

## **PRESENTA DEFENSA POR ESCRITO. RESERVAS FEDERALES.**

Señor Jefe de Distrito

Dirección General Impositiva (DGI)

Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP)

**Juan Pérez** (reemplazar por nombre del titular del comercio) por derecho propio, DNI N° (...), en mi carácter de titular del comercio "(...)", CUIT Nro. 99-9999-99, domiciliado en la calle (...) de la localidad de (...), provincia de (...), me presento y digo:

### **I. OBJETO**

En respuesta al Acta (incluir número de Acta) labrada el pasado (fecha del Acta) contra el comercio (nombre del comercio) de mi propiedad, por la cual se ordenó la instrucción de sumario, me presento a fin de presentar mi defensa e impugnar, por inconstitucional, el régimen jurídico invocado. En concreto, **niego que la DGI y/o la AFIP posean facultades sancionatorias ante la falta de instalación de sistema de pagos electrónico conocido como sistema "Posnet".**

### **II. NORMAS QUE INOVOCA LA AFIP COMO FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN**

El Acta labrada por la AFIP sostiene que ese órgano posee facultades sancionatorias respecto de aquellos comercios que no tienen instalado un sistema de pago electrónico, comúnmente denominado "Posnet".

Afirma que existe una obligación de los comerciantes de tener instalado ese medio de pagos y que su incumplimiento da a lugar al establecimiento de sanciones de tipo pecuniario.

Las normas que invoca para ello son:

- i) Artículo 47 del Decreto PEN 1387/2001;
- ii) Artículo 3 de del Decreto PEN 1402/2001;

- iii) Artículo 4 de la Resolución General AFIP 1166/2001;
- iv) Resoluciones 38/2013 y 1027/2014 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas;
- v) Artículo 39 de la ley 11.683.

### **III. LA AFIP NO POSEE FACULTADES SANCIONATORIAS ANTE LA AUSENCIA DE POSNET**

En primer lugar, remarco que es el Congreso de la Nación el órgano al cual la Constitución Nacional facultó para dictar leyes que regulen el comercio (*Constitución Nacional, artículos 14 y 75, incisos 12 y 13*) y el único órgano facultado para dictar leyes de carácter penal (*Constitución Nacional, artículos 18, 75, inciso 12, y 99, inciso 3, a contrario sensu*).

De acuerdo con esta atribución constitucional, es el Congreso de la Nación el encargado de establecer la supuesta obligación de establecer la obligatoriedad por parte de los comerciantes de instalar como medio de pago el sistema de terminal electrónica "Posnet" y también el encargado de disponer sanciones en caso de incumplimiento de esa pretendida obligación.

Sin embargo, **no existe ninguna ley emanada del Congreso de la Nación que obligue a los comerciantes a instalar el sistema "Posnet" y, fundamentalmente, tampoco existe ninguna ley del Congreso que sancione a los comerciantes que no tengan instalado ese sistema de pagos.**

A pesar de la ausencia de una ley en sentido formal que establezca la obligación de la instalación del sistema de pago electrónico y la posibilidad de sanciones económicas en caso de incumplimiento, la AFIP sostiene que ella sí tiene facultades para obligar a los comerciantes a tener instalado el sistema "Posnet" y, ante el incumplimiento, invoca también poseer facultades sancionatorias.

A continuación se explicará por qué la AFIP carece de facultades **sancionatorias** que, en este caso, ilegalmente se arroga.

## 1. Alcances de la obligación de tener instalado el sistema "Posnet"

Según surge de las Resoluciones 38/2013 y 1027/2014 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación, ese órgano del PEN argumenta que la AFIP puede legalmente obligar a los comerciantes a aceptar como medio de pago transferencias bancarias instrumentadas mediante tarjetas de débito.

Como fundamento de tal atribución, ambas resoluciones del Ministerio de Economía citan como fuente y antecedente los artículos 48 y 49 del Decreto PEN N°1.387/2001.

El mencionado decreto fue dictado por el PEN en uso de facultades delegadas por la Ley 25.414 de "*Delegación del ejercicio de atribuciones legislativas*". Esa ley, sancionada y promulgada el 29 de marzo de 2001, delegó en el Poder Ejecutivo, hasta el 1° de marzo de 2002, el ejercicio de ciertas atribuciones entre las cuales se encontraba la facultad de "*crear exenciones, eliminar exenciones (...); disminuir tributos y tasas de orden nacional. Autorizar la devolución, acreditación o compensación de otros tributos (...), así como [establecer] regímenes de regularización y facilidades de pago*" (art. 1°, capítulo II, a).

A su vez, en su artículo 2°, la ley 25.414 aclaró que el ejercicio que hiciera el Poder Ejecutivo de las facultades previstas por esa ley, se ajustaba a lo previsto por el artículo 76 de la Constitución Nacional (delegación de atribuciones legislativas en el PEN).

También se estableció, por su artículo 6°, que al "*término del plazo establecido en el artículo 1° [1 de marzo de 2002], se operará de pleno derecho la caducidad de la delegación de facultades dispuesta en la presente ley sin perjuicio de la validez y continuidad de la vigencia de las normas que haya dictado el Poder Ejecutivo nacional en ejercicio de las atribuciones que se le delegan*" (destacado propio).

Bajo el régimen de delegación legislativa de la Ley 25.414, el PEN, y otros órganos dependientes de aquél como el Ministerio de Economía y la AFIP, dictaron una serie de resoluciones que, entre otras cosas, establecieron la obligatoriedad por parte de los comerciantes de aceptar tarjetas de débito como medio de pago.

Estas resoluciones son las siguientes:

A. Decreto 1387/2001:

El título VI de ese decreto estableció: "Art. 47: *Los contribuyentes que realicen en forma habitual la venta de cosas muebles para consumo final o presten servicios de consumo masivo, deberán aceptar como medio de pago, transferencias bancarias instrumentadas mediante tarjetas de débito y podrán computar como crédito fiscal del IMPUESTO AL VALOR AGREGADO el costo que les insuma adoptar el mencionado sistema, por el monto que a tal efecto autorice el Ministerio de Economía*" (resaltado propio).

B. Decreto 1402/2001:

El art. 1° de este decreto delegó en la AFIP la facultad de disponer excepciones a la obligatoriedad establecida en el artículo 47 del Decreto 1387/01. Entre los considerandos de ese decreto el PEN reconoció que el mismo "se dicta en uso de las atribuciones conferidas por la Ley 25.414", es decir en uso de las facultades delegadas conforme al artículo 76 de la Constitución Nacional.

C. Decreto 1548/2001:

Art 9°. "Los responsables inscriptos en el Impuesto al Valor Agregado que realicen operaciones con consumidores finales, deberán aceptar todas las tarjetas de débito de las administradoras, que hubieran adherido al presente régimen, excepto cuando se produzca alguna de las siguientes situaciones:

- a) *La presentación de la tarjeta de débito, para la cancelación del importe respectivo, sea realizado fuera de un local o establecimiento.*
- b) *La actividad se desarrolle en localidades cuya población resulte menor a 5.000 habitantes (...).*
- c) *El importe de la operación sea inferior a los \$ 10".*

De nuevo, al dictar este decreto el PEN lo hizo bajo la delegación legislativa establecida por la ley 25.414.

D. Resolución AFIP 1166/01.

Dictada en ejercicio de las facultades conferidas por el Decreto PEN 1402/01, esta resolución estableció en su art. 4º *“la obligación de aceptar tarjetas de acceso a cuentas de entidades financieras regidas por la Ley N° 21.526 y sus modificaciones (tarjetas de débito)”*.

Sin embargo, antes de expirar la delegación de facultades legislativas en manos del Poder Ejecutivo Nacional, el Congreso sancionó la ley 25.556 (promulgada el 26/12/2001), mediante la cual derogó la ley 25.414 (art 1º) y comunicó esa derogación al Poder Ejecutivo (art. 2º).

2. La derogación de la ley 25.414 impide al Ministerio de Economía seguir prorrogando los Decretos PEN N° 1387/2001; 1402/2001; 1548/2001 y la Resolución General AFIP 1166/2001

Es importante destacar que el artículo 6º de la ley 25.414 dispuso que *“al término del plazo establecido en el artículo 1º, se operará de pleno derecho la caducidad de la delegación de las facultades dispuestas en la presente ley sin perjuicio de la validez y continuidad de la vigencia de las normas que haya dictado el Poder Ejecutivo nacional en el ejercicio de las atribuciones que se le delegan”*.

De aquel artículo se desprende que todas las normas dictadas por el Poder Ejecutivo durante la vigencia de la delegación legislativa, mantienen su vigencia y son normas válidas para los sujetos obligados.

En otras palabras, las previsiones de los Decretos PEN N° 1387/2001; 1402/2001; 1548/2001; y Resolución AFIP 1166/01 mantienen su vigencia, aun luego de la caducidad de la delegación de facultades legislativas, fecha que por disposición de la ley 25.556 se adelantó al día 26 de diciembre de 2001.

En tanto que la Ley 25.556 se limitó a derogar, sin más, la Ley 25.414 (el artículo 1º sólo dice *“Deróguese la Ley 25.414”*), aquélla debe ser interpretada como un adelantamiento de la fecha de caducidad de la delegación de las facultades legislativas.

Ahora bien, la AFIP no tiene facultades para prorrogar Decretos del PEN (los N°1402/2001 y 1548/2001) dictados mientras ése órgano tenía delegadas facultades legislativas. La delegación de facultades legislativas en el PEN caducó el día 26 de diciembre de 2001 con la promulgación de la ley 25.556. Solo mantienen validez los decretos y resoluciones dictados durante la vigencia de la ley 25.414, esto es las disposiciones dictadas entre las fechas 29 de marzo y 26 de diciembre de 2001. Esto es así pues, por disposición del artículo 6° de la ley 25.414, los decretos y resoluciones dictados durante la vigencia de la ley 25.414 mantienen su vigencia y validez aun luego de la caducidad de la delegación de las facultades legislativas.

Es decir, esas resoluciones mantienen su vigencia y la AFIP, u otro órgano como el Ministerio de Economía, no pueden modificar ni agregar nada respecto de aquéllas.

3. Los Decretos PEN 1402 y 1548 del 2001 no preveían sanciones ante la falta de sistema de pago electrónico.

Ninguno de los Decretos PEN o resoluciones de la AFIP sancionadas durante la vigencia de la delegación de facultades legislativas (ley 25.414) preveían penalidades (multas) ante el incumplimiento de la obligación de aceptación de tarjetas de débito.

**Por el contrario, aquéllas sólo facultaban al Ministerio de Economía a establecer incentivos y promociones que estimulen la utilización de las tarjetas de débito como medio de pago (cfr. art. 4° del Decreto 1402/2001).**

**Es por ello que resulta patentemente ilegal que la AFIP pretenda imponer sanciones a los comerciantes que no aceptan tarjeta de débito como medio de pago.**

4. El artículo 39 de ley 11.683 no autoriza a la AFIP a imponer sanciones ante la ausencia de sistema "Posnet"

En el Acta de infracción se sostiene que las facultades sancionatorias de la AFIP surgen del artículo 39 de la ley 11.683. Esto es incorrecto.

Dicha norma establece: "*Serán sancionadas con multas de pesos ciento cincuenta (\$150) a pesos dos mil quinientos (\$2.500) las violaciones a las*

*disposiciones de esta ley [la 11.683], de las respectivas leyes tributarias, de los decretos reglamentarios y de toda otra norma de cumplimiento obligatorio, que establezcan o requieran el cumplimiento de deberes formales tendientes a determinar la obligación tributaria, a verificar y fiscalizar el cumplimiento que de ella hagan los responsables”.*

Recuérdese que ninguno de los Decretos PEN o resoluciones de la AFIP sancionadas durante la vigencia de la delegación de facultades legislativas (ley 25.414) preveían penalidades (multas) ante el incumplimiento de la obligación de aceptación de tarjetas de débito. **Por el contrario, aquéllas sólo facultaban al Ministerio de Economía a establecer incentivos y promociones que estimulen la utilización de las tarjetas de débito como medio de pago (cfr. art. 4° del Decreto 1402/2001).**

Por otro lado, la obligatoriedad por medio de incentivos y promociones a la instalación del sistema de pagos “Posnet” (establecido por los Decretos PEN 1387/2001, 1402/2001, 1548/2001 y Resolución AFIP 1166/2001) no puede considerarse una de las violaciones a la ley 11.683 pues aquélla nada dice sobre la obligatoriedad de tener instalado sistema electrónico de pagos.

Dicha obligación tampoco surge de ley (en sentido formal) tributaria alguna. Como se explicó al principio de este descargo por escrito NO EXISTE NINGUNA LEY EMANADA DEL CONGRESO QUE ESTABLEZCA LA OBLIGATORIEDAD DE TENER INSTALADO UN SISTEMA ELECTRÓNICO DE PAGO.

De la ausencia de una ley tributaria específica que regule la obligatoriedad de tener instalado el sistema “Posnet” se sigue que tampoco existe ningún decreto reglamentario de ley tributaria alguna que establezca esa obligación. *“Reglamentar es tornar explícita una norma que ya existe y a la que el poder legislativo le ha dado una substancia y contornos definidos”* (Dictamen del Procurador General Sebastián Soler, en la causa *“Raúl Oscar Mouviel y otros”*, Fallos, 237:636, pág. 639).

Los Decretos PEN 1387/2001, 1402/2001, 1548/2001 y Resolución AFIP 1166/2001 sólo pueden ser interpretados conforme a sus propios términos, según los cuales la obligatoriedad de tener instalado el sistema electrónico de pago puede ser

únicamente exigido mediante **incentivos y promociones que estimulen la utilización de las tarjetas de débito como medio de pago** (cfr. art. 4° del **Decreto 1402/2001**).

Finalmente, aquéllas tampoco se tratan de "normas de cumplimiento obligatorio que establezcan o requieran el cumplimiento de deberes formales tendientes a determinar la obligación tributaria", ni buscan ellas "verificar y fiscalizar el cumplimiento que de ella hagan los responsables".

Por estas razones, el artículo 39 de la ley 11.683 no puede ser interpretado como otorgándole facultades a la AFIP para sancionar a aquellos comerciantes que, como es mi caso, no hemos instalado el sistema de pago electrónico conocido como "Posnet".

##### 5. Inconstitucionalidad del artículo 39 de la ley 11.683

Subsidiariamente, y para el caso que la AFIP interprete que el artículo 39 de la ley 11.683 sí permite sancionarme con pena de multa por no tener instalado el sistema electrónico de pago "Posnet", dejo planteada la inconstitucionalidad de esa norma por ser absolutamente vaga, imprecisa y amplia, lo cual lesiona el principio de legalidad requerido por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

También resulta ser una norma que de manera impermisible faculta a la AFIP a crear normas de carácter penal, acordándole una facultad genérica de dictar leyes y disponer penalidades para su incumplimiento. Para que una delegación de poderes legislativos en el PEN resulte válida "*es necesaria la existencia de leyes dictadas por el Congreso lo suficientemente definidas y precisas, como para que ese ejercicio no se traduzca en un vagar a voluntad entre todas las materias posibles de lo que constituye el objeto de autorización*" (del Dictamen del Procurador General Sebastián Soler en la causa "Mouviel", Fallos, 237:636, pág. 645).

La amplitud del texto de la norma, su extrema vaguedad, el desconocimiento del principio de legalidad y la impermisible delegación ilimitada de poder en manos de la AFIP hacen que esta disposición penal resulte inconstitucional a la luz de los criterios

estrictos definidos por la Corte Suprema en el citado precedente "*Raúl Oscar Mouviel y otros*" (Fallos, 237:636 (1957)).

Esta última conclusión se refuerza por el hecho de que la delegación de facultades legislativas impide al PEN dictar leyes de carácter tributario y penal (art. 99, inciso 3 °, Constitución Nacional). Con el mismo criterio, la Corte Suprema consideró que en virtud del sistema representativo y republicano de gobierno adoptado por la Constitución (art 1°) –basado en el principio de la división de los poderes- el Congreso no puede delegar en el Poder Ejecutivo o en reparticiones administrativas la total configuración de los delitos ni la libre elección de las penas; de lo contrario, se configuraría un supuesto de delegación de facultades indelegables (CSJN, "*Mouviel*").

#### **IV. PETITORIO**

De acuerdo a las defensas planteadas, ante la ausencia de norma penal alguna que permita a la AFIP imponer sanciones pecuniarias por no tener instalado en mi comercio el sistema de pago electrónico "Posnet", solicito el archivo inmediato del presente sumario.

Dejo planteada, al mismo tiempo, la reserva del caso federal y del derecho de ocurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del art. 14 de la ley 48 ante cualquier sanción que se adopte en violación a los principios constitucionales expuestos en esta presentación.

Proveer de conformidad, que

**SERÁ JUSTICIA.**