

## Medida Cautelar Verosimilitud Del Derecho

### JURISPRUDENCIA

### Medida cautelar. Verosimilitud del derecho

Se resuelve hacer

lugar a la medida solicitada, pues se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado en el marco de cognición propio de esta instancia cautelar. San Salvador de Jujuy, 12 de noviembre de 2018. AUTOS Y VISTOS: Las constancias de estos autos C-122.425/18, caratulado: "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN: Industrias Frigoríficas Recreo SAIC c/ Estado Provincial" y, CONSIDERANDO: Que a fs. 22/29 se presenta el Dr. Marcelo Rodrigo Pérez Wiaggio en representación de la empresa Industrias Frigoríficas Recreo SAIC, con el patrocinio letrado del Dr. José Viola, y deduce recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción en contra del Estado Provincial por el que solicita que se revoque la resolución 1208/16 (y confirmatorias: resoluciones 1588/16 y 800-HF-18) por la que se determina de oficio una deuda por ingresos brutos e impone una multa. Como medida cautelar solicita que se suspendan los efectos de dicha resolución, ordenando a la demandada que se abstenga de ejecutar los montos allí establecidos. Reseña que la Dirección Provincial de Rentas (DPR, en adelante) determinó de oficio la deuda por ingresos brutos utilizando una alícuota del 3,5% cuando en realidad hubiera correspondido aplicar una del 1,6%. Que esa variación de alícuota generó la determinación de una diferencia de \$164.421,31 por los períodos 1/13 al 3/15 y, por tal conducta, se impuso una multa de \$49.326,39. Sostiene que la aplicación de una alícuota más gravosa por el hecho de no tener establecimiento productivo en la provincia es violatoria del principio de igualdad (art. 16 de la Constitución Nacional -CN, en adelante-), el de razonabilidad (art. 28 de la CN), la competencia federal sobre el comercio interprovincial (art. 75, incs. 9 a 13, de la CN) y la prohibición de establecer aduana interiores (art. 126 de la CN). Que la cuestión ya ha sido resuelta por la CSJN en la causa "Bayer" (Fallos 340:1480). Que a partir del período fiscal 2018 se eliminaron los tratamientos impositivos diferenciales y que ya no subsiste en el ordenamiento local alícuotas distintas para quienes no se radiquen en la provincia de Jujuy. Plantea la inaplicabilidad del requisito del pago previo con cita en jurisprudencia del STJ y este Tribunal. Por último, justifica los recaudos de la medida cautelar solicitada, en lo que respecta a la verosimilitud del derecho, remitiendo a los argumentos reseñados; mientras que en referencia al peligro en la demora, arguye que la ejecución de la resolución impugnada y cobro de los montos referidos irrogaría un perjuicio irreparable y una violación a la tutela judicial efectiva. Corrida vista de la medida cautelar, a fs. 54/56 se presenta el Dr. Roberto Germán Contreras en representación del Estado Provincial y se opone a la misma. En ese sentido, luego de relatar los hechos antecedentes, expone que pese a que la resolución impugnada se encuentra firme y consentida no se procedió a la ejecución de la misma. Que por tal razón corresponde rechazar la medida cautelar, a la vez que no resulta plausible que se vulnere el derecho del fisco de perseguir el cobro de las deudas tributarias. Añade que el contribuyente, eventualmente, puede repetir los montos abonados a la DPR. Siendo tal la cuestión a resolver en esta instancia, es preciso referir que existe una prohibición expresa contenida en el art. 32 del Código Contencioso Administrativo que prevé que: "No podrá suspenderse el cumplimiento de decisiones administrativas o judiciales en que se ordene: la percepción de contribuciones fiscales...". Dicho precepto resultaría aplicable al supuesto debatido en autos en tanto que se pretende suspender la ejecutoriedad de un acto administrativo determinativo de un tributo. Sin embargo, en este excepcional caso, resulta que dicha disposición legal se encuentra en tensión con el régimen impositivo federal y otras garantías de raigambre constitucional que justifican un análisis más riguroso para su aplicación. En efecto, la simple aplicación de la ley procesal no puede generar el menoscabo de garantías y derechos consagrados en normas de mayor jerarquía como lo son las contenidas en la Carta Magna Nacional, de allí que sea necesario efectuar las siguientes precisiones. En el marco de dicha tensión, sin que ello implique adelantar opinión sobre la cuestión de fondo, entendemos que la verosimilitud del derecho invocado por el accionante se encuentra configurada en virtud de tres aspectos centrales. En primer lugar, la accionante no cuestiona el tributo en sí, ni existe un incumplimiento total por su parte respecto al pago de los ingresos brutos, sino que sólo cuestiona el porcentaje de alícuota aplicable a dicho impuesto. En ese sentido, no se encuentra en discusión la actividad del actor, base generadora del hecho imponible. El contribuyente se dedica a la "matanza de ganado bovino y procesamiento de su carne" y "elaboración de fiambres y embutidos", por lo que prima facie se encuadraría dentro del rubro "fabricación de productos alimenticios" previsto en el art. 4 del Anexo III de las leyes 5746 (Ley impositiva para el año 2013), 5792 (Ley impositiva para el año 2014) y 5862 (Ley impositiva para el año 2015). Empero, no reúne la condición "que el establecimiento se encuentre ubicado en territorio de la Provincia de Jujuy" y que generaría como alícuota aplicable el 1,6% (art. 4 del Anexo III de las leyes 5746, 5792 y 5862), toda vez que el mismo se emplaza en la Provincia de Santa Fe. Por ello, la DPR lo encuadra dentro de la previsión general del art. 1 del Anexo III de dichas leyes y le aplica la alícuota del 3,5%. Dicho de otra forma, al no ser aplicable la norma especial se aplica la norma general y el motivo para que no se aplique dicha norma especial es que el establecimiento del sujeto pasivo no se

radica en la provincia de Jujuy. Así las cosas, no sólo la conducta del contribuyente de no eludir su obligación fiscal, extremo demostrativo de su buena fe, es un elemento a tener en cuenta en esta instancia cautelar; sino que también debe contemplarse que la aplicación de la condición de radicación del establecimiento productivo en esta provincia importaría un trato diferencial para quiénes lo hagan y quiénes no. A su vez, dicho trato diferencial puede comprometer seriamente los principios de igualdad y razonabilidad, como también al propio régimen federal en sí en lo que respecta a la prohibición de establecer aduanas interiores y las atribuciones propias del Congreso Nacional respecto a la reglamentación del comercio interprovincial. En segundo lugar, resulta relevante que el cumplimiento de la condición de radicación del establecimiento productivo en la provincia de Jujuy ha desaparecido en leyes impositivas de años posteriores, brindándose un trato uniforme a todos los contribuyentes a través de la imposición de una única alícuota con independencia de dicho factor. En ese sentido la ley 6053 (Ley impositiva para el año 2018), ha erradicado la distinción de alícuotas según el establecimiento se radique en la provincia de Jujuy o en otra. En tercer lugar, esta cuestión ya ha sido tratada por el Máximo Tribunal Nacional y cuenta con resolución en el sentido que establecer legislativamente condiciones como la aquí cuestionada resulta contrario a diversas previsiones de la Ley Fundamental. En esa tónica, resulta relevante para la presente controversia señalar que la CSJN ha dicho que: "...no se advierte razón suficiente para que la actora que realiza las actividades incluidas en las categorías enunciadas, tribute de un modo más gravoso que las empresas radicadas en el territorio de Santa Fe, desde que la discriminación establecida en el régimen cuestionado en función del domicilio no constituye a criterio de la Corte una pauta razonable que autorice a ubicarla en un grupo distinto que permita la fijación de alícuotas diferenciales a los efectos impositivos (arg. Fallos: 320:1302 y 322:1781) y, por tanto, no supera el control de razonabilidad efectuado? (sentencia dictada en la causa ?Bayer SA c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de certeza?, de fecha 31/8/17. En análogo sentido y más recientemente, sentencia dictada en la causa ?Droguería del Sud SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de certeza?, sentencia de fecha 6/11/18). Por los motivos expuestos, encontrándose acreditada la verosimilitud del derecho invocado en el marco de cognición propio de esta instancia cautelar, corresponde hacer lugar a la misma, previa fianza personal que deberá rendir el solicitante, y suspender los efectos de la resolución 1208/16 dictada por la DPR en fecha 12/9/16. Respecto al planteo inherente a la inaplicabilidad del requisito del pago previo (art. 106 de la ley 5761 y 11 del CCA); siendo que la cuestión ha sido resuelta uniformemente por el STJ así como por este Tribunal, declarándose incluso de oficio la inconstitucionalidad de dichas normas, corresponde aquí adoptar idéntica solución. En ese sentido, por razones de brevedad, no remitimos a lo ya dicho en L.A. N° 55 F° 174/176 N° 60; L.A. N° 56, F° 703/706, N° 240; L.A. N° 56, F° 1193/1196, N° 380 y voto de mayoría en N° 56, F° 788/791, N° 269, entre otros, y sentencia dictada en autos N° B-240.269/10 caratulado: ?Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción: Llama gas Sociedad de Responsabilidad Limitada c/ Estado Provincial?. Finalmente, corresponde imponer las costas a la demandada conforme lo dispuesto en el art. 110 del CCA y diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento de dictar sentencia definitiva. Por ello, la Sala I del Tribunal Contencioso Administrativo, RESUELVE: 1.- Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por Industrias Frigoríficas Recreo SAIC en contra del Estado Provincial y, previa fianza personal que deberá rendir el solicitante, ordenar la suspensión de los efectos de la resolución 1208/16 dictada por la DPR en fecha 12/9/16. 2.- Declarar la inconstitucionalidad del artículo 11 del Código Contencioso Administrativo y art. 106 del Código Fiscal ley 5791. 3.- Imponer las costas a la demandada 4.- Diferir la regulación de honorarios profesionales para el momento de dictar sentencia definitiva. 5.- Dejar copia en autos, protocolizar y hacer saber. 036416E