

PRODUCEN INFORME DEL ART. 4° DE LA LEY N° 26.854

Señor Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal:

Pablo R. Perchia, abogado (domicilio electrónico en 20253184605), en nombre y representación de la demandada Estado Nacional, en los autos caratulados **"Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/Estado Nacional –Consejo de la Magistratura y otros s/Proceso de conocimiento"**, constituyendo domicilio conforme lo dispuesto por el Código Procesal, en la calle Sarmiento N° 319, 10° piso (Dirección General de Asuntos Jurídicos) y con el patrocinio letrado de Norberto S. Bisaro (C.S.J.N., Tomo 10, Folio 41);

A V.S. nos presentamos y respetuosamente decimos:

I

PERSONERIA

De conformidad con lo que acreditamos mediante la copia debidamente firmada de la Disposición Ss.C. N° 225/15 que acompañamos, sobre cuya vigencia y autenticidad prestamos juramento de ley, hemos sido designados para representar al Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional y Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación) en juicio y, en tal carácter, tenemos amplias facultades para intervenir en estas actuaciones.

II

OBJETO

En legal tiempo y forma –el Estado Nacional fue notificado mediante oficio el día 20/10/17- y en cumplimiento de las instrucciones que nos fueron impartidas, venimos a producir el informe solicitado en los términos del artículo 4° de la Ley N° 26.854, y a propiciar el rechazo de la medida cautelar peticionada por la parte actora.

III

LA PRETENSIÓN DE LA ACTORA

La "Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional", solicita a V.S. que se "*despeje la incertidumbre provocada por la mención contenida en el artículo 5 de la ley 27.346, que sustituye el inciso a) del artículo 79 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997), incorporando al gravamen a las rentas derivadas: a) Del desempeño de cargos públicos nacionales, provinciales, municipales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sin excepción, incluidos los cargos electivos de los Poderes Ejecutivos y Legislativos. En el caso de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación y de las Provincias y del Ministerio Público de la Nación, cuando su nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017, inclusive.*

En tal orden de ideas, peticiona que... se declare que el concepto de nombramiento utilizado en la disposición legal debe entenderse como 'ingreso al Poder Judicial de la Nación' y se tome como fecha de tal ingreso la correspondiente a las designaciones que hubiera recibido para desempeñarse en dicho Poder y respecto de quienes ocurrieran a concursos sin pertenecer al Poder Judicial o al Ministerio Público desde la fecha de presentación de los postulantes en los concursos convocados para llenar vacantes existentes en su estructura, todo ello en mérito a las consideraciones de hecho y derecho", que la actora expone.

La demandante solicita se decrete medida de no innovar y "*se ordene a los encargados de las Administraciones del Consejo de la Magistratura y de los Ministerios Públicos de la Nación, abstenerse de retener suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias con base en las disposiciones de la ley 27.346 y la Ley de Impuesto a las Ganancias modificada por ella, hasta tanto se dicte la reglamentación que expida las instrucciones necesarias para comprender exactamente los términos utilizados en el instrumento legal que deberán coincidir con el criterio más arriba expresado, bajo riesgo de convertirse en una reglamentación que vulnera el espíritu de la ley y realiza una hermenéutica del texto legal que contraría disposiciones constitucionales y garantías de igual jerarquía a sus destinatarios*".

IV

CON CARÁCTER INTRODUCTORIO

Hemos transcripto deliberadamente lo expresado por la Asociación actora, bajo el entendimiento de que, en sus aspectos básicos, incurre en

contradicción flagrante, que inhibe al Tribunal de acceder a la medida precautoria solicitada.

1) La demandante solicita una medida de 'no innovar'. Vigente la ley, a cuyo texto expreso responden los encargados de las Administraciones del Consejo de la Magistratura y del Ministerio Público de la Nación, la orden de abstenerse de retener suma alguna en concepto de impuesto a las ganancias, importa innovar y no lo contrario.

Ello resulta con total evidencia en los casos incorporados por la demanda, de aquellos que acudan a concurso sin pertenecer al Poder Judicial o al Ministerio Público; quienes, por ello, han estado (o no) sujetos al gravamen, pero según sus particulares circunstancias y lo legislado en relación con ellas y no eximidos de su pago por su pertenencia al Departamento Judicial o al Órgano del artículo 120 de la Constitución Nacional.

Teniendo en consideración el carácter restrictivo de cualquier medida requerida para producir efectos novativos, determinar la naturaleza de la que en autos resulta materia de escrutinio, constituye una cuestión que adquiere significativa relevancia.

2) En el Capítulo III de la demanda ("Antecedentes"), la accionante se refiere al Proyecto aprobado por la Honorable Cámara de Diputados, cuyo artículo 3° decía, que constituyen ganancias de cuarta categoría, las provenientes de "*los magistrados con ingreso al Poder Judicial o al Ministerio Público posterior al 1° de enero del año 2017*".

Más adelante alude a la opinión del diputado Luciano Laspina, quien sobre el punto sostuvo: "*Hemos dado un paso muy importante en función de un reclamo de toda la sociedad que sentía que existía una enorme injusticia por el hecho de que los jueces de nuestro país no tributaban impuesto a las ganancias. Entonces a partir de ahora, los nuevos jueces y empleados del Poder Judicial que se incorporen van a pagar impuestos a las ganancias como el resto de los argentinos*".

E inmediatamente concluye: "*Parece evidente que solo por razones literales se modificó el criterio 'ingreso' por el 'nombramiento, con el obvio propósito de acceder al mismo significado, es decir, con permitir que las personas que fueran ingresando al Poder Judicial de la Nación debieran tributar el impuesto a las ganancias generando así la inclusión progresiva de todo el estamento judicial*".

Solo la autoridad moral y técnica de quienes intervienen en la demanda y la relevancia institucional de su representada, nos inhibe de señalar con la rigidez que amerita la incompatibilidad conceptual entre la descripción de las modificaciones, las razones expresadas por los legisladores y el resultado al que la actora aspira. Expresa, poco menos, que por razones literales se transformó el término '*ingreso*', por el vocablo '*nombramiento*', con el obvio propósito de que se entienda este último como "*ingreso*". Con lo que, si nada menos que en la redacción de una ley y con la presunción de la que se encuentra dotada, se modifica una expresión para que conserve el verdadero espíritu de lo modificado, el cambio aparecerá solo como un tributo al refinamiento en la técnica legislativa ("*razones literales*", dice la demanda), suponiendo que el término '*nombramiento*' resulte más elegante que '*ingreso*'.

En relación con las expresiones del señor Diputado Laspina, la actora enfatiza el tramo en el que alude a los jueces y empleados del Poder Judicial, aplazando la significación del que lo hace sobre "*el reclamo de toda la sociedad que sentía que existía una enorme injusticia*"; uno de los aspectos que constituye el interés público al que comprometería el éxito –ni siquiera sospechado- de la medida cautelar pedida. Va de suyo, además, que del trecho resaltado no resulta comprobable que se refiera a la aplicación progresiva del tributo, salvo en las condiciones expresadas por la ley.

3) Enlazado con los aspectos anteriores, surge claro que no existe sinceridad en la elección de la vía. Es así, porque no nos hallamos frente a una situación opaca susceptible de ser aclarada despojándola de lo que turba su transparencia. La Asociación demandante reconoce y adquiere rectamente el significado y alcance del término "*nombramiento*"; pero, como discrepa con él, opta por enredarlo con el término "*ingreso*" y considerar que el espíritu de la ley se halla en un proyecto frustrado y no en la ley misma.

No parece que el texto de la norma haya sumido en la confusión y el desconcierto a quien acude al tribunal con requerimientos de precisión y transparencia. Por lo menos, no es la conducta de quien demanda "*comprender exactamente los términos utilizados en el instrumento, que deberán coincidir con el criterio expuesto más arriba, bajo riesgo de convertirse en una reglamentación que vulnera el espíritu de la ley y realiza una hermenéutica del texto legal que contraría disposiciones constitucionales y garantías de igual jerarquía a sus destinatarios*". No aparenta la necesidad de requerir un tribunal que despeje la incertidumbre, quien afirma –como lo hace la Asociación peticionaria- que optar por lo que dice el texto de la ley, importará, además,

realizar una interpretación *“antojadiza y contraria a los antecedentes que califican su sanción, al principio de igualdad constitucional y al respeto a la voluntad del legislador y el espíritu del precepto sancionado”*. Resulta menos significativo considerar que su interpretación literal padece de la contaminación que le reprocha la actora –opinión que se derrumba por sí misma-, que el intento solapado de vestir como una acción declarativa de certeza, lo que constituye un cuestionamiento a la validez constitucional de la norma.

La propuesta consiste en ofrecer al tribunal, la elección entre lo que la ley dice y lo que la actora quiere que la ley diga, instalando en el centro mismo del dilema, la conveniencia de un veredicto favorable al segundo término de la falsa opción, ya que escoger uno sobre el primero, implicará la ristra de calamidades que augura.

El examen de este aspecto, coloca al planteo en los umbrales mismos de la “ausencia de caso judicial”.

4) Falta de Caso. La Asociación demandante pide que *“se despeje la incertidumbre provocada por la mención contenida en el artículo 5 de la ley 27.346, que sustituye el inciso a) del artículo 79 de la Ley de Impuestos a las Ganancias (t.o. 1997)...”*. Hemos visto, tal vez con exagerada reiteración, que la interpretación propuesta oscila entre lo que la ley expresa (*“nombramiento”*), y lo que aquella dice que el vocablo nombramiento significa: *“ingreso”*.

El artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación, prescribe que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*.

Por supuesto, que haber otorgado preeminencia interpretativa al sentido de las palabras contenidas en la norma, obedece a que debe presumirse que dichas palabras han sido escogidas por el legislador, en forma reflexiva, voluntaria y deliberada, para que resulten la plena expresión de su voluntad a la hora de legislar, y por haber considerado que las mismas son las que mejor expresan la regla que la ley establece. Es doctrina pacífica y reiterada del más Alto Tribunal, que no puede presumirse la inconsecuencia del legislador.

En este aspecto, las palabras contienen significados distintos, y -sin perjuicio de ello-, no podrá soslayarse –desechado el insólito supuesto de la fecha propuesta para los postulantes en los concursos convocados para llenar vacantes existentes en la estructura del Poder Judicial- la complejidad del

nombramiento de los jueces, mediado desde la elevación de la terna al Poder Ejecutivo, por la elección del candidato, su aprobación por el Honorable Senado de la Nación y su designación por decreto.

La finalidad de la ley consiste en dar respuesta a un reclamo de la sociedad, que percibe a la exención fiscal como una decisión injusta e inequitativa. Para la accionante, ese propósito –atendido con menguada atención- resulta frustrado, porque el proyecto que marca el verdadero espíritu de la ley es el que fue sustituido por el legislador, que la sancionó según los términos que tan duramente la Asociación reprocha. Vemos entonces, que en el armado de la confusión precisada en el capítulo anterior, se escurre la posibilidad de esclarecer lo que en el ámbito de la jurisdicción no hay margen para realizar, sin penetrar con agravio constitucional en las competencias del Congreso de la Nación.

Por eso, la demanda de una medida cautelar, la que, con el marco de un proceso de conocimiento amplio, garantizaría *'sine die'* la inhibición de los efectos de la ley, no obstante los límites establecidos por la ley N° 26.854.

La norma que regula la protección cautelar en las causas que interviene o es parte el Estado Nacional, supone la preexistencia de una causa, caso o controversia judicial (art. 116, Constitución Nacional y 2° de la ley 27).

En congruencia con el art. 116 de la Constitución Nacional y recogiendo la consolidada jurisprudencia del Alto Tribunal en esta materia (CSJN, "*Thomas, Enrique c/ E.N.A. s/ amparo*", cons. 7°, del 15-6-2010; "*Iannuzzi, Mario c/ Entre Ríos, provincia de y otro (Estado Nacional) s/ medida cautelar autónoma*", del 21-10-2008), el legislador estableció de modo expreso que el caso, causa o controversia es un *presupuesto habilitante* para el despacho de una medida cautelar en sede judicial, cualquiera sea su contenido o continente. De consiguiente, la ausencia de una causa o caso contencioso cancela, *ab initio* el ejercicio de la jurisdicción asegurativa por parte del tribunal.

La "*causa*" o "*caso*" contencioso es el presupuesto consagrado por la Constitución Nacional para incitar el ejercicio de la función jurisdiccional atribuida al Poder Judicial de la Nación.

Para la jurisprudencia clásica de nuestro Máximo Tribunal "*caso*" es *aquel en el que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas* (Fallos 156:318, cons. 5). En esta misma línea, se sostuvo que el caso contencioso concierne a situaciones en las que se pretende, de modo efectivo, la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que

debe estar fundado en un interés específico, concreto y atribuible al litigante (Fallos: 324:2381, entre otros).

Como correlato, queda descartado por ausencia de caso, el control judicial de la mera legalidad de una disposición constitucional, legal o reglamentaria (CSJN, Fallos 332:111, "*Halabi*", del 24 de febrero de 2009, cons. 9º). Asimismo, tempranamente el Tribunal se declaró incompetente para conocer consultas u opiniones (Fallos 2:254).

Subrayamos que el objeto de la acción, consiste en "*despejar la incertidumbre creada*"; recelo que no existe en ninguna de las partes, porque nuestra representada ha de aplicar la ley, tal como su texto dispone; la actora, en cambio -según sus propias expresiones-, alega que aplicarla tal como se concibió, la ley "*implicaría afectar la carrera judicial*", el "*principio de igualdad constitucional, el respeto a la voluntad del legislador y el espíritu del precepto sancionado*". Es decir, que no demanda la disipación de una duda, sino que lo hace con aquello que deliberadamente omite pedir; la tacha de invalidez constitucional.

En palabras de la propia demandante, "*la pretensión declarativa de inconstitucionalidad se distingue de la pretensión declarativa de certeza en cuanto a que mientras que en esta última la incertidumbre existe en la medida en que una situación o el alcance de una norma resultan oscuras y no es posible superar la hesitación que provocan, en la acción de constitucionalidad aquello sobre lo que no está seguro es si una determinada norma o una situación jurídica es o no acorde a la Constitución Nacional*".

Antes, al abundar sobre la necesidad de una norma que disponga las condiciones de aplicación de la ley, expresa que el reglamento deberá expedir las instrucciones necesarias para comprender exactamente los términos utilizados en el instrumento legal, "*que deberán coincidir con el criterio expuesto más arriba, bajo riesgo de convertirse en una reglamentación que vulnera el espíritu de la ley y realiza una hermenéutica del texto legal que contraría disposiciones constitucionales y garantías de igual jerarquía a sus destinatarios*".

La Asociación actora, inicia acción declarativa de certeza para esclarecer el lado oscuro de la norma; es decir "*el que no logra superar la hesitación que despierta*". Pero, el contenido de la demanda demuestra, que en tanto una interpretación distinta a la que propone importará comprometer gravemente

principios constitucionales, la incertidumbre ha sido holgadamente superada, e insustancial y desprovista de todo interés la declaración intentada.

Habiendo impugnado bajo ese atuendo la validez constitucional de la norma que genera la imposición "*cuando el nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017*", va de suyo que no existe certeza a declarar, porque solo se la cuestiona –como lo hace la demandante– cuando se evalúa su compatibilidad en la estructura constitucional; es decir, cuando la certidumbre sobre contenido y alcance, permite el cotejo con ella.

Finalmente, comprobamos que la peticionaria reclama al Tribunal, una declaración que determine los alcances de la voluntad expresada por el legislador, cuya validez dependerá de la elección que la sentencia realice. Una opinión, definitivamente extraña a la formación de un caso judicial, que sustituya con orientación marcada, la voluntad expresada por el Congreso de la Nación al sancionar la ley. Este aspecto pone de relieve, la omisión de convocar al autor de la presunta turbiedad, para integrar la relación procesal y proveerla de las razones por las cuales expresó, lo que a la demandante disgusta.

5) Mención aparte corresponde realizar sobre los Dres. Santiago José Martín, Silvina Andrea Bracamonte y Marcelo Gota, quienes –paradójicamente– luego de ser nombrados (en el año 2017) se consideran afectados por la correcta y clara aplicación de la Ley N° 27.436, y sostienen que "...esa obligación debe ser objeto de una regulación legal razonable".

Estos magistrados, designados mediante Decretos Nros. 558, 556 y 547 respectivamente, todos de fecha 25 de julio de 2017, al igual que todos aquellos magistrados designados durante el corriente año, han realizado oportunamente sendas manifestaciones escritas en la órbita del Consejo de la Magistratura, del Honorable Senado de la Nación y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en ocasión de sustanciarse el proceso complejo de nombramiento en los cargos que hoy desempeñan. Allí expusieron conocer la obligación impuesta por la referida Ley, y manifestaron expresamente su voluntad de pagar lo que por derecho corresponde, a tenor de la norma antedicha, dado que claramente ellos resultan sujetos alcanzados por el impuesto a las ganancias, sin necesidad de ninguna reglamentación complementaria.

Por ello, sorprende ahora la conducta asumida por los citados magistrados, que pretenden sumarse a la presentación de la Asociación actora para eludir su obligación legal, la que resulta a todas luces incuestionable, y por demás razonable, máxime si se tiene en cuenta las significativas remuneraciones que perciben los magistrados, quienes deben contribuir -al igual que todos los ciudadanos– al sostenimiento del sistema, mediante el pago de los impuestos y contribuciones que las normas determinan.

Surge a las claras que la reforma introducida por el artículo 5° de la Ley N° 27.346 tiene por objeto restablecer el criterio de la igualdad, que es la base de las cargas públicas (artículo 16 de la Constitución nacional), fijando el legislador -sin hesitación alguna- que dicha obligación de contribuir con el impuesto a las ganancias alcanza a los magistrados cuando su **nombramiento** hubiera ocurrido a partir del año 2017, inclusive.

Es decir, que resulta plenamente aplicable a la situación jurídica de los nombrados la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que preconiza que el sometimiento voluntario, y sin reserva, a un determinado régimen jurídico, impide su ulterior impugnación o cuestionamiento, toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una conducta anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (Fallos, 322:523; 325:1922; 326:417; 326:2675; 327:2905; 331:901; entre muchos otros).

La aplicación de ese inveterado principio jurídico, tan claramente plasmado en la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, debe sellar la suerte de la pretensión de los reclamantes, en un sentido adverso al que ellos han sostenido sin sustento jurídico alguno.

6) Tal como ya ha sido adelantado precedentemente, resulta insólito e inaceptable lo pretendido por la Asociación actora, respecto de la fecha que debería considerarse "nombramiento" para los postulantes que no pertenecen al Poder Judicial o al Ministerio Público, al entender que para ello "se considere la fecha de presentación de los postulantes".

Es irrisorio considerar que la mera inscripción en un concurso otorgue al inscripto el derecho a no pagar impuestos futuros. Durante el proceso complejo de nombramiento que debe transitar un concursante antes de ser designado en la magistratura, bien pueden ocurrir diversas variables en lo que hace a la remuneración del cargo que deben alcanzar a todos los magistrados que aun no estén nombrados.

Como ya se expuso, la voluntad del legislador fue que los magistrados cuyo nombramiento ocurra a partir del año 2017, tributen ganancias. El hecho de haberse anotado o inscripto en un concurso con anterioridad a ese año no puede ser argumento válido para sortear dicha carga, ya que ello no otorga a los concursantes ningún "derecho adquirido". De no estar de acuerdo, bien podrían los postulantes desistir de su participación en el concurso, antes de que ocurra el nombramiento.

Existe un derecho adquirido cuando, bajo la vigencia de una ley, el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales allí previstos, para ser titular de un determinado derecho. Desde esta perspectiva, no resiste el menor análisis el planteo de la actora: El inscripto o "anotado", a la fecha de presentación, aun no ha cumplido los actos y condiciones para ser titular del derecho a ser magistrado, dado que no solo no ha sido "nombrado" (que es lo que la Ley N° 27.346 exige para determinar el pago del tributo en cuestión), sino que ni siquiera ha realizado los exámenes

técnicos y teóricos correspondientes, las entrevistas pertinentes, no ha sido propuesto por el Poder Ejecutivo ni mucho menos cuenta con el Acuerdo del Honorable Senado de la Nación que la Constitución exige para estas designaciones.

Los derechos adquiridos son los "incorporados irrevocablemente al patrimonio del adquirente, diferenciándolos de las simples expectativas o simples esperanzas" (Ismael Farrando y otros, "Manual de Derecho Administrativo, Depalma, Bs. As. 1996, pág. 243).- Carece de todo fundamento sostener que los concursantes -desde el momento de la inscripción- han incorporado a su patrimonio el derecho a ser magistrado, y por ende, no tributar ganancias. Siguiendo la doctrina referida, el mero hecho de inscribirse solo otorga a los "anotados" simples expectativas, las que de ningún modo pueden generar una interpretación del artículo 5º de la Ley antes citada, tal como pretende la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y los otros actores antes citados.

Así lo ha entendido nuestro máximo Tribunal de Justicia, el que ha sentado una clara doctrina en el sentido que nadie puede alegar la existencia de un derecho adquirido si previamente no ha cumplido todos los actos, requisitos formales y condiciones sustanciales para ser titular de una situación individualizada e incorporada a su esfera jurídica; recién allí, una vez cumplidos en su totalidad los extremos que requiere el ordenamiento jurídico, puede preconizarse la existencia de un derecho inalterable, incorporado al patrimonio del interesado (Fallos, 326:417; 335:1348; entre muchos otros).

Pero en tanto no se conjuguen en su totalidad los extremos tanto formales como sustanciales que las normas exigen para la adquisición de un derecho, la situación jurídica preexistente puede ser modificada por las nuevas normas que se incorporen al ordenamiento. Nadie puede invocar un agravio al respecto ya que nuestro sistema jurídico no reconoce, ni admite, el derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos; ni tampoco a su inalterabilidad, pues ello conllevaría el inadmisibles postulados de la inamovilidad y la cristalización del sistema jurídico, incompatible con la evolución de la sociedad y sus instituciones (Fallos 329:976; 339:245; entre muchos otros).

En el caso, como se ha dicho, la mera inscripción a los efectos de la participación en un proceso de selección para la cobertura de cargos vacantes de la magistratura no es fuente generadora sino de una mera expectativa.

Esta última, no es susceptible de ser erigida en la fuente de ningún derecho adquirido a la luz de los criterios jurisprudenciales precedentemente reseñados, toda vez que recién podrá establecerse la existencia de derecho a un determinado status, una vez concluido el procedimiento complejo -con intervención de distintos órganos constitucionales-, necesario para ser investido del cargo de magistrado.

Desde antiguo el Alto Tribunal de Justicia de la Nación ha entendido que en materia impositiva el concepto de igualdad ante la ley -en particular ante las cargas-, propio de un sistema republicano de gobierno como el adoptado por nuestro país (conf. arts. 1º y 16 de nuestra Constitución), queda a salvo cuando

en condiciones similares o análogas se imponen gravámenes iguales a los contribuyentes (Fallos 153:111).

En una sociedad que exhibe vastos sectores sociales con necesidades básicas insuficientemente satisfechas, cuya atención es insoslayable para el Estado, el planteo destinado a que se extienda una suerte de inmunidad tributaria a potenciales miembros futuros de la Magistratura, por el mero hecho de que su inscripción en los procesos de selección haya tenido lugar antes de la fecha a partir de la cual el gravamen ha sido legalmente establecido para quienes sean nombrados de allí en más, importa claramente la pretensión de consagrar un privilegio corporativo contrario a los ya citados principios constitucionales.

V

INTERÉS PÚBLICO COMPROMETIDO

a) Concepto y titularidad en la defensa del Interés Público.

Tratándose de pretensiones cautelares en las que interviene el Estado Nacional, cobra especial relevancia la *"no afectación del interés público"*. Por ello, parece adecuado exponer algunos conceptos respecto del requisito exigido por el artículo 13, inciso 1º, apartado d) de La ley 26.854.

En efecto, si bien la exigencia de no afectación del interés público fue incorporada recientemente en la norma citada, con anterioridad ya era considerada por nuestro más Alto Tribunal como requisito ordinariamente exigible para la admisión de toda medida cautelar (*"Astilleros Alianza"*, Fallos 314:1209, cons. 7 in fine; ídem, *"Enrique Arizu"*, sent. del 28/11/85, cons. 2º, in fine; *"Electrometalúrgica Andina SAIC c/EN _DGI"*, res. del 10/08/95, cons. 6º, ED 172-606").

Siguiendo a autorizada doctrina, se ha definido el *"interés público"* como *"el acto prudencial del gobernante ejercido acorde a las modalidades propias de sus respectivas funciones estatales atribuidas según el orden de reparto instituido por la Constitución, determinando entre varios medios el más idóneo para la consecución del bien común"*.

"El interés público... en cuanto juicio prudencial relativo a los medios para la construcción y cuidado del bien común, se especifica en cada órgano supremo del Estado, acorde a la peculiaridad de cada función" (Dr. René M. Goane, *"Estado, Bien Común e Interés Público"* en *"El Derecho Administrativo Argentino Hoy"*, Editorial Ciencias de la Administración –División Estudios Administrativos- págs. 36 y siguientes, publicación septiembre 1996).

De esta manera, la "...no afectación del interés público' como concepto jurídico procesal se vincula con la noción de intereses comunes de los miembros de la comunidad que resultan de impostergable satisfacción". Para determinar su presencia en una situación concreta y luego de verificar que en el caso están reunidos los presupuestos de procedencia de la cautela (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), el tribunal deberá comprobar si la providencia cautelar petitionada producirá o no, previsiblemente, una lesión -supresión o restricción- cierta y directa sobre los intereses personales comunes y los colectivos tutelados concretamente por el ordenamiento en el cual se encauza la actuación cuestionada, como consecuencia inmediata de la pérdida de eficacia de un acto, reglamento o ley (...) La llave maestra que definirá si, en el marco del proceso cautelar, hay o no afectación sobre el interés público es la claridad y urgencia con que éste debe ser satisfecho". (Julio R. COMADIRA, "Medidas cautelares e interés público", pp. 337-338).

b) La afectación del interés público.

Subrayamos: "Se vincula con la noción de intereses comunes de los miembros de la comunidad que resultan de impostergable satisfacción".

1) Los puntos que en el capítulo tratamos, han sido materia de escrutinio durante el curso de esta contestación, sin perjuicio de lo cual, la determinante relevancia de los mismos -con el fin de que la ley 27.346 cumpla su cometido y dé satisfacción a los intereses del conjunto de la sociedad-, nos predispone a resaltarlos:

* El concepto de "nombramiento" que prevé la ley, debe asociarse necesariamente al proceso complejo que debe llevarse a cabo para la designación de los magistrados (intervención del Consejo de la Magistratura, elevación de la terna al Poder Ejecutivo de la Nación, elección de un candidato surgido de la misma, acuerdo del Honorable Senado de la Nación y nombramiento por el Poder Ejecutivo). Por lo tanto, el "nombramiento" debe incluir siempre e indefectiblemente, el acuerdo del Senado. Precisamente la complejidad del proceso, la naturaleza de quienes en cada etapa lo conducen y el instrumento de designación, establecen las características que lo distinguen de los que el agente pudo recibir antes, durante su carrera judicial.

* La pretensión de la actora, consistente en que el "nombramiento" de quienes provienen de la carrera se retrotraiga a la oportunidad del ingreso, generaría profundas injusticias con los otros abogados postulantes, ajenos a la

estructura del Poder Judicial. Éstos, designados, deberán atenerse al texto de la norma.

* Considerar que el hecho de inscribirse en un concurso genere la expectativa de no pagar el impuesto en caso de "*nombramiento*", constituye una reflexión carente de todo fundamento jurídico.

* Los postulantes aceptan las condiciones del concurso y se someten voluntariamente a su régimen. Si aquellas no se ajustan a sus perspectivas, confianzas e intereses, seguramente tendrán la opción de declarar su participación.

2) Como antes expresamos, V.S. deberá comprobar si la providencia cautelar producirá o no una lesión cierta y directa sobre los intereses tutelados por el ordenamiento dentro del que se encauza la actuación cuestionada; y no parece que el entuerto a las inquietudes sociales a las que la ley intenta satisfacer –es decir, el progresivo saneamiento a lo que percibe "*como una situación de injusticia que, a nuestro entender, debe ser solucionado*" (de la demanda, atribuido a uno de los diputados), y la obstrucción a la ejecución del instrumento concebido para ponerle fin-, deje incólume el interés público que la norma en cuestión tutela, y la sentencia cautelar nunca debe afectar.

Según el análisis jurídico del dictamen SAJ N° 1707/2017 (Consejo de la Magistratura – Poder Judicial de la Nación –Secretaría de Asuntos Jurídicos-, del 10 de octubre de 2017), "*la ley 27.346 sancionada por el Poder Legislativo el 22 de diciembre de 2016 y promulgada por el Poder Ejecutivo mediante Decreto 1307/2017 de fecha 27 del mismo año, reformó el artículo 79 de la Ley de Impuestos a las Ganancias estableciendo que son ganancias de cuarta categoría las de los "Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación y de las provincias y del Ministerio público de la Nación cuando su nombramiento hubiera ocurrido a partir del año 2017, inclusive"*.

Dicha ley resulta ser una ley de orden público y operativa, en virtud de que no requiere de ley o reglamentación alguna para su aplicación, sumado a que, a todo evento, introduce modificaciones al régimen ya establecido por la Ley de Impuesto a las Ganancias –Ley 20.628, conforme Texto Ordenado por el Decreto 649/1997-, la cual posee un decreto reglamentario –cfr. Decreto 1344/98 de fecha 19 de noviembre de 1998- que se encuentra plenamente vigente y es de corriente aplicación como es de público conocimiento.

En virtud de ello, es que hasta tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación no se expida sobre la misma, o el Poder Ejecutivo Nacional, no dicta un

decreto reglamentario, existe un mandato legal que debe ser cumplido y aplicado, correspondiendo dicha obligación al Consejo de la Magistratura de la Nación conforme lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 24.937...

En este contexto, es que a través de la Dirección General de Administración y Finanzas, y la Dirección General de Recursos Humanos, se han delineado pautas para la aplicación de la ley en el ámbito del Poder Judicial, a fin de dilucidar principalmente el alcance del término "nombramiento" previsto en el art. 79 de la ley 27.346, resultando los siguientes:

a) en cuanto a los agentes alcanzados, serían aquellos que ingresen al Poder Judicial en el año 2017, a excepción de aquellos cuya resolución de designación fuera de fecha anterior al 1º de enero, de acuerdo al límite temporal fijado por la norma; y los magistrados nombrados en el transcurso del año 2017, independientemente de que se hubieran desempeñado en el Poder Judicial de la Nación con anterioridad a esa fecha, ya que a diferencia de los ascensos en la carrera, el nombramiento como magistrado depende de una decisión del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, lo que se entendió que constituye un nombramiento en los términos de la ley 27.346".

Los puntos b) y c) del mencionado dictamen, se refieren a los rubros alcanzados y a las deducciones aplicadas a los efectos del cálculo, que no constituyen materia de debate en autos.

En este escenario, no resulta dudoso que el asesoramiento da respuesta a la mayoría de los temas controversiales incorporados a la demanda; entre ellos, las razones por las cuales la ley se aplica antes de su reglamentación, y el "nombramiento", a los fines del pago del tributo por los nuevos jueces, se interpreta tal como lo ha hecho el Consejo de la Magistratura.

La ley, según su texto y su espíritu, verbalizado en el recinto por los diputados a los que alude la propia actora, da satisfacción al emplazamiento del conjunto de la sociedad, que reconoce en la exención, el tratamiento desigual que desborda la garantía de la irreductibilidad de la remuneración de los jueces, como condición de la independencia del Poder que integran, y que lesiona la garantía de igualdad ante las cargas que consagra el artículo 16 de la Constitución Nacional.

Precaverse de su aplicación, obstruyendo el instrumento legal que además de deconstruir el exceso, aportará al erario la suma de la recaudación del tributo de los nuevos contribuyentes, afectará –sin que su justificación

demande esfuerzo discursivo alguno- el interés público. También por esa razón, V.S. deberá desestimar la medida cautelar pedida.

VI

LA PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD Y EL INTERÉS PÚBLICO

En este orden de ideas, debemos destacar que la presunción de legitimidad de la actividad de los Poderes Públicos sustenta la existencia misma del Estado Constitucional de Derecho; de ahí la gravedad que constituye la solapada impugnación realizada mediante la presunta oscuridad de la norma. Así lo ha entendido reiteradamente nuestro Más Alto Tribunal (conf. CS junio 1992, La Ley, 1993-A, 546; abril 93 La Ley 1993-D, 118).

A través de esta premisa, se supone que la actuación del Congreso de la Nación, se llevó a cabo en armonía con el ordenamiento jurídico. La raíz ética y ontológica de esta presunción parte de la concepción de que el bien común es la causa final de la existencia y obrar del Estado.

De no existir esta directriz, toda la actividad administrativa y legislativa del Estado sería en principio cuestionable, aunque la legitimidad fuera patente. De esa forma, se obstaculizaría gravemente el cumplimiento de los fines públicos, al anteponer los intereses individuales o de grupos, al interés colectivo o social; en definitiva, al interés público. En esto consiste, según el criterio de esta representación, la propuesta de la accionante.

En la especie, no se advierte razón alguna que habilite a V.S. a proceder contra la presunción de legitimidad de que gozan los actos emanados de autoridad pública competente y, por ende, a suspender sus efectos.

La actora parece olvidar que el interés público no se presenta como un concepto abstracto, sin definición y pasible de ser completado por cualquier gobierno. Por el contrario, tiene sustento normativo, está dado por la Constitución, los tratados internacionales elevados al rango constitucional y las leyes. A partir de él, se salvaguardan las relaciones de disponibilidad, sustanciales para el desarrollo de la comunidad.

Así entendido, el interés público es vinculante para los tres poderes del Estado Nacional, en tanto resultan ejecutores del sistema jurídico destinado a la protección de bienes y valores de la comunidad, sustentado formalmente por la voluntad general.

Sin embargo, la demandante pretende lograr, a través de una tutela anticipada, una decisión jurisdiccional que suspenda los efectos de la Ley 27.346; pero lo hace, en el marco cognitivo acotado de una medida cautelar, posponiendo el debate de la acción principal.

Ninguna actividad desarrollada por el Estado Nacional, puede -en principio- ser tachada de inconstitucional; tampoco puede válidamente sostenerse que resulte equívoca, errónea, producto de la inconsecuencia del legislador, o que se encuentre viciada de ilegalidad.

Por otro lado, también debe repararse en que la medida cautelar no permite un debate suficiente en torno a la validez de los derechos cuestionados en el escrito de inicio, pues la cuestión lleva ínsita una complejidad que contrasta, en forma irreconciliable, con la celeridad que demanda la decisión sobre su procedencia, resultando indiscutiblemente inadecuada para dirimir la cuestión.

La suma de los argumentos aquí vertidos y la normativa citada, resultan motivo más que suficiente para solicitar a V.S. el rechazo de la cautelar solicitada.

-VII-

IMPROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR

a) Falta de acreditación de la verosimilitud del derecho

En el planteo de autos resulta evidente la falta de concurrencia de verosimilitud en el derecho; ello, toda vez que las expresiones de la contraria no resultan suficientes a los efectos de acreditar la concurrencia de indicios razonables y convincentes de ilegitimidad, susceptibles de autorizar, en el marco abreviado de conocimiento en el que nos encontramos, la procedencia de la pretensión incoada.

Es de toda evidencia que nos hallamos lejos de una petición fundada, emitida por quien sea titular de un derecho subjetivo concreto, en el marco de un caso, causa o controversia y es imposible desconocer que se acude a la judicatura a efectos de que por su intermedio se avasallen competencias y poderes ajenos.

La verosimilitud del derecho, es relacionada -en principio- con la existencia de un vicio notorio, de una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, o de una violación legal patente (CSJN, 28/11/1985, "Arizu, Enrique e Hijos S.A.

c/Pcia. de Mendoza”, Fallos: 307:2267; íd, 5/04/1991, “Recursos de hecho FOETRA Sindicato Buenos Aires”, Fallos 314:210 y JA 1991-III-360; 8/10/1991; íd, 8/10/1991, “Astilleros Alianza S.A.”, Fallos: 314:1202; CNFed., Cont., sala I, 8/06/1993, “Universal Carga SA”, LL 1993-E, 26; íd. 28/12/1990, “Video Cable Henderson SRL”, JA1991-II-639; Sala II, 12/01/1989, “Industrias Termoplásticas Argentinas SACIC c/ A.N.A. s/nulidad”; Sala III, 19/03/1987, Incidentes en autos “Eros SA”; íd, Sala IV, 4/10/1990, “Rhodas Cargo Service S.A”, en RAP 149:175).

La “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional”, demanda el esclarecimiento del sentido y alcance de la Ley 27.346, por generar dudas en relación con su aplicación. La incertidumbre fluye, según la demandante, porque el vocablo “nombramiento” remite a la fecha de “ingreso” a la carrera judicial o a la participación en los concursos.

En consecuencia no hay ni puede haber derecho verosímil, porque el objeto de la duda, por definición carece de verosimilitud.

Si la actora pide a V.S. que determine, si por “nombramiento” ha de entenderse la oportunidad en la que se nombra o la fecha de ingreso, solo cuando V.S. se expida en favor de uno de los términos de la disyuntiva (si lo hace), el resultado adquirirá o no, apariencia de buen derecho. Hasta entonces, no habrá relación jurídica alguna, susceptible de medición.

Además, no existe la posibilidad de que un el incumplimiento por la obligada, amerite su aseguramiento mediante el dictado de la medida precautoria. La acción declarativa de certeza carece de ejecutabilidad, porque los límites del esclarecimiento la descartan y la peticionaria puede reclamarla.

b) Peligro en la demora (art. 13, inciso 1º, apart. a):

Respecto del peligro en la demora, ha quedado demostrado que en autos se invierte el principio, existiendo un potencial dañoso grave en el caso de concesión de la medida. (Ver afectación del interés público).

La Ley 26.854 exige que *"se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior..."*. (art. 13, inc. 1º, apart. a).

La naturaleza de la acción y el objeto de la demanda, relegan la existencia de toda urgencia. No se advierte del contenido de la demanda, fundamentos válidos para sustentar la situación objetiva de “urgencia” que debe acompañar la tutela anticipada. Conforme ya lo expresamos, la presunción de

ilegitimidad sobre la actuación de un órgano estatal, con el marco de un Estado Constitucional de Derecho, predestina cualquier pronunciamiento cautelar a la frustración.

Al analizar el peligro en la demora el Máximo Tribunal alude a "*situaciones de peligro irreparable*" (CSJN, 25/11/1985, "Arizu", Fallos: 307:2267, cit), criterio que se ve reflejado en los pronunciamientos del fuero contencioso (CNCAF, Sala III, 11/10/1983 "Baiter S.A.", ED 107-419; CNCAF, Sala III, 16/08/1990, "Decege SA").

Lo que se presenta como la certidumbre de que la actuación del derecho necesariamente llegará tarde, debe ser contrastado con las graves consecuencias institucionales que llevaría a decidir prematuramente sobre el fondo de la cuestión, teniendo en cuenta que su especular identidad con la medida cautelar, constituye un obstáculo ineludible para la admisión de la última.

Respecto del tema, la doctrina tiene dicho que: "*...el requisito sustancialmente exigible debería ser, en rigor, la verosimilitud del derecho invocado -lo cual se traduce en la neutralización de la presunción de legitimidad, a través de la nulidad "prima facie" grave y evidente- de modo que, con independencia de la entidad del peligro, la suspensión se disponga cuando el acto carezca, a primera vista, de juridicidad... Por eso, compartimos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los que la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia eventualmente favorable a las pretensiones del recurrente, o el serio riesgo de un daño inevitable, invocado en la sentencia de Cámara para acordar la protección, no fueron considerados suficientes para habilitar la tutela al no concurrir la verosimilitud del derecho invocado*" (COMADIRA, Julio R., "*Curso de derecho Administrativo*", Publicación en prensa, pág. 15).

Refuerza el criterio exegético desarrollado, la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el pronunciamiento recaído en "*Senoc, Oikos y Fades*", pues consideró insuficientes, para habilitar la tutela anticipada, la imposibilidad de cumplimiento de la sentencia eventualmente favorable a las pretensiones del recurrente o el serio riesgo de un daño inevitable, porque la peticionaria no acreditó con suficiente solvencia la existencia de derecho verosímil (Fallos: 311:2616). Lo expuesto revela que la falta de idoneidad del objeto de la pretensión cautelar se ve claramente reflejada en la ausencia de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora.

c) Contracautela: Exigencia de Caución Real (Art. 10 de la Ley 26.854).

El instituto de la contracautela se ha entendido como una exigencia *"tendiente a equiparar el eventual futuro proceso, y para responder de los daños y perjuicios por las medidas tomadas sin derecho"* (Enrique M. Falcón, *"Derecho Procesal"*, Tomo I, pág. 444).

Este sistema constituye un tercer elemento fundamental de la estructura del derecho cautelar, en línea con las normativas que previenen los casos de abuso del derecho. Busca evitar que, a través del dictado de una medida provisoria, la protección de derechos impostergables genere daños en la contraparte que luego sean irreparables.

En este orden de ideas, para el improbable caso de que V.S. hiciera lugar a la tutela anticipada requerida, solicitamos expresamente la aplicación de la norma citada, que establece en el inciso 1º de su artículo 10:

"...Las medidas cautelares dictadas contra el Estado nacional o sus entidades descentralizadas tendrán eficacia práctica una vez que el solicitante otorgue caución real o personal por las costas y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar..."

La protección del interés público por la ley 26.854, requiere que se asegure su incolumidad con una contracautela suficiente que, en el entendimiento del legislador, se realizará a través de la caución real o personal y en los términos que el juez decida.

Por ello y de conformidad con el régimen legal vigente, corresponde, en el supuesto de que la medida fuere considerada procedente, que la contracautela exigida sea real.

En atención a que el objeto de la pretensión de la actora no se encuadra en el supuesto de excepción contemplado en el inc. 2º del citado artículo, la caución juratoria resulta insuficiente y se erige en un nuevo obstáculo a la procedencia de la medida cautelar.

Conceder en los autos la medida cautelar pedida bajo simple caución juratoria, importaría proveer a los mismos de un ostensible desequilibrio en la atención de los derechos de las partes. Teniendo en cuenta la nula verosimilitud que ostenta el derecho de la demandante y la presunción de legitimidad de los actos en cuestión, una decisión provista de tales concesiones resultará violatoria

de la ley y de la confianza que sobre el mismo trato, las partes esperan del Tribunal.

Por otra parte, aún antes de la sanción de la ley 26.854, la jurisprudencia sostenía que: *"Salvo supuestos excepcionales, la contracautela debe ser real o personal y no simplemente juratoria, a fin de que queden debidamente garantizados los eventuales derechos de quien sufre la medida; ello, claro está, siempre que su monto no torne ilusorio el derecho del peticionante (C.Civ., Sala C, L.L.1977 D, p. 378; Sala B, RED 11, p. 597)"* (Fernando Gomez Radio T.V. S.R.L. c/ E.N. (P.E.N.) s/ juicio de conocimiento, 16/03/93, C. Nac. Cont. Adm. Fed., SALA II).

En el caso de autos no existen motivos para apartarse de la pauta dispuesta en el artículo 10º de la ley 26.854, cuya constitucionalidad no fue cuestionada por la accionante.

Teniendo en cuenta que esta representación ha negado la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora invocado en la demanda; de prosperar la medida reclamada podrá generar importantes perjuicios a la confianza que la ley procura generar y al erario privado de los tributos que ella impone. Ello torna imperioso discernir al actor una caución real suficiente, cuyo *quantum* posibilite el resarcimiento de los daños al interés público, considerando la naturaleza y trascendencia de la cuestión que se ventila.

"El requerimiento de una caución real a fin de hacer efectiva una medida cautelar no sólo tiene por finalidad garantizar el efectivo resarcimiento de los daños que se causaren, sino, asimismo, su rápida y expeditiva percepción, propósito este último que no halla adecuada garantía en la caución juratoria, ni tampoco en la fianza personal" (CNFed. Civ. y Com., Sala I, 10/03/05, *"Kraft Foods Holdings Inc."*, LL, On Line).

VIII

CONTESTA PLANTEO DE INCONSTITUCIONALIDAD

La entidad actora sostiene que la medida cautelar solicitada no se opone a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley 26.854, en tanto dicha disposición hace referencia a recursos "propios" del Estado, mientras que aquí, el otorgamiento de la cautelar solicitada *"tiene por objeto impedir la ejecución forzada de un impuesto... respecto del cual el Fisco tiene una expectativa de cobro"*.

A todo evento, para el caso de que V.S. no comparta tal interpretación, plantea la inconstitucionalidad del mentado artículo, sosteniendo que es similar al art. 195 del CPCCN, introducido mediante la ley 25.453 y *"sobre el cual existe jurisprudencia pacífica de nuestros tribunales en cuanto a la inconstitucionalidad de dicha norma, por ser violatoria de los arts. 18, 23, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional"*.

Respecto de la forzada interpretación normativa realizada por la parte actora, cuadra poner de resalto que en la presente no existe una mera *"expectativa de cobro"* sino una real afectación al erario público. Esto es así porque en la actualidad, el impuesto cuya inaplicabilidad cautelarmente se solicita, está devengándose en los salarios de aquellos funcionarios cuyos nombramientos se efectivizaron en el marco temporal de la normativa impugnada.

Como no escapará al elevado criterio de V.S., los fondos que se recaudan en virtud de la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Impuesto a las Ganancias deben ser y son considerados propios del Estado, en las circunstancias como de autos, con contribuyentes cuyos ingresos superan holgadamente el mínimo no imponible y cuyo tributo se está actualmente devengando.

Por último, en lo relativo al planteo de inconstitucionalidad realizado, debemos poner de resalto que la norma en pugna intenta proteger el patrimonio estatal contra su afectación, en resguardo de los perjuicio que le pudieran ocasiona el dictado de una medida cautelar. Su razonabilidad surge del principio por el cual se presume la solvencia del Estado, circunstancia que de por sí alcanza para tutelar el derecho que se intentaría proteger cautelarmente.

Lo expuesto, recepta la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada *in re "Astilleros Alianza S.A.D.C.N.I.C y F. v. Nación Argentina (P.E.N.)"* (del 08/10/1991), donde se sostuvo que no *"resulta acreditado suficientemente el peligro que generaría la demora, ya que alegado por el demandante un mero perjuicio económico, los daños que eventualmente pudieran derivarse de la imposibilidad de ejercer el derecho perseguido en esta medida cautelar, podrán ser compensados mediante una adecuada indemnización a cargo del Estado Nacional"*.

Por otra parte, una correcta interpretación del artículo nos lleva a sostener que no prohíbe, a los jueces, el dictado de medidas cautelares que impliquen repercusión en el patrimonio estatal, sino que, previamente, deberán

determinar si tal circunstancia tiene lugar. Así, por ejemplo, si el derecho supuestamente conculcado es de escasa valía, habrá que mensurar su incidencia en el presupuesto estatal, para determinar si se configura afectación, obstaculización, compromiso, distracción de su destino o perturbación del erario.

La relatividad de los vocablos empleados en la norma, así como la real dimensión de la petición y de las circunstancias que la rodeen, podrán convencer al juez de que la medida peticionada, de concederse, no tendrá mayor incidencia y no se configurarán, en consecuencia, los supuestos de la ley. Y ello, le permitirá otorgarla vertiendo en los fundamentos de su decisión, las razones sopesadas para determinar que no se configuran los extremos previstos en la norma.

Además, conviene recordar que el contenido de la ley que consagra el derecho público cautelar a nivel nacional tiene antecedentes en los códigos de rito provinciales, cuya constitucionalidad no ha sido decretada. Por ejemplo, el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Catamarca (Texto ordenado Decreto-acuerdo 278/2008) dispone en su artículo 195, segundo párrafo, que *"Los jueces no podrán decretar ninguna medida cautelar que afecte, obstaculice, comprometa, distraiga de su destino, o de cualquier forma perturbe los recursos propios del Estado, ni imponer a los funcionarios cargas personales pecuniarias."*

Con el artículo en crisis no se pretende, como manifiesta la parte actora, poner los bienes del estado por sobre los derechos individuales. Es el juez quien, ponderando las circunstancias fácticas del caso, determinará si corresponde dictar una cautelar y, eventualmente, cuál.

Por otra parte, el poder del juez no es absoluto. En modo alguno se le quitan herramientas al magistrado, ni a los letrados, ya que éstos deben ajustar su proceder profesional a la ley.

La parte actora transforma su petición en un escrito variopinto donde entrevera y confunde conceptos, a la vez que malinterpreta, acaso intencionalmente, la letra de la ley que ataca.

En este orden de ideas cabe resaltar también, que el artículo cuestionado no elimina ni restringe en forma alguna la responsabilidad civil y/o administrativa que le cabe al funcionario que transgrede sus deberes.

Por ello, le cabrá responder, en tanto es responsable por los daños que ocasionen sus acciones u omisiones en cumplimiento de sus funciones, a tenor de lo prescripto por la ley 26.944. Huelga decir que el incumplimiento de órdenes judiciales importa la omisión de un deber que debe satisfacer.

Nada le impide al juez, por ejemplo, poner en conocimiento del superior del funcionario que incumple una manda judicial tal circunstancia, para que por ejemplo, instruya, el correspondiente sumario.

En conclusión, el artículo 9º de la ley 26.854 no impide el dictado de cautelares que tengan por objeto asegurar el derecho pretendido con los bienes del estado. Éstas podrán dictarse previa evaluación del juez de la medida solicitada y su proporcionalidad en relación con el derecho conculcado y su impacto en el patrimonio público, así como también si su concesión no desvirtúa la funcionalidad de la actividad estatal.

Es así que, por las razones expuestas, V.S. deberá rechazar el plateo de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 9º de la Ley 26.854.

IX

PRUEBAS

Si V.S. lo considera necesario, ofrecemos las siguientes medidas probatorias:

Se ordene librar oficio al Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, para que remita los Expedientes 13-21.000/17, 16-02362/17 y toda la documentación relacionada con el cumplimiento de las obligaciones ordenadas por la Ley 27.346. Para que adjunte toda la documentación en su poder, relacionada con el tema.

Se ordene librar oficio al Congreso de la Nación Argentina, para que remita todos los antecedentes relacionados con la sanción de la Ley Nº 27.346, incluidos los debates parlamentarios a los que hubiere dado lugar.

X

CUESTIÓN FEDERAL

Toda vez que, en caso de que V.S. fallare a favor de las pretensiones de la actora dictando medida cautelar alguna, estaría vulnerando derechos de

raigambre constitucional, al tiempo que se estaría pronunciando en contra de la validez de normas legales y actos emanados de autoridad competente, se introduce desde ya el pertinente caso federal, a fin de ocurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía del art. 14 de la Ley Nº 48.

Asimismo, por la indudable gravedad institucional de la cuestión que se discierne.

XI

AUTORIZACIÓN

Dejamos expresamente autorizados a los letrados mencionados en la Disposición Ss. C. Nº 225/15 acompañada, a las Dras. María Cecilia Magin, María Emilia Baldovino, Marcela Olga Santucci, Fernando Julio y Eliana Mónica Escobar, a las Sras. Mariana Barbará, Silvia Alejandra Olaz, Celia Labayén y a los Sres. Fernando De Sario, Eduardo Honores, Carlos Luis Meza, Pedro Orlando Bogado, Ignacio Bottoni y Sebastián Marcelo Adamowich, indistintamente, para examinar las actuaciones, diligenciar oficios y retirar copias, retirar el expediente y efectuar toda actuación que sea menester para la tramitación de la causa. Todo ello en la medida de su compatibilidad con el régimen estatuido por la acordada CSJN 3/2015.

XII

PETITORIO

Por lo expuesto, a V.S. solicitamos que:

- 1) Nos tenga por presentados, por parte y constituidos los domicilios dispuestos en el encabezado.
- 2) Tenga por producido el informe previsto en el art. 4º de la Ley 26.854, en legal tiempo y forma.
- 3) Tenga presente las autorizaciones conferidas.
- 4) Tenga presente la cuestión federal introducida.
- 5) Oportunamente, rechace íntegramente la medida cautelar solicitada en autos, y a su turno la demanda, que

SERÁ JUSTICIA