Soja, sojita

DEBATE CONSTITUCIONAL SIN RETENCIONES

Abran las tranqueras al Congreso

El camino que, luego de 3 meses de conflicto, adoptó el PEN, era el único institucionalmente sano.

Y no podemos hacer otra cosa que saludar la correcta actitud de la Sra. Presidenta al zanjar la discusión devolviendo la discusión sobre impuestos al Congreso, ámbito del que nunca debió salir.

Ello porque las cuestiones tributarias, como las que hacen a reclutamiento de tropas, son las más básicas de la 'zona de reserva legal absoluta'. Son temas que deben ser sí o sí discutidos por el Poder Legislativo, lo que se plantea así desde la Carta del rey Juan sin Tierra, la protoconstitución.

Y nuestra Constitución Nacional, desde 1994, deja perfectamente en claro que los temas impositivos no pueden ser regulados por Decretos de Necesidad y Urgencia, ni pueden ser tema de iniciativa popular, ni tampoco pueden disponerse por medio de decretos delegados (siendo prohibida cualquier delegación al respecto -art.76-, con lo cual resulta vano invocar la delegación del código aduanero, previa a la reforma del 94).

Retenciones al Congreso

El Congreso es un lugar propicio para el lobby, y está bien que así sea.

En estos casos, los distintos sectores deben concurrir a audiencias con los legisladores, quienes es bueno que atiendan y escuchen a todos en el marco de alguna reglamentación para la gestión de intereses.

Y luego los legisladores deben resolver de acuerdo a su conciencia, de acuerdo a lo que crean que sus representados esperan de ellos.

No porque se los manda el Presidente, el partido o el Gobernador.

Digamos también que la falta de respeto que el Ejecutivo muestra hacia el Congreso, lamentablemente es más responsabilidad de los legisladores que del PEN, porque es lógico que un poder -ejercido por humanos- quiera devorar a otros. El compromiso de los otros debería ser no dejarse avasallar, y esa conducta es la que no se registra.

Cero en redacción

El proyecto era pésimo desde el punto de vista de la técnica legislativa. No pueden ratificarse normas emanadas de otros poderes, y menos aún cuando fueron inconstitucionalmente dictadas.

Incluso la referencia a la licitud de la resolución 125/08 como aplicación de la

delegación contenida en el 755 del Código Aduanero, resulta nula por inconstitucional. Pero si se aprobaba, el vicio formal más importante quedaría salvado, y eso era lo importante.
El otro gran defecto era que preveía gastos sin atarlos detalladamente a los recursos, lo que contradice la ley de presupuesto.
Dejemos en claro que la aprobación de esta ley no hubiese saneado los defectos de las resoluciones no legislativas que antes -desde Duhalde y Kirchner- se han dictado.
Sería salir de la emergencia, pero luego más tranquilos, construir una ley integral sobre las problemáticas retenciones.
Paredón y después
Si el proyecto se hubiese aprobado, debía entenderse que a partir de entonces las retenciones previstas en la resolución 125/08 y modificatorias resultaban constitucionales y aplicables.
Respecto a lo pagado anteriormente puede siempre reclamarse su devolución. Eso porque un impuesto pagado a raíz de una norma nula, es un pago sin causa.
Pero como el proyecto no se aprobó, debe considerarse que las resoluciones nombradas en el artículo 1 del proyecto han quedado nulificadas por el Legislativo, aunque no las derogue expresamente.
El Congreso reasume sus facultades constitucionales transitoriamente usurpadas por el Ejecutivo, y como es el único que puede disponer al respecto, al no convalidar las resoluciones, las deroga.
Esta interpretación es la que siempre sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como aplicación del antiquísimo principio de interpretación volitiva (que indaga acerca de la voluntad del legislador).
Son y serán impuestos
Las retenciones son impuestos, de tipo indirecto externos, llamados por la Constitución ‘derechos de importación y exportación’, previstos en su artículo 4 como parte del Tesoro nacional, y expresamente previstos como competencia del Congreso en el artículo 9 y en el inciso 1 del artículo 75, al igual que en el 17 (“sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º”).
Son impuestos y -por segunda vez- son históricos en nuestra conformación nacional. Sacarlos del control de Buenos Aires (dueña del puerto, porteña) fue la lucha de los caudillos del interior federal. Y por eso la Constitución Nacional los asignó a la Nación y dispuso que no sean coparticipados, porque en tal caso volverían mayoritariamente al puerto (en aquel entonces no se pensaba -como algunos ahora- en que debían volver al lugar de cosecha, criterio que no compartimos).

El gobierno nacional ha sostenido a través de voceros oficiosos que ‘las retenciones no son impuestos’. De esta liviana afirmación, de la que buscan convencernos reiterándola en cuanto micrófono encuentran, pretenden extraer:
a) que no necesitan ser dispuestas por el Congreso;
b) que no tienen el tope del 33% que históricamente se sostenía como umbral de la confiscatoriedad.
Nosotros vamos a explicar que sí son impuestos y que sí requieren la participación del Congreso. Pero que no tienen el tope del 33%.

Cuestión terminológica

En primer lugar digamos que las ‘retenciones’ son sólo un eufemismo para referirse a los ‘derechos de importación y exportación’ de que habla nuestra Constitución Nacional en sus artículos 4 y 75 inc. 1.
Estos ‘derechos de aduana’ o ‘derechos aduaneros’ reciben un trato personalizado en la Carta Magna porque ella nace, precisamente, para resolver 5 décadas de guerra civil causada por estos famosos ‘derechos portuarios’. Buenos Aires, dueña del puerto marítimo principal, cobraba impuestos a quienes traían mercaderías allí para ingresarlas al país. Pero si bien las mercaderías iban a las distintas provincias, sólo Buenos Aires se quedaba con esos ingresos. Cuando en 1860 se unifica el país se acuerda que estos tributos no se los quede ni Buenos Aires ni se lo repartan las demás provincias en proporción a las mercaderías consumidas o a la población, sino que -como solución salomónica- se le destinan íntegros al entonces nuevo Estado Nacional.
La palabra ‘derechos’ es un arcaísmo que vale por ‘impuestos’. En tal sentido lo usó la CN. Todo Estado tiene, como atributo de su soberanía, la potestad de cobrar impuestos sobre lo que se hace en su territorio, donde ejerce su poder.
Cobrar impuestos es siempre apropiarse el Estado de algo de los particulares, es una exacción, es una retención.
Si en vez de traer del extranjero una alpargata, el zapatero la fabrica en su taller, igualmente tendrá que pagar impuestos para introducirla al mercado, en este caso, el IVA, que irá trasladando a lo largo del proceso de comercialización, como también hace quien abona las retenciones.
Siempre el que inicia el proceso comercializador nacional tiene que tributar. Y -casi siempre- ese pago es trasladado hasta el consumidor final.

Contenido extrafiscal

Los derechos a las importaciones y a las exportaciones son impuestos. Esto no quita que tengan un contenido ‘extrafiscal’ (como le llama la Corte Suprema). Cuando hablamos de ‘contenido extrafiscal’ de un impuesto, nos referimos a que, además de servir como recaudación de fondos para el funcionamiento del Estado, son

herramientas de política nacional.
Por ejemplo: si el Estado quiere estimular la producción local de alpargatas, puede poner altos ‘derechos’ a las alpargatas importadas, para que al zapatero que las fabrica aquí le sea más fácil competir.
Esto pasa con todos los impuestos, pero en estos ‘derechos aduaneros’ se nota más, ya que la mayoría de los países los usan como herramientas de política económica.
Entonces, las famosas ‘barreras arancelarias’, se usan en todo el mundo para estimular producciones locales cuando se suben las de importación; para abaratar los precios locales cuando se bajan las de importación; para estimular la producción exportadora cuando se bajan las de exportación; o para controlar los precios internos cuando se suben las de exportación, como en nuestro caso.
No es otro invento argentino. Es una práctica habitual en todo el mundo. Pero además todo impuesto puede contener una misión extratributaria, gravando más lo que se quiere desalentar, y desgravando lo que se considera útil estimular.
Pero recordemos esto del contenido ‘extrafiscal’ que luego veremos. Ese objetivo ‘extrafiscal’ es lo que se busca con el impuesto más allá de recaudar.
Regulación constitucional
Porque son impuestos es que la Constitución en su artículo 4 habla del ‘ Tesoro nacional formado del producto de derechos de importación y exportación, del de la venta o locación de tierras de propiedad nacional, de la renta de Correos, de las demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente a la población imponga el Congreso General…’
El ‘demás’ nos indica que esos ‘derechos’ son una de las contribuciones. Y todos deben ser establecidos por el Congreso.
Luego el art. 17 dispone ‘Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el artículo 4º’. Todos son impuestos.
En el texto constitucional se usa una viejísima clasificación de los impuestos: se los divide en directos e indirectos, y a los indirectos los divide en internos y externos. Estos últimos son los aduaneros. Impuestos indirectos externos.
Esta clasificación la CN la usa a los efectos de determinar el reparto entre Nación y Provincias. Pero desde el ‘Sistema Rentístico’ de Alberdi, nunca se dudó de que los derechos aduaneros fuesen impuestos.
Criterio de la Corte
La mismísima Corte Suprema dijo que eran impuestos en un fallo importantísimo conocido como ‘Cafés La Virginia’.
Y en ese mismo fallo hay una buena noticia para el Gobierno: allí, a fines de 1994, esa Corte ‘menemista’ tan criticada convalidó que se modifiquen derechos

aduaneros por resolución ministerial, tal como hizo la presidenta Fernández ahora.
Lo mismo dijo la misma Corte en ‘Neumáticos Goodyear’ de noviembre de 2000, basándose en que la renovación de las delegaciones hecha por ley 25148 mantenía válido el artículo 755 del Código Aduanero.
Recordamos nuestra postura contraria a este criterio, porque creemos que –siendo indelegable la materia tributaria desde 1994- no puede convalidarse una delegación que ya no podría hacerse.
Sin topes
Todo lo anterior nos conduce a terminar este primer periodo expositivo con la convicción de que las mal llamadas ‘retenciones’ son los viejos ‘derechos aduaneros’. Impuestos de rancia prosapia constitucional.
Pero de ello no se deriva que no puedan superar las ‘retenciones’ el 33% de carga fiscal. Ningún impuesto tiene ese tope, pero menos que ninguno los derechos aduaneros. El 33% es un numerito que -con pretensiones mágicas- repiten livianamente quienes también tratan de confundir a la gente.
Desde el punto de vista de la constitucionalidad material, para responder la pregunta acerca de si la norma es justa, no podemos -desde la más absoluta honestidad intelectual- decir que las retenciones previstas en la resolución sean inconstitucionales.
La justicia de un impuesto no puede atarse a porcentajes (como el 33% del impuesto a la herencia, criterio que hace mucho la CSJN dejó de aplicar expresamente, quienes lo repiten deberían actualizarse). La confiscatoriedad es otra cosa…
La justicia de un tributo es fruto de un consenso nacional. Y es facultad indiscutible del gobierno (en sus distintos órganos, no sólo del Ejecutivo) disponer al respecto.
La Constitución sólo pone como requisito de los impuestos que se respeten los principios de igualdad, equidad y proporcionalidad.
No hay sector ni grupo, aunque fuese mayoritario, que pueda imponer un criterio diferente al que establezcan los órganos constituidos, actuando en cumplimiento del mandato que creen estar desempeñando.
Si algo podemos criticar al gobierno, y ya lo hicimos, fue haber dispuesto sobre tributos por órganos sin competencia para ello.
Podemos opinar que es más unitario un sistema tributario que opta por impuestos indirectos externos (no coparticipables) en vez de por impuestos directos, respetando que sean las provincias quienes los establezcan, perciban y gasten.
Pero nada podemos cuestionar los constitucionalistas serios a una decisión que surja del órgano competente.
Confiscatoriedad

La Constitución Nacional en su artículo 17 prohíbe la confiscación de bienes, sanción penal que se aplicó mucho durante la guerra civil. Obviamente se habla de la confiscación total del patrimonio particular. El Estado no puede nunca quedarse con todos los bienes de un particular.
Lo mismo establecen muchos de los tratados internacionales suscriptos por Argentina.
Hace ya un siglo, la Corte Nacional empezó a delinear una jurisprudencia acerca de qué es la confiscatoriedad parcial, es decir: cuándo hay confiscación sin llegar a la pérdida total del patrimonio.
Y muchas veces aplicó el criterio de que si un impuesto se quedaba con más del 33% de la ganancia del particular, resultaba confiscatorio, y por ende prohibido.
Diga 33
La misma Corte aclaró que ese tope debía analizarse en cada caso concreto, que no era un principio general. Y fue definiendo excepciones. Y fue flexibilizando el principio, a tal punto que podemos decir que el criterio del 33% fue absolutamente superado. Pero lo más importante es que estableció que para los derechos aduaneros no rige ese límite. Ahora lo veremos.
Primero dijo que el 33% se aplicaba a cada impuesto, pero que si dos o más –sumados- terminaban reteniendo más del 33%, no había confiscatoriedad. Entonces, si el productor tiene una cosecha que vale $100 y el Estado por retenciones le saca 33%, le quedan $67. Pero sobre eso el Estado vuelve a cobrarle ganancias, y tributos provinciales y comunales. Con lo cual la carga impositiva supera largamente el 33%... Para la Corte eso está bien. (sentencia F:210-175)
Luego dijo que se podía aplicar un impuesto que consuma el 50% de una propiedad si el comprador o el heredero, residían en el extranjero. (sentencias F:115-111, 133-402, 138-313, 147-409, 149-417, 160-247).
Ello porque la Corte entendió que si el distingo era razonable, y la finalidad extrafiscal perseguida era justa, podía franquearse el límite del 33%. Aquí entendió que el objetivo extrafiscal era de tipo económico y social: favorecer a los residentes, y cobrarle más a quienes no hacen otro aporte al país por no estar cotidianamente aquí.
Posteriormente dijo la Corte que en los impuestos indirectos (como son los aduaneros) no regía el límite del 33% ya que se trasladaban hasta el consumidor, no gravando así la ganancia. (sentencia en F:170-180).
En la sentencia ‘Indo’ de 1995 dijo que la confiscatoriedad es una cuestión de hecho, que debe ser probada, y que no puede atarse a un simple porcentaje como el antiguo 33%. A partir de entonces la Corte no volvió a sostener la aplicabilidad ni general ni automática de ese ‘número mágico’.

En 1999 ya dijo que ‘El límite admisible de la carga fiscal no es absoluto sino variable en el tiempo y en las circunstancias’ y que la antigua jurisprudencia del 33% ya no tenía sentido.
Finalmente, la Corte, con su composición actual, en diciembre de 2005, en la causa ‘Droguería del Sud S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’ dijo que la confiscatoriedad debe probarse en cada caso y que no alcanza con referir dogmáticamente al 33%.
La Corte y el 33% en los derechos aduaneros
Finalmente, por si faltaban claridades, contemos que en la causa ‘Montarcé’ (ED:57-402) la Corte estableció que en los derechos aduaneros no se aplica el principio de no confiscatoriedad. Que no hay ningún tope al monto del impuesto aduanero.
Dijo la Corte que, así como está claramente admitido por la Constitución que el Estado puede prohibir las importaciones o exportaciones, también debe admitirse que puede establecerles altos gravámenes ‘incluso cuando el impuesto signifique el doble o el triple del valor de la mercadería’.
La Corte fijó claramente su posición: cuando la finalidad extrafiscal del derecho aduanero sea la promoción de los intereses económicos de la comunidad y su bienestar, no hay límite para el impuesto.
Entonces, en este caso, coincidamos o no con las finalidades que el Gobierno plantea, si las retenciones se establecen por ley del Congreso, no hay cuestionamiento posible de allí en más, cualquiera sea el porcentaje de impuesto que se establezca.
Y entendemos que no corresponde que el Gobierno ‘pruebe’ los fines extrafiscales. Siendo cuestiones de orden político, su existencia y utilidad sólo se meritúan en las elecciones, no son judiciables.
Pero aclaremos que también se ha dicho que cuando se aplica un nuevo monto a los derechos aduaneros, no puede afectar a las operaciones en curso. Por ende, entendemos que las nuevas retenciones no podrían afectar la cosecha que estaba creciendo cuando se impusieron.
Otro tema a tener en cuenta es que las retenciones no pueden incrementarse si la mercadería tuviese destino dentro del MERCOSUR, en función de los compromisos intrabloque que hemos asumido.
Vigencia actual de la resolución ministerial 125/08 y sus modificatorias.
Como anticipáramos, la solución a esta situación debe buscarse por los principios básicos de la interpretación jurídica.
Al respecto resulta aplicable el criterio de interpretación volitiva. Consiste en desentrañar la intención del legislador.

Y la jurisprudencia (por ejemplo la Corte en la causa ‘Rodríguez’-Aeropuertos) ha establecido que cuando un poder no ejerce facultades que le son propias, y las ejerce otro de los poderes, si el dueño sabiéndolo calla, el usurpador puede seguirlas ejerciendo.
Así se dijo que si el Legislativo puede hacer algo, y no lo hace, no está mal que lo haga el Ejecutivo, puesto que se presume que el Legislativo lo tolera, ya que de lo contrario podría dictar una norma diferente.
Si bien no coincidimos con ese criterio, admitimos que resulta práctico. Y en definitiva es el criterio jurisprudencial vigente.
Pero de esta misma línea interpretativa se extrae que cuando el poder titular de las facultades actúa, ya nadie más puede actuar, ni puede sobrevivir ninguna norma dictada previamente que se oponga a lo que entendió el dueño de las facultades.
En este caso, siendo que el Congreso analizó el aumento de las retenciones y no dictó una norma aumentándolas, debe entenderse que no estuvo de acuerdo con el aumento.
Y siendo el Congreso el titular de las facultades, su no aprobación de un proyecto al respecto, implica un pronunciamiento negativo.
Más aún: la forma en que estaba redactado el proyecto que llegó al Senado, favorece al interpretación que postulamos.
El proyecto expresamente decía que se ratificaba la resolución 125.
Su no aprobación indica que el criterio del Congreso, es derogarlas, único antónimo posible de ratificarlas.
Nuestra interpretación se ve reforzada por la encomiable actitud de la Presidenta de enviar este proyecto al Congreso.
Desde el momento en que acepta no sostener el aumento con su solo poder, surge claro que admite las facultades primigenias de imponer tributos por parte del Legislativo.
La vigencia de la delegación de facultades para fijar derechos aduaneros.
El mismo criterio se aplica a la delegación que regía hacia el Ejecutivo contenida en el Código Aduanero.
Siendo que el proyecto reconocía las facultades del PEN para fijar derechos de exportación, su no aprobación implica que el Congreso decidió retirar cualquier delegación al respecto.
Todo ello debe ser contemplado sabiendo que los problemas de interpretación no los resuelve en última instancia el Poder Ejecutivo ni el Legislativo, sino el Poder Judicial.
El PEN la derogó, pero sin efectos retroactivos.
Podemos prenunciar con toda claridad que la mayoría de los jueces de la República

declarará nula la resolución 125, porque ya hay un pronunciamiento del Congreso contrario a la misma.
Y una resolución nula no trae impuesto válido, con lo cual es factible que prosperen demandas de repetición.
Pero sólo podrá reclamar quien acredite haber tributado primaria y directamente el impuesto. No quien haya sufrido los efectos de su traslado al precio…
Dos comentarios constitucionales casi anecdóticos
El voto del Vicepresidente Cobos.
El artículo 57 de la Constitución dice que el Vicepresidente de la Nación será el presidente del Senado y que sólo votará en caso de empate. Y no hay limitación alguna que pueda ponerse a su voto.
Podemos cada uno de los argentinos opinar sobre la corrección o no de su decisión, sobre su lealtad, sobre su compenetración con el proyecto presidencial, etc.
Lo que la Constitución establece es su absoluta libertad para votar cuando debe desempatar.
Porque en verdad el Vicepresidente no integra el Poder Ejecutivo. Él fue elegido para ser Presidente del Senado y titular formal del Poder Legislativo.
El hecho de que sea el reemplazante natural del Presidente no debe hacernos confundir creyendo que es parte del Poder Ejecutivo. Si no hubiese vicepresidente (como cuando renunciaron Duhalde o Álvarez) el senador que preside el Senado también es reemplazante del Presidente.
En verdad, cuando votamos el binomio Presidente – Vicepresidente, estamos votando una mini-sábana, estamos eligiendo una persona para el Ejecutivo y otra para el Legislativo.
Así dispone el art. 87 cuando dice que el Poder Ejecutivo será desempeñado por UN ciudadano con el título de Presidente.
El Vicepresidente es ajeno al Presidente, y por ende libre constitucionalmente.
La participación del senador Eric Calcagno.
La Constitución no quiere que una misma persona pase de un poder a otro, para evitar ‘contaminaciones’.
Así dispone en su artículo 105 que un ministro no puede ingresar como diputado o senador sin renunciar a su cargo en la órbita del PEN.
Complementariamente se entiende que no pueden asumir en un ministerio sin renunciar a su cargo legislativo. Ello pese a la mala costumbre en contra que se advierte desde los turbulentos finales del gobierno de Alfonsín.
Eric Calcagno pasó a ser Secretario de Estado sin renunciar a su banca. Cuando fue necesario para el PEN, volvió al Senado diciendo que renunciaba a la Secretaría por haber cumplido su misión. Ahora es permanentemente mencionado para volver al

PEN.
Este tipo de conductas repugnan al ideario constitucional, y deben ser condenadas. Y resulta particularmente decepcionante que sean protagonizadas por uno de los hombres más respetables intelectualmente del partido gobernante.
Conclusión
Para terminar permítasenos transcribir la bella frase de Juan Bautista Alberdi:
“La Constitución general es la carta de navegación de la Confederación Argentina. En todas las borrascas, en todos los malos tiempos, en todos los trances difíciles, la Confederación tendrá siempre un camino seguro para llegar a puerto de Salvación, con sólo volver sus ojos a la Constitución y seguir el camino que ella le traza, para formar el gobierno y para regular su marcha.”
Domingo Rondina

NOTAS RELACIONADAS:
SON IMPUESTOS Y NO TIENEN LÍMITE EN EL 33%

RETENCIONES AL CONGRESO