

3.- El planteo de prescripción por plazo razonable invocado en una causa en la que se investigan una gran cantidad de operaciones de cambio simuladas, cuyo sumario se abrió seis años después, debe rechazarse, pues, en virtud de las contingencias procesales sucedidas, entre ellas, recursos, incidentes y nulidades, no se advierte que el plazo transcurri-

do sea irrazonable o que provoque una denegación de justicia.

4.- El plazo razonable no se mide en días, semanas, meses o años, sino que se trata de un concepto jurídico indeterminado que debe ser evaluado por los jueces caso a caso, para apreciar si la duración fue razonable, teniendo en cuenta la duración efectiva del

proceso, la complejidad del asunto, la prueba, la gravedad del hecho imputado, la actitud del inculcado, la conducta de las autoridades encargadas de realizar el procedimiento y otras circunstancias relevantes.

122.217 — CFed. Mendoza, sala B, 18/09/2019. - Banco de San Juan S.A. s/ Infracción Ley 19.359.

[Cita on line: AR/JUR/27894/2019]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

Los controles de cambio y el patrimonio, el honor y la libertad de los ciudadanos

Marcelo R. Tavarone (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. La prescripción en materia cambiaria.— III. Ley penal más benigna.— IV. *Non bis in idem*.— V. Monto de la multa impuesta.— VI. Responsabilidad objetiva de los funcionarios.— VII. Conclusión.

I. Introducción (**)

Los hechos juzgados en el fallo que se analiza ocurrieron entre el 1 de mayo y el 15 de octubre de 2002. Una época en la que la población luchaba por escapar a la pobreza y a la ruina económica, asediada por los efectos de una crisis que aún hoy sigue haciéndose sentir. En ese contexto, se desarrolló una práctica conocida como la de los “coleros”. Se trataba (se trata) de personas que, con una suma de dinero provista por un cambista (usualmente no autorizado para operar en cambios), adquiere divisas extranjeras para luego venderlas (por un precio mayor) en el mercado informal, en incumplimiento de la normativa cambiaria (1).

Dicho así, parece una actividad infame, ilícita y transgresora. Y lo es. Lo penoso del caso es que esta actividad se genera gracias a las distorsiones que producen los propios gobiernos cuando intervienen en el mercado de cambios y, ciertamente, no parecen ser hechos que justifiquen sanciones de una gravedad tal como la que observamos en este caso.

Es necesario admitirlo: la llegada de controles cambiarios nunca es una buena noticia. Normalmente es precedida por desaciertos económicos y políticas descabelladas que conducen a una escasez de divisas que obliga a administrar prioridades (2). Pero también debe admitirse que a menudo no hay otra opción: los gobiernos (en ocasiones actores ellos mismos de esos desaciertos) deben implementar controles que, en la medida en que se ajusten a derecho, tienen potestad para imponer.

Pero el secreto es ese: que se ajusten a derecho. Y ese recaudo debe ser cumplido tanto por los funcionarios que dictan normas (en materia cambiaria, sobre todo, comunicaciones del Banco Central de la República Argentina (BCRA) como por los jueces que las aplican en los procesos judiciales.

Ahora bien, en el fallo bajo análisis se observan aspectos preocupantes desde el punto de vista del justiciable. Es que, quizá por no tener acceso directo al expediente, parecieran desprenderse elementos que no terminan de cuadrar con una aplicación razonable de normas que, al fin de cuentas, ponen en juego el patrimonio (se aplican multas cuantiosas), el honor (se resuelve sobre delitos penales cambiarios) y la libertad (la reincidencia puede resultar en pena de prisión) (3). Y todo esto no puede pasar inadvertido a los ojos del jurista.

A continuación analizaremos algunos aspectos que nos han llamado especialmente la atención y que, en nuestra opinión, se alejan de una justa administración de las normas aplicables. Nos concentraremos en aquellas cuestiones que nos han parecido más preocupantes, a saber: el plazo de prescripción, la ley penal más benigna, el *non bis in idem*, el monto de la multa y la responsabilidad objetiva de las personas involucradas.

Todo lo aquí expuesto debe ser analizado en el marco de una situación generalizada en el país donde, es verdad, muchos ciudadanos eran empujados hasta límites impensables del ordenamiento jurídico y, en ocasiones, terminaban incurriendo sus regulaciones. Pero justo es decirlo: el

propio Estado lo llevaba a esa situación, tomando decisiones y emitiendo normas que poco y nada de respeto mostraban por el patrimonio y la libertad de esos mismos ciudadanos.

II. La prescripción en materia cambiaria

En otras oportunidades hemos expresado que la ley 19.359 es anacrónica. Ello obedece a que se trata de una norma —dictada en el año 1970— producto de una época en la que la principal preocupación era la negociación clandestina de divisas y que hoy ha perdido utilidad práctica en un mundo donde el comercio exterior y los negocios financieros se han vuelto más dinámicos, más exigentes y más voluminosos (4).

Por otro lado, la adopción de un régimen sancionatorio de orden penal parece una medida extrema. El legislador bien pudo implementar un régimen administrativo e incluso prever mecanismos mediante los cuales el administrado pueda revertir lo causado por la infracción cambiaria cometida (p. ej., venta inmediata de la divisa comprada en exceso, pago de multas administrativas y no penales, etc.). Es que esta criminalización de actividades económicas, muchas veces llevadas a cabo por la desesperación ante la ruina inminente, parece excesiva.

Ahora bien, uno de los anacronismos más notables de esta ley nos parece el del plazo de prescripción. Obsérvese que el inc. 5º del art. 62 del Cód. Penal dispone que “[l]a acción penal se prescribirá a (...) los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa”. Sin embargo, la ley 19.359, en su art. 16 dispone que “[l]a prescripción de la acción para la persecución de las infracciones al régimen de cambios se operará a los seis [6] años”.

Seis años es un plazo más que considerable para que el BCRA decida iniciar un sumario penal cambiario, sobre todo en tiempos en los que la digitalización permite el acceso casi in-

mediato a las operaciones de cambio que se llevan a cabo. Pero, además, merece destacarse que a menudo el legislador y también la Justicia parecen desinteresarse del día a día de las empresas.

En efecto, seis años es una verdadera eternidad, durante la cual las personas rotan de posiciones, de empleos, la documentación se archiva, se pierde o cambia de lugar. Pero al legislador parece no importarle esa circunstancia y asume que las empresas pueden destinar recursos infinitos para atender a un requerimiento del BCRA que llega... ¡6 años después de acaecidos los hechos!

Asumamos por un momento que 6 años es un plazo que está dado. Que es incuestionable porque está en la ley (en realidad, para nosotros es inconstitucional porque suele colocar en una situación de indefensión al justiciable; pero aceptémoslo por un momento). Siendo así, debemos hacer una interpretación estricta de su aplicación, porque si la Administración se ha mantenido indiferente ante un hecho acaecido hace tanto tiempo, si de pronto decide perseguirlo (justo el día anterior a que se decida el plazo de prescripción), habiendo permitido que se diluyan las pruebas con el paso del tiempo, la Justicia debe ser muy exigente al momento de aplicar ese plazo en perjuicio del administrado.

En efecto, que la Administración haya iniciado el procedimiento un día antes del vencimiento del plazo de prescripción no puede ser una circunstancia que resulte indiferente. Si la negligencia de esa Administración permitió que pasara tanto tiempo, los jueces tienen el deber de hacer valer dicha circunstancia.

Por otra parte, antes que una verdadera vocación por hacer aplicar la ley, iniciando el sumario tan sobre la fecha de vencimiento del plazo de prescripción, el BCRA hace más bien sospechar que su única y verdadera intención fue la de evitar dicha prescripción luego de seis años de silencio. Y esto no puede ser indiferente para la Justicia.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) LL.M. Queen Mary, University of London (maestría en Derecho Bancario y Financiero, 1998) y abogado (con honores) por Universidad de Buenos Aires. Especialista en derecho bancario y financiero. Profesor de posgrado en su especialidad en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Católica Argentina.

(**) “No hay mandamiento que no pueda ser infringido, y también los que digo y los que los profetas dijeron” (Jorge Luis Borges, “Fragmentos de un evangelio apócrifo” (*Obras completas*, Emecé Editores, Buenos Aires, 2007, t. 2, p. 417).

(1) Véase la ilustrativa nota de GORODISCH, Mariano; “Con el control de cambios renacen el dólar blue, los coleros y el puré”, <https://www.cronista.com/>

finanzasmercados/Con-el-control-de-cambios-renacen-el-dolar-blue-los-coleros-y-el-pure-20190902-0039.html.

(2) Véase ABALLEYRA, Diego J. - VÁZQUEZ ACUÑA, Martín G., “Régimen de control de cambios”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 35.

(3) Art. 2º de la ley 19.359: “Las infracciones previstas en el artículo anterior serán sancionadas con: a) Multa de hasta diez [10] veces el monto de la operación en infracción, la primera vez; b) Prisión de uno [1] a cuatro [4] años en el caso de primera reincidencia o una multa de tres [3] a diez [10] veces el monto de la operación en infracción; c) Prisión de uno [1] a ocho [8] años en el caso de segunda reincidencia y el máximo de la multa fijada en los incisos anteriores; d) Si la multa impuesta en el caso del inc. a) no hubiese

sido superior a tres [3] veces el monto de la operación en infracción, la pena privativa de libertad a que se refiere el inc. b), será de un [1] mes a cuatro [4] años; e) En todos los supuestos anteriores podrá aplicarse conjuntamente, suspensión hasta diez [10] años o cancelación de la autorización para operar o intermediar en cambios e inhabilitación hasta diez [10] años para actuar como importador, exportador, corredor de cambio o en instituciones autorizadas para operar en cambios; f) Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de

la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incs. a) y e). La multa se hará efectiva solidariamente sobre el patrimonio de la persona ideal y sobre los patrimonios particulares de los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia que hubiesen intervenido en la comisión del hecho punible; g) En el caso de falsa declaración, si el infractor rectificase la misma en forma espontánea dentro del término de quince [15] días de cometida la infracción, se fijará la multa en un cuarto (1/4) de la que hubiese correspondido de no mediar dicha rectificación y no se tendrá en cuenta esa penalidad a los efectos de la reincidencia prevista por esta Ley”.

(4) TAVARONE, Marcelo R., “Contado con liqui-

Por otro lado, llaman poderosamente la atención algunos fundamentos contenidos en el fallo, por ejemplo: “la dilación en el dictado de dicha resolución se debió a las particulares circunstancias por las que atravesaba el Tribunal en ese momento, en el cual la mayoría de sus miembros eran jueces subrogantes”. Esto sí que es sorprendente: los juziciables no solo deben resignarse a que el BCRA se tome 6 años para iniciar el proceso, sino que también deben cargar con las consecuencias de los problemas de la Justicia y las designaciones de jueces subrogantes, circunstancia que causó dilaciones (sí, dilaciones, lo admite la propia Cámara), sin importar que ello sea absolutamente ajeno a la voluntad de los sumariados.

La injusticia de esta atribución es tan manifiesta que resulta difícil creerla: ¿la tramitación se demora por problemas de designaciones de jueces y todo lo que tenemos que decirle al justiciable es que deben ellos cargar con las consecuencias de esa demora?

Como dijéramos más arriba, la defensa en un sumario cambiario es una tarea compleja y gravosa que normalmente requiere hacerse de información y documentación complejas y abundantes. Si, además, ha transcurrido un lapso de tiempo muy extenso (y seis años es un plazo excesivamente extenso), el justiciable habrá visto injustamente dificultada esa tarea.

Por eso creemos que los hechos que se describen en este fallo denotan una situación injusta. El BCRA dejó transcurrir ese plazo más que holgado para dar inicio a las actuaciones y, sobre hechos que, habiendo ocurrido en el año 2002, terminamos conociendo una sentencia en el año 2019. Imposible defenderse en debida forma con esos plazos, pero esto no solo debe aplicarse al caso fallado: debe ser tenido en cuenta en todos los sumarios cambiarios.

III. Ley penal más benigna

A menudo las normas cambiarias tienen una vida corta. A veces efímera. Es que las mismas buscan atender a circunstancias coyunturales que se producen en un determinado momento (5). Y luego deben ser reemplazadas por otras. Así, el BCRA va mutando las normas aplicables, aceptando que la situación de escasez de divisas puede mejorar en el futuro e, inclusive, puede mutar a una de exceso de divisa. Esas normas del BCRA, como se sabe, integran el tipo penal abierto del art. 1º, inc. f) de la ley 19.359 (6).

Por otra parte, el art. 2º del Cód. Penal ha sido claro a la hora de reconocer el principio de “ley penal más benigna”, disponiendo: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”. Digamos que no debería cuestionarse la vigencia legal de este principio, que con tanta contundencia ha sido reconocido en nuestra legislación.

Ahora bien, en el presente caso el debate se origina en los distintos montos que el BCRA fue estableciendo a través de varias comunicaciones como monto máximo para acceder al mercado de cambios para la compra de divisa. La cuestión es simple: el importe de las compras que podrían haber implicado un exceso sobre tales montos máximos fue superado con el paso del tiempo, a medida que el BCRA establecía nuevos (y superiores) montos máximos para la compra de divisa.

Para el tribunal parece no importar que no solo el monto fue considerablemente elevado (quedando las compras originales ampliamente superadas), sino que —incluso— la política cambiaria impulsada por el Poder Ejecutivo Nacional cambió sustancialmente, pasando a un sistema de libertad cambiaria (que hoy ha sido modificado por nuevos controles de cambio). Este cambio paradigmático no parece conmovir a los jueces, quienes parecen más preocupados por castigar a los sumariados en defensa de un difuso bien jurídico.

En efecto, el fallo hace mención a que “[el bien jurídico protegido en este caso resulta ser el orden económico, entendido en el sentido estricto como el intervencionismo estatal en la economía que tiende a proteger los fines y políticas económicas, siendo concretamente en los casos como el de marras la protección del valor moneda asegurando la confianza de las transacciones]”. Tremenda afirmación.

Sí, tremenda, porque los gobiernos se encargan de llevarnos a situaciones de caos económico y financiero y luego, enunciando una dogmática defensa del “orden económico” los ciudadanos son castigados por su atrevimiento motivado en la reprochable intención de proteger sus ahorros o ganar algo de dinero para sobrevivir en el medio de las crisis generadas por los propios gobiernos. Porque —debemos decirlo y admitirlo dejando de lado toda forma de hipocresía— este caso versa sobre los “coleros”. ¿Y por qué existen los “coleros”? Pues porque los gobiernos generan distorsiones económicas y regulatorias y llevan a que las personas intenten valerse de situaciones creadas por las propias y disparatadas normas que dictan esos gobiernos para hacerse de la preciada divisa.

¿Es moralmente tan reprochable que las personas busquen su salvación, su beneficio, en medio del desastre económico que causan los gobernantes? No lo creo. Y la supuesta referencia a que el bien jurídico protegido sea el *orden económico* luce cuanto menos dogmática.

En cuanto a las supuestas falsas declaraciones cambiarias que derivaron en este sumario, la naturaleza de las mismas es cuestionable. En efecto, cuando el fallo las describe, parecen más bien desprolijidades incurridas al momento de elaborar la documentación que, ciertamente, no justifican un castigo como el que impone el fallo que aquí se analiza.

Por otro lado, merece señalarse que resulta preocupante una manifestación en particular vertida en el fallo, cuando dice: “el principio [de ley penal más benigna] no resulta aplicable de manera indiscriminada sino dentro de un estricto margen de *razonabilidad*” (el destacado me pertenece). Esta aplicación *sui generis* del principio de razonabilidad, que se hace en perjuicio y no en beneficio del administrado, es preocupante.

En efecto, estamos ante una apreciación —permítaseme el término— dogmática, que priva al justiciable de un derecho de rango constitucional para que el BCRA pueda libremente perseguir a los ciudadanos, sin importar cuándo y de qué manera fue dictando sus normas y cambiando sus criterios de aplicación. Sin dudas, algo muy preocupante desde el punto de vista del patrimonio, el honor y la libertad de esos ciudadanos.

IV. Non bis in idem

El principio de *non bis in idem* prohíbe que se juzgue más de una vez un mismo hecho para decidir si existió o no un delito penal. En el caso de marras, los sumariados invocan que las supuestas infracciones que se les imputan han sido ya resueltas en otro expediente del cual resultaron sobreseídos.

El tribunal rechaza el planteo diciendo que “la defensa solo se limita a sostener que ha se ha violado dicho principio por la existencia de otra causa penal en la que se habían investigado las mismas conductas”. Ahora bien, no obstante que también se afirma que “de las constancias de la causa surgen que las operaciones objeto del presente proceso, resultan distintas en: tipo y/o monto y/o plazo y/o responsable, de las que resultaron objeto de investigación y procesamiento del proceso anterior” la forma de desestimar la defensa es preocupante.

Es preocupante porque el tribunal se limita a decir que a defensa solo invoca ese argumento y, aparentemente, no brinda mayores detalles sobre la forma en que se viola el principio de *non bis in idem*. Preocupa que el planteo sea desestimado, supuestamente, porque las invocaciones no resultan suficientes para el Tribunal por falta de precisiones en la defensa, aun a pesar de la gravedad del caso y de la garantía constitucional que se podría estar violando.

Porque, en definitiva, bien podría el tribunal haberse tomado el trabajo de cotejar los hechos imputados en una y otra causa y, cuanto menos, brindar una descripción más pormenorizada de tales hechos. Habiendo tanto en juego, el tribunal debe ser el primer garante de los derechos de los justiciables.

Y, por cierto, no parece del todo convincente la mera afirmación de que las operaciones que se tratan en este fallo “resultan distintas en: tipo y/o monto y/o plazo y/o responsable, de las que resultaron objeto de investigación y procesamiento del proceso anterior”, porque, en definitiva, lo que no se dice de manera clara y precisa es si se trata o no de los mismos hechos. Eso, más allá de las sutilezas del lenguaje, no ha sido confirmado en las palabras del tribunal.

V. Monto de la multa impuesta

Al parecer, la resolución judicial del caso se ha basado en un informe realizado por el Departamento de Sustanciación de Sumarios Cambiarios —Gerencia de Asuntos Contenciosos— del BCRA que consignaría que el monto de la infracción mayor es de U\$ 5.267.945,56. Así lo dice el propio fallo.

El monto llama mucho la atención, dado que, tal como surge de diversas afirmaciones incluidas en otros lugares de la Sentencia, se deja claro que estamos ante un típico caso de “coleros”. Estos solían comprar (a través de *múltiples y diversas operaciones*) pequeñas sumas de moneda extranjera (si las comparamos con el monto que consignaría el informe del propio BCRA). Siendo ello así, resulta muy difícil comprender cómo se concluye que la mayor infracción habría ascendido a un importe de más de... 5 millones de dólares ¿El colero en cuestión se llevó esa suma de dinero en efectivo?

Por supuesto que eso no es posible. Y por supuesto también que resulta llamativo que

se tome el informe del propio BCRA como factor definitorio en esta materia, ignorándose por completo las argumentaciones de la defensa.

Definitivamente, el monto de la multa luce como un exabrupto y no guarda proporcionalidad alguna con las circunstancias de la causa y, sobre todo, con el art. 3º de la ley 19.359, que dispone: “En el supuesto de concurrencia simultánea o sucesiva de varias infracciones independientes, la multa aplicable será la suma resultante de la acumulación de las penas pecuniarias correspondientes a los diversos hechos reprimidos. Sin embargo, la multa total no podrá exceder de diez [10] veces el monto de la operación mayor en infracción...” (el destacado me pertenece).

Haber tomado el informe del BCRA como único elemento decisivo para justificar el monto de la multa es cuanto menos cuestionable. Y la fijación de la multa por ese importe es, lisa y llanamente, un exceso. Y para qué hablar de la supuesta “mayor infracción”, que ascendería a la estrafularia suma de más de 5 millones de dólares, en un caso que versa sobre la actividad de “coleros”, que —como es sabido— suelen comprar pequeñas sumas de divisa extranjera.

VI. Responsabilidad objetiva de los funcionarios

Llama la atención que todas las personas humanas involucradas en la causa hayan sido condenadas por igual, sin diferenciar el grado de relación que mantenían con los hechos investigados. En tal sentido, es imposible no pensar que se les atribuye un tipo de responsabilidad objetiva, claramente reñida con los principios del derecho penal.

El fiscal general, en oportunidad de responder los argumentos de las apelaciones que decide este fallo, introduce una peli-grosa manifestación: según él, basándose en el art. 2º inc. f) de la ley 19.359 (7), surge la responsabilidad de los integrantes de las personas jurídicas, por cuanto “[l]a posición funcional que ostentan en las organizaciones alcanza como factor de atribución de responsabilidad penal, no solo en su responsabilidad directa sino también en el deber de garante que nace dicha posición”.

Pero, más allá del dogmatismo de esta afirmación, ¿es realmente así? ¿De verdad el citado inc. f) del art. 2º de la ley 19.359 dice eso? Leámoslo con atención en su parte pertinente: “f) Cuando el hecho hubiese sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal, con los medios o recursos facilitados por la misma u obtenidos de ella con tal fin, de manera que el hecho resulte cumplido en nombre, con la ayuda o en beneficio de la misma, la persona de existencia ideal también será sancionada de conformidad con las disposiciones de los incs. a) y e)” (el destacado me pertenece).

La afirmación del fiscal general es inquietante. Según su particular lectura de la norma, por el solo hecho de ocupar una posición, los funcionarios y empleados de una compañía son penalmente responsables por lo que allí suceda, aunque no hayan estado involucrados, aunque no hayan participado, decidido ni influido. Aunque jamás en su vida hayan visto un boleto de cambio.

{ NOTAS }

dación y ley penal en blanco”, LA LEY, 2015-C, 6.

(5) TAVARONE, Marcelo R., “El regreso de los controles de cambio”, JA 2019-III, fasc. 13, p. 4.

(6) La norma citada dispone: “Serán reprimidas

con las sanciones que se establecen en la presente ley: (...) f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”. Sobre el debate generado con respecto de la “ley penal en blanco”, véase

SPISSO, Rodolfo R., “Derecho penal. 2. Ley penal, e) Ley penal en blanco”, *Derecho Constitucional Tributario*, Ed. Lexis Nexis, 2007; TAVARONE, Marcelo R., “Contado con liquidación y ley penal en blanco”,

LA LEY op. cit.

(7) El fallo contiene una errónea referencia a la ley 19.385, pero es evidente que ha querido referirse a la ley 19.359.

La idea que se propone no solo es injusta. Es además descabellada. ¿Castigar penalmente a alguien porque ocupa un cargo, aunque no haya cometido el delito? ¿Cuál sería su acción delictiva? ¿Tener un empleo?

La aseveración sería ya grave si realmente surgiera de la norma que, por cierto, sería inconstitucional. Pero ni siquiera es lo que prescribe el art. 2º, inc. f), en cuestión. En efecto, la norma habla de que el hecho hubiera sido ejecutado por los directores, representantes legales, mandatarios, gerentes, síndicos o miembros del consejo de vigilancia de una persona de existencia ideal. Pero *ejecutar* implica una acción voluntaria, con participación directa de la persona involucrada. El mero hecho de *ocupar un cargo* no implica, en modo alguno, *ejecutar un acto*.

¿Qué sucedería si los funcionarios públicos y los jueces fueran juzgados con este mismo criterio y se los responsabilizara de cuanto sucede a su alrededor (o, al menos, cerca de ellos) por todo lo que no nos gusta? Muy probablemente se cometerían injusticias. Pero si parece justo a los ojos del fiscal general que ello aplique a los empleados y funcionarios de empresas y bancos.

Nada más arbitrario y contrario a los principios del derecho penal liberal y republicano.

VII. Conclusión

Sería interesante saber si esta causa llega a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y qué tratamiento le da dicho tribunal. Como hombre de derecho y

como ciudadano, me preocupa que tanto exceso del lado de la Administración no sea corregido por la Justicia. Y la oportunidad para que ello suceda estará en manos del tribunal supremo, en la medida en que la causa llegue a su conocimiento.

Más allá de las abstracciones jurídicas y de los torneos de ingenio legal, no debe olvidarse que las sentencias impactan en la vida de las personas. ¿El empleado o funcionario de una entidad financiera debe resignarse a que una condena millonaria arruine su patrimonio, ensucie su honor y ponga en peligro su libertad porque las ideas de los tribunales marchan en una única dirección y no admiten discusión en contrario?

Es que la justicia debe interponerse entre los ciudadanos y los gobiernos y, cuando es-

tos últimos avanzan peligrosamente sobre aquellos, no debe dudar en limitar el poder de los funcionarios. La historia está llena de desafortunados empoderamientos de gobernantes, que avanzaron sin límites ante la complicidad de quienes pudieron haber protegido al individuo y no lo hicieron. Y las consecuencias nunca fueron buenas.

El tema es grave. Y confiamos en que la revisión en la instancia extraordinaria revierta la injusticia que surge de esta interpretación. Es que, al menos desde la óptica de quienes leemos el fallo sin haber tenido acceso al expediente, la gravedad de las consecuencias de esta sentencia no debe pasar inadvertida y debe, en nuestra opinión, ser revisada.

Cita online: AR/DOC/3295/2019

JURISPRUDENCIA

Decretos que afectan fondos coparticipables

Decreto del Poder Ejecutivo Nacional. Reducción de las sumas que tributan los trabajadores en relación de dependencia, autónomos y monotributistas en el Impuesto a las Ganancias. IVA en alimentos de la canasta básica. Verosimilitud del derecho. Peligro en la demora. Disidencia. Ausencia de legitimación de la provincia. Rechazo *in limine* del reclamo.

Hechos: La Provincia de Entre Ríos solicitó en la instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se dicte una medida cautelar para suspender la aplicación de los decretos 561/2019 y 567/2019. Por medio de la primera norma, encomendó a la AFIP una reducción de lo que tributan trabajadores en relación de dependencia, autónomos y monotributistas en el Impuesto a las Ganancias. Por la segunda, se dispuso una alícuota del 0% en el IVA para la venta de ciertos productos de la canasta alimentaria básica. Plantea la inconstitucionalidad de ambas normas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar, por mayoría, a la medida.

- 1.- La medida cautelar que pretende la suspensión de los decretos 561/2019 y 567/2019, que redujeron las sumas que tributan los trabajadores en relación de dependencia, autónomos y monotributistas en el Impuesto a las Ganancias, y las alícuotas de IVA sobre alimentos de primera necesidad, es procedente, pues la pretensión de la Provincia reclamante tendría, *prima facie*, verosímil en la medida en que la mengua de la masa coparticipable a la cual las medidas afectan, podría haberse adoptado sin respetar los principios y reglas constitucionales.
- 2.- La medida cautelar que pretende la suspensión de los decretos 561/2019 y 567/2019, que redujeron las sumas que tributan los trabajadores en relación de dependencia, autónomos y monotributistas en el Impuesto a las Ganancias, y las alícuotas de IVA sobre alimentos de primera necesidad, es procedente, pues está acreditado el peligro en la demora, dada la disminución de los fondos coparticipables —aproximadamente \$1.000.000.000—, lo que pondría en riesgo el normal funcionamiento de las instituciones provinciales, y la atención de las necesidades básicas de su población.
- 3.- En virtud del decreto de la medida cautelar que suspendió los Decretos 561/2019 y

567/2019, que redujeron las sumas que tributan los trabajadores en relación de dependencia, autónomos y monotributistas en el Impuesto a las Ganancias, y las alícuotas de IVA sobre alimentos de primera necesidad, corresponde ordenar que los efectos fiscales de la aplicación de las normas y de las resoluciones generales AFIP 4546/2019 y 4547/2019, sean asumidos con recursos propios del Estado Nacional, sin afectar la coparticipación que corresponde a la Provincia de Entre Ríos.

- 4.- La demanda de la Provincia de Entre Ríos por la cual se pretende que se imponga al Estado Nacional la obligación de restablecer la recaudación del Impuesto a las Ganancias y del IVA reducida por los Decretos 561/2019 y 567/2019, debe ser rechazada *in limine*, pues la relación jurídica derivada del régimen de coparticipación entre la Nación y las provincias, que se vería afectado, no otorga a estas últimas derecho ni expectativa alguna respecto de un determinado nivel de recaudación por parte del Estado Nacional, ni tampoco confiere un derecho a que se establezcan determinados impuestos, ni a que determinadas actividades se vean alcanzadas por tal o cual impuesto coparticipable o estén exentas de él (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

122.218 — CS, 01/10/2019. - Provincia de Entre Ríos c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (incidente de medida cautelar).

[Cita online: AR/JUR/28440/2019]

Dictamen de la Procuradora Fiscal

Los planteos esgrimidos en el *sub lite* son sustancialmente análogos a los que ya tuve oportunidad de examinar en mi dictamen, del día de la fecha, en la causa: CSJ 1796/2019/1, “Santiago del Estero, Provincia de c. Estado Nacional de s/ acción declarativa de inconstitucional” (incidente de medida cautelar), a cuyos términos y conclusiones, corresponde remitir en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que la presente causa corresponde a la competencia originaria del Tribunal, en atención a la naturaleza de las partes que han de intervenir en el pleito. Buenos Aires, 30 de agosto de 2019. — Laura M. Monti.

Buenos Aires, octubre 1 de 2019.

Considerando:

1º) Que se presenta la Provincia de Entre Ríos y solicita el dictado de una medida cau-

telar en los términos previstos en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, a fin de que durante el lapso en el cual se prolongue este juicio y hasta su total terminación, el Estado Nacional suspenda de manera inmediata la aplicación de los decretos 561/2019 y 567/2019 y/o de cualquier norma o acto administrativo, que se haya dictado en su consecuencia, circunscribiendo la tutela preventiva a la proporción correspondiente a la Provincia de Entre Ríos según la normativa aplicable.

Expone que el decreto 567/2019 dispuso una alícuota del cero por ciento (0%) en el Impuesto al Valor Agregado para la venta de ciertos productos de la canasta alimentaria, hasta el 31 de diciembre del 2019 inclusive. Invoca su nulidad por falta de causa, por violentar lo previsto en el art. 14 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como así también lo establecido en los arts. 76 y 99, incisos 1, 2 y 3 de la Constitución Nacional al constituir una transgresión de la facultad reglamentaria, con la consecuente violación del principio de legalidad tributaria —en cuanto la ley 23.349, en su art. 28, faculta al Poder Ejecutivo “a reducir hasta en un veinticinco por ciento (25%) las alícuotas...”—.

Asimismo, explica que por el art. 1º del decreto 561/2019 se encomendó a la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) una reducción en la base de cálculo de las retenciones de los sujetos que obtengan las rentas mencionadas en los incisos a, b y c del art. 79 de la Ley de Impuesto a las Ganancias (t.o. 1997 y sus modificatorias), en una suma equivalente al veinte por ciento (20%) de los importes de las deducciones contempladas en los incisos a y c del primer párrafo del art. 23 de la ley mencionada. En cumplimiento de dicho artículo, explica que el ente recaudador dictó la resolución general 4546/2019.

Expone que por el art. 2º del decreto citado, se encomendó a la AFIP reducir en un cincuenta por ciento (50%) los anticipos que deban ingresar los trabajadores autónomos en concepto de impuesto a las ganancias en los meses de octubre y diciembre, correspondientes al ejercicio del año 2019, ello en el marco de las atribuciones que el art. 7º del decreto 618/1997 le confiere al Administrador Federal para impartir normas generales obligatorias para responsables y terceros. El ente recaudador dictó la resolución general 4547/2019 en cumplimiento del artículo de marras.

Con relación al art. 3º, manifiesta que el decreto atacado bonificó el impuesto integrado de septiembre de 2019 para los pequeños contribuyentes adheridos al monotributo que hubieran cumplido con el pago de las cuotas de los períodos de enero a

agosto de 2019, de acuerdo con la facultad de bonificación de hasta un 20% prevista en el art. 11 de la Ley Nacional 24.977, de lo que concluye que no hay en este punto agravio constitucional alguno, en cuanto la norma en estudio —exclusivamente— se dictó en el marco de la facultad que el Poder Ejecutivo tiene delegada por ley.

Finalmente, añade que el art. 4º estableció que el Estado Nacional financiará el aporte personal de los trabajadores en relación de dependencia comprendidos en el sistema de Jubilaciones y Pensiones de la ley 24.241, que se devengue durante los meses de agosto y septiembre de 2019, en una suma equivalente a dos mil pesos mensuales, o al ciento por ciento de su valor, lo que sea menor, aplicable para quienes perciban una remuneración bruta mensual de hasta \$60.000.

Concluye que los dos primeros artículos del decreto 561/2019 se han decretado vulnerando la Constitución y legislación vigentes.

Sostiene la actora la inconstitucionalidad de las normas citadas con fundamento en la violación del principio de legalidad en materia tributaria, como así también del sistema de derecho intrafederal basado en el federalismo de concertación, propio del régimen de coparticipación tributaria vigente, como consecuencia de lo cual se producen importantes perjuicios económicos al erario provincial.

En concreto, fundamenta que mediante el dictado de las normas reseñadas el Poder Ejecutivo Nacional modificó inconstitucional y arbitrariamente el régimen de impuestos de modo que, sin pasar por el Congreso de la Nación, detrajo de la masa de recaudación de impuestos coparticipables, afectando de esta manera el principio de intangibilidad de la masa coparticipable, provocando un perjuicio actual y directo al Estado provincial. Ello así, por cuanto si bien a través de los decretos aquí impugnados no se ha producido una reforma propiamente dicha al esquema de funcionamiento del sistema de coparticipación federal, se ha producido en cambio una modificación o alteración en el alcance de impuestos coparticipables —IVA y Ganancias— cuyos efectos precipitan en forma negativa sobre la conformación de la masa coparticipable que redundan en una merma o reducción de los recursos que ingresarán a ella y, por lo tanto, revierten en desmedro de la participación que habrá de corresponder a la provincia.

En tal sentido, invoca un informe de la Comisión Federal de Impuestos, conforme al cual se estima que el impacto de las medidas adoptadas por las normas citadas