

NINGUNA CLASE DE HOMBRES...¹ (1995)

Horvath, CSJN, LL, 1995-D, 718

1. *Las múltiples discrepancias*

Una brillante frase de WADE dice que probablemente ninguna clase de hombres discrepa ni discute tanto una cuestión como un tribunal colegiado de justicia.² En estos votos se ven las discrepancias finales, pero no las indispensables discusiones *in camera* que son la razón de ser de un cuerpo colegiado: Es más fácil imaginar proyectos, cortos o largos, que van circulando por los despachos, acumulando firmas en el camino, para llegar a un *climax* en que se cuentan todos los votos finales y todos ellos tienen el mismo comienzo y siguen igual, y hay que andar escudriñando en cada uno el momento de BORGES en que los senderos se bifurcan. Para colmo, no es fácil distinguir las líneas permanentes de razonamiento en los votos de cada magistrado. No decimos que no se pueda, sólo que no es fácil y ello no contribuye al conocimiento del derecho, ni siquiera por los profesionales.

2. *El devenir del tiempo*

Esa tarea de penetrar las *nuances* de largos votos o grupos de votos aislados, cada uno completo, no es la más productiva para la sociedad, y siempre alimenta dudas sobre el destino de una cuestión similar en algún futuro tribunal, en otra época, con circunstancias nuevas, tiempos nuevos, tal vez valoraciones nuevas.³

¹ Corresponde a la nota n° 11 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 51.

² “Ninguna clase de hombres, supongo, discrepa entre sí tan fácilmente como los jueces. Pero estamos satisfechos con sus decisiones porque advertimos que todo cuanto era posible ha sido hecho bajo la ley del procedimiento para guiar la mente judicial hacia la solución justa.” WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1963, pp. 2 y 3.

³ Tal como lo expresa GENARO CARRIÓ en su pequeño y simple pero más que magistral libro *Cómo estudiar y cómo argumentar un caso. Consejos elementales para abogados jóvenes*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989 y antes en su artículo “Cómo argumentar un caso frente a un Tribunal,” *JUS*, n° 5, La Plata, p. 43 y ss., p. 45, § 4, 6, 10, 12 y concordantes: “La solución de

El *fugit irreparabili tempus* de VIRGILIO se transforma en lo opuesto, en un tiempo esperanzadamente lento, a la espera del múltiple cambio que tal vez nunca se de.

Otros tribunales colegiados, cuando sus miembros tienen que discrepar, no repiten todo el fallo sino que lisa y llanamente introducen en sus votos, desde un vamos, sus diferencias de fundamentación y decisión, sin repetir el relato compartido del expediente. Ello ahorra árboles, fatiga de la vista y tiempo de lectura, evita la demora en la publicación y produce otros beneficios⁴ pero no resolvería en el presente caso el problema central de la intuición acerca de la perdurabilidad de la solución mayoritaria del fallo en el mediano y largo plazo. Es otra variante del tema evolutivo-involutivo de la responsabilidad del Estado, que tantos debates ha provocado y provocará en nuestro país.⁵

Ha cambiado de criterio muchas veces la Corte, siempre para bien en temas cruciales en los últimos años, abandonando antiguos criterios que se deslizaron en algunos fallos del pasado en cuya lectura ya se advertían visibles criterios injustos o irreales. Ha cometido sin duda errores, aunque tal vez no tan tremendos como a veces se perciben.⁶

Estos fallos de ahorro obligatorio, tal como están escritos, pueden integrar la historia de las dificultades de las finanzas públicas argentinas pero no de la interpretación objetiva de la mecánica de devolución justa y equitativa de los empréstitos forzosos una vez pasada la emergencia que los hizo nacer.

Que, al parecer, no es ahora.⁷ El enigma sigue en pie, los juicios también, la sensación de cosa no resuelta lo mismo. Habrá que esperar unos años más, con el consiguiente dispendio jurisdiccional que produce la poca fuerza de convicción de lo resuelto.

3. *El "ojo del cazador"*

BACON DE VERULAMIO, citado por BALMES, comparaba la intuición de juicio al instinto del cazador: Había que estimar en un instante dónde estaba el ave, cuáles eran su trayectoria y velocidad probables y también la de la flecha, para ver a qué lugar más adelante en el camino del ave se disparaba el arco.

todo caso jurídico tiene que insertarse en el tiempo y hacerse cargo de su transcurso"; a quien recordamos en *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1995, reimpresión, pp. 79-80, 89-90.

⁴ En años posteriores la CSJN ha morigerado sustancialmente esta particularidad, y hay joyas de concisión y acierto como *Giroldi, Arce, Priebke* y tantos más. (*Infra*, p. 225.) Lo cual muestra que hasta la crítica de Agustín ha podido en algún caso ser útil.

⁵ Esa evolución es hacia la creciente responsabilidad internacional pero decreciente responsabilidad interna, como explicamos en el cap. XIX del t. 2, 3ª ed., 1998, § 2, pp. 5-11.

⁶ A veces la solución en sí es opinable, pero irrazonables son los fundamentos, como fue el caso de los aeropuertos: BIELSA, RAFAEL ANTONIO, y GARBER, CARLOS ABELARDO, "Aeropuertos: algo más que un caso difícil," *LL*, 1999-A, 110.

⁷ Sobre esto puede verse el cap. IV, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," en nuestro t. 1, 5ª ed., 1998.

Para recuperar el ahorro obligatorio hace falta mucha más intuición que el cazador, o quizás lisa y llanamente suerte. A los que demandaron *antes* de vencer el plazo para la devolución les dijeron, tal vez con razón, que habían errado por madrugadores.

4. *El imposible nuevo juicio*

A la tanda de juicios que llega ahora, les dicen cosas nuevas, como que debieron probar múltiples cosas que ellos no sabían ni podían imaginar que debían probar. Ya que el tribunal crea derecho nuevo, más que rechazar las pretensiones pudiera haber mandado las causas a una instancia inferior para que se produjera la prueba que sólo él podía saber que iba a decir que era necesario producir. En otro caso reciente⁸ el mismo Tribunal, ahora por unanimidad, considera violatorio del derecho de defensa una solución que “implique volver a tramitar un juicio,” “desbaratar este juicio y sustituirlo por otro, con grave desmedro de la seguridad jurídica:” *¿quid* de ésta en que ya no puede siquiera hacerse otro juicio, por la ley 24.447?

Cuando caía la fecha límite para demandar también por estas materias según la ley 24.447, la Corte no orienta a la tercera ola de juicios; estos pronunciamientos ven la luz cuando su publicación es tardía y no pudo tenérselos presente al momento de demandar en junio de este año.

¿Se aplicará el poema de POPE, *Be not the first by whom the new is tried/nor yet the last to lay the old aside?* Los primeros que lo intentaron perdieron, ¿es hora de abandonar los viejos intentos de recuperar el ahorro obligatorio?

¿Qué experto cazador apostará ahora a cuál será el criterio de la Corte, y cuál su composición, cuando lleguen otra vez a sentencia, de aquí a varios años, estos nuevos demorados juicios, despaciosamente llevados?

¿Estarán las arcas públicas tan destruidas como hoy, de modo que no quepan sino pronunciamientos denegatorios, y la percepción de justicia del hombre común se vea nuevamente frustrada en técnicas de impuesto liso y llano, no de empréstito forzoso?

Nacieron mientras tanto, morosas y costosas, por imperio de la ley 24.447, las demandas de quienes todavía tenían fe en recordar lo que pudo razonablemente interpretarse que el Estado habría de devolverles: Apuntan ahora a que al momento de la sentencia final quizás la Corte, en otra composición u otro criterio, y/o frente a otras finanzas públicas, esté con mejor ánimo y posibilidad de devolverlo.

Algunos piensan que cobrarán, pero en una nueva tanda de bonos: Esos son los optimistas, no los pesimistas.

⁸ SADE S.A.C.C.I.F.I.M. c/ Estado Nacional -Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Dirección Nacional de Construcciones Portuarias y Vías Navegables - s/ contrato de obra pública, 24 de agosto de 1995, cons. 12, LL, 1995-D, 798.

EL CASO DE LOS BONOS “DUPLICADOS” Y “APÓCRIFOS”⁹ (1995)

Caja de Valores S.A., CSJN, LL, 1995-D, 300

Todos sabemos que hay que cuidarse de los dólares falsos y los billetes falsos.

Este fallo por lo menos nos da la tranquilidad de que los bonos “duplicados” y “apócrifos” emitidos por el mismo Estado al menos comprometen su responsabilidad, si son materialmente auténticos. En el caso, de acuerdo al fallo los corresponsables de la miniemisión “duplicada” son la Provincia de Buenos Aires y la Sociedad de Estado Casa de Moneda, contratista a su vez de la Dirección de Energía de la Provincia; los “termobonos,” pues de ellos se trata, fueron suscriptos por el entonces administrador general de la Empresa Social de Energía de Buenos Aires y el Ministro de Economía de dicha Provincia.

Buen susto se debe haber llevado la Caja de Valores S.A., depositaria de los títulos, cuando el Banco de la Provincia de Buenos Aires le dijo en 1989 que no los abonaba porque había títulos “duplicados” y “apócrifos.” En realidad eran “materialmente auténticos,” sólo que habían sido emitidos... de más. La causa penal todavía no halló a los responsables y sólo un fallo de la Corte ha podido dar fin al entredicho sobre el pago.

⁹ Corresponde a la nota n° 4 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 38.

¿NO AL INFORMALISMO Y DESREGULACIÓN ADUANERA?¹⁰ (1995)

Glaxo, CNFed CA, sala III, LL, 1995-D, 316

Surge del fallo la persistencia de las distintas administraciones públicas, en el caso la Aduana, en desconocer tanto los principios del informalismo en el procedimiento administrativo¹¹ como también la política nacional de desregulación.

Si importar una máquina industrial lleva tanto trámite y da tanto problema y obliga a tanto juicio como aquí se advierte, ciertamente no se promociona la llegada de capitales ni la inversión en el país, y ni siquiera las mayores inversiones de las empresas ya radicadas en él.

Se violan también el espíritu y las normas sobre inversión de capitales que el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos promociona en vistosos folletos redactados en inglés para inversores del exterior,¹² y al menos el espíritu de los numerosos tratados bilaterales de protección de inversiones extranjeras.¹³

Bueno sería que alguien instruyera a la aduana en *aggiornar* sus procedimientos a la nueva política nacional y a las ya viejas pero todavía modernas normas y principios del procedimiento administrativo: Informalismo, celeridad, eficacia, etc.

¹⁰ Corresponde a la nota n° 8 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 47.

¹¹ Lo hemos explicado en el cap. XII, "La contratación pública," del t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 3ª ed., 1998.

¹² *Argentine Foreign Investment Act*, art. 1° según el texto ordenado por "Executive Order 1853" del 8 de setiembre de 1993, en *Argentine Investment Update*, Buenos Aires, julio de 1995: "Foreign investors who invest capital in the country... will have the same rights and duties that the Constitution and the laws accord to domestic investors."

Ése es el problema, que se les dé el mismo trato que nos damos nosotros mismos, si estamos a las tribulaciones que debió soportar el inversor en el caso comentado.

¹³ Conviene también recordar que hay más de cuarenta tratados bilaterales de inversiones extranjeras que autorizan el arbitraje internacional, protegen contra el rescate, etc.: GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 1998, 3ª ed., cap. XVII. Pero por motivos que allí se trata de explicar, no constituye un mecanismo habitualmente utilizado por los inversores extranjeros.

También sería del caso revisar la eficacia de los mecanismos internos de tutela de los derechos,¹⁴ a lo cual nos obligan los pactos de derechos humanos y la propia Convención Interamericana Contra la Corrupción.

¹⁴ Ver t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, op. cit., caps. XIII a XV.

¿EL DECRETO COMO FUENTE EN MATERIA DE AHORRO OBLIGATORIO?¹⁵
(1995)

Rodhel, CNFed CA, sala II, *LL*, 1995-D, 768

Nos encontramos ante otro fallo que aplica un decreto del Poder Ejecutivo como si se tratara de la ley misma, olvidando que la interpretación de las leyes es función del Poder Judicial, no del Poder Ejecutivo, y no haciéndose cargo del necesario impacto de la reforma constitucional de 1994 que niega al Poder Ejecutivo, como principio, otra potestad reglamentaria que no sea la de ejecución.¹⁶ Y un decreto de ejecución no puede limitar o perfilar los derechos y deberes de los particulares, materia de reserva exclusivamente legislativa.

En el caso, el razonamiento de la actora era eminentemente razonable, y la mera invocación desnuda de una norma del Poder Ejecutivo carece de fuerza de convicción. La disidencia, referida a la inconstitucionalidad de la ley de ahorro obligatorio —luego del fallo *Horvath* declarando por ajustada mayoría su constitucionalidad—, no hace sino mostrar el incierto estado de la cuestión aún después de ese y otros fallos de Corte y tribunales de segunda instancia.¹⁷

¹⁵ Corresponde a la nota n° 12 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 57.

¹⁶ Un desarrollo del tema en el *actual* sistema constitucional puede verse en el cap. VII de la 5ª ed., 1998, del t. 1 del *Tratado de derecho administrativo, Parte general*.

¹⁷ Ver *supra*, nota n° 11, p. 51, *Ninguna clase de hombres...*

UN VIEJO VOTO EN DISIDENCIA EN MATERIA DE AHORRO OBLIGATORIO¹⁸ (1995)

Argal, CNFed CA, sala II, LL, 1995-D, 770

Dictado ya el primer fallo de la Corte declarando la constitucionalidad del ahorro obligatorio, puede ser útil recordar un voto minoritario desarrollando anteriormente la tesis contraria: De hecho, se trató de un impuesto, en esto la mayoría de la Corte coincide con este voto en disidencia en segunda instancia.

Ahora bien, si era un impuesto, según el voto era retroactivo y no satisfacía otros requerimientos de la potestad tributaria del Estado.

De nada sirvieron los argumentos constitucionales frente a las necesidades e imposibilidades económico-financieras del Estado: Pero faltó la consideración del contexto, que no es otro que un Estado que no quiere reducir sus gastos a la medida de sus recursos normales, y mantiene su nivel de erogaciones a costa de empréstitos externos e impuestos internos, en el caso disfrazados a la postre de empréstitos internos.

En esa medida, bien puede postularse que la presión tributaria extraordinaria sin el correlato de una reducción *pari pasu* extraordinaria del *gasto público* constituye una hipótesis de falta de sustento fáctico suficiente, falta de adecuación de medio a fin y sobre todo de falta de proporcionalidad y por ende equidad y justicia.¹⁹ La controversia no está terminada.

¹⁸ Corresponde a la nota n° 13 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 58.

¹⁹ Sobre el tema de la resistencia del Estado a reducir su gasto público y pretender mantenerlo con creciente endeudamiento y mayor presión fiscal, ver el cap. IV "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio," en la 5ª ed. del t. 1 de GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, 1998.

INTRUSOS Y EX CONCESIONARIOS EN INMUEBLES DEL ESTADO²⁰ (1995)

FE.ME.SA., CNFed CA, sala III, *LL*, 1995-E, 491

El fallo se ajusta a la ley y a la jurisprudencia; son estas últimas las que no se ajustan a los tiempos y han devenido irrazonables. De la época de un sector público sobreexpandido vienen normas como la 17.091: Quien tiene un contrato con el Estado para la ocupación de un inmueble de su dominio privado está desprotegido si la administración se lo revoca unilateralmente sin causa suficiente, porque no conseguirá la medida cautelar en sede judicial y el Estado puede desalojarlo sin audiencia previa por la llamada ley 17.091, muchas veces declarada constitucional a pesar de no serlo, a ojos vista.²¹

Lo curioso es que si el mismo inmueble lo ocupa un intruso entonces la administración debe ocurrir al interdicto de recobrar y actuar en la Justicia Civil y Comercial Federal, según este fallo, no pudiendo usar el medio más expeditivo de la ley 17.091.

Al intruso no se le aplica la ley 17.091. Son sólo los ex-contratistas del Estado los que reciben todo el rigor de la ley: Después podrán ganar el juicio de daños y perjuicios, si tienen suficiente sobrevida la empresa y sus letrados.

Algún día, tal vez, se declare su inconstitucionalidad.

²⁰ Corresponde a la nota n° 14 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 59.

²¹ El argumento de la precariedad del derecho del contratista fue para la Corte Suprema suficiente para soslayar la de otro modo visible inconstitucionalidad de la llamada ley 17.091. *Fallos*, 295: 1005, *Ferrocarriles Argentinos c/Arenera Sarateña y otros*, 1976; 271: 229, *Empresa Ferrocarriles del Estado Argentino c/ Pedro Albino Rossi s/desalojo*, 1968; 283: 231, *Administración General de Puertos c S.R.L. La Fragata, s/lanzamiento*, 1972; 301: 1028, *Ferrocarriles Argentinos c/ S.R.L. Copetín San Martín*, 1979; 307: 1173, *Establecimientos Metalúrgicos Cavanna SACIFIC c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones*, 1985; 305: 932, *Ferrocarriles Argentinos c/ Rocalóm S.R.L.*, 1983; 302: 998, *E.F.A. c/ S.R.L. Retiro y/u otros*, 1980, y especialmente p. 1282, apartado 7°. En la doctrina el tema ha sido expuesto, en sentido concordante a esta tradición legislativa y jurisprudencial, por GRECCO, CARLOS M., y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Depalma, 1992.

Mientras tanto, esperemos que el Estado se termine de deshacer de sus inmuebles ociosos, por ejemplo dándoselos a la Justicia que tanto los necesita. En épocas de austeridad pública sería una alternativa más barata que una ciudad judicial, y además puede implementarse de inmediato.

LAS SUSPENSIONES DE JUICIOS²² (1996)

Rosso, CNFed CA, sala II, LL, 1996-A, 643

La *salus* pública clama contra la suspensiones de juicios que distintas administraciones han dictado reiteradamente.

La sentencia ha perdido la oportunidad de confirmar el fallo de primera instancia, aunque más no fuera por doctrina para el futuro.²³

Entonces la práctica persiste, por ley, por decreto, por lentitud del trámite judicial que torna abstracta la cuestión cuando llega el momento del pronunciamiento.

Habría que dar un paso adelante y considerar jurídicamente inexistentes todas las normas que interfirieran en el futuro con el funcionamiento normal del proceso.²⁴

²² Corresponde a la nota n° 24 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 83.

²³ El Consejo de Estado de Francia suele dictar fallos tardíos, pero los dicta igual sobre el fondo de la cuestión aunque sea “abstracta,” para que al menos sirvan como orientación moral y jurídica para futuros casos análogos. Se ha dicho respecto al control del Consejo de Estado de Francia en materia de prohibiciones administrativas del derecho de reunión, por ejemplo, que “El alcance de su intervención no debe ser despreciado ni exagerado... Sus decisiones pierden una gran parte de su valor cuando ocurren varios años después de la medida de prohibición: La situación puede haber evolucionado profundamente en el ínterin, y el perjuicio político y moral sufrido por los organizadores de la reunión no es nada atenuado por la anulación platónica y tardía de una prohibición que ha surtido todos sus efectos; sólo una decisión del Juez ordenando la suspensión de la ejecución de la decisión atacada podría reforzar eficazmente el control en esta materia. El valor de la jurisprudencia del Consejo de Estado, relativa a la libertad de reunión, vale entonces menos por sus efectos prácticos en cada caso que por las afirmaciones de principio que ella importa y recuerda.” (LONG., M., WEIL, P., y BRAIBANT, G., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, 1978, 7ª ed., pp. 221-2.)

²⁴ Para que no ocurra aquello de que “... el funcionario autor del acto ilegal, de hecho, no está jamás inquieto personalmente. Cuando llegue la sanción, él habrá probablemente dejado su puesto por uno más elevado. La decisión del Consejo de Estado no le alcanzará —si aún la llega a conocer; ella no alcanzará tampoco a su sucesor, extraño a lo que ha ocurrido antes que él,” como expresa con acierto CALON, JEAN PAUL, *Le Conseil d’Etat et la protection des libertés publiques*, París, 1980, p. 17, citado en GORDILLO, *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, p. 57 del punto 8 “La política temporal del control jurisdiccional.” El tema es antiguo y ya fue señalado por HAURIUO, MAURICE, *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, t. I, París, 1929, p. 649, transcripto más extensamente en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 1998, 3ª ed., cap. XVIII, § 1, pp. 1-2.

En un Estado de derecho la emergencia no se combate paralizando juicios.

O como dice M. SOUDET comentando el caso del film *La religieuse* que fuera prohibido en 1966 y cuya prohibición fuera anulada en 1975, el fallo “no tiene valor sino como anécdota.” CONSEIL D'ÉTAT, *Études et Documents*, París, 1978/9, p. 66. Sin embargo aún así su valor no puede ser despreciado, pues sirve al menos como orientación moral para el futuro, como señalan LONG, WEIL, y BRAIBANT, *op. loc. cit.*

*POR UN FORMULARIO*²⁵
(1996)

War Car S.A., CSJN, *LL*, 1996-C, 436

No hay duda de que existe todavía una apreciable evasión impositiva, y que se requiere un gran celo de la autoridad tributaria para corregirlo; pero también es obvio que en un estado de derecho ello debe hacerse conforme al ordenamiento legal. En la especie tenemos otra clausura dispuesta por la autoridad impositiva *sin fundamento jurídico*. Lo que es peor, sin sentido alguno de sustento fáctico ni mínima proporcionalidad: Clausurar un establecimiento comercial por la omisión de presentar un mero formulario es simplemente un absurdo. Más grave es que un juez haya apañado la decisión y recién la Corte haya resuelto el entuerto.

²⁵ Corresponde a la nota n° 34 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 99.

¿EXISTE FUTURO DESPUÉS DE LA CONVERTIBILIDAD?²⁶
(1997)

TIM, CNFed CA, sala I, *LL*, 1997-F, 708

No por lo menos en derecho si nos atenemos a esta jurisprudencia, que mantiene la vieja línea de que no existe derecho subjetivo contra el Estado, ni responsabilidad de éste, en el caso, por no mantener la “tablita” a que se había más o menos comprometido.

Criterio que resulta igualmente aplicable a la ley de convertibilidad: El día que cambie, no habrá lugar a reclamos de daños y perjuicios contra el Estado por las operaciones concertadas a su amparo, si nos atenemos a esta jurisprudencia que es tradicional.

Cada uno quedará librado a su suerte en el derecho interno. En el derecho y las finanzas internacionales la cuestión será distinta.²⁷

²⁶ Corresponde a la nota n° 77 de *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, p. 171.

²⁷ Nos remitimos a lo explicado en el *Tratado*, t. 1, 5ª ed., 1998, caps. IV y VII, y *Después de la reforma del Estado*, 1998, 2ª ed., cap. IV.

