

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LAS AMPLIACIONES DE HIPOTECAS Y SU TRATAMIENTO EN LA LEY DEL
IMPUESTO DE SELLOS . ANÁLISIS DE LA TASA PROGRESIVA.***

VICENTE OSCAR DÍAZ

SUMARIO

I. Introducción. - II. Materia en controversia. - III. Jurisprudencia obrante. -
IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del dictado de la ley 18892 que sustituyó la tasa fija aplicable sobre los actos a que hace alusión el art. 19 de la ley de sellos N° 18524, introduciendo en el positivismo la escala progresiva de imposición bajo la premisa que con ello el gravamen se adecuaba a la filosofía de una mejor capacidad contributiva, equidad y justicia, la Dirección General Impositiva optó por aferrarse a una interpretación, que a nuestro entender no tiene cabida jurídica en la norma vigente, situación que desembocó inexorablemente en la serie de contiendas que hoy en día se ventilan por ante el Tribunal Fiscal, una de cuyas causas ha sido objeto la sentencia reciente por parte de la Sala "D" de dicho organismo.

Será objeto de nuestro tratamiento el presupuesto tributario a aplicar sobre los actos jurídicos que exteriorizan ampliaciones de hipotecas, dado que en dicha especie ha fincado el fisco con mayor exigencia su equivocada posición.

Para ello, procederemos a descifrar la hermenéutica de la operación sub examen, a fin de arribar a las conclusiones que oportunamente publicamos en la Revista del Notariado(1)(496) y que han sido en parte recogidas por el Tribunal Fiscal en autos "Ben Francisco s/recurso de apelación"(2)(497).

II. MATERIA EN CONTROVERSIA

a) Mientras el fisco sostiene que en una ampliación de \$ 100.000 debe oblar la misma con la tasa del 30 por mil, atento que con relación a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escritura inicial se ha superado el límite a que hace referencia el apartado 1° del artículo 19, nosotros en cambio hemos disentido de inicio con tal postulación, y nos hemos enrolado en la tesis que cada acto ampliatorio paga en sí por el monto instrumentado con abstracción de la suma total del mutuo.

De más está decir que no hemos encontrado ningún antecedente legal y/o doctrinario que hiciera posible aceptar sin reparos que la progresividad en lo que respecta al quantum, de la imposición deba estar medida en función del primer acto (escritura constitutiva) para el agregado del segundo acto (escritura de ampliación).

Va de suyo que la obligación de pagar impuestos nullum tributum sine lege inexorablemente proviene de la ley acorde a los postulados de legalidad tributaria sancionados por la Constitución Nacional (arts. 4°, 17 y 67, incisos 1° y 2°). Y no es menos cierto que el criterio que la Dirección General Impositiva ha pretendido imponer vulnera abiertamente tal principio liminar, habiendo creado el fisco una medida de imposición no dictada por la ley.

En otras palabras, el organismo de percepción exige la aplicación de la alícuota impositiva en estos casos con una tipificación que la ley expresamente no legisla. La propia historia constitucional argentina es rica en antecedentes sobre los postulados del artículo 19 de la Carta Magna, que por ante tal exigencia fiscal son vigentes en la especie, dado que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

Empero, la D. G. I. donde la ley no obliga, aparece asumiendo la voluntad no declarada del legislador y por sí intenta crear la imposición a su libre arbitrio.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior nada más apropiado resulta, que la cita que hace el Dr. Roberto Freytes, de Sainz de Bujanda. El maestro español sostiene que si el organismo de percepción tributaria recauda lo que liquida con criterios que ella misma, a través de sus órganos, establece, el tributo no dará satisfacción al principio constitucional de legalidad(3)(498).

Por lo demás es inequívoco que esta deformación fiscal viola elementales principios tributarios, y olvida que la Corte Suprema, en fallo del 26 de junio de 1950, declaró que la innegable autonomía del derecho fiscal no es ilimitada en los órdenes locales. En el establecimiento de las formas o normas del mismo se ha de tener presente que la uniformidad de la legislación común en toda la Nación (art. 68, inciso 11 de la Constitución Nacional) tiene un claro propósito de unidad nacional con el que no es comparable un ejercicio de la potestad impositiva que crea para sus propios fines normas explícitas e implícitamente relativas a la naturaleza de los bienes que determinaron la capacidad contributiva, relación del contribuyente con ellos y carácter y modalidades de la transmisión, inconciliables con los principios del derecho común sobre el particular(4)(499).

Debemos insistir que el presupuesto intentado por la D. G. I. causa un agravio mayor, por la razón que, de aceptarse, ello daría vigencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

espúrea a una posición que vulnera en especial el derecho inviolable de la propiedad.

Si se tuviera por cierta la tesis fiscal, de ahora en adelante el pago del impuesto resultaría "provisorio", sujeto a reajuste por actos posteriores. Otra no puede ser la pregunta a efectuarse. ¿Pero qué artículo de la ley consagra tal principio? La respuesta no puede titubear: Ningún artículo de la ley recoge tal inferencia.

Ello nos obliga a sostener que el gravamen original (hipoteca) subsiste igual en todos sus términos y produce los mismos efectos jurídicos. Basta para rechazar la determinación impositiva recordar que la ley que pretende invocar el organismo tributario no ha tipificado la retroactividad o unificación de montos en escala progresiva para las posteriores ampliaciones que no operan o producen una suerte de prórroga de la garantía real.

De resultas, cada contrato de ampliación de hipoteca debe tributarse por el monto consignado en la escritura en sí, por directa correlación a los principios del carácter instrumental que reviste el impuesto, cosa a la cual el fisco no le ha prestado la debida atención.

La Corte Suprema ha fijado el precepto que si bien la legislación fiscal es autónoma para determinar el objeto imponible y los modos y las formas del cálculo de aplicación de los tributos, ello es válido en tanto que dichos presupuestos estén tipificados en la ley invocada y en tanto se respeten las instituciones de la legislación civil en el ámbito del derecho privado (Fallos, t. 265, pág. 15).

Por lógica consecuencia arribamos al convencimiento que la D. G. I. ha creado con su pretensión una ratio legis desprovista de sustento valedero dentro del ordenamiento tributario vigente y principalmente ajeno a las propias facultades del organismo de percepción, dado que su tesis no interpreta la ley, sino lisa y llanamente la modifica.

Mientras que la ley de sellos no indique que el pago del gravamen resulta provisorio y deba reajustarse por concurrencia de actos posteriores, no le asiste al organismo de percepción ningún derecho para exigir una mayor imposición en los actos sucesivos de forma tal que éstos para su cálculo deban remontarse a los anteriores y unificar la escala del artículo 19.

b) Tampoco es más feliz el restante factor que ha utilizado la D. G. I. para apoyar su esquema tributario. So color que cuando las partes intervinientes son las mismas, idéntico el inmueble sobre el que se constituye la garantía y ésta es acordada en el mismo grado de privilegio, de no encontrarse reflejado el monto imponible por la suma de los préstamos hasta ese momento concedidos, ello equivaldría a ignorar la creación de una vía de evasión tributaria, pues bastaría fragmentar ese tipo de celebramientos constituyéndolos en dos o más instrumentos que no excedieran del tipo previsto de \$ 100.000, para transformar en ilusoria la norma que establece el artículo 19 en tal sentido.

Esta argumentación es endeble jurídicamente y equivocada a su vez. En primer lugar el fisco omitió analizar el alcance de la modificación que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ley 17711 ha hecho del artículo 3135 del Código Civil, lo que conduce a publicitar que no se ha receptado el alcance jurídico del negocio en controversia, naciendo allí evidentemente la confusión. Va de suyo, por lógica consecuencia, que las ampliaciones de hipotecas no producen, a la luz de tal fundamentación, ninguno de los fenómenos que hacen al presunto criterio fiscal con relación al tráfico jurídico de los bienes.

En segundo lugar resulta equivocada la premisa consignada en párrafos anteriores, porque la D. G. I. por intermedio del juez administrativo confunde tax avoidance con evasión fiscal. Tarantino(5)(500)sostiene que la evitación del impuesto es querida o deseada por el legislador indiscriminadamente al no consagrar prohibiciones de tipo genérico.

Lerouge, citado por Amílcar de Araujo Falçao, dice que cualquiera puede ordenar su patrimonio o sus intereses de tal forma que el impuesto tenga la menor incidencia (price) posible. El deber moral, como el deber cívico, no llega hasta obligarlo a tomar el camino más provechoso para el tesoro(6)(501). Giuliani Fonrouge a su vez enseña que el hecho de mutar las formas jurídicas por "economía de opción" no importa violar la ley, sino por el contrario, crear la circunstancia generadora del crédito fiscal en forma que dicho proceder jurídico determina una menor incidencia o intensidad sobre el hecho imponible(7)(502).

En fin, existen demasiados antecedentes doctrinarios de valía y receptados por nuestra jurisprudencia para desechar que las ampliaciones de hipotecas si no pagan el impuesto en la forma estimada por el fisco se transforman en actos evasivos.

Por otra parte tenemos dicho que toda persona es libre de dirigir su actividad económica de manera tal que deba pagar el menor impuesto posible, y de elegir, entre las formas jurídicas que se le ofrecen, aquella que entraña la carga fiscal menos onerosa(8)(503).

Consecuentemente, si la D. G. I. infiere que los actos ampliatorios de hipotecas al fin y al cabo recorriendo el precepto del acto con celebración compleja en la tónica del artículo 996 del Código Civil, exteriorizan una evasión del impuesto por su forma jurídica, tampoco le asiste razón.

Ello así viene dado porque el derecho ofrece a los particulares un extenso abanico de negocios jurídicos típicos correspondientes a otras causas o finalidades típicas; son sin lugar a dudas los caminos más seguros y los contribuyentes pueden transitar por ellos, adaptarlos a sus especiales necesidades e intereses, escalonarlos o entrelazarlos en las más variadas combinaciones.

III. JURISPRUDENCIA OBRANTE

En el expediente "Ben" el Tribunal Fiscal acoge la teoría del tráfico jurídico en su real dimensión para dictar el fallo que rechaza la tesis fiscal. Para ello, la Sala "D" efectúa un meduloso análisis de la relevancia del acto a los efectos del nacimiento de la obligación tributaria, y llega a la conclusión final que las escrituras de ampliación de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipoteca que no alteran la situación jurídica no convalidan un nuevo negocio para hacer procedente la progresividad pretendida por el fisco.

Es decir, la base de mediación del acto, puede anticiparse que no corresponde como lo infiere la D. G. I., pues las escrituras de ampliación de hipotecas no generan una nueva obligación, distinta a la anterior, dado que no se ha producido la novación de la deuda.

Y reforzando su teoría el Tribunal Fiscal doctrina que las ampliaciones hipotecarias en las cuales excepto la elevación del monto de la deuda no se opera otra modificación, no constituye un nuevo contrato, sino por el contrario la modificación del valor del mismo, es decir, de un elemento accidental de la obligación.

Por lo tanto las ampliaciones hipotecarias corresponde oblarlas con el impuesto de sellos sólo sobre el monto de la ampliación del préstamo, ya que este hecho ha sido lo realmente instrumentado.

En asocio, si el contrato constitutivo hipotecario es el que crea el presupuesto de imposición por exteriorizar la alteración de la situación jurídica va de suyo que las ampliaciones posteriores del mismo resultan objeto de tributación únicamente por el monto en que todavía no haya sido alcanzado por el gravamen.

Conviene recordar que constituye nota esencial característica dentro de la técnica fiscal y tributaria del impuesto de sellos que éste es un gravamen que recae directamente sobre el documento y las obligaciones que no consten en él, no pueden ser apreciadas por el organismo de percepción a su libre arbitrio.

Como se verá, desembocamos a que la tesis fiscal ideó una novación subjetiva, opuesta a la expresión de novación objetiva del primitivo contrato que con arreglo a derecho no se consumó.

No nos hallamos por ante un negocio jurídico comprendido en un documento que no tenga regla especial de liquidación, por el contrario, la tiene clara y precisa, y la deformación observada sólo es el fruto de una mayor recaudación bajo el lente de la D. G. I.

El artículo 19 en su actual redacción, pese los esfuerzos fiscales, no tiene alcance para desvanecer el vínculo jurídico expresado en el documento de ampliación de hipoteca que solamente modifica el monto del mismo. Aceptarse lo contrario equivaldría alterar preceptos de derecho civil esencialmente fundamentales como bien lo señala el fallo en cuestión, y que las previsiones de orden fiscal no han derogado.

La calificación de los documentos u objetos imposables de que se trate, siempre debe estar ajustada a la naturaleza jurídica que les corresponde por aplicación de la legislación civil u otra en la que se contenga su fundamental regulación, salvo que la ley del impuesto de sellos disponga de reglas básicas sobre la materia en cuyo caso serán éstas las que prevalezcan a los efectos tributarios.

Debemos agregar que el impuesto de la materia por su naturaleza documental tiene como presupuesto obligado para determinar su contenido el instrumento sometido a gravamen, pues si es cierto que su alcance y naturaleza puede estar establecido cuando se trate de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

documentos propios del tráfico mercantil por la finalidad que en éste cumplan, también es aplicable para los supuestos de imprecisiones o dudas sobre la naturaleza de los documentos.

IV. CONCLUSIÓN

Para que las ampliaciones hipotecarias, que resultan documentos posteriores a la perfección del contrato hipotecario inicial, puedan gravarse en la forma pretendida por la Dirección General Impositiva, es preciso que de las mismas se desprenda el efecto jurídico de la novación, y que pueda precisarse con cierta exactitud los elementos que la constituyen, es decir, estar revestidas de sustantividad tributaria.

No tiene cabida en la forma como se instrumenta el negocio de la ampliación hipotecaria la consigna que ello irroga la creación de una vía de evasión impositiva.

Rechazamos esta patológica obsesión fiscal porque no encontramos la existencia de artificio o engaño, desde ya intencionado, dirigido a evitar en su totalidad o en parte el pago de un impuesto debido.

Si bien somos respetuosos de la infinidad de criterios interpretativos a nivel de la Administración Tributaria, a ellos nos plegaremos en tanto y cuanto nuestro convencimiento de acatamiento emane de la ley, en cuyo caso seremos, sin temor a dudas, propaladores de lo legal de aceptar la imposición exigida; caso contrario, no nos sumaremos a la confusión y nos será difícil adoctrinar a los contribuyentes que la tesis recaudatoria es acorde a derecho.

El fallo resulta doblemente importante, en virtud de causar instancia, lo que obliga a inferir que la Dirección General Impositiva debe acatar esta jurisprudencia sin más dilación, en causas análogas que se encuentran tramitándose en su propia sede o por ante el Tribunal Fiscal.

Arribamos a tal preanuncio, visto que el Ministerio de Hacienda y Finanzas de la Nación negó autorización a la D.G.I., para apelar el fallo "Ben" (art. 162 de la ley 11683), situación que exterioriza acatamiento definitivo a la doctrina sentada por el Tribunal Fiscal, en orden que la misma se ajusta a la real interpretación jurídica del acto controvertido.

El consentimiento del fallo en forma definitiva es encuadrarse lisa y llanamente en los términos y preceptos de la ley; lo que obliga a publicitar nuestro aplauso en el acierto de tal decisión, aptitud que subrayamos especialmente.