La lupa sobre el 33%

Proponemos hoy -brevemente- analizar si las ya famosas ‘retenciones’ son o no son IMPUESTOS y si tienen o no tienen un límite de 33% en la relación mercadería-tributo.

Volvemos a pedir disculpas por la extensión del trabajo, pero el tema merece que lo abordemos seriamente y no con vaguedades.

I – SON IMPUESTOS

I-01- 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%.

I-02- 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.

I-03- 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.
I-04- 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.
I-05- Por eso 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.
I-06- 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.
I-07- 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.
I-08- 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.
II – NO TIENEN LIMITE EN EL 33%
II-01- 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.
II-02- Pero al mismo tiempo, 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.
II-03- 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)
II-04- 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.
II-05- 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).
II-06- 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%.
II-07- 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.
II-08- 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.
II-09- 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.
CONCLUSIÓN
Nuestra conclusión siempre es la misma: las retenciones son impuestos y -por ende- sólo pueden imponerse por parte del Congreso. Y sólo serán válidas a partir de que el Congreso las sancione.

Pero nada puede cuestionarse a las retenciones, tengan el porcentaje que tengan, y cualquiera sea la finalidad que el Gobierno les asigne. Porque, más allá de nuestras opiniones sobre política agropecuaria, tributaria o federalista, la única opinión política que debe prevalecer es la del Gobierno a través de sus órganos constituidos, y cada cual en su rol institucional.

Domingo Rondina

NOTAS RELACIONADAS:
RETENCIONES, UN RESUMEN

RETENCIONES AL CONGRESO