

ASIGNACIÓN DE OBLIGACIONES EXORBITANTES A LA FUNCIÓN BANCARIA.**Por JUAN RICARDO FRÖHLICH****I. INTRODUCCIÓN.**

Existe una tendencia notoria a lo largo de las últimas décadas, no sólo en la República Argentina, sino en todo el mundo, en el sentido de incrementar la participación de las personas físicas y las organizaciones privadas en funciones netamente estatales, especialmente en lo que hace a la determinación y recaudación tributaria, como así también en el contralor de diversas actividades, como lo son las transacciones cambiarias y los movimientos de fondos.

Así, notamos un sensible aumento del número y complejidad de los regímenes de retención y percepción de tributos, de suministro de información a las autoridades fiscales sobre operaciones financieras (consecuencia del debilitamiento, cuando no de la lisa y llana derogación del secreto bancario y bursátil), el control de las operaciones de cambios (en los casos de mercados más o menos regulados) y las obligaciones de denunciar las operaciones sospechosas de consistir en maniobras de lavado de dinero.

Estos requerimientos de intervención del sector privado para la consecución de finalidades públicas se nota, especialmente, en el establecimiento de obligaciones en cabeza de los escribanos públicos y de las entidades financieras.

Si nos remontamos a las últimas seis décadas en la República Argentina, en lo que hace a la actividad bancaria, hemos pasado de la actuación como agentes de retención del entonces impuesto a los réditos (hoy impuesto a las ganancias) sobre remuneraciones y pagos a beneficiarios del país y del exterior, a la existencia de impuestos que inciden sobre la casi totalidad de transacciones bancarias (como el impuesto sobre los débitos y créditos) y los regímenes de retención y percepción del impuesto sobre los ingresos brutos por acreditaciones en cuentas bancarias, que exigen una dedicación temporal permanente por parte de las entidades.

En el mismo lapso, en lo que hace a mecanismos de contralor e información las obligaciones se han incrementado, desde el simple control del cumplimiento de las obligaciones previsionales (establecido por ley en la década de 1950), hasta los complejos sistemas de información de transacciones económicas (establecidos en la década de 1980 a través de simples normas de la administración tributaria).

Así también se ha delegado en las entidades bancarias el contralor y seguimiento de las operaciones cambiarias, con mayor o menor grado de complejidad, según los vaivenes del mercado, desde un rígido control de cambios hasta épocas de relativa libertad de transacciones.

No es tampoco desdeñable la encomienda a las entidades bancarias y financieras en general del contralor de las transacciones en el marco de las regulaciones sobre lavado de dinero, que implican la puesta en marcha de complejos mecanismos de supervisión de las operaciones de la clientela.

A todo ello debe agregarse que, en no pocos casos, el establecimiento de estas obligaciones en cabeza de las entidades financieras va seguido de la amenaza de fuertes sanciones en los casos de incumplimiento o cumplimiento deficiente.

La cada vez mayor utilización de la informática ha redundado, en estos aspectos, en un incremento de las obligaciones de las entidades financieras, teniendo como ejemplo los sistemas de traba de embargos sobre cuentas de depósito y otros activos financieros,

que comenzó como un "privilegio" del Fisco nacional, que ya se ha extendido a algún fisco provincial y amenaza con su ampliación a los fiscos municipales.

Constituye el objeto de esta exposición no el análisis de estos regímenes en particular, sino el de señalar el marco normativo en el cual los mismos pueden ser establecidos, con especial énfasis en las limitaciones del poder estatal.

II. LOS DEBERES DE COLABORACIÓN. CONCEPTO Y CARACTERES.

El Estado se encuentra facultado para exigir a los habitantes el cumplimiento de ciertas cargas, obligaciones o sacrificios que los individuos están constreñidos a sufrir en beneficio de la comunidad, entre los que se distinguen los "impuestos" (cuya prestación es esencialmente de carácter dinerario) de los "servicios personales" (cuya prestación consiste generalmente en una actividad del individuo, esto es, en obligaciones de hacer).

No se puede negar el beneficio que representa para la Administración la atribución de responsabilidades especiales en terceros, con el agregado de un severo régimen de sanciones por el incumplimiento de la función.

El estudio exhaustivo de esta asignación de responsabilidades y funciones, modernamente llamados "deberes de colaboración", ha sido especialmente efectuado por la doctrina alemana, española e italiana, y, en particular, por los especialistas tributarios, pues es en este campo en el que se denota la mayor preponderancia de la normativa estatal en la materia.

De todas las escuelas doctrinarias que se han pronunciado en la especie, nos parece que el concepto más preciso es el que afirma que los deberes de colaboración constituyen auténticos deberes públicos de prestación, que pueden desarrollarse a través de una actuación de dar o de hacer, incluso de soportar, que son impuestos por la Administración.

Lo que interesa en este análisis es la prestación obligatoria y coactiva de una actividad determinada y cierta de hacer, que reúne las características de lo que, tradicionalmente, se ha denominado "carga pública".

La carga pública, siendo una excepción, importa una verdadera limitación de la libertad personal, garantizada por el artículo 17 de la Constitución Nacional argentina que expresa: "Ningún servicio personal es exigible sino en virtud de ley o sentencia fundada en ley", ratificado por el artículo 19 de la misma: "Ningún habitante de la Nación está obligado hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe".

La carga pública, llamada en la doctrina administrativa "personal", como prestación de hacer, es considerada una especie del deber público de prestación, el cual es positivo y se lo define como aquella obligación jurídica de los particulares, en fuerza de la cual, éstos son coactivamente impelidos a proporcionar al Estado y a otros entes públicos aquellos bienes patrimoniales y actividades personales que sean necesarios para la satisfacción de las necesidades generales a las que se debe proveer. Serán deberes públicos de prestaciones aquellos que se relacionan con la sumisión del individuo frente al Estado, consistentes en una limitación por la cual un administrado está obligado a una omisión, a una tolerancia o a una prestación positiva de dar o de hacer.

Existen autores, especialmente italianos y españoles, sin embargo, que sostienen que no se trata puramente de "obligaciones", sino de simples "deberes", pues reservan la primera expresión para aquellas prestaciones de contenido patrimonial. Esta conceptualización no es válida, en lo que a la República Argentina respecta, por la definición de "obligación" que nos da el artículo 499 del Código Civil, según el cual las prestaciones que hacen al

objeto de las mismas pueden consistir en un "hacer" cuyo cumplimiento puede ser judicialmente exigido.

La exigibilidad de estas prestaciones está sustentada en el ejercicio mismo del poder estatal, y la reacción ante su incumplimiento no es de tipo indemnizatorio, sino sancionatorio.

III. LÍMITES. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY

Las cargas públicas, como hemos visto, deben ser establecidas por ley, la que, en general establece algunos principios fundamentales, siendo éstos integrados posteriormente por normas de jerarquía legal inferior, aun cuando es cada vez más frecuente que sean establecidas por normas de rango inferior, decretos del Poder Ejecutivo e inclusive normas administrativas que avanzan más allá de lo que las propias disposiciones legales autorizan.

Los eventuales excesos pueden ser neutralizados por la jurisprudencia, pudiendo citarse al respecto el precedente de la Corte Suprema Nacional argentina, en el caso "Oliver", del 15 de octubre de 1969, que, al analizar una Resolución del organismo fiscal mediante la cual se designaba agentes de retención, cuestionó duramente tanto la falta de delegación expresa del Congreso al Organismo administrativo así como la ausencia de doble precisión legal, tanto respecto del hecho imponible como de las disposiciones a aplicar en la misma norma. Sostuvo la Corte, en este caso, sin embargo, la obligatoriedad de cumplimiento del régimen, pero impidió al organismo fiscal la aplicación de sanciones por su incumplimiento.

A su vez, en el caso "Video Club Dreams", la Corte validó la legitimación del sujeto de retención para cuestionar la validez de un tributo establecido por Decreto presidencial y declaró la inconstitucionalidad del mismo y, consecuentemente, dejó sin efecto la obligación de actuar como agente de retención.

La regla de la legalidad induce a exigir, en todos los actos que interfieren la libertad del individuo aumentando sus obligaciones o deberes, su apoyo en ley formal expresa, con la finalidad de otorgar certeza y fijar reglas de juego estables, evitando los continuos cambios operados en la normativa, como también las imprecisiones, que, entre otras complicaciones, no contribuyen precisamente a crear seguridad en las relaciones jurídicas, en especial si se tiene en cuenta que, normalmente, el establecimiento de estos "deberes de colaboración" viene acompañada de responsabilidades especiales y sanciones graves.

Por ello, la creación de deberes de colaboración, como verdaderas las cargas públicas, a fin de quedar encuadrada en las normas constitucionales, debe reunir las siguientes características:

- legalidad: el servicio debe ser establecido por ley;
- igualdad: debe darse igual trato a quienes están en igualdad de condiciones;
- temporalidad: la duración del servicio debe ser limitada;
- certeza y determinación: deben tener un objeto específico y perfectamente determinado;
- justificación: sólo pueden imponerse por razones de urgencia o interés público.

Son corolarios de su carácter de cargas públicas los siguientes:

- gratuidad: no necesariamente los servicios deben ser remunerados;
- impermutabilidad: la responsabilidad de la carga no puede transferirse a terceros.

Estas características son reconocidas no sólo en la República Argentina, sino en todo el

marco del derecho occidental, ya sea de cuño romano o anglosajón.

Actualmente, en el campo internacional, el principio de legalidad se presenta como característica del Estado de derecho, importando la subordinación del obrar de la Administración a la ley, de modo que sólo puede desempeñarse en las materias para las que cuenta con autorización en forma inmediata e incluso mediata por habilitación de la ley.

El Modelo de Código Tributario para América Latina, propiciado en su tiempo (año 1967) por el Programa Conjunto de Tributación OEA/BID, señala: "La ley o la administración (previa autorización legal) designan como agentes de retención a aquellos que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervienen en actos u operaciones en los cuales pueden efectuar la retención del tributo correspondiente".

Resulta conveniente destacar y rescatar el principio de legalidad en la forma respetada por dicho Modelo, pues contrasta (y ser objeto de crítica por obviar la restricción legal) con la distinta visión del Modelo de Código Tributario del Comité Internacional de Administradores Tributarios, cuyo artículo 20, último párrafo, expresa: "Los agentes de retención o percepción podrán ser designados por norma general administrativa, entre aquellos que por razón de su actividad, oficio o profesión intervengan en actos u operaciones en los cuales puedan efectuar la retención o percepción de tributos".

IV. LÍMITES. OPORTUNIDAD, PROPORCIONALIDAD, SUBSIDIARIEDAD.

Los deberes de colaboración, a fin de no vulnerar tutelas constitucionales, deben ser impuestos sólo "ocasionalmente" por la Administración, y en tanto y en cuanto lo requerido no exceda lo razonable en materia de cantidad y calidad. Por ello, el problema adquiere otra dimensión cuando se transforman en cargas permanentes y adquieren el carácter de actividades cuasi-administrativas originando un verdadero endoso de actividades oficiales al sector privado, bajo el apercibimiento de sanciones que no delatan sino que la Administración es incapaz de llevar a buen término la gestión (especialmente la de percibir los tributos), estando así ante una erogación no ocasional que resulta en una disminución patrimonial efectiva del requerido.

Sobre el tema, las XXIV Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal, del año 1994, consideraron que el ejercicio arbitrario y exagerado de la delegación de funciones en contribuyentes y responsables desnaturaliza el sistema, toda vez que se vulneran dos principios: el de proporcionalidad - relación de medios a fin- y el de simetría que debe regir en la relación procesal entre el Fisco y el contribuyente, recomendando, entre otros aspectos, evitar que las normas de naturaleza formal interfieran en la organización administrativo-contable de los responsables.

Por otra parte, resulta criticable el elevado costo que demanda a los administrados el cumplimiento de estos deberes de colaboración y la modificación constantes de la normativa.

La proliferación y superposición de cargas puede llevar a superar el límite del sacrificio exigible, con lo que nace el derecho al resarcimiento de los perjuicios que el cumplimiento de la obligación le ocasiona.

Este límite, modernamente denominado "principio de proporcionalidad", hizo que, hace ya casi cuatro décadas, la DGI, entonces bajo la dirección del Dr. Pedro Pavesi, dispusiera a través de la Circular 916 del 29 de junio de 1970, que los requerimientos de información a terceros debían formularse "procurando que la exigencia irroque mínimos inconvenientes en la hacienda del afectado", resultando claro que la gratuidad es una consecuencia de la limitación de la carga.

En tal sentido, los deberes de colaboración han de tener como límite el de proporcionalidad y subsidiariedad en su ejercicio, es decir, que sólo podrán ser exigidos aquellos datos que resulten ajenos a la Administración, habiendo constatado que, en la actualidad existe un desarrollo exorbitante de los deberes de colaboración que afectan en forma considerable a la libre disponibilidad de los particulares de su propia persona y su energía.

V. LÍMITES. EL PRINCIPIO DE TERRITORIALIDAD.

El sujeto designado para cumplir con el deber de colaboración debe estar sujeto a la potestad del que lo designa como tal en razón de actuar dentro de los límites espaciales (en nuestro caso, territoriales) en los que puede ejercitar válidamente dicha potestad; si se pretendiere la designación de personas físicas o jurídicas que no tengan un asiento territorial en la jurisdicción se estaría invadiendo la potestad de otra u otras jurisdicciones.

Así, en España, el Tribunal Constitucional restringió el alcance del poder tributario interno afirmando que "la autonomía financiera no debe entenderse como atribución ilimitada de competencias y ni siquiera como posición global del ente público dotada de aquéllos".

En ese sentido, cuando se respetan los principios de derecho existe una pluralidad de estados que se manifiestan relaciones recíprocas bajo valores universalmente acatados.

Esta restricción territorial es de especial relevancia en los países federales, en los que debe quedar en claro que existe una clara diferenciación entre las potestades de la federación y la de cada uno de los estados federados, como ha sostenido, invariablemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido que cualquiera sea la interpretación que pueda darse a la extensión de los poderes de los gobiernos locales, es indudable que esa interpretación no puede llegar hasta extender los poderes de provincia más allá de sus límites territoriales.

También sobre este tema se han pronunciado las XV Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federal celebradas en 1985, al referirse, justamente, a las facultades provinciales de creación de agentes de retención y percepción.

Bien saben las entidades financieras que este incuestionable principio se encuentra actualmente en entredicho por la existencia de diversas normas provinciales que las obligan a actuar no sólo como agentes de retención, percepción e información sobre cuentas abiertas en jurisdicciones distintas a las que imponen la obligación, sino también por la pretensión de trabar embargo sobre activos financieros situados fuera del ámbito territorial de la autoridad que ha decretado la medida cautelar.

VI. LÍMITES. RAZONABILIDAD DE LAS NORMAS

Hemos señalado que las prestaciones de hacer o soportar, características de los deberes de colaboración, integran el ámbito de reserva de la ley.

No obstante, se ha admitido que la ley sólo fije el marco general, y las normas del rango inferior establezcan las reglas operativas, dejando, así, un ancho margen de acción discrecional a favor de la Administración, cuyo peligro es pasar de la discrecionalidad, cuando no existe un procedimiento reglado, a la arbitrariedad.

Existe en la acción administrativa una tendencia a transformar el deber de colaboración en un deber de sustitución desvirtuándose el principio que debe prevalecer, es decir que la actividad corresponde a la Administración y los administrados sólo están obligados a colaborar y no a sustituir.

Lamentablemente, en estos últimos tiempos, pareciera haber cundido entre los fiscos, la idea de que los sistemas de retención y percepción pueden suplir las falencias de la Administración Tributaria, lo que nos lleva a analizar la vigencia, en este campo del llamado "principio de razonabilidad".

El principio de razonabilidad, conocido en los Estados Unidos -en cuya Constitución no encontramos norma similar al artículo 28 de la Constitución Nacional Argentina- como "balance of convenience rule" (regla del equilibrio conveniente o racionalidad), en el criterio de la Corte Suprema de Justicia " ... debe entenderse como adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y a la ausencia de iniquidad manifiesta, pues las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables porque los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran" (Fallos: 256-241; 299-428).

Tal como hemos señalado, en los últimos tiempos se han establecido una cantidad exorbitante de deberes de colaboración, colocando al sector privado como verdaderas extensiones de los brazos de la Administración estatal

Frente a ello se ha delineado el concepto de "interdicción de la excesividad", que concurre en auxilio de los administrados, como derivación del principio de razonabilidad y obstáculo para el desenfreno administrativo.

El "principio de interdicción de la excesividad" implica la prohibición de que la ley o la Administración, en el ámbito de su discrecionalidad, ordenen algo que pueda considerarse excesivo, exorbitante o desmesurado.

Este principio representa dos aspectos a considerar:

- a) el principio de necesidad, que exige que existiendo varios medios posibles para lograr un fin perseguido, sea utilizado el que conlleve menores consecuencias desfavorables para el administrado, y,
- b) el principio de proporcionalidad, el cual establece que debe existir una adecuación entre la utilización de un determinado medio y el fin con que aquél pretende alcanzarse.

En el mes de octubre de 1998 en la realización de las XIX Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario (Portugal) se ha dicho "Donde la Administración tributaria no llega o lo hace mal, lo mejor es atemorizar al contribuyente mediante un sistema apropiado de sanciones...".

Son los tiempos de la ineficacia recaudatoria del Fisco frente a los "sofisticados artilugios" de los evasores que se acentuarán, sin duda, con el uso del comercio electrónico que aún no pudo encontrar las reglas, concertadas internacionalmente, para la imposición de estas nuevas formas de comercialización. Entre estos dos juegos aparece la persona (física o jurídica) que debe cumplir con las obligaciones de hacer o no hacer a la que la somete el Fisco, muchas veces irrazonablemente en sus exigencias.

En esta calificación de irrazonable no se trata de incluir a todas las exigencias formales.

Se tiene la sensación de que nadie piensa en los obligados al ver estas exigencias irrazonables y extemporáneas.

Debe admitirse que, para la actividad fiscalizadora de la Administración, resulta útil y necesaria la colaboración del administrado; debe quedar claro, por consiguiente, que no formulamos oposición al establecimiento de una normativa que permita el desarrollo de aquella actividad, sino que apuntamos a fijarle límites razonables.

Es por esto que el "Canadian Charter of Rights and Freedoms" especifica en su sección

8ª que cualquier requerido tiene el derecho de estar asegurado que la información de índole tributaria que se le requiera no será irrazonable en calidad y cantidad. Y la Sección 24 (1) especifica que el contribuyente titular de derechos y libertades, garantizadas por aquel ordenamiento, tiene el derecho de recurrir al Tribunal para obtener el remedio que considere apropiado y justo a las circunstancias que devienen de la inquisición informativa fiscal.

La experiencia de los Estados Unidos de América sobre la especie es ilustrativa. Si bien el Internal Revenue Service tiene poder para solicitar la información necesaria a fin de verificar la correcta formación de determinados hechos imponibles, existen en el ordenamiento legal de dicho país salvaguardias procesales para prevenir el abuso del ejercicio inquisitivo de información que limitan los poderes del Organismo. Los requeridos están garantizados por el arco protector de la Cuarta Enmienda Constitucional que asegura el derecho a que la información peticionada de orden tributario no será irrazonable en calidad y medida.

Si analizamos la legislación comparada, se observa, a contrario de lo que sucede en la República Argentina, que los gobiernos han tomado conciencia de la necesidad de medidas destinadas a proteger a los administrados respecto de los deberes de colaboración que se le imponen, en razón que se ha advertido que en el ejercicio del derecho de contralor administrativo se había sobrepasado este último nivel para incursionar en el dictado de dichas medidas en el campo político puro. Francia es, en la última década, el ejemplo más reciente sobre lo afirmado.

Con el mismo alcance en el informe preparado por la OCDE en el año 1990 caratulado "Droits et obligations des contribuables", se especifica que algunas unidades políticas están conscientes de la importancia que reviste el dictado de medidas destinadas a proteger al contribuyente contra los abusos dentro del ejercicio del poder de requerir informaciones en forma continua.

VII. RETRIBUCIÓN AL AGENTE

Si se aceptara que cualquier requerimiento administrativo de información debe ser acatado sin la menor hesitación, volveríamos al estado del "príncipe" y la Administración tendría la suma del Derecho, en abierta contradicción con un Estado Liberal. Por lo tanto, los excesos de la política requisitoria de información tributaria no tienen cabida en el mundo del derecho occidental, considerando que las garantías de los administrados no pueden abdicar ante tales exigencias.

En ningún caso, y dentro de un marco de vida organizada jurídicamente, se pueden adelantar tesis favorables sobre los requerimientos de información librados por razones de mera comodidad administrativa, cosa que lamentablemente sucede en la realidad actuando ello como un abuso de derecho.

De la importancia del principio de proporcionalidad al que nos hemos referido precedentemente no se puede dudar, porque basta revisar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que hace mención permanente del mismo, poniendo límites precisos al accionar excesivo de la Administración contra los particulares.

Así también el Tribunal Constitucional Alemán tiene dicho en forma pacífica que el principio de proporcionalidad connota la prohibición de sobrecargar al afectado con requisitorias de información que para él representen una exigencia excesiva, porque corresponde parangonar las ventajas de dicha información con los perjuicios producidos al individuo, medio y fin que aparecen como dos variables que no pueden estar en evidente desproporción. Supone, en consecuencia, que han de ponderarse los bienes e intereses colectivos e individuales jurídicos en forma fundamental para determinar si

están en una relación razonable.

Es por ello que para dar plena vigencia a este principio que debería hacerse obligatoria la retribución de los gastos administrativos en que incurran los sujetos pasivos de los deberes de colaboración, como se intentó en el orden de los tributos federales argentinos en la década de 1990.

VIII. CONCLUSIONES.

Como resumen de las consideraciones precedentes, y a fin de evitar incurrir en excesos en el establecimiento de los deberes de colaboración, entendemos que los mismos deben sujetarse a las siguientes reglas:

- a) ser establecidos por ley formal, delegando en la Administración sólo las cuestiones reglamentarias y formales;
- b) cuando las cargas son establecidas no en forma ocasional, sino permanente, respetar los principios de significatividad y subsidiariedad, requiriendo sólo la actuación de los particulares en circunstancias relevantes para la Administración y sólo en los casos en que ésta no pueda actuar por sí misma;
- c) respetar la adecuada proporción entre los derechos de la Administración y los de los particulares, evitando interferir en la organización de los mismos y, eventualmente, resarcido los costos que la actuación les ocasiona.