

AFIP.INF. ART.40 INC. A) LEY 11683.REVOCACIÓN DE CLAUSURA Y MULTA.

APLICACIÓN DEL PRECEDENTE SALA II “ROL INGENIERIA S.A.” (Expte. 2613) EL ART. 40 INC. A) LEY 11,683, ES INCONSTITUCIONAL POR VIOLAR EL ART. 18 C.N. Y AFECTAR LA DIVISIÒN DE PODERES.AUSENCIA DE TESTIGOS OCASIONALES QUE CORROBOREN AFIRMACIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y FALTA DE DATOS DE LAS PERSONAS ADQUIRENTES DE LOS PRODUCTOS DEL CASO PRECEDENTES DE SALA II.(DR. SCHIFFRIN).

REMISION AL CRITERIO EXPUESTO EN AUTOS “GOLEMME” (Expte. 3693).(DR. COMPAIRED CON ADHESIÒN DEL DR. FLEICHER)

PODER JUDICIAL DE LA NACIÒN Rtro.S.2 T.94 f*86/87

///Plata, 14 de octubre de 2008.

Y VISTA: Esta causa registrada bajo el n° 4860, caratulada: “YAÑES, Miguel Ángel (Director Firma TCT Tiempo de Comunicación Celular y Tecnológica S.A.) s/ Apelación art. 78 ley 11.683”, procedente del Juzgado Federal de Primera Instancia de la ciudad de Junín.

Y CONSIDERANDO:

EL DOCTOR SCHIFFRIN DIJO:

I. Llegan estas actuaciones a la Alzada en virtud del recursos de apelación interpuesto (...), en representación de la AFIP, contra la decisión del a quo (...) que revocó la sanción de clausura por tres días y confirmó la multa de (...) pesos que fueran impuestas por el Organismo Recaudador al contribuyente Y., por considerar que infringió el art. 40, inc. a), de la ley 11.683.

II. Ahora bien, adelanto que habré de propiciar el sobreseimiento de Y., y, a fin de brindar las razones que me llevan a concluir en tal sentido, conviene realizar un breve relato de las principales circunstancias de esta causa que, conforme surge del acta (...), tuvo inicio el día 13 de octubre de 2006, en (...), cuando empleados de la AFIP se constituyeron en una un local comercial sito en la calle(...), y constataron tres (3) ventas a consumidores finales de teléfonos móviles y accesorios, por importes superiores a \$ 10.-, por las cuales no se utilizó el equipo electrónico denominado Controlador Fiscal.

Dicho acta fue firmada por empleados de la AFIP, pero no fue suscripta por ningún testigo ni por los supuestos compradores de los equipos.

Con estos elementos, el Jefe de la División Jurídica, Dirección Regional

Junín, Dr. (...), resolvió clausurar por tres (3) días el establecimiento comercial TCT Comunicación Celular y Tecnología S.A. e imponer una multa de (...) a dicho contribuyente, encuadrando el hecho por infringir los arts. 2 y 12 de la R.G. 1415/03 (AFIP) y el art. 40 inc. a) de la ley 11.683 (fs 17/22); sanción que fue confirmada por el Director de la Subdirección General de Operaciones Impositivas del Interior, Dirección Regional (...), al tratar el recurso de apelación previsto por el art. 77 de la ley 11.683 (...).

El contribuyente, facultado por el art. 78 de la ley 11.683, apeló también esta decisión (...), y motivó así su tratamiento por el titular del Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín, Dr. Héctor Pedro Plou, quien, como quedó dicho, revocó la sanción de clausura por tres días y confirmó la multa (...) que había impuesto el Organismo Recaudador (art. 40, 41 y cc. de la ley 11.683). Esta decisión es la que ahora viene apelada, en virtud del recurso interpuesto por la AFIP.

III- Ahora bien, de acuerdo a las consideraciones realizadas en mi voto in re n° 2613 “Rol Ingeniería S.A.”, de fecha 11/5/06,(1) cuya copia agrego como parte integrante de la presente resolución, la referida norma (art. 40, inc. a), de la Ley 11.683) es inconstitucional por resultar violatoria del art. 18 de la C.N. y por afectar la división de poderes. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto las sanciones que fueran impuestas a Y..

Pero también, dejando por un momento de lado lo dicho en el párrafo anterior, en el caso la materialidad de la infracción que los agentes de la AFIP dijeron haber constado (...) no puede acreditarse, pues no existen testigos ocasionales que corroboren las afirmaciones de dichos funcionarios, ni tampoco contamos con los datos de las personas que supuestamente compraron los productos de telefonía celular (ver “Casado, Eduardo s/Apela resolución DGI” del 27 de octubre de 1998,(2) expte. 828 “Giacche, Graciela Patricia”, del 3 de agosto de 1999, expte 2718, “López, Lorena Giselle s/Apela resolución AFIP -Ley 11683-“, de fecha 20 de mayo de 2004, y mi voto in re 3163 “Carrefour Argentina S.A. s/Apelación de Multa” de fecha 11 de mayo de 2006, así como las consideraciones expuestas por el Dr. Fleicher en su voto in re “Golemme Sergio s/Pta inf. let 11.686”, expte. n° 3693, (3)del .20/9/2007., en cuanto guardan consonancia con el criterio que expuse en los citados precedentes). En tales condiciones, habría correspondido, de todos modos, revocar la resolución apelada.

Por lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada y dejar sin

efecto las sanciones que fueran impuestas a Y..

Así lo voto.

EL DOCTOR COMPAIRED DIJO:

Que resulta de aplicación al caso el criterio expuesto por el suscripto en los autos “Golemme, Sergio s/pta. inf. ley 11.683”, expte 3693 del registro de esta Sala II, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito *brevitatis causae*, toda vez que el acta labrada por los inspectores de la AFIP no reúne los requisitos formales necesarios para garantizar el ejercicio del derecho de defensa por parte de la contribuyente.

Por consiguiente, dicho instrumento resulta inválido para tener por constatada la infracción que se le atribuye a la firma “Tiempo de Comunicación Celular y Tecnología S.A.” y, en razón de ello, corresponde dejar sin efecto las sanciones impuestas en sede administrativa.

Así lo voto.

EL DOCTOR FLEICHER DIJO:

Adhiero a la solución propuesta por el Dr. Compaired conforme las consideraciones expuestas por el suscripto *in re* “Golemme, Sergio s/pta. inf. ley 11.683”, expte. 3693, fallado el 20.09.07, respecto a los requisitos de validez de las actas de inspección, a cuyos fundamentos y conclusiones me remito por razones de brevedad.

Así lo voto.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

- I.- Revocar la resolución apelada y dejar sin efecto las sanciones impuestas a Y..
- II.- Regístrese, notifíquese y devuélvase.- Fdo Jueces sala II Dres.Leopoldo Héctor Schiffrin.Carlos Román Compaired y Gregorio Julio Fleicher.

Ante mí: Dra. Ana Miriam Russo.secretaria..

NOTAS: **(1)** sentencia publicada en el rubro FALLOS DESTACADOS-carpeta temática IMPUESTOS-D.TRIBUTARIO (FD.174)- del sitio

Ante mí: