimonial que ocasionaría a dicha entidad constituirse en contribuyente de derecho del mencionado impuesto, y de las conclusiones del peritaje contable que son categóricas en tal sentido, en particular en cuanto detalla los **importes de los intereses devengados y no percibidos por dicha institución sobre los que recaería**

igualmente el impuesto ..., conclusiones con las que coinciden, en cuanto aquí interesa, los consultores de parte ... En tales condiciones, ...resulta claro que el agravio en examen se desentiende de las circunstancias fácticas comprobadas en las presentes actuaciones (el énfasis nos pertenece).

COROLARIOS

Del pensamiento del Tribunal cimero pueden extraerse, a nuestro criterio, los siguientes corolarios.

En primer lugar, que es natural al IVA su protraslación, de manera tal que el sujeto de derecho conservará la protección de su patrimonio siempre y cuando ese traspaso de la carga no se vea contrarrestado por efecto de la incobrabilidad del crédito.

En segundo término, se aprecia claramente que esta última contingencia, es decir, que el impuesto trasladado hacia adelante no se cobre, y ello pueda ser fehaciente y consecuentemente probado, desfigura la esencia del tributo.

Siendo así, y pese al carácter de indirecto que lo caracteriza, la carga terminará recayendo finalmente sobre el contribuyente de derecho, dañando la congruencia del impuesto.

Por ende, en aras de garantizar que dicho traspaso no sea aparente, se requiere no sólo que el impuesto sea trasladado, sino, además, que el contribuyente de facto honre su deuda con quien se lo ha facturado.

Es notorio, que en su pronunciamiento, el Alto Tribunal no admite que la incobrabilidad pueda ser calificada como un incidente irrelevante frente a la naturaleza del tributo. Antes bien, su sentencia razona y prioriza una total correspondencia entre los aspectos teóricos del mismo y sus circunstancias fácticas. No por nada, resalta la importancia de las pruebas y certificaciones, así como también de las conclusiones del peritaje contable respecto de los importes devengados y no percibidos, y ello le da sobrada razón para desatender la postura del fisco.

Por ello, consideramos que, a falta de previsión normativa, se estaría introduciendo vía creación pretoriana el derecho de los contribuyentes del IVA a recuperar el impuesto anejo al monto gravado, cuando el carácter de crédito perdido es manifiesto y comprobable.