

Entidad Presentante: Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) Presidente: DR. Ricardo De Felipe. Representante ante el Consejo Consultivo Impositivo AFIP: Dra. Gabriela Inés Tozzini.

Tema: exigencia del uso de *posnet* o terminal electrónica para profesionales (abogados)

Problemática: Recientemente esta Federación ha recibido presentaciones de algunos Colegios de Abogados (caso Rosario) y ha tomado noticia que igual situación se ha presentado en otros (caso Colegio de Abogados de La Plata), a su vez por presentaciones efectuadas por colegas a los que les asiste la preocupación por exigencias de parte de algunas agencias del fisco nacional (AFIP DGI) referidas a la utilización de *posnet* o terminal electrónica por parte de los profesionales que ejercen la abogacía, exigencia que conforme se desarrolla en el presente no corresponde.

En tal sentido el tema se ha estudiado con profundidad en FACA emitiendo dictamen al efecto la Sección de Derecho Tributario del IDEL (cuerpo académico de FACA) el que por otra, parte ha sido aprobado por el Presidente de esta FACA.

En el profundo estudio realizado se ha concluido en la inexistencia de obligatoriedad por parte del abogado en el ejercicio de su profesión en la utilización de *posnet* por no encuadrar su actividad en el mandato de las normas que lo establecen.

Es por ello que se considera oportuno manifestar esta honda preocupación al Administrador Federal para que instruya a sus funcionarios dentro del Organismo fiscal la correcta aplicación de la normativa respecto de la profesión citada que queda fuera de la exigencia.

Desarrollo:

En el presente desarrollo se analizará ***si existe la obligación frente al Fisco Nacional para los profesionales abogados de poseer terminales electrónicas P.O.S. (comúnmente “posnet”) para la cancelación de honorarios y retribuciones por la prestación de servicios profesionales, mediante la utilización de tarjetas de débito bancarias por parte de sus defendidos.***

A los fines de dilucidar la cuestión se procedió a analizar la normativa aplicable en punto a la exigencia del uso de terminales electrónicas o *posnet* frente a la AFIP y, asimismo a interpretar el alcance del mandato de la norma y sus destinatarios, a encuadrar la naturaleza de la actividad referida al ejercicio profesional de la abogacía para dar respuesta a la luz de los criterios de hermenéutica aplicables.

Ante todo cabe la aclaración que la exigencia de poseer terminales electrónicas o *posnet* ostenta la naturaleza de una verdadera carga pública. Y al respecto, corresponde la aplicación del artículo 17 de la CN que establece la exigencia de una ley para establecer tales cargas. Sin embargo, se advierte que, se presenta una ausencia de ley y a cambio tal mandato se encuentra regulado en un DNU del PEN, cuestión que desde ya, pone en jaque la legalidad de tal regulación¹ si bien no se ahondará en ello por escapar al objeto del presente y además puesto

¹ Si bien no hace al objeto del presente no puede pasarse por alto dilucidar acerca del test constitucional de la norma bajo estudio. El decreto resultaría, en principio, observable por cuanto establece un medio obligatorio de extinción de obligaciones del derecho privado –facultad privativa del Congreso de la Nación Argentina (conf. art. 75, inc. 12 y 76 C.N)– materia no delegada por la ley

que, tal normativa que establece la carga no alcanza a los servicios profesionales que prestan los abogados.

Más allá de lo expuesto - que por exigencias constitucionales no debe dejar de mencionarse- se procedió a analizar el mandato contenido en las normas de inferior jerarquía que regulan la cuestión. En efecto, en el año 2001 el Poder Ejecutivo Nacional (P.E.N.) dictó el Decreto N° 1387/2001 (B.O. 02/11/01) en el marco de facultades delegadas por el Congreso Nacional mediante la ley 25.414 (B.O. 30/03/01) y de la atribución que posee en función del art. 99, incs. 1, 2 y 3 (éste último relativo a los decretos de necesidad y urgencia), por el cual adoptó una serie de acciones tendientes a reducir el costo de la deuda pública nacional y provincial, así como a sanear y capitalizar el sector privado, como una forma de detener el deterioro del crédito público y de reactivar el consumo interno y la economía en general. A tal fin, implementó diversas medidas destinadas a canjear la deuda pública, a facilitar la devolución de ciertos tributos a los exportadores y a quienes efectúen compras con tarjetas de débito, a reducir los impuestos al trabajo, en especial a propender a la bancarización de la economía, entre otras.

En lo que aquí interesa, dispuso *“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”* (art. 47, Decreto PEN n° 1387/01).

En efecto, prístino resulta quiénes son los sujetos obligados. Más allá de ello y solamente respecto de los sujetos alcanzados luego podrá analizarse si dentro de los obligados los mismos tienen que ostentar la calidad de sujetos inscriptos en el IVA o exentos por ser monotributistas o bien en ambos supuestos. Al respecto, como puede apreciarse, el decreto establece la obligatoriedad para los contribuyentes de poseer y utilizar terminales electrónicas para que los adquirentes de bienes y servicios puedan abonar los mismos utilizando tarjetas de débito bancarias. Si bien el art. 47 del decreto PEN n° 1387/01 solo habla de “contribuyentes”, sin aclarar su categoría o régimen tributario (I.V.A. responsables inscriptos, monotributistas, etc.), se deduce de la parte final del precepto, -en cuanto habilita a *“computar como crédito fiscal del IMPUESTO AL VALOR AGREGADO el costo que les insuma adoptar el mencionado sistema”*, cuestión propia del régimen general del I.V.A. (art. 12, ss. y cc., ley 23.349, B.O. 25/08/86)- que tal deber, conforme una razonable interpretación del precepto y teleológica de la norma, en base al fin de la norma como lo establece el artículo 1° de la ley 11.683, sólo se aplica a los sujetos responsables inscriptos en el IVA. Afirmación que resulta aclarada en el sentido

25.414 -que expresamente prohíbe la derogación, modificación y suspensión de los Códigos Civil y Comercial, art. 1°, apartado II, inc. e-. Por otra parte, no puede obviarse que Sin embargo, en sus considerandos invoca expresamente la emergencia económica y financiera existente y la imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos por la C.N. para la sanción de las leyes, a los fines de validar el dictado de disposiciones de carácter legislativo no delegadas por la ley 25.414, aspecto que ha sido convalidado por el máximo tribunal (C.S.J.N., 12/05/09, Fallos 332:1039). Asimismo dado que escapa al objeto del presente no se ha corroborado si fue aprobado por la Comisión Bicameral si bien se encuentra previsto en el DJA como Ley K 2561.

expuesto por otra norma, el art. 9 del Decreto PEN n° 1548/01 (B.O. 30/11/01)². A su vez fue el decreto PEN n° 1402/2001 (B.O. 05/11/01) el que delegó en la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.)- reglamentado por ésta mediante Resolución General AFIP N° 1166/01 (B.O. 30/11/01)- la fiscalización de su cumplimiento y, en general, el dictado de normas reglamentarias, complementarias, de aplicación y a la vez que dispuso la aplicación de la Ley de Procedimientos Fiscales N° 11.683 al régimen establecido pero siempre respecto de los sujetos alcanzados por tal exigencia y en especial respecto del incentivo impositivo que prevé de la devolución del IVA.

Luego de lo expuesto se analizará si los profesionales de la abogacía se encuentran incluidos en el mandato de la norma y, por tanto, obligados frente al fisco nacional a poseer y utilizar *posnet*.

Como cuestión primera se efectuará un mínimo desarrollo referido a la naturaleza del ejercicio profesional de la abogacía.

En efecto, los profesionales abogados prestan servicios que los ciudadanos demandan para hacer posible sus derechos humanos básicos, reconocidos en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos de raigambre constitucional (art. 75, inc. 22, C.N) ya sea a través del oportuno asesoramiento, la defensa efectiva y/o la petición. Para caracterizarla resulta oportuna la cita de “las normas éticas de la Abogacía” proyectadas por González Sabathié, base de las vigentes en muchos Colegios provinciales³ *“el abogado es el*

² Por su parte, el decreto PEN n° 1548/2001, a su vez, precisa el régimen de obligatoriedad dispuesto por el decreto n° 1387/01, a los efectos de facilitar su aplicación. Entre sus disposiciones, amplía expresamente los sujetos obligados (en función de los arts. 47 y 48, decreto 1387/01), a los contribuyentes que realicen “*locación de obra y de cosas muebles*” (art. 1°, decreto n° 1548/01). Finalmente aclara que **los “contribuyentes obligados” a poseer *posnet* son los “Responsables Inscriptos ante el I.V.A.”**, a la vez que dispone una serie de excepciones al deber de aceptar tarjetas de débito bancarias, a saber: “*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 realizada fuera de un local o establecimiento. b) La actividad se desarrolle en localidades cuya población resulte menor a CINCO MIL (5.000) habitantes, de acuerdo con los datos oficiales publicados por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA Y CENSOS dependiente de la SECRETARIA DE POLITICA ECONOMICA del MINISTERIO DE ECONOMIA, correspondientes al último censo poblacional realizado. c) El importe de la operación sea inferior a PESOS DIEZ (\$ 10)*” (art. 9° del Decreto n° 1548/01). Los contribuyentes inscriptos en el Régimen Simplificado o Monotributo (ley 24.977, B.O., 06/07/98), no se encuentran incluidos en el régimen de obligatoriedad dispuesto en el Decreto PEN n° 1387/01² (objeto del dictamen presente) referido a la exigencia de poseer *posnet*. No obstante ello, los monotributistas que realicen en forma habitual venta de cosas muebles a consumidores finales o presten servicios de consumo masivo, se encuentran alcanzados con esa exigencia en virtud de la ley 25.921 (B.O. 26/08/04). Ello así puesto que, si bien no tienen el deber de receptor como medio de pago las tarjetas de débito que indica el Decreto PEN n° 1387/01, están obligados a aceptar en pago transferencias bancarias instrumentadas mediante la tarjeta magnética creada por el Decreto 696/04² y/o convenios sociales específicos entre el gobierno nacional y las provincias.

³ NORMAS DE ÉTICA PROFESIONAL DE LA ABOGACÍA. Proyectadas por el Dr. J.M. González Sabathié

auxiliar principal de la administración de justicia” (art. 1°); “El abogado debe respetar escrupulosamente las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades de la profesión, absteniéndose en absoluto de ejercerla cuando se encuentre en algunos de los casos previstos. Debe evitar, en lo posible, su acumulación con cargos o tareas susceptibles de comprometer su independencia, tomarle demasiado tiempo o resultar inconciliable con el espíritu de la profesión (...)” (art. 10); entre otras.

Su actuación se rige por las disposiciones de derecho privado que regulan el mandato y el contrato de locación de servicios y las “obligaciones de hacer” (Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación, vigente a partir del 01/08/15⁴), y por expresas normas de orden público, Código de Ética de cada Colegio respectivo. Las obligaciones de los profesionales abogados son, *intuitu personae*, por cuanto la persona del profesional que las ejecuta es un factor relevante del contrato de prestación de servicios. Por otra parte, gozan del derecho a la libre elección de los asuntos a defender tal como lo establecen las normas éticas citadas *ut supra* en efecto, “*Salvo el caso de los nombramientos de oficio, el abogado tiene absoluta libertad para aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin necesidad de expresar las causas que lo determinan (...) Debe también abstenerse de intervenir cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de realizar la defensa, o cuando un motivo de amistad o parentesco pueda trabar su independencia. En suma, sólo debe ser aceptado el asunto que permita un debate serio, sincero y leal*” (art. 19) lo preceptuado indica que la prestación de los servicios profesionales requiere dedicación y análisis detenido de cada asunto y el abogado tiene derecho a elegir si atiende un caso.

Realizadas estas precisiones sobre la naturaleza de las prestaciones de los profesionales que ejercen la abogacía se analizará si se encuentran alcanzados por el ámbito de aplicación material de las normas que establecen la obligatoriedad de la utilización de *posnet* frente a la AFIP.

Conforme lo dispuesto en las normas que regulan tal carga pública ya mencionadas, los obligados a utilizar terminales electrónicas o *posnet* y por ende a aceptar tarjetas de débito bancarias son los que:

1. realicen en forma habitual la venta de cosas muebles para consumo final (art. 47, Dec. 1387/01);
2. presten servicios de consumo masivo (art. 47, Dec. 1387/01);
3. realicen locaciones de obra y de cosas muebles (art. 1, Dec. 1548/01).

Desde ya se advierte que los abogados en el ejercicio de su profesión no se encuentran alcanzados por el mandato de la norma que exige el uso del *posnet*, en efecto, no se encuadran en ninguno de los supuestos regulados

En efecto, prístino resulta que, el ejercicio de la profesión de la abogacía resulta ajeno a las actividades descriptas en los puntos 1 y 3. Asimismo tampoco se encuadra en el punto 2. Puesto que en modo alguno el ejercicio profesional constituye “prestaciones de servicios de consumo masivo”. Por ello, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del Decreto
--

⁴ Ley 27.077, B.O. 19/12/14.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que, en materia de interpretación de las leyes, impone que se acuerde a sus palabras, en primer lugar, el sentido más obvio al entendimiento común (Fallos 258: 75; 304:195), que constituye una adecuada hermenéutica la que conduce a dar a las palabras de la ley el significado que tienen en el lenguaje común (Fallos 321:153), y que si la ley emplea determinados términos, la regla de interpretación más segura es la de que esos términos no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, por cuanto, en definitiva, el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador (Fallos 314:458).

En esta inteligencia, el Diccionario de la Real Academia Española, define al vocablo “consumo” como *acción y efecto de consumir*, acción que significa, a su vez, *utilizar comestibles u otros bienes para satisfacer necesidades o deseos*. Y, al término “masivo” (del francés massif), como *“perteneciente o relativo a las masas humanas, o hecho por ellas”, “se aplica a gran cantidad”* (adj.). Por su parte “masa” significa *“gran conjunto de gente que por su número puede influir en la marcha de los acontecimientos”*.

De esta manera, puede señalarse que “consumo masivo” refiere a los productos o servicios de alta demanda, que son requeridos y utilizados abundantemente por la sociedad y que son ofrecidos de manera homogénea, indiferenciada e indiscriminada, en gran cantidad, perdiéndose la individualidad en función de la masa (ej. alimentos, transporte, automóviles, música, mobiliarios, indumentaria, telefonía, energía, esparcimiento, espectáculos, higiene, comunicaciones, turísticos, etc.). Los servicios de consumo masivo son estandarizados, podría decirse a la manera de un producto industrializado, es decir, son prestados de la misma forma a todos los consumidores, utilizándose los mismos pasos y procedimientos, permitiendo poca o ninguna variación en las especificaciones del servicio o de los procesos.

Las prestaciones efectuadas por los **profesionales de la abogacía** no pueden, bajo ningún concepto, ser calificadas como de “consumo masivo”⁵. Al contrario, son **servicios personales e individuales**, ya que deben ser prestados **atendiendo a las particularidades de cada caso, no son masivos**, prístino resulta que un ejercicio de esa índole resultaría contrario al ejercicio profesional como auxiliar de la justicia el que debe actuar con el análisis y estrategia propio del caso, con el debido sigilo y dedicación del tiempo necesario. De allí que, nuevamente citando a las “normas éticas del Abogado” citadas en el presente establece que el Abogado/da: “no debe

⁵ En otro orden de ideas, desde ya se aclara que, a los fines de determinar el significado del concepto “prestaciones de servicios de consumo masivo”, afirmamos que **no cabe la aplicación al caso** de la definición que realiza la R.G. 3561/13 (B.O. 17/12/13, sobre utilización de “controladores fiscales”) sobre “operaciones masivas”, en el sentido que “Se entiende por ‘operaciones masivas’, la realización de un número de operaciones con consumidores finales superior a las efectuadas con otros sujetos, en forma habitual durante el último año calendario” (art. 4, R.G. 3561/13). Esa definición, precisa que es una “venta, locación o prestación de servicios masiva a consumidores finales” (art. 4), a los fines de delimitar el ámbito de aplicación personal del régimen de emisión de comprobantes dispuesto por la R.G. 3561/13 (que abarca justamente a los sujetos que realicen esas actividades). Lo “masivo” en la resolución, no refiere a las operaciones en sí, sino a las operaciones concertadas *en relación a los sujetos*⁵. En otras palabras, el adjetivo está directamente relacionado a la calidad de los sujetos adquirentes (consumidores finales⁵, responsables inscriptos, exentos), mientras que en el régimen de obligatoriedad de utilización de posnet (Dec. 1387/01), es un adjetivo para calificar a la prestación de servicios en sí, esto es, si es de “consumo masivo” o no. Se descarta entonces su aplicación al objeto del presente.

aceptar mayor número de asuntos que el que puede holgadamente defender, pues ni el cúmulo de trabajo, ni la escasa importancia de la causa, ni ninguna otra consideración podrían excusar su negligencia, su morosidad o su abandono. En resumen, debe ejercer su ministerio a conciencia" (art. 21). Al respecto, en la Provincia de Buenos Aires los abogados juramos no aconsejar ni defender causa que no sea justa, según su conciencia (art. 8 de la ley 5177) existiendo normas similares en otras provincias, lo que indica el criterio selectivo, personal y no masivo del ejercicio de la profesión. Tan evidente resulta que están fuera de prestar servicios masivos que hasta para efectuar cualquier anuncio publicitario respecto de su profesión tienen limitaciones éticas en efecto con el ejemplo de la cita a González Sabathié, *"El abogado debe evitar escrupulosamente la solicitud directa o indirecta de la clientela, absteniéndose de toda publicidad sospechosa o excesiva. Al sólo efecto de dar noticia de su dirección y teléfono, horas de consulta o especialidad, puede publicar avisos en los periódicos: en tal caso no debe hacerlo de un modo demasiado llamativo o en formato de gran tamaño, limitándose a emplear el tipo general o corriente de texto y superficie, tanto mejores cuanto más discreto aquél y más reducida ésta. Los grandes avisos, las circulares cuyo texto no se circunscriba a las menciones más arriba expuestas, son contrarios a la profesión"* (art. 8°) lo que indica la cautela en estandarizar el servicio profesional o de alcanzar un público indiscriminado, una norma semejante se prevé en el Código de Ética para la Abogacía del Mercosur aprobado por la COADEM. En sentido semejante lo disponen las normas de Ética aprobadas por el Consejo Superior del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (art. 25 inc. 7), arts. 1, 3, 13 punto I, 14 punto II, 17 punto y en especial el artículo 10 que establece: *"Dentro de las normas del artículo precedente, el abogado tiene libertad para aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, (...) No debe aceptar asuntos en que haya de sostener tesis contrarias a sus convicciones, aunque, excepcionalmente, podrá aducir una tesis contraria a su opinión dejando claramente a salvo ésta, si aquélla fuere ineludible por virtud de ley o de la jurisprudencia aplicable. Debe, asimismo, abstenerse de intervenir, cuando no esté de acuerdo con el cliente en la forma de realizar la defensa, o cuando una circunstancia de parentesco, amistad u otra cualquiera, pudiera afectar su independencia. En suma, el abogado no debe hacerse cargo de un asunto sino cuando tenga libertad moral para dirigirlo o atenderlo."*

La atención personalizada que se opone a masivo. La tarea del profesional abogado referida a los servicios que presta, se describe con claridad en las normas que se toman de base para la remuneración también citada en las reglas éticas de González Sabathié, citadas (art. 31): *"En la consideración de los servicios que deben ser retribuidos, recomiéndase tener en cuenta, si es posible, en forma separada: a) Las actuaciones esenciales establecidas por la ley para el desarrollo del juicio en las distintas instancias, b) Las actuaciones de prueba, c) Las actuaciones de trámite, d) Los incidentes ocasionales, e) Los trabajos fuera del expediente: conferencias, consultas, correspondencia, gestiones diversas, etc."* La tarea del abogado se desarrolla en forma personal, metódica, analítica, en modo alguno estandarizada, masiva, esto se atestigua en uno de los mandamientos del Abogado del célebre jurista Eduardo Couture: *"ESTUDIA: El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado"*. **Prístino resulta que en modo alguno los servicios que prestan los abogados son de consumo masivo.**

El despacho jurídico en modo alguno es una sala de cine, un bar o supermercado sino un lugar reservado al ejercicio de una profesión liberal tutelada por la Provincia a la que pertenece a través del Colegio respectivo en la que debe prestarse un servicio, individual y personalizado.

Es más, si bien esto no es lo que define la cuestión, ni siquiera constituye una prestación de consumo. En efecto, más se enfatiza la exclusión de ser prestadores de servicios de consumo masivo que, además se encuentran fuera del alcance de “consumo” de la ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240, B.O. 15/10/93, no derogada por la Ley N° 26.994, B.O. 08/10/14, que aprobara el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación). En efecto, la misma excluye expresamente de la noción de “proveedor” y, consecuentemente, del ámbito de aplicación personal y material de la ley, a los profesionales liberales, disponiendo que *“No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por los colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello,”* (art. 2, párr. 2°).

De lo expuesto, se deduce que el ejercicio propio de la Abogacía es de carácter personal y no masivo, excluidos del mercado de consumo masivo.

De todo el análisis puede concluirse que **las prestaciones de servicio o las efectuadas en los términos de los mandatos concedidos con sus defendidos, realizadas por los profesionales abogadas/os en el ejercicio de su profesión no son de “consumo masivo” en los términos del art. 47, Dec. 1387/01, por lo que no están obligados a poseer terminales electrónicas P.O.S. a los fines de recibir el pago de los honorarios y demás retribuciones mediante tarjetas de débito bancarias y por ende tampoco el Organismo fiscal se encuentra facultado a exigírselo y a ejercer respecto de ellos las facultades emanadas del Dec. 1402/01.**

La exégesis de la norma que realizamos se condice, asimismo, con su finalidad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que en materia de hermenéutica jurídica corresponde atenerse a aquellos elementos de la ley que se conformen a las **razones que inspiraron al legislador en oportunidad de sancionar la norma** y a la **finalidad de su dictado**, criterio que adquiere singular relevancia en materia de normas impositivas (Fallos 302:429; 322:2321).

De todas las normas analizadas aplicables, conforme un análisis literal, lógico, teleológico y sistemático de las mismas conduce a concluir que los profesionales que ejercen la abogacía al prestar los servicios propios de su profesión cualquiera sea su condición frente al Fisco (responsable inscripto en el IVA o exento por el Régimen Simplificado) se encuentran fuera del ámbito de obligatoriedad del mandato referido a la exigencia del uso de *posnet* o terminal electrónica frente a AFIP.

Resulta fundamental que la profesión de la abogacía no se vea menoscabada con exigencias improcedentes que distraigan tan elevado rol de ser auxiliar de la justicia teniendo en cuenta que, a través de sus incumbencias constituye el medio para el pleno acceso a la justicia de las personas y del respeto irrestricto de sus derechos humanos básicos tutelados en tratados internacionales tuitivos de derechos humanos incorporados al derecho interno por la Constitución Nacional en su art. 75 inc. 22.