

Coviello, Pedro José Jorge

De “Gallo Llorente” a “Camaronera Patagónica”

Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 3, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Coviello, P. J. J. (2015). De “Gallo Llorente” a “Camaronera Patagónica” [en línea], *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 3.

Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/gallo-llorente-camaronera-patagonica.pdf> [Fecha de consulta:.....]

DE “GALLO LLORENTE” A “CAMARONERA PATAGÓNICA”

PEDRO JOSÉ JORGE COVIELLO¹

La reciente exposición del profesor y académico Alberto B. Bianchi sobre la actualidad de la delegación legislativa, desarrollada en el marco del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, y al mismo tiempo la invitación que me dirigió el profesor Roberto Antonio Punte², me movieron a actualizar este trabajo, sobre la base del publicado originariamente en la revista *El Derecho*, serie especial administrativo (EDA), en el tomo del año 2014, página 583, que adapté en la oportunidad.

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia recaída *in re* “Camaronera Patagónica” (del 15-4-2014) me trajo a la memoria el tema de las conocidas “retenciones” originadas en la Resolución N° 125/2008, y las sendas sentencias pro-

1. Profesor titular ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Director de la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo Económico de dicha Universidad.

2. El profesor Punte estudió en su momento con agudeza este pronunciamiento, cuyas consideraciones son de muchísima utilidad para una profundización de un tema aún dificultoso: “El fallo ‘Camaronera Patagónica S.A.’ y las retenciones”, publicado el 5-5-2014 en *elDial.com* - DC1CB1.

nunciadas en la causa “Gallo Llorente”, tanto en primera³, como en segunda instancia⁴, cuyo tratamiento había quedado en cierto sentido anestesiado luego del también conocido “voto no positivo”, del entonces vicepresidente de la Nación, Ing. Cobos.

Considero, en ese sentido, que la doctrina de “Gallo Llorente” no ha perdido su vigor, como lo expondré abajo, pese a lo decidido en esta causa por la Corte en *Fallos*: 334:1187 (2011). Criterio, éste, confirmado por la Sala IV del fuero *in re* “Grobocopatel”.

Al mismo tiempo, “Camaronera Patagónica” presenta ciertas aristas que pueden servir para el estudio de los decretos delegados, referentes al alcance del saneamiento legal de normas defectuosas, y su alcance en materia tributaria.

II. LA CAUSA “GALLO LLORENTE”

No me detendré en recensionar el contenido de los pronunciamientos de primera y segunda instancia de “Gallo Llorente”, pero sí es preciso apuntar los aspectos salientes⁵.

1. La señora jueza de primera instancia, con el fervor que caracterizan sus pronunciamientos, directamente declaró “la inconstitucionalidad de las Resoluciones MEP N° 125/2008 y MEP N° 64/2008, así

3. Dictada por la jueza Liliana Heiland, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, del 5-6-2008 (*ED*, 229-71, 2008).

4. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, del 23-9-2008 (*ED*, 229-463, 2008).

5. Debo destacar que tiempo antes de estos pronunciamientos, la Sala I, que integré, había en cierto modo esbozado algunas ideas en punto al principio de legalidad en materia tributaria y a la inconstitucionalidad de las delegaciones en materia tributaria, en la sentencia recaída en una causa vinculada con una medida cautelar, caratulada “Pionner”, del 18-10-2007 (*ED* del 9-10-2008; sumario N° 55.547), más allá de que por mayoría se rechazó el pedido por no estar presente el *periculum in mora*; en mi disidencia preferí, como siempre lo hice, privilegiar el *fumus*. Lo curioso es que coincidimos los jueces con la presencia de la verosimilitud.

como de las normas que pretende sustentar la delegación allí ejercida (Art. 755 del CA y Art. 1º del Decreto N° 2.752/1991)”.

Más allá de lo que se refiere a las otras normas generales, lo importante es que allí decretó la inconstitucionalidad de la base legal básica de las “retenciones”, que es el Artículo 755 del Código Aduanero⁶.

2. La Sala II, por mayoría de los votos concurrentes de la jueza Marta Herrera y del juez Guillermo Galli, y la disidencia del juez Carlos Manuel Grecco, dio por sentada –con apoyo jurisprudencial de los pronunciamientos de la Corte Suprema– la validez constitucional del texto del citado Artículo 755, entre otros, por este motivo, señalado por la jueza Herrera, a la que su colega de criterio adhirió:

“De la doctrina judicial reseñada se desprende que la legitimidad de las decisiones del Poder Ejecutivo en materia de derechos aduaneros –como la que nos ocupa– se sustenta en el juego armónico que deriva de la aplicación de las disposiciones del Artículo 755

6. “Artículo 755. – 1. En las condiciones previstas en este código y en las leyes que fueren aplicables, el Poder Ejecutivo podrá:

- a) gravar con derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería que no estuviere gravada con este tributo;
- b) desgravar del derecho de exportación la exportación para consumo de mercadería gravada con este tributo; y
- c) modificar el derecho de exportación establecido.

2. Salvo lo que dispusieren leyes especiales, las facultades otorgadas en el apartado 1 únicamente podrán ejercerse con el objeto de cumplir alguna de las siguientes finalidades:

- a) asegurar el máximo posible de valor agregado en el país con el fin de obtener un adecuado ingreso para el trabajo nacional;
- b) ejecutar la política monetaria, cambiaria o de comercio exterior;
- c) promover, proteger o conservar las actividades nacionales productivas de bienes o servicios, así como dichos bienes y servicios, los recursos naturales o las especies animales o vegetales;
- d) estabilizar los precios internos a niveles convenientes o mantener un volumen de ofertas adecuado a las necesidades de abastecimiento del mercado interno;
- e) atender las necesidades de las finanzas públicas”.

del Código Aduanero y de las leyes que a los efectos allí previstos se dicten, y que constituyen la fuente legal que defina la clara política tributaria y fije los límites de la materia autorizada al Poder Ejecutivo para su aplicación.

[...]

Desde esta perspectiva, cabe concluir que *las facultades conferidas por el Artículo 755 del Código Aduanero requieren para su aplicación de una ley formal que especifique la política legislativa, fije las escalas y los límites concretos para su ejercicio por parte del Poder Ejecutivo*” (acápite XIII del voto; el énfasis me pertenece).

Agregó más adelante la magistrada:

“Como corolario, reconociendo que el derecho a la exportación es un tributo alcanzado por el principio de reserva de ley y que el ejercicio de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo Nacional en el Artículo 755 del CA requiere del dictado de una ley formal que establezca los límites para su aplicación, las resoluciones impugnadas son inconstitucionales por arrogarse facultades que la Carta Magna (Arts. 4º, 17 y 75, inc. 1º) y el Código Aduanero confieren al Congreso de la Nación” (acápite XIV del voto).

El juez Galli centró su mayor desarrollo en la idea, ya señalada por la jueza Herrera, de que la subdelegación de facultades solo podía ser ejercida en la medida que así lo hubiere autorizado el delegante, dado que la delegación solo podía –según entendían, y yo comparto– serlo en el Poder Ejecutivo, ejercido por el Presidente de la Nación. En el caso de la Resolución N° 125/2008, las fuentes invocadas –argumentaron–, en el devenir normativo, habían caducado, lo que quitaba virtualidad a la delegación que había sido realizada en el Ministro de Economía para el dictado de la resolución impugnada.

Por ello, declararon la inconstitucionalidad de la citada resolución ministerial. Al mismo tiempo, ordenaron al Estado Nacional “abonarle a la parte actora la diferencia positiva de valor resultante de la aplicación de la Resolución N° 125/2008, modificada por su similar, N° 141/2008 y ccdtes., y el que hubiere correspondido por aplicación de las normas preexistentes al dictado de la mencionada reso-

lución, por las ventas acreditadas en autos y que se vieron alcanzadas por aquélla”.

3. Cuando llegó la causa a la Corte, se configuró una curiosa situación. En primer término, el Procurador General se remitió a una vieja doctrina, y a una perniciosa consecuencia emanada de un raro precedente:

“Al respecto, el Tribunal ha señalado en reiterada doctrina que si lo demandado carece de objeto actual, su decisión es inoficiosa [...], puesto que la desaparición de los requisitos jurisdiccionales que habilitan su actuación importa la de poder juzgar, circunstancia comprobable aún de oficio [...].

Sin perjuicio de ello, considero que también *corresponde dejar sin efecto la sentencia recurrida*, pues su subsistencia podría causar al apelante un gravamen no justificado, en la medida en que no cabe descartar que alguna consecuencia gravosa para él pudiera ser extraída de una sentencia declarativa de inconstitucionalidad que no pudo ser revisada [...], máxime cuando, a mi juicio, en autos 110 ha sido debidamente acreditada la relación de causalidad entre las resoluciones aquí impugnadas y el daño alegado por la actor, quien reconoció en todo momento que no actuó como exportador en las operaciones aquí involucradas” (el destacado me pertenece).

La doctrina invocada en el segundo párrafo transcrito proviene del precedente “Peso” (*Fallos*: 307:2081; 1985).

Empero, la Corte, compartiendo solo la primera parte de lo transcrito, hizo excepción del último párrafo, por lo que declaró inoficioso el pronunciamiento. (El juez Petracchi siguió la doctrina de “Peso”).

Ello significaba, a mi juicio, y conforme lo venía enseñando, *que la doctrina del caso “Gallo Llorente” había quedado incólume* (pensemos solamente que la condena carecería de efecto).

4. Esta última opinión personal, que he sostenido y enseñado reiteradamente, quedó confirmada tiempo después en la sentencia de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso

Administrativo Federal, recaída el 14-11-2013, *in re* “Grobocopatel Hermanos S.A.”, donde a través del voto del juez Jorge Morán se remitió el tribunal a los fundamentos de la sentencia “Gallo Llorente” –especialmente al párrafo transcrito más arriba del voto de la jueza Herrera, en la parte resaltada–, en estos términos:

“Que, teniendo en cuenta la forma en que el Alto Tribunal resolvió y que la sentencia de la Sala II no ha sido revocada, corresponde estar a lo allí resuelto por ser ésta una causa análoga.

En virtud de ello, de la prueba agregada a la causa y de lo que surge de la pericia contable de fs. 432/435, corresponde hacer lugar a la demanda y ordenar al Estado Nacional a abonar a la empresa actora la diferencia positiva de valor resultante de la aplicación de la Resolución N° 125/2008, modificada por su similar, N° 141/2008 y cccts., y el que hubiera correspondido por aplicación de las normas preexistentes al dictado de la mencionada resolución, por las ventas acreditadas en autos y que se vieron alcanzadas por aquellas, a las que deberá adicionarse la tasa pasiva de interés fijada por el BCRA” (el énfasis me pertenece)⁷.

III. EL CASO “CAMARONERA PATAGÓNICA”

¿Qué ocurre con la expurgación del pecado original de normas como la N° 125 o la cuestionada en “Camaronera”?

1. En este caso, hay un primer aspecto positivo, en cuanto el voto mayoritario de los jueces Fayt, Lorenzetti, Maqueda y concurrente de Zaffaroni, donde se afirma la invalidez de la Resolución del Ministerio de Economía N° 11/2002, que había establecido determinados derechos a la exportación, invocándose para fijarlos las normas del Código Aduanero (Ley N° 22.415) y la Ley de Emergencia N° 25.561. Sin embargo, a juicio de dichos jueces, no resultaba la existencia de normas de base legal formal que establecieran los elementos esencia-

7. El recurso extraordinario se encuentra en trámite ante la Corte Suprema.

les del tributo, ni la clara política legislativa, o la alícuota aplicable ni baremos máximos y mínimos para su fijación.

2. Mas en una curiosa elipsis normativa (que no comparto, en absoluto⁸), sostuvieron que la Ley N° 25.645, que por su Artículo 3° había ratificado “la totalidad” de la legislación delegada preexistente a la reforma constitucional de 1994, daba sustento a las dictadas hasta su entrada en vigencia, que había sido el 24 de agosto de 2002 (consid. 11). Y sobre ello entendió que si bien la ratificación no podía tener efectos retroactivos, sí, en cambio, los tenía para el futuro. Para dar sustento a ello invocó el precedente “Cic Trading” (*Fallos*: 321:347, 1998, consid. 10).

El precedente “Cic” trató del Decreto N° 560/1989, rotulado como de necesidad y urgencia, del presidente Menem, por el que se había impuesto un gravamen a los activos financieros. Para la doctrina de ese pronunciamiento, la ratificación por la Ley N° 23.757 solo tenía efectos para el futuro.

Los jueces que votaron en disidencia, la recordada jueza Carmen Argibay y el juez Petracchi (disidencia que comparto), destacaron en uno de los considerandos para negar efecto alguno para el futuro a la resolución, y en relación a la Ley N° 25.645, que “frente a un universo heterogéneo de normas que ni siquiera son identificadas en forma alguna, la mención del legislador en el sentido de aprobar ‘la totalidad de la legislación delegada dictada [...]’, aparece poco propicia para derivar de ella que se ha querido avalar el contenido de la Resolución N° 11/2002, *máxime cuando se trata de una materia ajena a las mencionadas en el Artículo 76 de la Constitución Nacional*” (el resaltado me pertenece).

8. Ello va contra lo dispuesto en la Cláusula Transitoria Octava, que impone que el “Congreso ratifique expresamente por una nueva ley” la legislación delegada, mencionada por la Corte en el consid. 11, porque: 1° la Constitución no admite, en principio, una ratificación genérica; necesita *precisión*; 2° aunque se admitiera o *tolerara* –mejor dicho– por razones prácticas una cierta generalización, lo cierto es que cuando se trata de una materia tributaria –que está *prohibida*, porque no es de “administración”–, la ratificación debe necesariamente ser *estricta* y *precisa*.

IV. REFLEXIONES PARTICULARES

La citada disidencia agrega un componente muy interesante: si la materia es ajena a las que habilitan la delegación, ¿permanece vigente constitucionalmente una delegación prohibida a partir de la reforma del año 1994? Creo que no. Volveré más abajo sobre el tópico.

1. ¿Qué ocurre con las ratificaciones legislativas de reglamentos inválidos? Aquí el campo es, aparentemente, variado.

En el caso “Franco” (*Fallos*: 322:1868; 1999) se dijo respecto a la ratificación (por la Ley de Presupuesto N° 24.624) de decretos autónomos que habían establecido suplementos “no remunerativos” ni “bonificables”, que “respecto de lo previsto en la Ley N° 24.624, en el sentido de ‘ratificar’ lo dispuesto en los Decretos Nros. 2.000 de 1991 y 628 de 1992, con relación al carácter ‘no remunerativo no bonificable’ de las asignaciones en cuestión, cabe poner de relieve que los decretos que en su origen se hallan viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo con exceso de sus facultades reglamentarias no son susceptibles de purga o subsanación mediante la ratificación parlamentaria posterior. Ello es así porque la Constitución Nacional impide a ese poder ejercer funciones legislativas sin contar con base legal previa y suficiente, y la oportuna observancia de tal requisito no depende de la gracia del Congreso. Por expresa previsión constitucional, *solo en el excepcionalísimo supuesto de los decretos de necesidad y urgencia la ratificación ulterior podría tener la virtualidad convalidatoria que, impropiaamente, se pretende extender al caso*” (consid. 14; el resaltado me pertenece).

La misma idea se reiteró en el caso “Lalia” (*Fallos*: 326:928, 2003). Más tarde, en “D’Amore” (*Fallos*: 329: 584;2006), que era un caso análogo a “Franco” y a “Lalia”, y con la firma de los jueces Highton, Lorenzetti, Fayt, Zaffaroni, la Corte se remitió a “Franco” (la jueza Argibay no adhirió al considerando que hacía referencia a “Franco”).

Como se aprecia, si bien negó efecto alguno, ni para el pasado ni para el futuro, a la ratificación legislativa de un reglamento autónomo, sí, empero, *la reconoció para los DNU, pero sólo ex nunc*.

Respecto a estos últimos, ya en “Cic Trading” (*Fallos*: 321:347, 1998; consid. 10), ya citado, como en “Zofracor” (*Fallos*: 325:2394;

2002; consid. 14), la Corte admitió con efectos para el futuro la convalidación legislativa de un DNU.

2. ¿Qué sucede con los reglamentos, o mejor dicho, *decretos delegados*? Evidentemente la solución, conforme "Camaronera Patagónica", es la misma, en virtud de la remisión que se hace a "Cic Trading".

En cuanto los reglamentos ejecutivos, creo que lo mismo ocurriría pero solo respecto a su ratificación legislativa, y también con efectos *ex nunc*.

3. ¿Permanece vigente la doctrina de "Franco" respecto a los reglamentos autónomos? Es difícil predecir, porque la solución debería ser la misma que para los otros supuestos; mas hay que tener en cuenta que si en esos casos de suplementos para el personal militar y el policial se hubiera conferido efecto *ex nunc* a la ratificación legislativa, se habría producido un tremendo desajuste en el régimen de haberes de dicho personal. Casi podría decirse que fue una solución de especie.

4. Por último, vuelvo al párrafo de la disidencia de los jueces Argibay y Petracchi, en cuanto –recuerdo– dijeron sobre el contenido que trataba la Resolución N° 11/2002, que "se trata de una materia ajena a las mencionadas en el Artículo 76 de la Constitución Nacional".

Ello iría en contra de lo que ha dicho reiteradamente la Corte, y en "Camaronera" (con remisión a *Fallos*: 246:345, "Prattico", y 328:940, "Federación de Empresarios de Combustibles"), también, en cuanto "resulta admisible que el Congreso atribuya al Poder Ejecutivo ciertas facultades circunscriptas, exclusivamente, al aspecto cuantitativo de la obligación tributaria, es decir, autoriza elevar o disminuir las alícuotas aplicables, siempre y cuando, para el ejercicio de dicha atribución, se fijen pautas y límites precisos mediante una clara política legislativa" (considerando 10).

Si se confronta esta doctrina con el texto del Artículo 76, resultaría inconstitucional tal "delegación", en la medida en que no se trata de una "materia de administración" o de "emergencia pública".

Pero sin pretensión de ahondar el tema, ¿no sería admisible dicha doctrina de la Corte para los reglamentos ejecutivos, en tanto com-

plementan la ley que debe aplicar el Poder Ejecutivo? No sería, acaso, más propia a tal fin la afirmación hecha en el consid. 9º, al criticar la resolución que “el Congreso Nacional no ha previsto cuál es la alícuota aplicable, *ni siquiera mediante el establecimiento de unos baremos máximos y mínimos para su fijación*. Al guardar silencio el citado cuerpo legal respecto de la alícuota máxima que puede establecerse en materia de derechos de exportación, coloca a la resolución impugnada a extramuros de las normas y principios constitucionales antes reseñados”.

V. CONCLUSIÓN

Según lo entiendo y reitero, no se puede delegar en el Ejecutivo el dictado de normas de naturaleza tributaria; ello iría en contra del Artículo 76 (de manera que por más que se hubiere ratificado la delegación legislativa anterior a la reforma de 1994, ella sería nula si fueran normas tributarias). Si se le concediera, por caso, establecer alícuotas del tributo conforme pautas estrictamente tasadas (bien entendido, a partir de 1994), *ello sería un reglamento ejecutivo y no delegado*.

¿Podría sostenerse que en casos de *emergencia pública* sería admisible tal atribución? Creo que no, en el derecho público occidental son principios liminares que dan basamento al Estado de Derecho los de legalidad penal y de legalidad tributaria. La emergencia no justifica ni habilita procedimientos propios de la dictadura.

No dejemos de lado (y para no confundirnos) que, en cierta forma, un reglamento ejecutivo no deja de ser muchas veces un reglamento delegado, pero *no “legislación delegada”*. Mas para ello, en supuestos como los de la aplicación del Artículo 755 del Código Aduanero, se necesitaría una ley que fijara las pautas en forma bien precisa y limitada.

Espero que estas brevísimas reflexiones o apostillas, algo desordenadas por el sentimiento que las anima, puedan ser útiles para desentrañar un tema aún nebuloso como es el de los reglamentos delegados del Artículo 76 de la Constitución Nacional.