

Jurisprudencia

Buenos Aires, 14 de marzo de 2017

Fuente: página web A.F.I.P.

Procedimiento previsional. Sistema Unico de la Seguridad Social (S.U.S.S.). **Leyes**

17.250, 22.161 y 26.063. Presunciones. Indicadores Mínimos de Trabajadores (IMT). **Res. Gral. A.F.I.P.**

2.927/10. Objeciones al principio de la realidad económica y a la aplicación de IMT con efecto

retroactivo. Solicitud de inconstitucionalidad. Su rechazo. Se confirma la sentencia impugnada.

Contardi Alberto c/A.F.I.P. s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad. C.F.A. Bahía Blanca.

Bahía Blanca, 14 de marzo de 2017.

Y VISTOS: este Expte. FBB 2202/13/CA2, caratulado: “Contardi, Alberto c/Administración Federal de Ingresos Públicos s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, proveniente del Juzgado Federal 1 de esta ciudad, puesto al acuerdo para resolver el recurso de apelación interpuesto a f. 113, contra la sentencia de fs. 109/112 vta.

El señor juez de Cámara, Dr. Juan Leopoldo Velázquez, dijo:

1. Que la señora jueza federal subrogante de primera instancia rechazó la acción meramente declarativa de inconstitucionalidad de las Res. Grales. A.F.I.P. 2.927/10 (arts. 3 y 6) y 3.152/11 (1), incoada por Alberto Contardi, luego de que el ente recaudador promoviera un procedimiento de determinación de deuda previsional en su contra –período abril de 2006 a abril de 2013– en el que se aplicó la normativa impugnada.

(1) Que sustituye el anexo de la Res. Gral. A.F.I.P. 2.927/10 por uno nuevo en el que se encuentran explicitados los índices para cada una de las distintas actividades económicas.

Para así decidirlo, consideró que el Indicador Mínimo de Trabajadores (en adelante IMT) se trata de un mecanismo tendiente a dilucidar la verdadera situación de hecho en que se encuentran los contribuyentes, del que la A.F.I.P. se puede valer ante la imposibilidad de realizarlo a través de medios directos (declaración jurada). Afirmó en tal sentido que “no puede alegarse la inconstitucionalidad de una resolución general de A.F.I.P. (Res. Gral. A.F.I.P. 3.152/11) que brinda los medios necesarios para lograr la determinación de oficio, la que no pudo ser realizada utilizando los elementos aportados por el contribuyente ...”.

Con respecto al art. 6 de la Res. Gral. A.F.I.P. 2.927/10, que modifica el art. 5 de la Res. Gral. A.F.I.P. 1.566/03, la “a quo” sostuvo que no introduce una reforma en cuanto a la conducta tipificada, ni un agravamiento de la conducta, sino tan solo una modificación en el monto de la multa, que se encuentra dentro de los límites fijados por la Ley 17.250.

2. Disconforme con el decisorio de grado, el actor interpuso recurso de apelación a f. 113, expresando agravios en la Alzada a fs. 118/122 vta.

En primer término, se agravia por la falta de tratamiento de los planteos oportunamente articulados y conducentes para la resolución del caso, lo que determina –según sus dichos– una motivación aparente

de la sentencia. Por esta razón, solicita que se declare la nulidad de la resolución impugnada y que se dicte un nuevo pronunciamiento que le dé tratamiento a los argumentos omitidos en la instancia de origen.

En segundo término, objeta la aplicación del principio de la realidad económica del art. 2 de la Ley de Procedimiento Tributario, 11.683, norma que –según refiere– no resulta aplicable en relación con los recursos de la Seguridad Social.

Luego, insiste en la inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas, que establecieron el IMT sobre la base de las camas ofrecidas, lo que desde su óptica es una irrazonable reglamentación, más aun si se lo compara con el Dto. 3.280/90 (art. 72) del gobernador de la provincia de Buenos Aires que exige menor número de empleados que lo que surge del índice en cuestión.

Por último, objeta la aplicación del IMT (creado en el año 2011) con efecto retroactivo al año 2006 (fecha hasta la que se extiende el ajuste previsional efectuado) lo que vulneraría la garantía de irretroactividad de la ley penal por sus implicancias en el campo sancionatorio, puesto que, como consecuencia de aquella determinación, se impone una multa del cuatrocientos por ciento (400%) del monto determinado.

Por los agravios expuestos, solicita que revoque el pronunciamiento de la instancia de grado y haga lugar a la demanda, manteniendo la reserva del caso federal.

3. Corrido el traslado de ley, la A.F.I.P. contestó los agravios del actor, solicitando que se rechace la apelación impetrada y se confirme la sentencia de primera instancia, con expresa imposición de costas (fs. 130/135 vta.).

4. Preliminarmente, es dable señalar la impropiedad del medio procesal elegido, lamentablemente imposible de ser enmendada a estas alturas. Tal como lo resolvió esta Alzada en oportunidad de pronunciarse ante un planteo análogo, “lo que separa a las partes no es una situación de incertidumbre potencialmente lesiva (Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación 322), sino un cabal casus belli real y actual, merecedor de ser encauzado como corresponde” (2).

(2) FBB 24015640/12/CA2 “Hogar María S.R.L. c/A.F.I.P.-D.G.I. s/acción meramente declarativa de inconstitucionalidad” del 21/10/14.

Al impugnarse, por intermedio de la declaración de inconstitucionalidad, una resolución general de la A.F.I.P., tengo presente que la instancia judicial recién se encontraría habilitada luego del pertinente reclamo ante la administración y agotada la vía administrativa, lo que no ha ocurrido en el presente caso (Ley de Procedimientos Administrativos, arts. 30 y ss.).

5. Entrando a decidir, en orden al pedido de nulidad del fallo impugnado, es menester tener presente que tanto el art. 34 inc. 4 como el art. 163 inc. 5 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación exigen la fundamentación de la sentencia bajo pena de nulidad. Dicha resolución, no debe ser un mero producto de la voluntad discrecional del juez, sino que debe justificar la razonabilidad de su orden a través de una derivación razonada del derecho vigente que resuelva en forma expresa, positiva y precisa las pretensiones deducidas en el juicio (art. 163 inc. 6 Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación).

A la luz de lo expuesto y analizadas las constancias de la causa, observo que el decisorio impugnado ha dado cumplimiento suficiente al deber de fundamentación aludido.

Contrariamente a lo sostenido por la recurrente, la jueza de grado se hace cargo de los argumentos fundamentales para la resolución del caso y no estando obligada a considerar absolutamente todos los argumentos planteados, analizó sólo aquéllos que estimó conducentes.

En la especie, se valoró la razonabilidad de las resoluciones generales impugnadas luego de analizar las constancias administrativas de determinación de deuda y de confrontar aquellas disposiciones del ente estatal con la norma del art. 3 de la Ley 26.063 (que autoriza a la A.F.I.P. a utilizar presunciones en los procedimientos de determinación), concluyendo que las resoluciones que consagran la presunción cuya inconstitucionalidad se pretende, resultan ajustadas a derecho.

Con relación a la pretensión de inconstitucionalidad del art. 6 de la Res. Gral. A.F.I.P. 2.927/10, también se ponderaron los argumentos principales de la solicitud, analizando el texto del artículo citado en contraste con el art. 15 de la Ley 17.250 y concluyendo que la A.F.I.P. no se había extralimitado de sus prerrogativas, toda vez que el monto de la multa se encuentra dentro de los límites establecidos por la ley antes mencionada.

La omisión de pronunciamiento respecto de alguna de las alegaciones intentadas por el actor no constituye motivo suficiente para decretar la nulidad de la sentencia, toda vez que en el caso se consideraron aquellas que eran fundamentales para la resolución de la contienda, que fueron desarrolladas en los dos párrafos anteriores.

Por lo dicho, la nulidad impetrada por el actor debe ser rechazada.

6. Rechazado el recurso de nulidad, corresponde abocarse al estudio de los agravios que produce la sentencia recurrida al actor:

6.1. En primer término, en punto al agravio vinculado con la inaplicabilidad del principio de la realidad económica del art. 2 de la Ley 11.683, su aplicación está expresamente autorizada por el art. 1 de la Ley 26.063 que establece como principio que “A los fines de la aplicación, recaudación y fiscalización de los recursos de la Seguridad Social, para la interpretación de las leyes aplicables y la determinación de la existencia y cuantificación de la obligación de ingresar los aportes y contribuciones, serán de aplicación las disposiciones de los **arts. 1 y 2 de la Ley 11.683**, t.o. en 1998 y sus modificaciones” (la negrita es propia). Por lo tanto, dicho agravio debe ser rechazado.

6.2. Por otra parte, respecto de la supuesta inconstitucionalidad de las resoluciones impugnadas, asiste razón a la colega de la instancia de grado en cuanto a que el establecimiento del ITM ha sido autorizado por la Ley 26.063. En dicha normativa, se facultó a la A.F.I.P. para determinar de oficio aportes y contribuciones sobre base presunta, cuando la cantidad de trabajadores o el monto de la remuneración imponible, declarados por el empleador, no se compadezcan con la realidad de la actividad desarrollada, pudiéndose valer a tal efecto, de diversos índices, como lo es el IMT creado por la resolución cuestionada (art. 3 Ley 26.063).

Tal como surge de las actuaciones administrativas reservadas en Secretaría, y como bien lo destacó la “a quo” en el Auto que se impugna, ante los escasos datos aportados por el contribuyente luego del requerimiento efectuado por el organismo de recaudación, este último determinó la deuda previsional utilizando el IMT.

Ninguna objeción puede formularse a esta presunción, que no es más que una herramienta de la que se vale, generalmente, el ente estatal para sortear las dificultades que enfrenta, ante las conductas

evasivas de los contribuyentes. Más aún en un supuesto como éste, en el que están en juego los recursos de la Seguridad Social que, como ya se sabe, constituyen un sistema de protección integral ante las contingencias económicas que enfrentan los seres humanos a lo largo de la vida.

Dicha presunción es “iuris tantum” y el contribuyente tiene la posibilidad de probar lo contrario (3) en el proceso de impugnación el que, según las constancias obrantes en la causa, todavía se encuentra en trámite (art. 6, Ley 26.063).

(3) Quien se encuentra en mejores condiciones de probar dicho extremo.

En relación con la pretendida irrazonabilidad del índice que toma en cuenta las camas ofrecidas y no las efectivamente ocupadas, es dable señalar que los índices no han sido fijados caprichosamente por la Administración, sino que fueron establecidos con la participación de entidades gremiales y aquellas representativas de los empleadores de los distintos sectores económicos, que permitieron establecer un mayor grado de aproximación a la realidad de cada una de las actividades (Considerandos de Res. Gral. A.F.I.P. 2.927/10).

De hecho, al momento de la fiscalización, la cantidad de camas ocupadas coincidía con las ofrecidas por el establecimiento geriátrico (f. 33 expte. adm.).

El IMT ponderado por la cantidad de camas ofrecidas, constituye un índice concreto y de fácil comprobación por el ente estatal, al que le sería imposible constatar por sí mismo la cantidad de camas efectivamente ocupadas durante los años fiscalizados, sobre todo en aquellos casos como el que se estudia, que el contribuyente no presentó la documentación en regla.

A todo evento, será aquél quien deba acreditar, como imperativo de su propio interés, que la cantidad de camas ocupadas efectivamente durante ese período, fue menor a la cantidad de ofrecidas, proponiendo las pruebas que hagan a su derecho, para desvirtuar tales presunciones.

6.3. Tampoco se advierte contradicción entre las resoluciones impugnadas y el Dto. 3.280/90 (4), puesto que este último contempla solamente las enfermeras y mucamas, sin hacer referencia alguna a los francos o la alternancia de turnos entre los distintos trabajadores ni a los equipos multidisciplinarios que generalmente se desempeñan en estos establecimientos.

(4) Actualmente derogado por el Dto. 1.190, del 5 de noviembre de 2012 (pcia. Buenos Aires), reglamentario de la Ley 14.263.

Contrariamente, la Res. Gral. A.F.I.P. 3.152/11 que explicita el IMT en cero coma sesenta y cinco (“0,65”) por cama ofrecida, contempla expresamente todos los trabajadores que se desempeñan, entre ellos, el asistente gerontológico o geriátrico, enfermero/a; cocinero/a, mucamo/a y, en forma parcial, a los integrantes del equipo multidisciplinario, incluyendo quienes deben cubrir los francos.

6.4. Finalmente, en orden al agravio vinculado con la aplicación retroactiva del IMT a periodos anteriores a su creación, estimo que dicho planteo escapa al objeto de este proceso y deberá ser planteado en el marco del procedimiento administrativo que se desarrolla ante el ente recaudador y, eventualmente, en la instancia judicial posterior ante la Cámara de la Seguridad Social.

Por lo expuesto, propicio y voto: rechazar el recurso interpuesto por el actor y confirmar la sentencia impugnada, con costas al recurrente vencido (art. 68 Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación) y

diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los de la anterior instancia (art. 14, Ley 21.839).

El señor juez de Cámara, Dr. José Mario Tripputi, dijo:

Me adhiero al voto del Dr. Juan Leopoldo Velázquez.

Por ello,

SE RESUELVE:

Rechazar el recurso interpuesto por el actor y confirmar la sentencia impugnada, con costas al recurrente vencido (art. 68 Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación) y diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los de la anterior instancia (art. 14, Ley 21.839).

Regístrese, notifíquese, publíquese (AA. C.S.J.N. 15/13 y 24/13) y devuélvase. No suscribe el señor Juez de Cámara, Dr. Pablo A. Candisano Mera (art. 3 de la Ley 23.482).

Fdo.: Juan Leopoldo Velázquez y José Mario Tripputi.