



## *Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

**“BADINO TURISMO SA, CONTRA GCBA, y otros SOBRE AMPARO A278-2013/0”**

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de abril de 2013.-

### **AUTOS Y VISTOS:**

1. Que HÉCTOR ENRIQUE BADINO, en su carácter de presidente de BADINO TURISMO SA (en adelante BADINO), inicia la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de que se deje sin efecto la inclusión de BADINO en el “MODULO DE CONTRIBUYENTES” del Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias (en adelante, SIRCREB), efectuada por la AGIP, puesto que como consecuencia de ello sufre retenciones bancarias con la alícuota más elevada del régimen antedicho sobre el total de sus acreditaciones bancarias, a pesar que su actividad consiste en la intermediación en materia de servicios mayoristas de agencia de viaje. A su vez, peticona la devolución de las sumas que considera ilegítimamente retenidas de su cuenta bancaria.

En cuanto a los hechos, manifiesta que la actora es una sociedad anónima local cuya actividad principal es la de actuar en la República Argentina como intermediaria en la prestación de servicios mayoristas de agencias de viaje (código 63410).

Señala que la base imponible del impuesto sobre los ingresos brutos de una agencia como BADINO es la diferencia entre los ingresos y los importes que corresponde transferir a los operadores turísticos. Agrega que, por la actividad que desarrolla, la norma aplicable es el artículo 187 del Código Fiscal, y el artículo 59 de la ley tarifaria 2013 (ley 4470).

Explica que la totalidad de las sumas de dinero depositadas en las cuentas bancarias no son propias de BADINO, pero que sin embargo, en virtud del SIRCREB se les aplica indiscriminadamente una retención del 5%.

Indica que, a fin de comprobar sus dichos, acompaña una certificación contable de la que se desprende que la base imponible del impuesto sobre los ingresos brutos por los periodos 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11 y 12 del año 2012, es aproximadamente el diez por ciento (10%) del total de las acreditaciones bancarias, pero que el SIRCREB es utilizado sobre el cien por ciento (100 %) de ellas aunque corresponden a cobranzas que se traducen en importes que no son propios y que, como agencia de turismo, debe luego transferir a los operadores turísticos.

Puntualiza que, en razón de que el SIRCREB no considera la base imponible especial que deber aplicarse para la actividad de intermediación que realiza, se encuentra comprometida seriamente la continuidad del giro de la compañía.

Añade que, a raíz de la operatoria descripta, BADINO posee un saldo a favor de pesos noventa y ocho mil quinientos treinta y dos con ochenta y nueve centavos

(\$98.532,89), que sumado a las retenciones sufridas excede en casi un 15.000% su obligación tributaria, y que, para agravar aún más la situación a la que se encuentra sometida, la alícuota aplicada aumentó del 2,5% para los períodos del año 2012 al 5% para los períodos del año 2013, por lo que se trataría de un incremento del 100%.

También señala que las sumas que improcedentemente le fueron retenidas en la entidad bancaria sobre montos que no eran de su propiedad, deberán serle restituidas con sus correspondientes intereses.

Asimismo, solicita el dictado de una medida precautoria que disponga la inmediata suspensión de los efectos, de la resolución 816-MHGC-2007 y 2355-DGR-2007 respecto de BADINO y se la excluya del “MODULO DE CONTRIBUYENTES” del SIRCREB.

A fs. 146, pasaron los autos a resolver la cautelar solicitada.

## **Y CONSIDERANDO:**

2. Que se ha dicho que la procedencia de la protección cautelar se fundamenta “*en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y evitar que se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito*”; y “*queda subordinada a la verificación de dos extremos insoslayables, a saber, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora*” (CNFed. Cont.Adm, Sala II, 17/3/1997, *in re* “Pinzón, Jorge E. c/ Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Supl. Dcho. Administrativo LL 20/2/1998, pág. 61, con cita de CNFed. Civil y Com., Sala II, 19/7/83, *in re* “Sindicato de Luz y Fuerza de la Capital Federal c/ Hoteles de Turismo S.A.”, J.A., 1984-III-418; CNFed. Cont.Adm, Sala I, *in re* “Monges, Analía M. c/ U.B.A. 23/4/95”, del 12/9/95; CámCAyT CABA, Sala II “Banque Nationale de Paris c/GCBA s/amparo -Art. 14 CCABA”, 21/11/2000).

Respecto del primero de los extremos aludidos, la Corte Suprema ha señalado que “*como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, se agota su virtualidad*” (Fallos, 306:2060). Es decir, sólo es necesaria la “*apariencia de buen derecho*”, el *bonus fumus iuris*.

A su vez, se ha sostenido que “*la verosimilitud del derecho invocado y el peligro de un daño irreparable en la demora son presupuestos que se relacionan de tal modo que, a mayor verosimilitud en el derecho, corresponde no ser tan rigurosos en la apreciación del peligro del daño y –viceversa- cuando existe el riesgo de un daño irreparable se puede atemperar la exigencia respecto del fumus*” (CámCAYT CABA, Sala II, *in re* “Banque Nationale de Paris”).

Cabe tener presente también el principio de particular estrictez que debe aplicarse en materia de reclamos de impuestos, por el fin público de la recaudación fiscal, que, empero, ha sido soslayado incluso por el máximo tribunal de la Nación en casos en que así se justificaba (Fallos, 313:1420; 322:2275; causa A.276 XXXVI “*American Express Argentina SA c. Río Negro, Provincia de s/acción de amparo*”, sent. del 31 de octubre de 2000; citados *in re* “*Wintershall Energía S.A. c. Tierra del Fuego, Provincia de*



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

*s/acción declarativa*” - W-39350, sent. del 21 de diciembre de 2000, RED 31 de mayo de 2001) a pesar de la presunción de validez que ostentan los actos administrativos, pues “*tal doctrina debe ceder cuando se los impugna sobre bases prima facie verosímiles*” (Fallos, 250:154; 251:336; 307:1702; 314:695).

Por último, debe tenerse presente que el análisis de la procedencia de una medida cautelar difiere del estudio de la decisión de fondo, tanto por su naturaleza como por los elementos de juicio que intervienen, por lo que una respuesta dada en esta instancia no debe entenderse *a fortiori* como sinónimo de igual sentido en la sentencia final.

3. Que me abocaré ahora al estudio de la verosimilitud del derecho invocado, para lo cual, en primer término, efectuaré una breve síntesis de las normas en las que se inscribe la cuestión en análisis.

Mediante resolución 816-GCABA-MHGC-07, la Ciudad de Buenos Aires adhirió al régimen de recaudación unificado (SIRCRES) que para los contribuyentes del Convenio Multilateral se acordó en el marco de los Organismos del Convenio Multilateral (art. 1º). Dicho sistema de recaudación del Impuesto Sobre los Ingresos Brutos resulta aplicable a los contribuyentes comprendidos en las normas del Convenio Multilateral, con relación a los importes que sean acreditados en cuentas abiertas en entidades financieras, por las jurisdicciones adheridas al mencionado sistema. Posteriormente, y a fin de incorporar el universo de los contribuyentes locales al sistema de recaudación unificado, incorporando sus pautas, se dictó la resolución n° 2355-GCABA-DGR-07 mediante la cual se estableció “*un régimen de recaudación del Impuesto Sobre los Ingresos Brutos adecuado al Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias SIRCRES -aprobado por Resolución General N° 104/04 de la Comisión Arbitral (Convenio Multilateral del 18/8/77), para quienes revistan o asuman la calidad de contribuyentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comprendidos en la categoría Locales, excepto aquellos contribuyentes comprendidos en el régimen simplificado, que será aplicable sobre los importes que sean acreditados en cuentas en pesos y en moneda extranjera abiertas en las entidades financieras a las que se hace referencia en el art. 4º de la presente*” (art. 1º). Ambas normas disponen que la aplicación del régimen se hará efectiva con relación a las cuentas abiertas a nombre de uno o varios titulares, sean personas físicas o jurídicas, siempre que cualquiera de ellos o todos, revistan o asuman el carácter de contribuyentes del Impuesto Sobre los Ingresos Brutos —ya sea que se encuentren comprendidos en las normas del Convenio Multilateral o bien en la categoría Locales— siempre que hayan sido incluidos en la nómina pertinente, con los criterios que la Dirección General de Rentas determine oportunamente. También establecen las resoluciones que se encuentran obligados a actuar como agentes de recaudación del presente régimen, las entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 y sus modificatorias, en tanto sean contribuyentes del Impuesto Sobre los Ingresos Brutos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y posean una sucursal o filial habilitada radicada esta jurisdicción, quedando comprendidas la totalidad de sus sucursales, filiales, etc., cualquiera sea el asiento territorial de las mismas. Además, estipulan que serán sujetos pasibles de la retención quienes revistan o asuman la calidad de contribuyentes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por estar comprendidos en el régimen del Convenio

Multilateral del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, o bien, en el régimen de la categoría Locales de dicho tributo, de conformidad a la nómina que será comunicada a los agentes de recaudación designados en la norma. Más aún, ambas resoluciones agregan que los agentes de recaudación instituidos como tales, deberán retener el impuesto a los contribuyentes incluidos en la nómina mencionada, hasta tanto aquellos no demuestren ante la Dirección General de Rentas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, estar comprendidos en alguno de los siguientes supuestos: 1) Sujetos exentos por la totalidad de las actividades que desarrollen. 2) Sujetos gravados a alícuota cero por la totalidad de las actividades que realicen. 3) Sujetos que lleven a cabo, exclusivamente, operaciones de exportación. En la resolución 2355-GCABA-DGR-07, se agrega un 4° supuesto: Sujetos comprendidos en el régimen simplificado. Luego, y en lo que aquí interesa, el artículo 7° de cada una de las resoluciones en comentario, detalla distintos supuestos que se encuentran excluidos del régimen en cuestión. Es de destacar, que la situación alegada por la sociedad actora –intermediaria— no ha sido prevista en dichas excepciones.

Sin embargo, el artículo 187 del Código Fiscal (t.o. 2012) dispone expresamente que para los comisionistas, consignatarios, mandatarios, corredores y representantes, o cualquier otro tipo de intermediarios en operaciones de naturaleza análoga, la base imponible está dada por la diferencia entre los ingresos y los importes que corresponde transferir a los comitentes por las operaciones realizadas en el período fiscal. Establece también que igual tratamiento corresponde asignar a los ingresos obtenidos como consecuencia de operaciones realizadas por cuenta y orden de terceros.

A su vez, el artículo 59 de la ley tarifaria (ley 4470) en su inciso 6°, al establecer la tasa del impuesto aplicable sobre los ingresos brutos para los servicios de intermediación (tanto minoristas como mayoristas) de las agencias de turismo, agrega que se entiende por tales servicios a la diferencia entre el monto que se recibe del cliente por servicios turísticos específicos y los valores que deben transferirse al comitente por dichos servicios en el período fiscal

Descrito el marco normativo aplicable y conforme las constancias probatorias obrantes en estos autos, a la luz de la jurisprudencia reseñada en el considerando precedente, es dable advertir, en este estado inicial del proceso, la razonabilidad del planteo deducido por la accionante, ya que —*prima facie*— la recaudación mediante el SIRCREB se realiza sobre sumas de dinero que, si bien son depositadas en la cuenta bancaria de la actora, no le pertenecen.

En efecto, se encuentra acreditado, con la certificación contable glosada a fs. 119/121, que la base imponible del Impuesto sobre los Ingresos Brutos se conformaría con la diferencia arrojada entre el total de ingresos por ventas y el total de egresos por pagos a proveedores.

A su vez, en los extractos bancarios acompañados (fs. 93/117), se reflejan las retenciones efectuadas por el sistema SIRCREB a la empresa actora y de ellos se desprende que se habrían efectuado tomando como base imponible la totalidad de los depósitos existentes, sin la disquisición señalada en la certificación contable.

Por último, y a mayor abundamiento, en las declaraciones juradas mensuales del Impuesto sobre los Ingresos Brutos obrantes a fs. 79, 81 y 83, se observaría una desproporción entre el impuesto determinado y el crédito fiscal generado a favor del contribuyente.



## ***Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires***

Va de suyo entonces, que la demandada estaría efectuando retenciones de anticipos del Impuesto sobre los Ingresos Brutos sobre sumas que no constituirían la base imponible del tributo, puesto que en lugar de realizarlas sobre los montos que representan la diferencia existente entre los ingresos por ventas y los egresos por pagos, se estarían consumando sobre la totalidad de las sumas de dinero depositadas en las cuentas de la accionante, sin contemplar que una parte de dicho dinero debe luego ser transferido a diversos operadores turísticos.

Dicha circunstancia permitiría tener por acreditada, en el presente estado de la causa, la verosimilitud del derecho invocado, en el grado que exige una decisión provisoria como la que se analiza, en tanto la lectura primaria de las normas que instituyen el sistema que se trata (SIRCRES) indica que, efectivamente, se prevé la retención sobre el total de los depósitos del contribuyente, independientemente de su origen y sin restringirla a las actividades alcanzadas por el impuesto, lo que hace evidente y manifiesta la probabilidad de que se afecten sumas que la ley no ha gravado, circunstancia en principio ilegítima, pues se estaría imponiendo la carga a supuestos ajenos a la ley.

No es ocioso recordar que en un caso análogo al presente, la Sala I de la Cámara del fuero ha dicho que *“la demandada estaría efectuando retenciones de anticipos de ingresos brutos sobre [...] importes que no constituirían la base imponible del contribuyente. Dicha circunstancia permite tener por acreditada, en el presente estado de la causa, la verosimilitud del derecho invocado”* (“*R. Durrieu SRL c/ GCBA s/ otros procesos incidentales*”- Expte. 37634/1, sent. del 08 de febrero de 2011). A su vez, el TSJ, si bien no respecto del SIRCRES, sostuvo que *“tanto en la ampliación de la esfera de sujeción pasiva de las obligaciones tributarias a través de la creación de agentes de percepción, retención y recaudación -en mérito a la solidaridad tributaria de éstos-; cuanto en el establecimiento de pagos a cuenta (anticipos, retenciones o percepciones) — que es lo que en el caso interesa—, la apreciación del ejercicio legítimo de tal facultad debe ser ponderada con sentido estricto y admitida sólo en aquellos casos en que el obrar del Departamento Ejecutivo y de sus agentes jerárquicos supere satisfactoriamente el test de razonabilidad [...] .establecer retenciones que se apropian progresivamente del capital de trabajo del contribuyente al estar estimadas en términos desproporcionados con la obligación fiscal definitiva generando permanentes saldos a favor del obligado tributario, importa, de parte del Fisco, incurrir en actos de despojo [...] aunque se viera en las retenciones practicadas ingresos fiscales sujetos a posterior devolución [...] tal mecanismo, en los hechos, como se ha visto, independientemente del nomen iuris utilizado, importaría instituir un verdadero empréstito forzoso de naturaleza tributaria”*. (TSJ, “*SA Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘SA Importadora y Exportadora de la Patagonia c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, sent. del 12 de noviembre de 2008, del voto del Dr. CASÁS).

4. Que en cuanto al peligro en la demora, en atención a la conclusión arribada respecto de la verosimilitud del derecho invocado, resulta menor su exigencia, por lo que resulta suficiente, al menos en este estado embrionario del proceso, la afectación del giro comercial de la empresa actora para tener por configurado este elemento. Y es que, de mantenerse la situación actual, los perjuicios irrogados a esta última pueden resultar

irreversibles o bien de difícil reparación ulterior (VALLEFÍN, Carlos "*Protección Cautelar frente al Estado*", Lexis Nexis 2002, pág. 70).

En definitiva, el peligro en la demora está dado por la posibilidad de generar un importante desapoderamiento de los bienes de la actora (CSJN, *Fallos*, 324:3045; 288:287 y 314:1312, entre otros), lo que indudablemente vulneraría su derecho de propiedad (art. 17 CN).

5. Que en cuanto al requisito de no afectación del interés público, cabe presumir que los montos en juego pueden tener gravitación considerable en la administración de los recursos del actor, pero no parecen constituir en cambio un porcentaje decisivo de la recaudación fiscal, como para que pueda afirmarse que la decisión transitoria que se adopte afectará las arcas públicas o el funcionamiento estatal.

Por otra parte, lo cierto es que, en supuestos como el de autos, se "*debe valorar el derecho individual y el peligro con sus correspondencias con el interés público y hacerlo según las circunstancias del caso. Así, si el peligro es cierto y grave y el derecho claro, entonces, el interés colectivo –el derecho de los otros– es necesariamente menor*" (cfme. BALBÍN, CARLOS, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, LL, Buenos Aires, 2008, p. 778).

6. Que en atención a las circunstancias del caso, y teniendo especialmente en cuenta el monto al que ascendería el crédito fiscal de la actora, se estima contracautela suficiente y ajustada a derecho la caución juratoria ofrecida en el punto VII.3 del escrito de demanda (fs. 24).

7. Que de conformidad con todo lo expuesto, como medida cautelar se ordenará al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se abstenga de realizar retenciones por aplicación del SIRCRES sobre las sumas que se acrediten en las cuentas bancarias de la amparista que no constituyan la base imponible para el impuesto sobre los ingresos brutos, a cuyo fin deberá tomarse como referente la determinación efectuada en las declaraciones juradas mensuales presentadas por la sociedad contribuyente.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

I. Hacer lugar a la tutela cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que se abstenga de realizar retenciones por aplicación del SIRCRES sobre las sumas que se acrediten en las cuentas bancarias de la amparista que no constituyan la base imponible para el impuesto sobre los ingresos brutos, en los términos del considerando 7.

Regístrese, notifíquese a la actora por Secretaría y, una vez prestada la caución juratoria, al GCBA por cédula, cuya confección se encontrará a cargo de la parte actora. **Fdo. GUILLERMO SCHEIBLER. Juez.**

*Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N°1  
Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires*