



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

- I -

A fs. 284/285, la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la inconstitucionalidad de los arts. 1º, inc. d), del decreto 863/98, y 14 de la ley 25.345, y revocó el pronunciamiento de la instancia anterior, en cuanto había decidido declarar abstracta la cuestión planteada por la actora al entender que ya se había hecho lugar a su pedido de devolución de las sumas retenidas en concepto de comisiones por el servicio de cobro, establecidas por el mencionado decreto, durante el período que va de agosto de 1998 a noviembre de 2000.

Para así decidir, sostuvo que, en todo caso, era abstracto el planteamiento respecto de las comisiones y períodos referidos, pero no en cuanto a aquéllos sobre los cuales no hubo pronunciamiento. En tal sentido, señaló que la cuestión jurídica debatida era sustancialmente análoga a la que originó su pronunciamiento en la causa "Berkley", en la cual sostuvo que la obligación impuesta por el decreto 863/98 era una tasa y que, como tributo que es, resultaba inconstitucional puesto que sólo el Congreso puede establecerlo.

Argumentó que la ley 25.345 no puede ratificar aquel decreto, ya que la nulidad que lo aquejaba era absoluta e insanable, atento a los claros términos del art. 99, inc. 3º, de la Carta Magna, que prohíbe al Poder Ejecutivo emitir decretos de necesidad y urgencia en materia tributaria, entre otras.

- II -

Disconforme con tal decisión, la demandada interpuso el recurso extraordinario que luce a fs. 289/300, ampliándolo a fs. 306/310 en cuanto a la imposición de costas resuelta a fs. 302.

En cuanto al primero de ellos, se agravia la demandada y sostiene que la sentencia impugnada declaró la inconstitucionalidad del art. 1º inc. d) "2" del decreto 863/98, el cual es inexistente y que, por lo tanto, no queda claro -en su inteligencia- si la inconstitucionalidad dispuesta se refiere sólo al art. 1º, inc. d) (gastos administrativos) o también al art. 2º (comisiones bancarias) del decreto cuestionado, ya que, de ser así, afirma, la resolución habría avanzado sobre cuestiones no discutidas,

fallando de forma *ultra petita*. Agrega, además, que no procedería la aplicación del precedente al que remitió el *a quo*, el cual sólo versó sobre los gastos de carácter administrativo.

Por otro lado, afirma que el art. 14 de la ley 25.345, que comenzó a regir en noviembre del 2000, resulta plenamente válido, y que fue dictado para validar el decreto 863/98, no siendo posible su revisión judicial debido a que se trata de una cuestión política de discrecionalidad técnica.

Sostiene, por último, que la sentencia es arbitraria por apartarse de la normativa aplicable al caso, omitir cuestiones sustanciales, y contener afirmaciones dogmáticas.

- III -

En cuanto al recurso extraordinario de fs. 306/310, estimo importante destacar que el Tribunal carece de jurisdicción para examinar los agravios fundados en torno a la imposición de los gastos casuísticos, toda vez que la apelación extraordinaria fue denegada por el *a quo* en este aspecto, limitándola a concederla sólo en lo tocante a la interpretación de normas federales (v. fs. 324), sin que la representación de la demandada haya deducido la pertinente queja (Fallos: 313:1319; 317:1342; 318:141; 319:1057; 322:1231, entre otros).

-IV-

Con respecto al recurso de fs. 289/300, que fue concedido sin limitaciones por el *a quo* a fs. 324, estimo que resulta formalmente procedente, en razón de estar controvertido el alcance de normas de naturaleza federal y ser la decisión del tribunal superior de la causa contraria al derecho que la apelante fundó en ellas, tal como lo establece el inc. 3° del art. 14 de la ley 48 (v. Fallos: 321:1848; 324:1871; 326:3308, entre otros).

Considero, además, que corresponde examinar en forma conjunta las impugnaciones traídas a conocimiento del Tribunal, ya que las referidas a la alegada arbitrariedad en que habría incurrido el *a quo* y las atinentes a la interpretación



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

de la cuestión federal son dos aspectos que guardan entre sí estrecha conexidad (conf. doctrina de Fallos: 321:2764; 323:1625, entre otros).

Por otra parte, es de recordar que al versar la causa sobre la inteligencia de normas federales, V.E. no se encuentra limitada por los argumentos del *a quo* o de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado (Fallos: 310:2200; 314:529 y 1834, entre otros).

- V -

Con respecto al agravio sobre la arbitrariedad de la sentencia de Cámara que declaró inconstitucional el art. 2° del decreto, extendiendo, de esta manera, la litis al tema de las comisiones bancarias, procede indicar que no es atendible, ya que, a mi modo de ver, se aprecia a todas luces que se trata de un error material en que incurrió el *a quo*, y que, por otra parte, debió haber sido objeto del recurso de aclaratoria.

Ello es así, por una parte, debido a que no hay duda de que la litis se circunscribió a discutir sólo lo atinente al art. 1° del decreto 863/98, de necesidad y urgencia, en cuanto, al modificar el art. 2° del decreto 2.741/91 –texto según su similar 507/93, ratificado por ley 24.447- estableció el cobro por parte de la AFIP de una tasa por ciertos servicios administrativos vinculados con la percepción y distribución de todos los aportes o contribuciones sobre la nómina salarial que, de acuerdo con la normativa vigente, ella debe recaudar y transferir automáticamente a -entre otras- las empresas aseguradoras de riesgos del trabajo.

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que, por la forma en que la actora planteó su demanda, y asimismo de la manera en que alegó (v. fs. 210), surge que no ha controvertido aquí lo atinente a las comisiones bancarias que la propia AFIP debe pagar a los bancos que actúan como mandatarios suyos para la recaudación de los distintos tributos cuya gestión le corresponde.

- VI -

En lo que respecta al restante agravio, dirigido a controvertir la eficacia de la ratificación del tantas veces citado decreto 863/98 por el art. 14 de la ley

25.345, su estudio no puede realizarse sin distinguir entre los efectos temporales de dicha ratificación.

En efecto, la ley 25.345, publicada en el Boletín Oficial el 17 de noviembre del 2000, facultó al Poder Ejecutivo nacional a fijar una comisión de hasta el 0,7% del total de la recaudación correspondiente a los aportes destinados al régimen de capitalización de la ley 24.242 y de las contribuciones patronales de la ley 24.557, aspecto este último que aquí interesa.

El segundo párrafo del citado art. 14 indicó que dicha comisión se establece para la atención del gasto que demanden las funciones de la AFIP, y que estará a cargo de las AFJP y ART, quienes lo abonarán previo a la transferencia de los recursos que respectivamente les correspondan a cada una de ellas. Y, “a este solo efecto” ratificó el decreto 863/98.

No se discute aquí la posibilidad de que dicha ratificación haya querido hacerse con efectos *ex tunc*, es decir retroactivos a la fecha de entrada en vigencia del decreto, es decir el 1º de agosto de 1998 (ver su art. 3º). El *a quo* declaró abstracta esta cuestión, sin que haya habido agravio de las partes a su respecto. Por otra parte, me permito recordar que este aspecto ya fue objeto de decisión por parte del Tribunal, acogiendo lo dictaminado oportunamente por este Ministerio Público, en sentencias del 21 de noviembre del 2000 (causas O.143, L.XXXV y O.180, L.XXXV), con remisión al fallo de igual fecha, publicado en Fallos: 323:3770, “Berkley International A.R.T. S.A. v. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos – Dto. 863/98”.

Consecuentemente, es preciso dilucidar los efectos *ex nunc* que pueda haber tenido esta ratificación. Y, al respecto, estimo que deviene aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto a que si bien la ley “*carece de eficacia para convalidar retroactivamente un decreto que –de acuerdo con la Constitución Nacional- adolece de nulidad absoluta e insanable, no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con hechos acaecidos después de su publicación en el Boletín Oficial*” (Fallos: 321:347, en especial considerando 10). En virtud de ello, estimo que no resulta acertada la conclusión del *a quo* con relación a los servicios prestados por la AFIP a la actora a partir de la fecha de entrada en vigor del art. 14 de la ley 25.345, ya que la tasa de que aquí se trata, a partir de esta ratificación legal, cumple con los requisitos que postula el



Ministerio Público
Procuración General de la Nación

principio de legalidad en materia tributaria, siendo determinados por normas de tal jerarquía sus elementos esenciales (arg. Fallos: 326:4251 y 327:2293).

Por otro lado, resta destacar que no obsta a lo hasta aquí dicho lo normado por el art. 45 de la ley 25.401, puesto que éste, al ratificar nuevamente el decreto 863/98, expresamente deja a salvo lo ya ratificado por la ley 25.345 en cuanto a la alícuota de la tasa discutida en el *sub lite*.


- VII -

En virtud de las consideraciones expuestas, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario de fs. 289/300 con el alcance señalado en el capítulo VI del presente dictamen, revocar la sentencia apelada conforme a lo allí indicado y ordenar que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con relación al punto indicado.

Buenos Aires, 28 de septiembre de 2007.

ES COPIA

LAURA M. MONTI.


ADRIANA N. MARCHISIO
PROSECRETARIA ADMINISTRATIVA
AD-HOC AD-HONOREM DE LA PGN
23-05-07

