

**DERECHO
FISCAL**

XLVII

Jul-dic/1989

**EDICIONES
CONTABILIDAD
MODERNA**

I. PRELIMINAR

La transferencia de créditos fiscales se encuentra regulada por un régimen que no garantiza la seguridad económica y jurídica del tráfico y, a la luz de sus resultados, puede asegurarse que ha ido en desmedro de los intereses públicos y privados que justificaron su creación.

La cuestión ha adquirido tono vergonzante y notoriedad pública, a partir de la denuncia formulada por la Dirección General Impositiva sobre una presunta estafa cometida contra el fisco —con grave daño para la economía nacional— por empresas cedentes pertenecientes a un *holding* empresario, las que habrían utilizado este mecanismo como vehículo para la consumación del delito (1).

Antes, los conflictos habidos entre el fisco y el cedente sobre la existencia, legitimidad o integridad del crédito transferido, con su secuela de procesos administrativos y judiciales, habían planteado la necesidad de definir la responsabilidad del cesionario.

(1) La existencia de maniobras dolosas cometidas por cedentes era bien conocida por la Dirección desde tiempo atrás. En un artículo publicado en 1983, ALDO JOSÉ CODEVILLA —abogado del área técnico-asesora del organismo fiscal— ya señalaba: "Periódicamente la crónica policial nos pone en contacto con informaciones relativas a defraudaciones cometidas mediante la cesión dolosa de falsos créditos, generados al amparo de la frondosa gama de disposiciones legales que permiten la utilización de créditos en materia tributaria y sobre cuya creación y cesión los organismos competentes no siempre pueden ejercer el adecuado control que exige la magnitud de los valores en juego" (*La cesión de créditos de impuestos. Un tema conflictivo y un fallo discutible*. Impuestos. XLI-B, pág. 1401).

(2) La res. gral. 1.800 rigió desde el 18/8/76 hasta el 14/8/85. Fue remplazada por la res. gral. 2.570 (15/8/76 a 1/3/87) y ésta, a su vez, por la res. gral. 2.667, vigente actualmente, bien que con sustanciales modificaciones introducidas por las res. grales. 2.785 y 2.787, vigentes desde el 1/3/89.

Por su parte, el art. 36 de la ley 11.683, la ley 23.314 (24/5/86) (D.F., XI, 521) agregó el siguiente párrafo:

"Cuando en virtud de disposiciones especiales que lo autoricen, los créditos tributarios puedan transferirse a favor de terceros responsables, su aplicación por parte de estos últimos a la cancelación de sus propias deudas tributarias surtirá los efectos de un pago sólo en la medida de la existencia y legitimidad de tales créditos. La Dirección General no asumirá responsabilidades derivadas del hecho de la transferencia, las que en todos los casos, corresponderán exclusivamente a los cedentes y cesionarios respectivos."

Más adelante nos ocuparemos del sentido de este artículo.

La Corte Suprema de Justicia, en un fallo (*Tucumán Refrescos S.A.* (D.F., xxxiv, 961)) que trasunta su visión sobre el orden valorativo que debe presidir la cuestión, había consagrado la indemnidad del cesionario para los créditos de IVA transmitidos conforme a la res. gral. 1.800 (D.F., xxvi, 250) al decir en el quinto considerando:

... No cabe duda que quien invocó y transfirió el crédito impugnado debe responder ante el organismo fiscal en las condiciones establecidas por la norma.

Cambios posteriores habidos en la legislación volvieron, no obstante, a replantear la responsabilidad del cesionario (2).

A nuestro modo de ver, el conflicto se presenta, ahora, en los siguientes términos: ¿hasta dónde se extiende la responsabilidad de quien utilizó un procedimiento creado por la Dirección, tendiente a la satisfacción de un interés público, cumplió con todos los recaudos reglamentarios y obró, en fin, con la razonable diligencia correspondiente a las circunstancias? ¿Puede ser responsabilizado el cesionario por hechos que sólo el ente fiscal podía y debía prever en el ejercicio de sus facultades de verificación y fiscalización?

Tales son las preguntas que los jueces deberán contestar. Y resulta oportuno, entonces, una breve reflexión sobre el modo de interpretación de las normas con arreglo a las cuales ha de resolverse la controversia.

Deliberadamente hemos querido presentar el caso antes que referirnos a las normas, toda vez que la aplicación del derecho supone, las más de las veces, una tarea mucho más compleja que la simple verificación de las premisas de un silogismo. Antes bien, esta concepción idealizada de un derecho imperativo y suficiente —que se plasma en una aplicación mecanista— cede ante la complejidad que plantean los hechos del mundo real, y que exigen del intérprete una permanente elaboración o reconstrucción de la *norma* contenida en los textos legales a partir, precisamente, de los elementos vitales que integran esa conducta que se pretende regular (3).

En la búsqueda de la voluntad immanente y objetiva de la ley, no es posible escindir los hechos del derecho, por cuanto este último está predeterminado por la valoración que se asigne a aquéllos (4).

En tal sentido se dice, con acierto, que el derecho no es una física de la conducta humana, sino un mínimo de ética, razonabilidad y justicia.

Nada mejor que estas sucintas notas introductorias, como soporte de la interpretación que deslinde las responsabilidades correlativas del fisco, cedente y cesionario.

Por tal motivo, entendemos que el juicio de valor sobre aquellas responsabilidades debe venir dado por la consideración crítica de las siguientes pautas:

- 1) los efectos extintivos de la compensación realizada por un cesionario de buena fe;
- 2) la responsabilidad de la Dirección General Impositiva;
- 3) la responsabilidad del Estado (*lato sensu*) en la generación de los créditos;
- 4) la buena fe del Estado;
- 5) las consecuencias fiscales derivadas de la comisión de hechos ilícitos.

En nuestra opinión, estas pautas constituyen la lógica jurídica que subyace en los textos legales a la luz de los cuales se decidirá la controversia entre la Dirección y el cesionario.

Esto también quiere decir —y es importante destacarlo— que los argumentos que siguen

(3) Conf. DIEZPICAZO, L., *Sociología y filosofía del derecho* (Ed. Taurus, Madrid, 1976, capítulos XI y XII). En igual sentido, han dicho AFTALION, GARCÍA OLANO y VRANOBA que "la tarea del intérprete no puede cumplirse en el plano conceptual de las normas y con el sólo recurso a la lógica, pues no se trata de llegar a una solución que sea simplemente no contradictoria, por estar dentro de las posibilidades legales, sino a una solución, que, además, sea justa por realizar positivamente en el tiempo y en el espacio los valores jurídicos (*Introducción al derecho*, tomo I, Ed. El Ateneo, Bs. As., 1956, pág. 476).

(4) Téngase presente que la legislación referida a la transmisión de créditos fiscales, tanto en los aspectos procesales como de fondo, fue elaborándose en sus distintos niveles de jerarquía a través de sucesivas reformas que, como suele suceder, no alcanzaron la organicidad que permita una perfecta sistematización. De ahí que adquiera mayor relevancia la valoración de los hechos como criterio de selección de las normas. La transferencia de créditos fiscales ha tenido, también, importantes derivaciones procesales referidas a la competencia del Tribunal para conocer en la materia. No habremos de ocuparnos aquí de este tema, controvertido y opinable, por cuanto excede el contenido de nuestro trabajo. Finalmente un plenario de la Cámara Federal, dictado en la causa *Piedra Grande S.A.* (D.F., XIII, 187), se expidió en favor de la competencia. Lo traemos aquí porque constituye un buen ejemplo de lo que venimos diciendo en punto a la subsunción de los hechos en las normas y es muy apropiado por referirse al objeto de nuestro análisis. En tal sentido, la mayoría sostuvo:

I. El punto a decidir, por su generalidad, llevaría en principio a resolver la cuestión en sentido negativo; empero, tal conclusión no puede extenderse a supuestos como los que contienen los precedentes jurisprudenciales que motivan la convocatoria a plenario...

En similar orden de ideas, y refiriéndose al mismo asunto, el doctor Guerini expresó en el fallo plenario *Banco Roela S.A.* (Tribunal Fiscal, 5/7/89):

"... estamos frente a una rama del derecho —derecho fiscal— que evoluciona, cambia y se modifica con rapidez no usual en otros órdenes jurídicos. Es obvio que siendo así, el ejercicio de los derechos y obligaciones derivados, pueda sufrir un mayor grado de inseguridad y de inestabilidad."

"La interpretación de las normas aplicables en el caso *subexamine* no puede omitir las precedentes circunstancias. Lo que se propugna no viola la estrictez de las normas fiscales. Sólo tiende a aplicar los mismos principios a nuevos efectos de aquella relación *fisco-contribuyente*."

no se edifican sobre el mero criterio axiológico, sino que aparecen como derivación del derecho vigente.

Podríamos decir así, parafraseando a SAINZ DE BUJANDA, que no hemos de buscar las soluciones en el terreno de la dogmática jurídica tributaria, porque la respuesta existe dentro del manejo de los textos positivos y definiciones legales (5).

II. EFECTO EXTINTIVO DE LA COMPENSACION OPERADA MEDIANTE EL CREDITO TRASFERIDO

La ley 11.683 (D.F., XLIII, 1) admite la compensación como medio de extinción de las obligaciones fiscales (ley 11.683, arts. 35 y 36), apartándose así de la prohibición contenida en el art. 823, inc. 1), del código civil; ello implica, a nuestro juicio, la inaplicabilidad de sus disposiciones a la cesión de créditos fiscales (6).

Por su parte, la ley del impuesto al valor agregado (D.F., XLI, 233) (art. 41; antes 27, inc. d) [D.F., XXIII, 691]) posibilita a los exportadores compensar el crédito de impuesto contenido en los insumos destinados a su consecución, contra otras obligaciones, y de no ser ello posible los autoriza a solicitar devolución o a transferirlo (7).

Tales créditos revisten el carácter de *libre disponibilidad* y, a diferencia de los denominados *saldos técnicos*, pueden, como se señaló, aplicarse a la compensación de otras obligaciones, transferirse o solicitar su devolución (8).

La libre disponibilidad del crédito, unido al cumplimiento de los recaudos que reglamentan la cesión produce, para el cesionario, la compensación válida de las obligaciones propias mediante el crédito transferido.

Sobre el punto, ha dicho la Cámara Federal:

(5) SAINZ DE BUJANDA, F., *Análisis jurídico del hecho imponible*.

(6) En esta abrogación encontramos, antes que una contradicción, una reafirmación de la autonomía del derecho tributario, referida, precisamente, a las normas y principios que regulan la obligación tributaria (derecho tributario sustantivo). Sin perjuicio de ello, remitimos a lo dicho más adelante sobre la aplicación de las disposiciones del código civil en la medida que pudieran ser consideradas *derecho común*.

(7) En uso de sus facultades reglamentarias, la Dirección reglamentó el régimen de transferencia de créditos fiscales del impuesto al valor agregado emergente de exportaciones y otras operaciones análogas, mediante el dictado sucesivo de las res. gales. 1.800, 2.570 y 2.667. El régimen general de compensaciones y transferencias fue regulado por las res. gales. 933, 2.223 y 2.542.

(8) Sobre el carácter de libre disponibilidad del crédito fiscal, luego de la reforma operada por la ley 22.294 (D.F., XXX, 461), puede consultarse a MC. EWAN, HECTOR, (D.F. XXX, 422); LEONEL R. MASSAD, (L.I., tomo XLII, pág. 1.127) y RAIMONDI, OTERO Y LAURIA, *El nuevo impuesto al valor agregado*, (Ediciones Contabilidad Moderna, 1980, pág. 380).

"La expresión crédito de *libre disponibilidad* no puede tener otra acepción que el reconocimiento de un pleno ejercicio por parte del acreedor de los derechos allí contenidos, que tanto puede ser el de su invocación a los fines de una posterior compensación con deudas que mantiene con la Dirección General Impositiva, o bien su transmisión a terceros, sin perjuicio de su responsabilidad en el supuesto de impugnarle, posteriormente, el monto del crédito invocado. Pero de ninguna manera puede significar un perjuicio para el cesionario que ha recibido un título de crédito emitido por el deudor que en sus aspectos extrínsecos no han merecido tacha alguna" (*Fisco nacional [DGI] c. Arlistán S.A.I.C.I.*, CN Fed. sala IV, 4/9/84).

Así establecido el alcance de la *libre disponibilidad* del crédito, la intervención de la Dirección General Impositiva se justifica a fin de que compruebe si el cedente adeudaba a otras obligaciones líquidas y exigibles que pudieran ser objeto de compensación con el crédito transferido.

Con dicha extensión debe ser entendida, también, su aceptación sobre el pedido de transferencia, como lo demuestra el hecho de que las normas reglamentarias siempre advirtieron que dicha aceptación no implicaba el ejercicio de las facultades de determinación de oficio.

Vale decir que si ella pretendía desconocer la existencia del crédito, debía recurrir al procedimiento de determinación de oficio y, por efecto de la solidaridad —ahora consagrada en el art. 18, inc. f), de la ley 11.683—, exigir su importe al cedente.

Bien mirada, la cuestión consiste en no confundir las facultades *jurisdiccionales* reservadas al proceso de determinación de oficio, con las facultades de *verificación* y *fiscalización* que si bien posibilitan a la Dirección reglamentar el

régimen de transferencias y compensaciones de créditos, no la autorizan a discutir allí su existencia o legitimidad.

En similar orden de ideas, en un plenario del Tribunal Fiscal (*in re Banco Roela S.A.*) (D.F., XLVII, 134), el doctor Abálsamo, con agudeza, ha señalado:

“El traspaso de la titularidad del crédito es incontestable para la administración, y no mediando compensaciones oponibles —cuya viabilidad no corresponde desentrañar habida cuenta de los alcances del tema en debate—, la única afirmación que corresponde formular en este sentido es la de que, tratándose de créditos emergentes de declaraciones juradas, aquélla se reserva el derecho de practicar la correspondiente verificación de las declaraciones juradas con el objeto de constatar la existencia o medida que se pretende compensar o que se trasmite” (9).

La validez de esta interpretación puede ser corroborada si se presta atención a lo que sucede con los pedidos de devolución.

Ninguna diferencia es dable distinguir entre una y otra situación, en tanto se originan en la misma causa. Pues bien, para estos casos, el art. 7º de la res. gral. 2.224 (D.F., XXIX, 619) según el texto que le diera la res. gral. 2.542 (D.F., XXXVIII, 524) dispone:

“La devolución sólo será admitida cuando el peticionario no adeude obligaciones fiscales líquidas y exigibles al momento de interponer la solicitud, que sean susceptibles de compensarse con el crédito que posea, o cuando luego de realizadas las compensaciones quedare un saldo a su favor”.

Digamos, de paso, que lo precedente afirma el acierto de la jurisprudencia de la Cámara Federal en cuanto asimiló, a fin de resolver la competencia del Tribunal Fiscal, la denegatoria del pedido de transferencia o compensación a la negativa del reclamo administrativo previo, exigido como presupuesto para habilitar aquella instancia. En sustancia, si la Dirección niega la compensación o transferencia, por razones ajenas

a la compensación que pudo o debió realizar de oficio, ello exterioriza su voluntad de no admitir el crédito; entendemos perfectamente asimilable esta situación al rechazo de un reclamo previo de devolución (10).

Las consideraciones precedentes encuentran apoyo en lo afirmado por la Cámara Federal en la causa *Lyn S.A.C.I. s/ejecución fiscal*. Allí se sostuvo:

“Que la actitud del fisco, al notificarse de la cesión sin pronunciar respecto del cesionario, a pesar del tiempo transcurrido, reserva alguna en cuanto a la posible decadencia del derecho de Panoramic S.A. por mantener deudas compensables le impide luego invocar esta defensa, pues la aceptación pura y simple importó para Lyn S.A. que aquél reconocía el crédito de la cesionaria. No permitir en estas circunstancias la posibilidad de compensar implicaría hacer recaer sobre la ejecutada las consecuencias del error o negligencia de la cedente. Es decir que si el fisco al 13 de octubre de 1978, fecha en que se le comunicó la última transferencia, aún no había podido comenzar a analizar el pedido de Panoramic S.A. por falta de elementos, debió comunicar a la demandada su reserva y no dejar que su tácita aceptación indujera a esta última a creer que no existían inconvenientes para la utilización del crédito”.

El último párrafo del fallo transcrito sirve, asimismo, para rebatir el argumento —utilizado con frecuencia— en cuya virtud el fisco no tiene plazo para aceptar o no la transferencia, desde que las resoluciones generales no lo han fijado en forma expresa. Así ha sucedido, la mayor de las veces, que las intimaciones al cesionario se producen varios años después de haberse operado la transferencia.

Entendemos, por el contrario, que la Dirección tiene el deber de pronunciarse en tiempo oportuno porque el ejercicio de la competencia constituye una obligación del órgano (art. 3º, ley 19.549 (D.F., XXIII, 1012)). La aplicación supletoria de otras disposiciones análogas, nunca extendieron dicho plazo más allá de los 45 días, tiempo que a los fines de verificar la existencia de otras deudas compensables es más que suficiente. Ello

(9) En este sustancioso voto, el doctor ABALSAMO aclara, siguiendo a MACHADO, que ni aún en el régimen del código civil, la “cesión de créditos” —a diferencia de la “cesión de deudas”— requiere el consentimiento del deudor cedido. Sobre esta distinción puede consultarse a LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, t. II B, pág. 31.

(10) Ver considerando VIII del voto de la mayoría en el fallo plenario *Piedra Grande S.A.*

es así dado que para comprobar la existencia o legitimidad del crédito tiene otro procedimiento, y todo el tiempo de la prescripción.

A esta altura del desarrollo cabe puntualizar que la situación ha variado a raíz del dictado de la res. gral. 2.785 (D.F., XLIV, 158) (B.O., 29/2/88) y creemos ver en esta reglamentación la confirmación de cuanto hasta aquí venimos desarrollando (11).

En efecto, a partir del reconocimiento de que "las transferencias de créditos fiscales a terceros responsables, autorizadas por las disposiciones normativas, surten efectos sobre las obligaciones tributarias de los cesionarios", la citada resolución general dispuso que *dichos efectos* recién se producirían a partir del dictado de una resolución que admita la existencia y legitimidad del importe de dichos créditos.

Ello significa que para todas las operaciones anteriores a su dictado, el cumplimiento de los requisitos reglamentarios y la falta de observación o reserva por parte del fisco sobre el crédito transferido, produjo para el cesionario la extinción de la obligación compensada.

2,1. EL EFECTO LIBERATORIO DE LA COMPENSACION PARA EL CESIONARIO DE BUENA FE

La compensación de la deuda propia que realiza el cesionario con un crédito transferido produce su efecto liberatorio si éste obró de buena fe y, con dicho alcance, debería ser interpretado el art. 36 de la ley 11.683 y demás disposiciones reglamentarias. Lo contrario sería plasmar una especie de responsabilidad sin culpa para quien cumplió con las obligaciones impuestas por las normas y previó lo razonablemente previsible.

Se dice que la buena fe consiste en la impecable convicción de estar obrando con arreglo al derecho derivado de una situación aparente, siendo necesario, además, que esta convicción se acompañe de un obrar diligente, prudente y previsora en los términos que prescriben los arts. 512, 902 y 1198 del código civil.

(11) No analizaremos la cuestionable facultad que se atribuye el fisco de subordinar los efectos de la transferencia al dictado de una resolución admitiendo la existencia y validez de los créditos (y que además no fija plazo para su dictado). Dejamos sentado que ello no se compadece con la legislación procesal (art. 36) ni de fondo (art. 41) de la ley del IVA. Para un análisis de la cuestión remitimos al trabajo publicado por LANAGRANDÉ, ALFREDO, en *Errepar*, Sec. Doctrina, tomo VII, pág. 174, titulado *El exceso reglamentario de las res. gales. 2.785 y 2.787, de las transferencias de créditos fiscales*.

(12) Boletín de la D.G.I. 363, pág. 438.

La conducta del cesionario debe, pues, ser evaluada a la luz del estándar jurídico que proporcionan dichas normas.

La buena fe es un elemento que siempre estuvo presente —y así lo reconoció el fisco en el pasado— para delimitar la responsabilidad de cedente y cesionario.

Así, por ejemplo, en los considerandos de la res. gral. 2.570 (D.F., XXXIX, 263) (antecedente de la res. gral. 2.667) (D.F., XLII, 230) se indicaba:

"Los límites razonables del compromiso que sirva de causa al reconocimiento de dicha transferencia por parte de la Dirección General son los que indica el derecho común en materia de existencia y legitimidad de los créditos cedidos y de su eficacia como medio de pago, y de los de la propia ley 11.683 (t.o. en 1978 y sus modificaciones), en punto a la responsabilidad personal y solidaria de los terceros que por su dolo o culpa faciliten la evasión de los tributos (art. 18, inc. e)."

La res. gral. 2.570 (su art. 20) constituye el antecedente directo del art. 36 (segundo y tercer párrafos) de la ley 11.683, lo que demuestra que cuando aparece en las normas el mantenimiento de la responsabilidad vinculada a la *existencia y legitimidad del crédito*, se exigía una conducta culposa para negar efectos a la utilización del crédito transferido.

La propia Dirección lo interpretó de esta manera cuando, al evacuar una consulta, respondió:

"La responsabilidad solidaria de los cesionarios con los cedentes por la deuda de éstos, sólo resulta procedente en los casos de colusión culpable o fraudulenta o en los supuestos previstos por el art. 18, inc. d), de la ley 11.683" (12).

Es por tal motivo que cuando el art. 36 de la ley 11.683, así como los reglamentos, mencionan que la Dirección no asumirá responsabilidades derivadas del hecho de la transferencia, se quiere significar que mantiene íntegra su acción contra el cedente, pero que sólo puede dirigirse contra el cesionario que incumplió con los debe-

res impuestos para la transferencia o que actuó negligentemente o en colusión con el cedente. Todo ello presupone, claro está, la previa certeza sobre la ilegitimidad del crédito.

En esta materia, ya ha sucedido que la Corte Suprema de Justicia ha considerado la conducta del cesionario como elemento para definir su responsabilidad fiscal. En la citada causa *Tucumán Refrescos S.A.* sostuvo que *no cabe duda de que quien invocó y transfirió el crédito impugnado debe responder ante el organismo fiscal en las condiciones establecidas por la norma.*

Todavía con más énfasis aparece el concepto en la causa *Vinisa S.A. I.C.F. c. D.G.I.* (D.F., XLIII, 266), fallada el 5/3/87, donde la Corte sostuvo:

"Los reparos al crédito fiscal cedido como de libre disponibilidad con posterioridad al vencimiento del plazo que establece la norma reglamentaria respectiva para que la DGI lo observe, no resultan oponibles al cesionario, puesto que en el caso de que se registren diferencias, corresponde que el fisco nacional se expida mediante un acto administrativo expreso que deniegue la solicitud de transferencia oportunamente formulada, y determine la deuda fiscal al sujeto responsable de las operaciones que dieron origen al crédito por exportación que resulta impugnado (art. 8º, res. gral. 1.800), salvo que fuera contestada la conducta del cesionario."

Como bien lo señala CORTI, la salvedad final (*salvo que fuera contestada la conducta del cesionario*) debe entenderse en el sentido de que los efectos cancelatorios de la aplicación del crédito de libre disponibilidad de que se trata cesan en la medida en que el deudor cedido (el fisco) invoque y acredite dolo, o culpa grave equiparable a éste, en cabeza del cesionario (13).

Pero donde con mayor claridad puede advertirse la relación entre la responsabilidad del cesionario y la conducta esperada, es en el fallo plenario de la Cámara Federal recaído en *Piedra Grande S.A.* cuando aquella responsabilidad fue acotada en los siguientes términos:

"Si se toma a la comunicación de la transferencia (art. 1460 del CC) como un pe-

(13) CORTI, A.H., Impuestos, XLV-A, pág. 941.

(14) El artículo dispone que las deudas y créditos entre particulares y el Estado no son compensables si las primeras provienen de las *rentas fiscales o de contribuciones directas o indirectas*. Naturalmente, la prohibición también debería comprender su paso previo, esto es, la transferencia del crédito utilizado en la compensación.

dido de tal naturaleza, la intimación de pago al cesionario devendría como resultado de una voluntad denegatoria del Estado, con la peculiaridad de que, en lugar de ser dirigida contra el que solicitó la compensación, aprovecha la situación procesal en que se encuentra el cesionario para hacer cargar sobre éste los supuestos incumplimientos del cedente, *cuya comprobación y verificación no pueden razonablemente ser puestas a cargo del cesionario, dado que ni ello deriva del ordenamiento, ni se exige como un fin implícito en el régimen que se estableció.*"

Los precedentes trascritos, emanados de la más altas fuentes, ratifican nuestra convicción sobre la indemnidad fiscal del cesionario que actuó diligentemente.

2.2. LA INAPLICABILIDAD DE LOS PRECEPTOS DEL CODIGO CIVIL

La transferencia de créditos fiscales y su aplicación a la compensación de otras obligaciones se rige por las disposiciones específicas del derecho tributario.

Para reconocer la inaplicabilidad de sus preceptos es suficiente recordar que la ley 11.683 ha derogado el art. 823, inc. 1), del código civil (14).

Si ello no alcanzara, puede traerse a colación el art.1438 del código, referido a la cesión de créditos (libro II, título IV, sección III), en cuanto dispone que sus disposiciones "no se aplicarán a las letras de cambio, pagarés a la orden, acciones al portador ni a acciones y derechos que en su constitución tengan designado un modo especial de transferencia".

La última hipótesis resulta aplicable a la transmisión de los créditos fiscales toda vez que ésta se halla sometida a la regulación establecida por el ente fiscal. Sus preceptos crearon un título de crédito y fijaron para su traspaso una serie de recaudos ajenos a la normativa del código.

Más ligada a la cuestión fiscal pareciera estar su art. 3270 que consagra el principio que na-

die puede transmitir un derecho mejor ni más extenso que el que posee (*nemo plus iuris*).

Sin embargo, conviene recordar que este principio, cuya lógica parece a primera vista perfecta, no se aplica en ciertas situaciones previstas en el código civil, con fundamento, precisamente, en la necesidad de preservar al tercero de buena fe y garantizar la seguridad jurídica del tráfico.

Es así como dentro de la mecánica del código los efectos jurídicos de la apariencia se elevan por encima de la regla del *nemo plus iuris*. En tal sentido, y refiriéndose concretamente a la relación creditoria, prescribe el art. 732 :

"El pago hecho al que está en posesión del crédito es válido, aunque el poseedor sea después vencido en juicio sobre la propiedad de la deuda."

Igualmente impropio nos parece aplicar el art. 1474, según el cual el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones que podía hacer valer contra el cedente, aunque no hubiese hecho reserva alguna, por cuanto la excepción que en estos procedimientos podía serle opuesta al cedente era la compensación. Si el día de mañana, por la vía específica, la Dirección llegaba a la conclusión de que el crédito era inexistente, tampoco podía oponer esta defensa al cesionario que lo había recibido porque, salvo que hubiera mediado conducta culposa de su parte, la compensación operó eficazmente sus efectos extintivos.

III. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Esta doctrina sostiene, con sustento en el deber de coherencia del comportamiento, que nadie puede hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior. Se le recono-

ce el rango de principio general de derecho y calificada doctrina ha reconocido su aplicación al derecho tributario (15).

Su carácter de principio general de derecho ha sido reiteradamente sostenido por la jurisprudencia con asiento en el art.16 del código civil, señalándose que los jueces deben aplicarla cuando en el caso que se les presente, se reúnan los elementos estructurales que posibiliten su aplicación (16).

En materia tributaria, la Corte Suprema aplicó esta doctrina en la causa *Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c. Provincia de Buenos Aires* (D.F., XLII, 255) (17).

La aplicación de la teoría supone la existencia de una conducta previa y una pretensión posterior emanadas de un mismo sujeto y mutuamente contradictorias.

Por su incidencia con los comportamientos y aspiraciones del fisco en la materia, importa detenernos en la afirmación de MAIRAL al señalar, con claridad, que está implícito que la conducta inicial, o sus consecuencias necesarias, en tanto aparece incompatible con otra posterior, no sólo comprende los casos en que existe un comportamiento éticamente reprochable, sino también la defraudación de las expectativas ajenas cuando aparecen fundadas en la confianza de la apariencia (18).

Estos conceptos alcanzan para sostener, sobre la base de la responsabilidad que le cabe al Estado (*lato sensu*), ya sea como ente fiscalizador del régimen de transferencias, o bien como autoridad de aplicación de los regímenes de promoción a partir de los cuales se generaron los créditos luego transferidos, que aquél ha verificado una conducta contradictoria, que le impide accionar contra el cesionario que ajustó su comportamiento a lo exigido por las normas.

Una primera contradicción la hallamos entre la creación del régimen que reviste interés pú-

(15) Sobre el tema, ver el enjundioso trabajo de NAVARRINE, SUSANA C., *La doctrina de los actos propios: su aplicabilidad en el derecho tributario* (D.F., XLII, 481).

(16) CNCiv., sala D., 8/6/83, E.D., 105-421.

(17) Impuestos, t. XLV-A, pág. 200. Al condenar a la provincia a devolver el impuesto sobre los ingresos brutos, la Corte destacó, en el considerando 11 de la sentencia, que "la solución tiende a revertir la incoherencia que revelan los actos del Estado que, por un lado, no incluye el impuesto a los ingresos brutos en el costo de la tarifa oficial de la empresa de transporte aéreo y, por el otro, el mismo Estado *lato sensu* intenta percibir dicho impuesto, cuando la aludida exclusión lo desnaturalizó en su sustancia técnica, con lesión al principio de ejemplaridad que debe presidir sus actos".

(18) MAIRAL, HECTOR A., *La doctrina de los propios actos y la administración pública*, Ed. Depalma, 1988, pág. 14. Ver, asimismo, la doctrina allí citada.

blico, cuya finalidad es obtener la eficacia de una medida de fomento que aprovecha el cedente, y la postura posterior, en nuestra opinión incorrecta, de pretender desligarse de todo riesgo con el expediente de responsabilizar al cesionario que se comportó honestamente. El interés público comprometido se manifiesta, asimismo, en que el sistema evita que el fisco realice desembolsos. En definitiva —y he aquí el verdadero contrasentido— si él devolviera en forma ágil tales créditos, nadie tendría necesidad de transferirlos en el mercado ⁽¹⁹⁾.

Además de la contradicción apuntada, en este pretendido desconocimiento de cualquier riesgo sobreviniente, también encontramos una afectación al principio de estabilidad y clara determinación, de las relaciones jurídicas, que como lo tiene dicho la Corte, *es tan vital condición del bien común, que sin ellas podría quedar neutralizada la finalidad de justicia que se procura mediante las modificaciones y rectificaciones que introduzcan en él la legislación y la jurisprudencia* (FALLOS: 215-420).

Una segunda contradicción se advierte en el hecho que la Dirección fije los recaudos que el cesionario debe cumplir para que la transferencia opere sus efectos, y luego, niegue su eficacia y le transfiera toda la responsabilidad, cuando la realidad es que sólo aquélla, en el ejercicio de sus facultades legales, podía determinar la legitimidad del crédito cedido.

En suma, se trata de la incongruencia de afirmar, de un lado, que el cesionario es responsable de cualquier consecuencia derivada de la transferencia, y de otro, comprobar que esa responsabilidad pudo y debió ser evitada si hubiera operado adecuadamente la función de control que constituye la competencia obligatoria del organismo fiscal.

Más aun, su inacción frente a la notificación que le practicaban las partes (como se dijo, en algunos casos tardó años en reaccionar) pudo transmitir la *apariencia* de la legitimidad del crédito. Y ni qué decir en los casos, comprobados, en que la misma Dirección procedió a *devolver* al cedente créditos del mismo origen que los imputados ⁽²⁰⁾.

(19) El interés público que persigue el régimen se reconoce expresamente en los considerandos de la res. gral. 2.570 como forma de permitir a los exportadores "... la recuperación del impuesto en los plazos más breves que resultaren posible, única forma de que la ventaja concedida al sector cumpla plenamente con la finalidad para la cual ha sido establecida".

(20) En la citada causa *Fisco nacional c. Lyn*, la Cámara Federal destacó la obligación de comunicar su reserva al cesionario y "no dejar que su tácita aceptación indujera creer que no existían inconvenientes para la utilización del crédito".

En similar orden de ideas, se sostuvo "... llama la atención que el organismo fiscal, teniendo conocimiento de tales anomalías, haya dejado pasar varios años para efectuar los rechazos de estas transferencias que, por su magnitud y concentración en un solo grupo de cedentes eran — o debían ser, en una eficiente administración tributaria— contemporáneamente verificadas o resueltas" (del voto del doctor Morón, en el fallo plenario del Tribunal Fiscal recaído en la causa *Banco Roela S.A.*).

Una tercera contradicción se evidencia, también, en la atribución de responsabilidad al cesionario diligente, pero ahora la inconsistencia no está referida al fisco, sino a la responsabilidad concurrente que le cabe al Estado como autoridad de aplicación de los regímenes de promoción.

Recuérdese, en tal sentido, que la mayoría de los créditos reputados ilegítimos se originaron en ventas realizadas a empresas que gozaban, entre otros beneficios, de una exención del impuesto al valor agregado. La adquisición de créditos fiscales generados a partir de tales regímenes, bien puede crear la apariencia de legitimidad de tales créditos toda vez que, en tanto significan un sacrificio fiscal, se supone debidamente controlados por las respectivas autoridades de aplicación.

Vinculado a las negligencias observadas se impone el reenvío a dos artículos del código civil, cuya pertinencia con la cuestión no requiere mayor explicación. Dice el art. 902: "Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulta de las consecuencias de los hechos". A la vez, prescribe el art. 1111: "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna".

Sobre tales presupuestos parece oportuno reiterar, pues, que la negligencia del Estado no sólo manifiesta desorden administrativo sino que constituye el incumplimiento del deber de competencia de sus órganos.

El punto siguiente aborda la cuarta contradicción que, a nuestro juicio, impide la acción fiscal contra el cesionario.

3.1. LA BUENA FE DEL ESTADO Y LAS CONSECUENCIAS FISCALES DERIVADAS DE UN HECHO ILICITO

Es verdad que no necesita demostrarse afirmar que ningún derecho puede ser aplicado,

ejercido o interpretado con desconocimiento de su fundamento ético.

Según la apropiada relación que establece GONZALEZ PEREZ, la buena fe constituye la *vía de comunicación del derecho con la moral* (21).

Distintos preceptos del código civil consagran la buena fe como principio general de derecho común, y su expresión sintetizadora puede encontrarse en el art. 16.

Si se parte de la base de que todo el orden jurídico debe sujetarse a la buena fe, todavía un mayor apego al principio debe esperarse del Estado por su condición de órgano encargado de establecer, reglamentar y preservar el orden jurídico (22).

La DGI ha admitido la existencia de maniobras dolosas en perjuicio del Estado y sostiene que, por su grado de elaboración, escaparon a toda previsibilidad. Y aun más: se ha constituido en querellante en la causa penal que se iniciara por su denuncia de tales hechos. A los fines de lo aquí analizado, no interesa tanto la existencia o no del delito—cuestión sometida a los jueces de la causa— como la convicción del fisco sobre su consumación y el reconocimiento de la complejidad del ardid con que, según sus dichos, fue ejecutado (23).

Es aquí donde advertimos una nueva contradicción. Quien denuncia un delito así planificado, que se sirve de los procedimientos creados por el Estado (promoción y transferencia) y que cabalga sobre su ineficiencia, parece que no puede ir contra el cesionario ajeno a la maniobra que constituye el eslabón final para la consumación del ilícito.

¿Puede responsabilizarse al cesionario de lo que el fisco reconoce imposible de prever? ¿No es contradictorio denunciar un delito contra el Estado y pretender trasladar a otro las consecuencias fiscales de la maniobra?

Aun cuando se intente separar la naturaleza de ambas acciones la penal contra el cedente y la fiscal contra el cesionario, en tanto se fundan en un mismo presupuesto, es difícil aceptar

la distinción sin violentar la conciencia moral. Pensamos, concretamente, que un delito no puede generar consecuencias fiscales que aprovechen al fisco.

Si, como sostuvo la Corte, *es necesario que el ejercicio de todo derecho tenga lugar dentro de los límites impuestos por la buena fe, traspasados los cuales aquél deviene abusivo y no resulta amparado por la justicia* (FALLOS: 308, 781, considerando 6º) la congruencia exigible en el comportamiento de la Dirección, lleva a excluir la autocontradicción que representa asumir el doble carácter de querellante del cedente y acreedor de quien ha sido extraño o, si se quiere, víctima de una maniobra imprevisible.

Como reflexión última sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios, entendemos que frente a su invocación podrían oponerse su carácter residual y el argumento que, en el caso, la cuestión se resolvería por la previsión del art. 36 de la ley 11.683, como antes lo era por las normas reglamentarias. No ocultamos que una interpretación literal de dicho artículo conduciría en principio a considerarlo de esta forma. No obstante, una reflexión más detenida lleva a consagrar la indemnidad del cesionario de buena fe, la que se edifica sobre la valoración de los hechos, los principios generales desarrollados en este trabajo y su armonización con otros preceptos específicos de la normativa tributaria.

De no ser así, la procedencia de la acción fiscal constituiría un pésimo ejemplo de la confianza que debe despertar la vigilia administrativa y se mostraría incompatible con el deber ético que debe imperar en la conducta del Estado.

IV. AUSENCIA DE MORA. EFECTOS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN E INTERESES RESARCITORIOS

Las consideraciones vertidas sobre el régimen de transferencias producen una consecuencia adicional: aun cuando se considere al cesionario de buena fe responsable por la obligación principal, desde que no existe mora culpable, no

(21) *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, pág. 17.

(22) Tiene dicho la Procuración del Tesoro: "El Estado nacional, persona ética por excelencia, debe actuar no sólo dentro del orden jurídico sino también en consideración a la equidad y a los principios que la informan. El Estado tiene el deber ético de hacer justicia, ... y de la preeminencia del contenido ético de la personalidad del Estado se deduce que sus representantes no pueden oscurecer la verdad real de las relaciones jurídicas, so pretexto del ejercicio de un derecho" (*Dictámenes ...*, t. 177, pág. 168).

(23) Nos estamos refiriendo a la denuncia penal efectuada por la Dirección contra algunos directores de empresas integrantes del denominado grupo KONER-SALGADO y que tuviera amplia difusión periódica.

respondería por la actualización e intereses resarcitorios derivados del incumplimiento.

Para ser más precisos debiéramos decir, primero, que no hubo mora, y recién si ello no fuere admitido, que sí la hubo, no es imputable al contribuyente.

Parece excesivo calificar como *moroso* a quien satisface en tiempo su propia obligación de acuerdo con un procedimiento reglado. Resulta violento sostener que incurrió en mora el cesionario que notificó oportunamente la transferencia al fisco, que cumplió con los recaudos establecidos para su procedencia y que, por último, no recibió observación alguna sino hasta varios años más tarde.

Ya en una cuestión análoga, el Tribunal Fiscal de la Nación y la Corte Suprema de Justicia sostuvieron que la actualización no procedía desde el vencimiento general del impuesto sino desde el momento en que la autoridad de aplicación se había expedido sobre el cumplimiento de los recaudos que condicionaban el otorgamiento de una franquicia (24).

Tampoco cambia la situación el hecho de admitir la existencia del presupuesto objetivo de la mora (retardo material), por cuanto, a la luz de lo visto, ninguna duda cabe que ésta no le es imputable al cesionario que obró diligentemente.

La consecuencia no es nada desdeñable: pacífica jurisprudencia de la Corte ha declarado la improcedencia de los intereses resarcitorios en dicha situación y, más recientemente, también la de la actualización monetaria (25).

V. LA ILEGALIDAD DE LA RES. GRAL. 2.948

La res. gral. 2.948 (D.F., XLVI, 109) ha tenido por virtud crear significativos efectos en el orden

procesal y sustancial. Ella fue dictada bajo la invocación de las facultades reglamentarias que confiere al director general el art. 7º de la ley 11.683; sin embargo, más que reglamentar ha *interpretado* —y mal— el texto del artículo que pretendió reglamentar (el incorporado a continuación del art. 21 de dicha ley por la 23.658 [art. 34, punto 3]) consagrando, además, una trasgresión a otros principios y normas contenidos en la ley 11.683 (26).

Por esa resolución general se autoriza a intimar al cesionario el pago de la deuda que resulte del rechazo de la transferencia, con más actualización e intereses resarcitorios, y se deja expedita la vía de la ejecución fiscal para la hipótesis de no pago. Se descuenta así la incompetencia del Tribunal Fiscal para revisar la decisión, con evidente desconocimiento de la doctrina legal sentada por la Cámara Federal en el plenario *Piedra Grande*.

En síntesis, se intima el pago del impuesto sin proceso previo y, además, se condena al contribuyente a discutir la cuestión en el posterior proceso de repetición de impuestos. Ni determinación de oficio, ni debido proceso adjetivo, ni Tribunal Fiscal; nada, o sólo *solve et repete*, como si los progresos jurídicos que en las últimas décadas hubieron en los procedimientos tributarios y administrativos en pos de una imposición legítima, pudieran ser borrados de un plumazo por la miopía fiscal.

Como si esto fuera poco, la resolución dice que la intimación será procedente, cuando por el ejercicio de las facultades de *verificación y fiscalización se infiera la incorrecta o ilegítima determinación del importe de los créditos fiscales transferidos por los titulares originarios*.

Una mirada atenta descubre de inmediato, que no se trata aquí del *discrecionalismo técnico* que en materia recaudatoria le es concedido a la Dirección en sus facultades de verificación y fiscalización, sino de la potestad jurisdiccional que establezca la atribución subjetiva de

(24) Causa: *John Deere Argentina S.A.*, TFN, sala B, 11/10/79; CS, 22/9/81 (D.F., XXXII, 543).

(25) Los *leading case* en la materia son, en intereses resarcitorios, la causa *IKA Renault* (D.F., XXXII, 528) del 25/2/82, y en materia de actualización monetaria *S.A. Fábricas y Refinerías de Aceite (Safra)* (D.F., XLIII, 258) del 7/5/87. En este último caso, la Corte afirmó que ambos institutos tienen en la mora del deudor un presupuesto generador común. Para un análisis de la jurisprudencia en la materia, remitimos al documentado estudio de WURCEL, GRACIELA, *Responsabilidad por mora en las obligaciones tributarias* (D.F., XXXIII, 165).

(26) El carácter reglamentario o interpretativo de una resolución general viene dado por su real contenido y no por el encuadre formal que ordena el art. 11 del dto. 1.397/79. La naturaleza que se le atribuya importa a los fines de apreciar el alcance de la jurisdicción del Tribunal Fiscal, que difiere en uno y otro caso por la conocida restricción que le impone el art. 167 de la ley 11.683. No obstante, y al amparo del art. 168, en varias oportunidades el Tribunal ha declarado la ilegalidad de resoluciones pretendidamente reglamentarias por considerar que consagraban una incorrecta interpretación de los textos legales.

responsabilidad, de conformidad con los procedimientos estipulados por la ley.

Ciertamente, tampoco le ha sido dada a la Dirección la facultad de *inferir* el resultado impositivo autodeclarado por el cedente o por el cesionario, toda vez que en tanto dicha impugnación implica controvertir la subsistencia de la obligación en cabeza del cesionario, y también un juicio previo sobre la existencia del impuesto al valor agregado generado por el cedente, a tales conclusiones no puede arribarse por vía de una presunción creada por la administración (y, agregamos, fuera de los procedimientos reglados).

Sabido es que el derecho tributario impide que las presunciones sobre la existencia y medida de la obligación tributaria sean creadas por la administración. Ellas sólo pueden ser establecidas por la ley y admitir prueba en contrario. Siguiendo las enseñanzas de NAVARRINE y ASOREY, podríamos decir que la resolución ha creado su propia realidad jurídica y, con ello, se establece una verdadera *ficción tributaria* que, como señala PEREZ DE AYALA, constituye una valoración jurídica en virtud de la cual se atribuye a determinado supuesto de hecho efectos jurídicos que violentan o ignoran su naturaleza real (27).

En tales condiciones, la res. gral. 2.948 constituye una inadecuada interpretación de los procedimientos establecidos para la determinación de la obligación tributaria previstos por los arts. 20, el incorporado a continuación del 21, 23, 24, 25 y concordantes de la ley 11.683.

Hay que reconocer, en descargo de la Dirección, que ha sido poco feliz la reforma introducida por la ley 23.658 que dispuso incorporar dicho artículo a continuación del 21 en la ley 11.683 y que, en lo esencial, dice que si en la declaración jurada se computan contra un impuesto determinado *conceptos o importes improcedentes* no procederá para su estimación el procedimiento de determinación de oficio, sino que bastará la simple intimación de pago de los conceptos reclamados.

La manera de compatibilizar este artículo con los restantes de la ley procesal es interpretar que cuando ella menciona *conceptos o importes improcedentes*, se hace referencia a cómputos manifiestamente ajenos a las prescripciones legales o a situaciones en las cuales la improceden-

cia ha sido fehacientemente acreditada en un procedimiento previo. Pero lo que no es admisible, desde ningún punto de vista, es que la ley haya pretendido una intimación directa, por simple inferencia, sin proceso previo que legitime la decisión administrativa.

Sólo si se parte de una interpretación literal puede entenderse que se autoriza a prescindir de los procedimientos previstos en otras disposiciones para inferir, directamente, hechos y sus consecuencias, porque entonces el nuevo artículo vendría a consagrar la alteración de los procedimientos y la inversión de la carga de la prueba, y lo que es peor, condenaría al contribuyente a acreditar su derecho en un posterior proceso de repetición de impuestos.

Por estas razones, recalamos que la impugnación del crédito cedido, la demostración de su inexistencia o ilegitimidad, total o parcial, debe ser realizada previamente en el proceso de determinación de oficio contra el cedente o, en su caso, ventilarse mediante el proceso de determinación de oficio contra el cesionario, o ser instrumentado mediante un trámite ad hoc, pero siempre es necesario un *proceso antecedente* que respete la garantía del debido proceso adjetivo como soporte de la decisión. Su ausencia y la *presunción* creada por vía reglamentaria vuelve ilegal la res. gral. 2.948.

VI. CONCLUSIONES

1. Las normas del derecho civil no resultan aplicables para decidir los conflictos que se plantean en materia de transferencia y compensación de créditos fiscales. Cualquier controversia debe ser resuelta a la luz de las disposiciones del derecho tributario.

2. La compensación realizada por el cesionario de buena fe, mediante un crédito de libre disponibilidad, produjo efectos extintivos sobre la propia obligación.

3. Hasta el dictado de la res. gral. 2.785, la Dirección sólo podía oponerse a la transferencia cuando existieran otras obligaciones líquidas y exigibles del cedente, susceptibles de ser compensadas de oficio.

(27) SUSANA CAMILA NAVARRINE y RUBEN O. ASOREY, *Presunciones y ficciones en el derecho tributario. Doctrina, legislación y jurisprudencia*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, y su cita de PEREZ DE AYALA, *Las ficciones en el derecho tributario*, en *Memoria de la Asociación Española de Derecho Financiero*, Madrid, 1968, pág. 192.

4. La Dirección ha obrado negligentemente e incumplido su deber de competencia al no verificar en tiempo oportuno el cumplimiento dado por los cedentes a los recaudos formales y materiales establecidos en el régimen de transferencia de créditos fiscales.

5. El régimen de transferencia de créditos fiscales también perseguía un interés público y fue reglamentado por la Dirección. Ello impide endilgar todo el riesgo del tráfico jurídico a quien se comportó honestamente.

6. El Estado (*lato sensu*) tiene responsabilidad por los *créditos fiscales* generados al amparo de regímenes de promoción mal fiscalizados.

7. La aplicación de la teoría de los propios actos impide a la Dirección reclamar al cesionario de buena fe una deuda originada en circunstancias que sólo ella pudo y debió prever.

8. El principio general de la buena fe impide sostener que un delito pueda generar efectos impositivos que aprovechen al fisco, en perjuicio del contribuyente que ajustó su conducta al dictado de las normas.

9. La Dirección no puede *inferir* la inexistencia o ilegitimidad del crédito transferido sin proceso previo que respete el debido proceso adjetivo. Por tal motivo, resulta ilegal la res. gral. 2.948.