

REPORTE

ARGENTINA: AFIP, CRIPTOACTIVOS E IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES

REALIZADO POR:
DRA. MARIANELA S. MENDOZA
ABOGADA EN DERECHO TRIBUTARIO

PUBLICADO POR:



Somos
Innovación



CONSEJO DE
CONTRIBUYENTES
ARGENTINA

RESUMEN EJECUTIVO

El presente reporte resulta ser un análisis del Dictamen Interno de AFIP N° 2/2022, mediante el cual la agencia recaudatoria define equivocadamente a los criptoactivos como bienes financieros, es decir los asimila a los “Valores Negociables”, a fin de alcanzarlos con el Impuesto sobre los Bienes Personales (ISBP).

De esta manera, la Administración Tributaria:

- Modifica uno de los elementos más importantes de los impuestos: el *Hecho Imponible* el cual determina cual es la situación que se grava.
- Avanza sobre la esfera de actuación de la Comisión Nacional de Valores (CNV) que es el organismo encargado de verificar y fiscalizar *qué, cuándo y cuáles son valores negociables* que realizan oferta pública.

El dictamen de la AFIP colisiona con principios derivados del Derecho Constitucional-Tributario, como son: el Principio de Legalidad en cuanto a que todas las normas impositivas y sus modificaciones deben emanar de una ley del Congreso y choca contra el Principio de Seguridad Jurídica, respecto de que las normas responden en cuanto a su operatividad, a la eficacia de las mismas, que hace a aquello que posee fuerza de acción, que realiza y concreta un propósito.

Aún más, esta resolución avanza sobre el Derecho de Propiedad y va en contra del derivado Principio de No Confiscatoriedad, dado que la tenencia de valores negociables y las transacciones que se realicen con los mismos se ven alcanzadas por el Impuesto a las Ganancias de la segunda categoría, motivo por el cual no sólo se podría caer en una doble imposición -que también está prohibido por Ley- sino que además aumenta la presión fiscal sobre los agobiados contribuyentes argentinos.

La consecuencia que traerá aparejada dicha resolución, es que en breve los Contribuyentes que posean criptoactivos y se vean alcanzados por la gabela, planteen la inconstitucionalidad de la norma por el mismo análisis que se menciona más arriba. Y si bien nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado jurisprudencialmente que un impuesto por sí solo no es confiscatorio cuando alcanza el 33% del patrimonio del Contribuyente, la realidad es que los Tribunales inferiores tienen cada vez más en cuenta la presión fiscal para determinar si una norma impositiva es o no un avance sobre la propiedad privada y por ende confiscatoria y de esta manera, al tachar una norma como “inconstitucional” la agencia de recaudación no podrá cobrar el impuesto así declarado.

RESUMEN DE LA RESOLUCIÓN

“Se puede caracterizar a las *criptomonedas* como una nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain el cual versa, en definitiva, acerca de una anotación electrónica que incorpora el derecho a una cantidad de dinero determinada, que puede tipificarse como títulos valores, toda vez que participan de las características principales que poseen estos últimos, es decir, son valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta –la blockchain-; resultan bienes homogéneos y fungibles en los términos del artículo 232 del Código Civil y Comercial; su emisión o agrupación es efectuada en serie –conformada ésta por cada bloque que integra la cadena- y; pueden ser susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Las criptomonedas conforman un activo alcanzado por la ley de Impuesto sobre los Bienes Personales de conformidad con lo prescripto en el citado artículo 19, inciso j) y artículo 22 inciso h) de la ley del gravamen”

De esta manera, la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (AFIP) resume porque, según su plena interpretación, los criptoactivos se verían alcanzados por el Impuesto sobre los Bienes Personales (ISBP).

¿QUÉ Y CÓMO SE GRAVA EL IMPUESTO SOBRE LOS BIENES PERSONALES?

Este impuesto, como muchos en nuestro país, nació con carácter de emergencia y transitorio por nueve (9) períodos fiscales en el año 1991. Pero como sucede reiteradamente en nuestra amada República, en materia tributaria, dicho impuesto fue prorrogado reiteradamente por distintas leyes¹ hasta nuestros días.

Así las cosas, este impuesto nace como una arista de los impuestos a la RENTA, dentro de la clasificación de los llamados IMPUESTOS AL PATRIMONIO. Su existencia ha sido justificada porque “exteriorizaría un potencial económico”, es decir y tal como lo señala

¹ Este tributo fue publicado en el Boletín Oficial el 20/08/1991 mediante el capítulo VI de la Ley N° 23.966. Fue prorrogado por la Ley N° 26.545 hasta el 31/12/2019 y actualmente rige la prórroga prevista por el art. 2° de la Ley N° 27.432 publicada en el Boletín Oficial el 29/12/2017, quedando prorrogado el impuesto hasta el 31 de diciembre de 2022.-

Ross², “*al existir manifestación de riqueza, para quien la detenta, representa una reserva de poder adquisitivo, susceptible de ser utilizada en cualquier momento en reemplazo de los recursos monetarios o para sumarlos*”.

Sobre esta visión, la cual no es compartida por la autora de este reporte, ha de señalarse que este impuesto resulta ser un gravamen “complementario del impuesto a las Ganancias”, dado que alcanza a aquellas personas humanas con importantes patrimonios y a aquellos sujetos que hicieron grandes inversiones en bienes que rinden ingresos monetarios corrientes y aquellos propietarios de bienes inmuebles que poseen relativamente poca renta, convirtiéndose en un *impuesto distorsivo* dado que resulta una falacia su efecto redistributivo de la riqueza.

Bien señala Nieto³ que las “*malas administraciones políticas de los recursos tributarios conspiran contra las justificaciones de aquéllos, y por ende la desigualdad y la forma de aplicar y distribuir los recursos deben tener un control independiente; de lo contrario difícilmente se compruebe el efecto deseado con su recaudación además de acentuar la progresividad del sistema tributario*”.

Se suele afirmar que el ISBP grava el patrimonio neto, es decir la porción de riqueza o capital en que el activo excede del pasivo. Sin embargo, ello no sucede cuando el pasivo excede el activo. Encontrándose así en desventaja aquél contribuyente que a pesar de tener algún que otro bien alcanzado por el impuesto no puede afrontar su pago, generándole una deuda infinita con el fisco.

Asimismo, permite gravar la renta potencial y *no la efectiva*, dado que al gravarse un determinado bien se estaría gravando o permitiría gravar la renta o beneficio que aquél produce o produciría.

Siguiendo este orden de ideas, la Ley de ISBP señala que se gravarán todos los bienes de personas físicas y de sucesiones indivisas, respecto de aquéllos bienes que se encuentren en el país o en el exterior, y se gravará según el valor que se obtenga de los mismos al 31 de Diciembre de cada año.

² “Aspectos generales de la imposición al patrimonio” de Jaime ROSS. Boletín DGI 316 (Abril/1980).-

³ “Régimen Tributario Argentino” 2º Edición, Dir. Gustavo J. NAVEIRA DE CASANOVA; Marcelo A. NIETO, Pablo J. M. REVILLA, Fabiana H. SCHAFRIK de NUÑEZ, Marisa N. VAZQUEZ - Cap. X, pág. 326, Marcelo A. NIETO.-

Ahora bien, el ISBP en cuanto a lo que se refiere a la valuación de los bienes ubicados en el exterior, tienen un tratamiento por el valor de plaza, es decir por el valor normal de venta que se obtendría en el mercado (Art. 23 ISBP).

Y en el caso de la tenencia de moneda extranjera, el valor a declarar para la gabela deberá ser convertido a moneda nacional, según el valor de cotización de tipo comprador que prevea el BCRA al 31/12.

Asimismo, el Art. 21, inc. d) de dicho tributo, establecía como **exención** aquéllos bienes inmateriales como ser llaves, marcas, patentes, derechos de concesión y bienes similares.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR BIENES, BIENES MATERIALES, INMATERIALES Y TÍTULOS VALORES?

Para comenzar este apartado y poder continuar con el correcto análisis de la mencionada resolución, es necesario remitirnos a qué se entiende por bienes en el sistema legal argentino.

Bienes, de conformidad con el Art. 16 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante “CCCN”) y haciendo especial referencia a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, entiende que son aquellas cosas susceptibles de una valoración económica.-

Ahora bien, en los fundamentos del Dictamen de AFIP al establecer “qué” tipo de bien son los criptoactivos, comienza por decir que no son bienes inmateriales, sino bienes financieros.

Nuevamente este cambio en la interpretación debe analizarse desde el punto de la normativa civil, dado que es la ley civil (y comercial) la que define que es un bien inmaterial o intangible y es la ley que complementa la normativa tributaria en caso de lagunas legales o bien por cuestiones de practicidad y unidad jurídica:

“El sistema jurídico es altamente normativizado y el legislador interviene y dirige regulando la tendencia autorreferente en los distintos subsistemas (o ramas del derecho)⁴. Una norma de este talante intervencionista sería el art. 1° in fine de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 11.683, en tanto refiere la autonomía del Derecho Tributario. Para el Derecho Tributario, en la interpretación de sus instituciones, primero hay que explorar si el propio Derecho Tributario las define, y sólo recién, si así no lo hace, se puede recurrir al resto del ordenamiento jurídico. De tal modo, por ejemplo, el Derecho Tributario “crea” sujetos que no lo son para el Derecho Privado: tal es el caso de las empresas y patrimonios destinados a un fin determinado que si bien no son personas jurídicas son consideradas por las leyes tributarias como unidades económicas para la atribución del hecho imponible⁵”.

Inicialmente, en el Código de Vélez Sarsfield, el Artículo 2312 definía que “los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman “bienes”. El conjunto de bienes de una persona constituye su “patrimonio”.

De este principio se ha expresado, en sentido restringido, que los bienes, por oposición a las cosas, son los objetos inmateriales económicamente valiosos, es decir, los derechos patrimoniales⁶; y éstos derechos patrimoniales son susceptibles de tener un valor económico.

Con la reforma del mencionado código, debemos buscar en el Artículo 232 la definición del bienes fungibles para entender que son *bienes inmateriales o no fungibles*:

“Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”.

Según entiende Rivera⁷, *las cosas no fungibles son aquellas que tienen características propias que las hacen únicas y, por ende, no pueden ser sustituidas por otras de características exactamente idénticas (...)* En cambio hay otras cosas que sí son sustituibles perfectamente las unas por las otras sin que el cambio implique variación cualitativa o cuantitativa alguna; participan de esta categoría, en general, todos los productos nuevos fabricados en serie.

⁴ El agregado me pertenece. Se coloca para un mayor entendimiento.-

⁵ Conf. Art. 5°, inc. c) in fine de la ley 11.683 en “Régimen penal tributario y previsional - Ley 24.769 con las reformas de la ley 26.735” de Mariano H. BORINSKY, Juan P. GALVÁN GREENWAY, Javier LÓPEZ BISCAYART y Pablo N. TURANO, 1° edición, Edit. Rubinzal-Culzoni.-

⁶ “Tratado de Derecho Civil, Parte general” de Guillermo Borda, 6° edición, pág. 33. Edit. Abeledo-Perrot.-

⁷ “LEY 26.94/14 CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” Comentario de RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS. Dir: Graciela Medina, Julio C. Rivera. Cord: Mariano Esper. Editorial La Ley, 2014.-

Pero a estas definiciones, hay que sumarle el Art. 1815 sobre los **TÍTULOS VALORES** que son *aquellos títulos que incorporan una obligación incondicional e irrevocable de una prestación y otorgan a cada titular un derecho autónomo.*

El Art. 1820 CCCN dispone que cualquier persona puede crear y emitir títulos valores en los tipos y condiciones que elija, comprendiendo dentro de éste la facultad de denominar el tipo o clase de título, su forma de circulación -con arreglo a las leyes generales-, sus garantías, rescates, plazos, su calidad de convertible o no en otra clase de título, derechos de los terceros titulares y demás regulaciones que hacen a la configuración de los derechos de las partes interesadas, que deben expresarse con claridad y no prestarse a confusión con el tipo, denominación y condiciones de los títulos valores especialmente previstos en la legislación vigente. Sólo pueden emitirse títulos valores abstractos no regulados por la ley cuando se destinan a ofertas públicas como son las acciones sociales o cuotapartes de S.R.L., y siempre con el cumplimiento de los recaudos de la legislación de la CNV, Ley de Mercados de capitales, etc. etc.

El Art. 1836 CCCN, por su parte, dispone que los títulos valores tipificados legalmente como cartulares también pueden emitirse como no cartulares, para su ingreso y circulación en una caja de valores o un sistema autorizado de compensación bancaria o de anotaciones en cuenta. Los títulos valores emitidos efectivamente como cartulares pueden ingresarse a alguno de estos sistemas, conforme con sus reglamentos, momento a partir del cual las transferencias, gravámenes reales o personales y pago tienen efecto o se cumplen por las anotaciones en cuenta pertinentes.

Por su parte, la **Comisión Nacional de Valores (CNV)**⁸, su esfera de actuación resulta ser la encargada de la promoción, supervisión y control del mercado de capitales, mediante objetivos como ser: *Actualizar y perfeccionar los marcos regulatorios del mercado de capitales de manera colaborativa, generando asimismo la normativa que permita dar impulso al desarrollo de nuevos instrumentos, al fortalecimiento de la transparencia del mercado y su infraestructura...*

Es decir, que es la CNV la encargada de determinar, **mediante sus regulaciones**, que bienes deberán ser considerados como activos financieros como ser las siguientes disposiciones:

La Ley de Mercado de Capitales N° 26.831, modificada por la Ley de Financiamiento Productivo N° 27.440, en su Art. 2 define a los **Valores Negociables** como títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o

⁸ Fue creada en 1968 por la Ley de Oferta Pública (Ley 17.811) y actualmente se rige por el marco normativo conferido por la Ley de Mercado de capitales (26.831) y las modificaciones introducidas por Ley de Financiamiento Productivo (27.440).-

representativos de derechos creditorios, las acciones, las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren conforme la reglamentación de la Comisión Nacional de Valores, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio, letras hipotecarias y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados⁹.

En conclusión, los *valores negociables* son instrumentos de inversión que representan la titularidad de activos financieros o de operaciones realizadas sobre la cotización de activos financieros. Estos valores son utilizados por personas y empresas para obtener ganancias o financiar sus actividades y suelen intercambiarse en mercados de valores con el propósito de incrementar el patrimonio y la rentabilidad.

Es decir, que a todas luces la AFIP ha invadido la esfera de actuación de la CNV mediante un dictamen interno, dado que esta última es la encargada de regular el Mercado de Capitales.

No hay que olvidar, que la UIF (Unidad de Información Financiera dependiente del Ministerio de Economía) en el 2014, mediante la Resolución N° 300, destacó que: “Se entenderá por “monedas virtuales” a la representación digital de valor que puede ser objeto de comercio digital y cuyas funciones son la de constituir un medio de intercambio, y/o una unidad de cuenta, y/o una reserva de valor, pero que no tienen curso legal, ni se emiten, ni se encuentran garantizadas por ningún país o jurisdicción”.

Es importante señalar que en razón de las normas de Prevención del Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo, que siguen los lineamientos de la OCDE¹⁰, *siendo esta*

⁹ Cita extraída de “Blockchain: FAQs” de Heredia Querro, Juan S. en *Lejister.com.ar*. Fecha de publicación: 03-07-2020 - Cita: IJ-CMXX-794.-

¹⁰ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. *Mediante la Declaración de Punta del Este (Uruguay) en 2018, durante la reunión plenaria del Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información con Fines Fiscales (Foro Global), los países miembros latinoamericanos decidieron iniciar un programa centrado en América Latina a través de una declaración ministerial fundamental, la Declaración de Punta del Este. El objetivo de esta Iniciativa para América Latina es maximizar el uso efectivo de la información intercambiada en el marco de los estándares internacionales de transparencia fiscal para hacer frente a la evasión fiscal, la corrupción y otros delitos financieros, con el objetivo final de movilizar recursos internos. Los países latinoamericanos se comprometen a (i) explorar toda la gama de posibilidades de cooperación administrativa que ofrecen los acuerdos internacionales, incluida la Convención sobre Asistencia*

última una de las grandes promotoras de la cooperación internacional entre Agencias de Recaudación para que emitan informes de las personas que realizan transacciones con criptoactivos, la UIF desde aquél entonces ha iniciado una cacería contra los contribuyentes que realicen operaciones con dichos activos, rompiéndose por todos lados el principio del “**Secreto Fiscal**”¹¹. En consecuencia, el Contribuyente, por una simple operación en crypto o una mínima sospecha de la Agencia Recaudatoria, puede quedar a merced del sistema administrativo-tributario de dicha jurisdicción sin otra más que presentar declaraciones, descargos solicitando que le rehabiliten las cuentas bancarias y/o la cuit y certificaciones contables entre otras: Eso cuando no le han detenido, allanado y llevado a juicio oral por infringir normas penales-tributarias¹², entre ellas las del delito de ocultación de bienes del código penal.

Administrativa en Materia Fiscal (MAAC), (ii) mejorar la transparencia, en particular con respecto al beneficiario final, y (iii) crear sinergias regionales.-

<https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/Transparencia-Fiscal-en-America-Latina-2022.pdf>

¹¹ El Secreto Fiscal se encuentra regulado en el Art. 101 de la Ley 11.683, el cual establece que: Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos. Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solicitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos. Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros. Los terceros que divulguen o reproduzcan dichas informaciones incurrirán en la pena prevista por el artículo 157 del Código Penal, para quienes divulguen actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos. **No están alcanzados por el secreto fiscal los datos referidos a la falta de presentación de declaraciones juradas, a la falta de pago de obligaciones exigibles, a los montos resultantes de las determinaciones de oficio firmes y de los ajustes conformados, a las sanciones firmes por infracciones formales o materiales y al nombre del contribuyente o responsable y al delito que se le impute en las denuncias penales. La AFIP, dependiente del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS, queda facultada para dar a publicidad esos datos, en la oportunidad y condiciones que ella establezca.** (Párrafo incorporado por art. 1º del Decreto N° 606/99 B.O. 09/06/1999); (Nota Infoleg: Por art. 3º del Decreto N° 90/2001 B.O. 29/01/2001, se establece que donde dice "MINISTERIO DE ECONOMIA Y OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS" debe entenderse "JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS") (...)-

¹² **Recordemos que los delitos tributarios son:** 1) Evasión Tributaria simple/agravada; 2) Facturación Apócrifa; 3) Aprovechamiento indebido de subsidios; 4) Obtención fraudulenta de beneficios fiscales; 5) Apropiación indebida de Tributos; 6) Insolvencia Fiscal fraudulenta; 7) Simulación dolosa de pago; 8) Alteración dolosa de registros; 9) Alteración dolosa de equipos homologados y 10) todos los delitos relacionados con los Recursos de la Seguridad Social.-

ENTONCES ¿CÓMO QUEDAN HOY EN DÍA CON LAS CRIPTOMONEDAS CON RESPECTO A LA RESOLUCIÓN DE AFIP?

A pesar de que la resolución de AFIP continuamente trastabilla al hablar de criptomonedas, NFTs y de criptoactivos como si fueran exactamente lo mismo cuando en realidad hay una relación de género - especie; o bien generaliza y centra su atención a los contribuyentes tenedores de *Bitcoins*, como si fuera la única moneda virtual estable; lo cierto que este cambio de posición interpretativa ha logrado sacar la tenencia de los criptoactivos del Art. 21, inc. d). Es decir, saca la tenencia de dichos bienes del encuadre dentro de las exenciones el cual resultaba muy útil al momento de realizar las Declaraciones Juradas del impuesto o bien cuando el Contribuyente era Determinado de Oficio¹³ y se le hubiera intimado a dar explicaciones de las transacciones que realizó y que tuvieron impacto en sus cuentas bancarias.

Pero más allá del error conceptual de la AFIP sobre los criptoactivos, hay una cuestión que no puede soslayarse, y es que uno de los Principios rectores en la materia, la **PROHIBICIÓN DE ANALOGÍA** previsto en la propia ley 11.683, en el Art. 1º, el cual establece que:

"No se admitirá la analogía para ampliar el alcance del hecho imponible, de las exenciones o de los ilícitos tributarios. En todos los casos de aplicación de esta ley se deberá salvaguardar y garantizar el derecho del contribuyente a un tratamiento similar al dado a otros sujetos que posean su misma condición fiscal. Ese derecho importa el de conocer las opiniones emitidas por la Administración Federal de Ingresos Públicos, las que deberán ser publicadas de acuerdo con la reglamentación que a tales efectos dicte ese organismo. Estas opiniones solo serán vinculantes cuando ello esté expresamente previsto en esta ley o en su reglamentación".

¹³ La **Determinación de Oficio** es un procedimiento legal interno de la Administración Tributaria, mediante el cual la Agencia procede a determinar la materia imponible o el quebranto impositivo y liquida el gravamen correspondiente ante sospechas de que la información aportada por el Contribuyente mediante las declaraciones juradas no sean correctas o bien ante la falta de presentación de Declaraciones Juradas. Ello está previsto en los Artículos 16 y 17 de la Ley 11.683.-

Por lo que en principio, dicho dictamen *resultaría violatorio de los Artículos N° 4°, 52° y 75, inc. 2 de nuestra Carta Magna*, en cuanto refieren que los tributos deben emanar de una ley sancionada por el Congreso, cuya iniciativa corresponde a la Cámara de Diputados, incluyéndose las modificaciones de los elementos de las gabelas, como ser en este caso, la modificación del Hecho Imponible¹⁴.

En voz del constitucionalista Baeza¹⁵, “... la ausencia de una norma expresa en materia de tributos transforma el gravamen impuesto en un despojo y viola el derecho de propiedad consagrado en el **Art. 17 C.N**”.

Como se mencionaba más arriba, lo que hace AFIP con esta resolución es modificar directamente el HECHO IMPONIBLE, ampliando el tributo. *Amplía “la expresión que tipifica hechos jurídicos de contenido económico asumidos por el legislador como presupuestos de hecho de la imposición”¹⁶...*”

Otra observación a tener en cuenta es el referido aspecto “vinculante” del concepto plasmado por AFIP, a fin de evitar la analogía por definición. Mediante el Decreto 127/96, que modifica al Decreto Reglamentario del Impuesto sobre los Bienes Personales N° 379/92, establece dentro del Art. 11, que reglamenta *la exención prevista en el inciso d) del artículo 21 de la ley comprende a todos los bienes inmateriales a que se refiere el inciso m) de su artículo 19, situados en el país o en el exterior de la norma referida*, y agrega en su último párrafo, que será la COMISIÓN NACIONAL DE VALORES (CNV) y la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (...) quienes *dictarán*, en el marco de sus respectivas competencias, *las normas complementarias pertinentes*, siendo esta última -a instancias de la información que le provea a esos fines el organismo de contralor de que se trate- la encargada de publicar un listado en el que, taxativamente, se mencione a cada uno de los instrumentos que cumplimenten lo señalado en este artículo¹⁷”.

Queda claro, que mediante un Decreto se delegaron facultades legislativas a la Agencia recaudatoria, violándose todos los principios constitucionales de nuestro País. Si bien la Constitución prevé la **delegación de facultades** entre órganos del Estado, la misma debe ser **limitada y excepcional**.

¹⁴ Este artículo es también receptado como el **Principio de Legalidad** en materia tributaria.-

¹⁵ “Derecho Constitucional” de Carlos R. BAEZA, Pág. 197. Edit. Depalma, 2006.-

¹⁶ Definición de Hecho Imponible dado por los Dres. Arístides CORTI, Rubén CALVO e Ignacio BUITRAGO en “La estructura jurídica de la norma tributaria” JA 1988-II-621-627.-

¹⁷ Artículo s/n incorporado por art. 2° del Decreto N° 621/2021 B.O. 23/9/2021. Vigencia: a partir del día de su publicación en el BOLETÍN OFICIAL.-

Siguiendo este orden de ideas, dicha delegación, sumamente cuestionable, ha perjudicado a todos los contribuyentes, al darle pase libre a AFIP para crear y abolir impuestos.

Por otro lado, a lo largo de dicho dictamen, se pasa a tomar a las criptomonedas como una **nueva clase de activo financiero, no tradicional y basado en la tecnología blockchain**, tecnología en la que se realiza una anotación criptográfica de todas las transacciones que se realizan en el sistema, y que dicha registración no puede ser modificada por el humano (por lo menos hasta ahora no existe una tecnología lo suficientemente poderosa que pueda revertir la blockchain), y que según la teoría de la Administración incorpora el derecho a una cierta cantidad de dinero determinada en favor del Contribuyente.

Lo cierto que dicha conceptualización resulta totalmente sesgada, dado que ni siquiera va de la mano con la definición de los títulos valores ni de oferta pública, además de invadir la esfera de actuación de la Comisión Nacional de Valores que es la encargada de determinar cuáles son aquellos objetos considerados como títulos valor o cuáles realizan oferta pública o no.

Por último, y detalle no menor, la suscripta es de la opinión que el Impuesto sobre los Bienes Personales es la otra cara de la misma moneda llamada Impuesto a las Ganancias.

El impuesto a las ganancias, al igual que su hijo el ISBP, es un impuesto directo, es decir de verificación instantánea, progresivo (posee alícuotas diferenciadas en razón de una escala que “progresa” según la riqueza del patrimonio), personal (no es trasladable), nacional (se aplica en todo el territorio de la República Argentina) y periódico (se deduce según el caso todos los meses o anualmente).-

El impuesto a las ganancias grava lo que produce la tenencia de acciones, bonos, títulos de valor, créditos en dinero como plazos fijos en pesos y/o en dólares y en general todo beneficio producido por la colocación de un capital.

Pero lo que importa sobre esta normativa es que la ley de ganancias es también de aplicación supletoria para la ley de bienes personales; y si bien, en el Impuesto a las Ganancias con la última reforma por la cual se modificó su Art. 2º, el cual alcanza la compraventa de “monedas digitales” lo cierto es que tampoco en dicha normativa ha realizado una definición de qué se entiende por “monedas digitales”.

Según el dictamen bajo *examine*, al citar las definiciones del CARF¹⁸ respecto de las monedas digitales, que se diferencian del dinero electrónico, se trataría de un mecanismo

¹⁸ La OCDE comenzó a desarrollar un nuevo marco de transparencia para el intercambio automático de información de Criptoactivos llamado CRYPTO ASSET REPORTING FRAMWORKS AND AMENDMENTS

para transferir digitalmente monedas fiduciarias, es decir, mediante el cual se transfieren electrónicamente monedas que tienen curso legal en algún país o jurisdicción.

A la par, lo que ha sucedido es que los principales bancos centrales han impulsado el concepto de las llamadas **monedas digitales de los bancos centrales** (CBDC, por sus siglas en inglés). También llamada moneda fiduciaria digital o dinero base digital, una CBDC actúa como una representación digital de la moneda fiduciaria de un país y estaría respaldada por una cantidad adecuada de reservas monetarias como oro o divisas. Un CBDC forma parte de la oferta monetaria controlada por el banco central y funciona junto a otras formas de dinero regulado. La llamada “función de creación de dinero” -el proceso por el que se crea la oferta monetaria de un país- de los CBDC difiere, sin embargo, de la creación de dinero con las monedas fiduciarias tradicionales. En el caso de las monedas fiduciarias, el banco central imprime el “dinero base” y esta cantidad se incrementa cuando el banco central realiza operaciones de mercado abierto¹⁹.

Por su parte, las **stablecoins** son un tipo de criptomoneda que intenta lograr la estabilidad de precios al estar vinculada a un activo de reserva, que puede ser una moneda fiduciaria, productos negociados en bolsa u otras criptomonedas. La estabilidad de precios se logra a través de la colateralización o a través de mecanismos algorítmicos de compra y venta del activo de referencia, similares a las operaciones de los bancos centrales en el caso de una moneda fiduciaria ordinaria. Se cree que las stablecoins tienen el potencial de ser adoptadas en masa en una escala que no se ve en los activos virtuales preexistentes. Dependiendo de su diseño exacto, puede haber argumentos para clasificar las monedas estables como activos financieros tradicionales en lugar de un activo virtual. Tether y TrueUSD son ejemplos de populares stablecoins con garantía fiduciaria. Estas criptomonedas están respaldadas por depósitos en dólares y su valor en moneda es equivalente al de un solo dólar estadounidense. Ether, por otro lado, es una popular moneda estable cripto-colateralizada y está respaldada por (una canasta de) otras criptomonedas²⁰.

En conclusión, la arbitrariedad reflejada en el dictamen de la AFIP, reitero más allá del garrafal error conceptual de la Administración en cuanto a las cryptocurrencies, crypto assets, stablecoins, non fungible tokens, etc., genera como consecuencia una arbitraria habilitación de la propia Agencia para gravar la tenencia de dichos activos, los cuáles ya estarían gravados por la ganancia que produce su intercambio a través del Impuesto a las Ganancias en la segunda categoría; siendo obvio el avance sobre el derecho de propiedad

(CARF) que prevé reunir e intercambiar información entre administraciones tributarias respecto de las personas que participan en las transacciones de criptoactivos.-

¹⁹ Cita extraída de: “Herramientas de contención de la planeación tributaria internacional. Tributación de las criptomonedas” de Tatiana Falcão y Bob Michel, para el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias-CIAT, pág. 16.-

²⁰ Cita extraída de: “Herramientas de contención de la planeación tributaria internacional. Tributación de las criptomonedas” de Tatiana Falcão y Bob Michel, para el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias-CIAT, pág. 15.-

de los Contribuyentes donde la voracidad del Gobierno no tiene límites. A ello se suma la falta de legislación proveniente del Congreso que clarifique y de una verdadera solución al abanico de posibilidades y combinaciones que presentan las modernas ingenierías financieras. Como bien diría el Dr. Gotlib, *“las distintas clasificaciones utilizadas se muestran insuficientes para afrontar la problemática que plantean los nuevos instrumentos²¹”*.

Finalmente y en opinión de quien escribe, considero que la mejor solución que se le podría dar a la tenencia de criptomonedas es el reconocimiento legal de lo que verdaderamente son: **DINERO**; tal y como sucedió en El Salvador²².

Las características del dinero son: **refugio de valor, durable en el tiempo**: mientras exista internet existirán las cryptos, una **unidad de contabilidad divisible**, uniforme en su unidad, debe servir como **mecanismo de intercambio**, debe ser **aceptable**: es decir que las personas lo acepten para su uso y tenencia; *y por sobre todo escaso*.

La realidad es que con las monedas de “curso legal” en nuestro país, como son el dólar norteamericano, los yuanes o los euros, e incluso respecto de las propias CBCD, nunca se sabe cuando se detendrá su emisión y al mismo tiempo la facilidad que representan estas monedas para su confiscación por el Poder Estatal... algo que difícilmente sucede con el BTC²³.

Esta solución se ofrece sobre todo en el caso del BITCOIN (bien detentado por el Estado) ya que el mismo resulta ser la digitalización del viejo sistema *fiat* y esta solución simplificaría y armonizaría el sistema tributario argentino, bajando la evasión y elusión fiscal y como consecuencia aumentaría la recaudación: **por naturaleza el hombre es bueno y por ende se puede aprobar la idea de que los Contribuyentes quieren pagar sus impuestos** ya que son pocas las personas que no les importa o no les representa un problema tener deuda, **la gran mayoría de los Contribuyentes lo último que quieren es tener problemas con el fisco**. Pero el sistema impositivo argentino es asfixiante y los pagadores de impuestos se ven acorralados, dado que al mismo tiempo se experimenta una realidad política, económica y social sumamente inestable con un mercado de elevadísimos niveles inflacionarios, que hasta en algunas ocasiones la decisión suele ser: *ahorrar hasta el último centavo para sobrevivir...*

²¹ Gabriel GOTLIB al referirse a los swaps en “Tratado de Tributación - TOMO II, Política y economía tributaria” dirección de Vicente O. DÍAZ y Enrique J. REIG (in memoriam). Edit. Astrea (2014) Pág. 252.-

²² Ley Bitcoin o Decreto N° 57. Fecha de aprobación y promulgación 08/06/2021. <https://www.asamblea.gob.sv/leyes-y-decretos/busqueda-decretos>

²³ Bitcoin (BTC), la criptomoneda insignia del ecosistema, está programada para tener hasta 21.000.000 de unidades. Esta característica, establecida por su creador, Satoshi Nakamoto, resulta clave para garantizar su propuesta de valor como moneda y herramienta de inversión.

Cuando hablamos de Contribuyentes, hablamos de personas, de seres humanos con familias y negocios a cuestas, no son únicamente su patrimonio, su consumo, su renta o mucho menos su cuit²⁴, somos algo más que un número a calcular para obtener el monto impositivo a pagar.

Por ello, los **principios jurídicos** no son otra cosa que los *criterios que rigen una relación jurídica existente o posible o que al menos reflejan los valores básicos del ordenamiento que influyen en las personas humanas y su necesidad de vivir en sociedad*; y que por ende deben ser respetados para un normal desenvolvimiento del sistema, en especial cuando nos referimos al sistema tributario:

El dictamen analizado, más allá de violar los principios constitucionales señalados y avanzar sobre la esfera de actuación de la CNV, ha logrado aumentar la presión tributaria sobre los pagadores de impuestos que poseen cripto-activos, incluso cuando su tenencia es sinónimo de ahorro o simplemente se utilizan como un medio de superar la creciente inflación que se vive en el País a través de su intercambio, que como se reflejó más arriba, dicho intercambio se encuentra grabado por el Impuesto a las Ganancias.-

Por éstos motivos, resulta muy probable que en los próximos meses escuchemos que algún que otro Contribuyente inicie acciones de inconstitucionalidad en contra de AFIP respecto de dicha resolución en razón de que la misma viola el *Principio de Legalidad, de Prohibición de Analogía, del Derecho de Propiedad y su derivado Principio de No Confiscatoriedad* y por sobre todo el *Principio de Seguridad Jurídica*, entendido este último en cuánto a que el ordenamiento jurídico debe conllevar coherencia y eficiencia entre sus normas y no entorpecer el sistema tributario como es el caso bajo examine.

²⁴ **Clave Única de Identificación Tributaria.** En Argentina no se puede ejercer la profesión ni el comercio si no se cuenta con dicha clave, la cual es otorgada por la AFIP a solicitud del Contribuyente.-



ACERCA DE LA AUTORA:

MARIANELA SOLEDAD MENDOZA

Es abogada recibida de la Universidad de Buenos Aires (2016), especializada en Derecho Tributario y se considera una defensora del Derecho de la Propiedad Privada, la Libertad y de los Contribuyentes.

Trabajó en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires como auxiliar durante dos años y medio, hasta que comenzó a desarrollar la actividad profesional en forma independiente en su Estudio Jurídico “Asesoría Jurídica Digital Mendoza y Asociados” en las Provincias de Buenos Aires y Córdoba.

Ha participado de un espacio televisivo en el programa “Estilos y Tendencias” durante el segundo semestre del año 2021, mediante el cual tocaba temas de interés social, como ser cuota alimentaria, ley de alquileres, usurpación, entre otros. Fue transmitido por canal 7 de Cablevisión y canal 528 de Cablevisión Flow.

Actualmente, la Fundación Internacional Bases ha tomado a la Dra. Mendoza como Investigadora Asociada para el área tributaria.

PUBLICADO EN 2022 POR:



www.somosinnovacion.lat



www.consejocontribuyentes.org