## Jurisprudencia
## Buenos Aires, 1 de julio de 2019
## Fuente: página web A.F.I.P.

**Impuestos internos. Tabaco. Ley 24.674, art. 15, modificado por Ley 27.430. Mínimo del tributo de pesos veintiocho ($ 28). Solicitud de inconstitucionalidad de esa norma y abstención por parte de la A.F.I.P. de determinar de oficio las diferencias detectadas. No se han acreditado los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada (verosimilitud del derecho y peligro en la demora). Se deniega la medida solicitada. Bronway Technology S.A. c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad. J.F. Rosario.**

Y VISTOS: la causa caratulada: "Bronway Technology S.A. c/A.F.I.P. s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" Expte. 38475/18, de entrada por ante la Secretaría "B" de este Juzgado Federal de Nº 2 de Rosario a mi cargo, de los que,

RESULTA:

A fs. 127/151 comparece Bronway Technology S.A. por apoderados y con patrocinio letrado. Interpone acción declarativa de inconstitucionalidad contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.) a fin de que se declare: a) la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley 24.674, segundo párrafo, según la redacción dada por la Ley 26.467, en cuanto dispone: "No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el impuesto que corresponda ingresar no podrá ser inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del impuesto correspondiente al precio de la categoría más vendida de cigarrillos"; y b) la inconstitucionalidad del art. 15 de la Ley 24.674, párrafo 2.º a 5.º, según la redacción dada por la Ley 27.430, en cuanto establece que "No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el impuesto que corresponda ingresar no podrá ser inferior a pesos veintiocho ($ 28) por cada envase de 20 unidades. Cuando se trate de envases que contengan una cantidad distinta a veinte (20) unidades de cigarrillos, el impuesto mínimo mencionado en el párrafo anterior deberá proporcionarse a la cantidad de unidades que contenga el paquete de cigarrillos por el cual se determina el impuesto. El importe consignado en el segundo párrafo de este artículo se actualizará trimestralmente, por trimestre calendario, sobre la base de las variaciones del Indice de Precios al Consumidor (IPC), que suministre el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, considerando las variaciones acumuladas de dicho índice desde el mes de enero de 2018, inclusive. Sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo Nacional podrá, con las condiciones indicadas en el artículo sin número agregado a continuación del art. 14, aumentar hasta un veinticinco por ciento (25%) o disminuir hasta en un diez por ciento (10%) transitoriamente el referido monto mínimo".

Pretende en concreto que se despeje el estado de incertidumbre constitucional generado, se declare la invalidez de dichos párrafos, consecuencia de lo cual se establezca que resulta aplicable a su parte el primer párrafo del art. 15 en cuanto establece, hasta el mes de marzo de 2018 que el gravamen a los cigarrillos es del 75% sobre el precio de venta al consumidor, inclusive impuestos, excepto el impuesto al valor agregado; y del 70% desde marzo de 2018 en adelante por aplicación de la modificación efectuada al art. 15 primer párrafo de la Ley 24.674, efectuado por la Ley 27.430; conforme los fundamentos que expresa. Ofrece prueba, hace reserva del caso federal.

A fs. 499/506 solicita cautelar de no innovar consistente en ordenar a la A.F.I.P. que se abstenga de proceder a determinar de oficio diferencia alguna por impuestos internos a los cigarrillos del art. 15 de

la Ley 24.674, según la redacción dada por la Ley 27.430, en tanto su parte abone el 70% del valor de venta al público, según los valores oportunamente informados por la actora a la A.F.I.P., hasta tanto se resuelva en definitiva la presente causa. Pretende en consecuencia que la A.F.I.P. se abstenga de proceder a la determinación de oficio de impuestos aplicando los párrafos 2.º a 5.º de la normativa mencionada.

Funda los requisitos exigidos para la procedencia de la medida que pretende. Afirma en cuanto a la verosimilitud del derecho, que conforme acredita el alcohol causa tanto o más daño que el cigarrillo, en el efecto que tiene en la violencia y accidentes. Señala que por otra parte las bebidas alcohólicas no sólo no tienen un porcentaje de impuestos internos tan alto, sino que ni siquiera tienen piso mínimo alguno. Afirma que surge también evidente que el sistema lejos de aumentar la recaudación, la ha disminuido, al descender el valor del tributo del 75% al 70% y pagar ese porcentaje las dos firmas que más venden, por tener valores superiores en su precio de venta al público del mínimo fijado por el Poder Ejecutivo. Afirma que el favorecimiento del monopolio no podría ser más evidente, ni el perjuicio para el Estado podría ser peor. Refiere la ilegitimidad de la regulación en crisis, en base al principio de legalidad tributaria y el principio constitucional de defensa de la competencia. Refiere al peligro en la demora en el caso, basado en el perjuicio económico que señala. Solicita fijación de caución juratoria en el caso.

A fs. 512/533 vta. la A.F.I.P. por apoderada produce informe del art. 4 de la Ley 26.854.

A f. 534 se dispuso el pase de los Autos al despacho a fin de resolver la medida cautelar solicitada.

A f. 535 se ordena medida previa a resolver, la que luce cumplimentada conforme constancias de f. 551 a f. 552 se decretan vuelvan los Autos a despacho para resolver.

Y CONSIDERANDO:

A priori, he de precisar que la presente medida cautelar solicitada se circunscribe al pedido de no innovar, consistente en ordenar a la A.F.I.P. que se abstenga de proceder a determinar de oficio diferencia alguna por impuestos internos a los cigarrillos del art. 15 de la Ley 24.674, según la redacción dada por la Ley 27.430, en tanto su parte abone el 70% del valor de venta al público, según los valores oportunamente informados por la actora a la A.F.I.P., hasta tanto se resuelva en definitiva la presente causa. Como puede apreciarse la cautela tiene por fin suspender los efectos de la normativa legal cuya constitucionalidad es cuestionada.

Formulado lo expuesto, corresponde en esta instancia avocarme a dilucidar la viabilidad de la medida solicitada por la sociedad actora, en cuanto a la verificación de sus requisitos particulares, así como los recaudos adicionales dispuestos por la Ley 26.854 regulatoria del régimen de las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado nacional, que modifica en ciertos aspectos el régimen previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En lo que nos interesa, por resultar aplicable al supuesto en examen, el art. 13 dispone una serie de condiciones para el despacho favorable cuando en ellas se pide la suspensión de los efectos de una ley, u acto estatal, que deben concurrir en forma simultánea, a saber:

– Se acreditare sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior.

– La verosimilitud del derecho invocado.

– La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto.

– La no afectación del interés público.

– Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles.

Sabido es que las medidas cautelares tienen por finalidad asegurar el cumplimiento de la sentencia que, eventualmente, resulte de un determinado proceso judicial. Solo tienden a mantener un estado de hecho o de derecho, o a conservar bienes, hasta tanto concluya el proceso. La pretensión de la parte que la solicita debe limitarse, en consecuencia, a asegurar la posibilidad de obtener el derecho que alega, que, en su caso, declarará la sentencia.

Concordantemente, la resolución que la admite no puede exceder ese límite disponiendo que, a través de la misma, se obtenga, desde ya, la satisfacción del derecho que se invoca.

Analizadas las argumentaciones de hecho expuestas en la demanda y en el marco de la apreciación provisoria e hipotética que impone el dictado de una medida cautelar, dentro de la cual agota su virtualidad, entiendo que no se presenta la verosimilitud del derecho invocado con la entidad requerida para justificar el dictado de la cautelar, ello valorando especialmente que el despacho favorable exige interferir en el ordenamiento tributario. Ello, en el actual estado de la causa y sin perjuicio de la valoración que en definitiva se efectúe.

Es menester precisar que en el caso de marras las facultades recaudatorias de la demandada se asientan en una norma aprobada por el Congreso de la Nación, respecto de la cual, en el marco de la exposición de motivos se refiere que “el sistema tributario que se aplique debe favorecer la disminución del consumo, lo que implica un doble beneficio en términos pigouvianos. Es decir, debe permitir una disminución de los efectos no deseados en la salud pública (vía la reducción de externalidades e internalidades) y por tanto de los costos para el Estado, generando un incremento de la recaudación, que puede contribuir a solventarlos” ... “el objetivo de la política fiscal es avanzar gradualmente en la modificación de la estructura tributaria, en esta oportunidad mediante una disminución de la carga ‘ad valorem’ y un incremento del impuesto mínimo. Esta modificación, junto al mejoramiento de las herramientas de control, permitirán nivelar las condiciones de competencia de la industria” ... “se ratifica la implementación de un impuesto mínimo, toda vez que ha demostrado ser una herramienta eficiente para lograr los aludidos objetivos tanto en la experiencia local como en aquélla recogida en el plano internacional” Mensaje Nº Men-2017-126-APN-PTE. 15/11/17.

Entiendo entonces, que la concesión de la tutela, en los términos en los que fue solicitada, importa invadir esferas de política tributaria privativas de otros órganos, no habiéndose demostrado en esta etapa primigenia su arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, siendo ello argumento suficiente para descartar la verosimilitud en el derecho aducida, ello en mérito de la presunción de validez que ostentan los actos de los poderes públicos.

Asimismo, no he de soslayar que atento la etapa de la presente causa, no se han incorporado aún informes de peritos oficiales que permitan apreciar la relación entre el precio de venta de los productos comercializados por la actora con los precios de mercado, ello a los fines de valorar el impacto económico de la reforma impositiva, la afectación patrimonial e irrazonabilidad que se invoca.

Esta solución es conteste con criterio sostenido por la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba - Secretaría Civil - Sala “A”, Autos “Centro Tabacalera S.A. c/Estado nacional - Ministerio de Economía y Otro s/acción meramente declarativa de derecho” (Expte. 43264/2017/ES1 4/12/18) en cuanto se resolvió “surge evidente que la pretensión de fondo se identifica con la medida cautelar peticionada, toda vez que de otorgarse la misma se estaría dando por sentado la no aplicación de la normativa impugnada, cuyo tratamiento necesariamente constituye el objeto de la ‘Litis’, como asimismo importaría obtener un fallo anticipado de la causa, soslayándose todas las etapas procesales del pleito, en violación al debido proceso legal como garantía innominada de la Constitución Nacional, diluyéndose la acción impetrada en el otorgamiento de aquélla. Repárese que el proceso precautorio no puede representar adelanto de opinión sobre el fondo del asunto, atendiendo a que las medidas cautelares tienen un contenido meramente preventivo: no juzgan ni prejuzgan sobre el derecho del peticionante”.

Ahora bien, en lo que respecta al “peligro en la demora”, es dable destacar que uno y otro se hallan relacionados de manera que, a mayor verosimilitud del derecho, cabe no ser tan exigentes en la gravedad e inminencia del daño y viceversa (C.N. Cont.-Adm. Fed., Sala II, LL, T. 1984-A, pág. 459). Sobre esta base, he de precisar que tal peligro se diluye ante el efecto suspensivo del recurso de apelación Expte. 49.799 en trámite por ante la Sala “D” del Tribunal Fiscal de la Nación (cfr. Constancias de f. 550), interpuesto contra la Res. 28/16 (División Revisión y Recursos 1 de la Dirección Regional Rosario de la A.F.I.P.-D.G.I.) que determina de oficio la materia imponible correspondiente a impuesto interno –cigarrillos– y multa por los períodos fiscales 01/2018 y 02/2018. Resta decir, en relación a los restantes ajustes denunciados por la contribuyente, que las constancias de f. 540 dan cuenta que al 2/5/19, aún no se había dado inicio al trámite de determinación de materia imponible.

Debemos recordar asimismo el carácter restrictivo de las medidas cautelares del tenor de la promovida, en razón de la presunción de validez que ostentan los actos administrativos subyacentes, máxime si valoramos el interés público comprometido que involucra las facultades de percepción y fiscalización de tributos que descansan en garantías Constitucionales que tienen como fin último el bienestar general.

Por otra parte, en el caso particular de las medidas del tipo de la solicitada, debe tenerse especial atención pues altera el estado de hecho o derecho existente al tiempo de su dictado, comportando un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa.

Pues bien, por las circunstancias “ut supra” señaladas, considero que no se han acreditado en el “sub examine”, los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada.

Cabe aclarar que lo aquí dispuesto es sin perjuicio del carácter provisorio de este tipo de tutela, cuya mutabilidad es autorizada en tanto se modifiquen las circunstancias tenidas en cuenta en su emisión (art. 202 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En mérito de lo expuesto,

RESUELVO:

Denegar la medida peticionada por Bronway Technology S.A. por los fundamentos vertidos en el presente pronunciamiento. Insértese y hágase saber.

Fdo.: Sylvia Raquel Aramberri.