

SOLICITA URGENTE MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA. PETICIONA HABILITACIÓN DE FERIA. HACE RESERVA DEL CASO FEDERAL

Señor/a Juez Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal:

ANDRÉS FABIÁN BASSO, en mi carácter de presidente de la **ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL**, con el patrocinio letrado de los Dres. **ALBERTO ANTONIO SPOTA** (CPACF T° 71 F° 303) y **DANIEL REIMUNDES** (CPACF T° 102 F° 277), constituyendo domicilio procesal en la calle Montevideo 665, piso 6°, de la ciudad de Buenos Aires y domicilio electrónico en 20247737074 y 20313935311 (correo electrónico: aspota@estudio-spota.com.ar y teléfono: 01143730900), ante V.S. me presento y digo:

1. OBJETO

Solicito, en los términos de los arts. 230 y 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el dictado de una medida cautelar autónoma por la cual se ordene al **ESTADO NACIONAL**, con domicilio en la calle Balcarce 50 de la ciudad de Buenos Aires, al **CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA NACIÓN**, con domicilio en la calle Libertad 731, piso 1°, de la ciudad de Buenos Aires, a la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**, con domicilio en la calle Talcahuano 550 de la ciudad de Buenos Aires, a la **PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN**, con domicilio en Av. de Mayo 760 de la ciudad de Buenos Aires y a la **DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, con domicilio en Av. Callao 970, piso 6° de la ciudad de Buenos Aires-, que se abstengan de aplicar la ley 27743 (de "Medidas Fiscales Paliativas y Relevantes") en cuanto menoscaba los derechos adquiridos por los miembros de esta Asociación al amparo de los preceptos instaurados por el "Protocolo de Procedimiento para la Retención de Impuesto a las Ganancias sobre las Remuneraciones de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación nombrados a partir del año 2017", aprobado por la resolución N° 8/2019 del Consejo de la Magistratura de la Nación de fecha 28 de febrero de 2019, publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 2019 (en adelante, el "Protocolo"), el que rige para con el Poder Judicial de la Nación y aplica respectivamente para con la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación en virtud de las resoluciones 16/2019 PGN y 335/2019 DGN.

Suscita el presente pedido de tutela judicial precautoria que aquí se esgrime la reciente publicación de la mentada ley 27743 en el Boletín Oficial de la República Argentina (N° 35456)

del 8 de julio de 2024, que entró en vigencia, de conformidad con lo preceptuado en su art. 104, a partir de su publicación.

Tal como se dará cuenta seguidamente y a todo lo largo de este escrito, la ley 27743 supone una ilegítima abrogación de los derechos de carácter alimentario que fueron legítimamente adquiridos por los miembros de mi representada a la luz del mentado Protocolo.

Agrede también la intangibilidad de las remuneraciones. Y afecta el funcionamiento en sí del Poder Judicial de la Nación, del Ministerio Público de la Defensa y del Ministerio Público Fiscal.

Requiero, asimismo, que esta medida precautoria mantenga su vigencia hasta tanto se dicte la sentencia de fondo a la que se arribará oportunamente, una vez se interponga la acción principal.

Ello, con el objeto de que: (i) se declare la inconstitucionalidad y/o invalidez jurídica y/o ilegitimidad de la ley 27743 en punto al universo de miembros de la Asociación, en todo cuanto resulte materia de agravio y, en consecuencia, (ii) se mantenga la plena vigencia de las normas previstas en el Protocolo con los alcances invocados en los recientes reclamos impropios efectuados ante el Consejo de la Magistratura de la Nación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Procuración General de la Nación y el Ministerio Público de la Defensa, cuyas copias se acompañan a la presentación como Anexo III, que se encuentran pendientes de resolución.

Se deja constancia que esta presentación judicial de modo alguno enerva ni afecta las pretensiones esgrimidas a propósito de dichos reclamos impropios, los que se mantienen incólumes, por lo que se formula, a su respecto, expresa reserva de proseguirlos y agotar a su respecto toda cuanta instancia administrativa como así también judicial sea menester.

Todo lo anterior, en base de los argumentos de hecho y de derecho que se expondrán en esta presentación y que no harán otra cosa que dejar en evidencia la disonancia constitucional que la aplicación de la norma puesta en crisis tiene sobre el colectivo que represento.

2. PERSONERÍA

Conforme surge de las constancias que se adjunta como Anexo I, soy el presidente de la **ASOCIACIÓN DE MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS DE LA JUSTICIA NACIONAL** (en adelante, la "AMFJN"), con domicilio real en la calle Lavalle 1334, piso 1º, de la ciudad de Buenos Aires.

Tal como surge de su Estatuto que, en copia se acompaña como Anexo II, la entidad que presido reviste el carácter de asociación civil. En el art. 25 se acuerda que es el presidente de la AMFJN quien la representa en todos los actos externos que realice.

Y que es él mismo quien se encuentra facultado para efectuar todo tipo de presentaciones y/o denuncias ante organismos públicos y tribunales judiciales en aquellos casos que su Comisión Directiva así lo resuelva, tal lo que ocurre en la especie.

En virtud de lo anterior, entonces, es que solicito ser tenido por parte, por denunciado el domicilio real y por constituido el tanto el domicilio procesal como el electrónico.

3. LEGITIMACIÓN PROCESAL

La AMFJN se encuentra plenamente legitimada para dar inicio a las presentes actuaciones. Ello es así, por cuanto de los objetivos estatutarios que encuadran su funcionamiento surgen los de propender al "constante mejoramiento de la administración de Justicia y su personal" (art. 2°, inc. a), velar por el "mantenimiento del orden, el respeto y la dignidad propias de la función judicial" (art. 2°, inc. b) y, finalmente, "realizar todos los actos y gestiones que fueren necesarios para el mejor cumplimiento de los objetivos sociales" (art. 2°, inc. l).

Como se verá a lo largo de la presente pieza, la normativa impugnada (ley 27743), en tanto elimina las deducciones acordadas en el Protocolo, no sólo incrementa enormemente las sumas a tributar a propósito del impuesto a las ganancias de los magistrados y funcionarios, sino que también afecta una serie de garantías constitucionales que hacen al servicio de justicia y sobre las cuales me explayaré a lo largo de esta presentación.

En prieta síntesis, se destaca en esta instancia que la ley 27743 quebranta, en cuanto es materia de reproche respecto del universo de integrantes de la Asociación que represento, específicamente lo consagrado en el arts. 110 y 120 de la Constitución nacional y atenta contra el orden normativo previsto en el art. 31 de la Carta Magna. Además, soslaya derechos y garantías consagrados en los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la norma de excelencia.

En efecto, la aplicación al caso concreto de dicha norma viola la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los asociados de mi representada como magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación y de los Ministerios Públicos establecida en los referidos arts. 110 y 120 de la Constitución nacional, importa el avance ilegítimo de los otros Poderes del Estado nacional sobre la magistratura y crea una intolerable situación de desigualdad y discriminación entre todos aquéllos que integran el Poder Judicial de la Nación en sus diferentes estamentos.

En ese contexto, hay que decir que la AMFJN se encuentra legitimada estatutariamente para "representar a sus asociados en la defensa de sus intereses legítimos". Es que la AMFJN es una reconocida entidad que nuclea a magistrados y funcionarios judiciales de todas las instancias y fueros de la Justicia federal y nacional de la República Argentina, que lleva años

velando por el respeto y la tutela de la independencia y el eficaz y eficiente funcionamiento del Poder Judicial y la idoneidad técnica y moral de las magistradas y los magistrados que lo integran, lo que constituye un pilar fundamental del sistema judicial y del Estado de Derecho.

Como es sabido por V.S., el reconocimiento de un criterio amplio en términos de legitimación activa (y por tanto de la AMFJN en esta causa) viene impuesto por el principio fundamental de la tutela judicial efectiva (cfr. arts. 18, 33 y 43 de la Constitución nacional y 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Así se ha dicho que “[el principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto” (cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 80/1999, emitido en el caso N° 10194, *in re*: “Palacios N. C/ R. Argentina”).

Por lo demás, la legitimación de la AMFJN ha sido aceptada por la jurisprudencia vigente del fuero, que le ha reconocido el derecho de accionar en causas en las cuales entran en juego intereses afines con sus objetivos estatutarios.

Así vemos, por ejemplo, que la legitimación de la AMFJN para promover este tipo de pleitos fue reconocida por la Sala V de vuestra Cámara en los autos “Asociación de Magistrados y Funcionarios c. E.N. - ley 26.372 art. 2°” (cita online La Ley AR/JUR/22420/2010).

En concreto, dicha Sala consideró que, “dado que en el estatuto de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional se han fijado como objetivos de esta entidad, entre otros, los de “d) velar por el mantenimiento del orden, el respeto y la dignidad propias de la función judicial”, y “f) representar a sus asociados en la defensa de sus intereses legítimos”, constituiría un ritualismo excesivo sostener que las facultades otorgadas a la referida asociación no se extienden a la posibilidad de actuar en juicio en defensa de los intereses, tanto de sus integrantes, como de aquellos funcionarios -y aun de los no afiliados-, a cuyo respecto las normas cuestionadas fueren susceptibles de afectar su dignidad y respeto propios como integrantes de la carrera judicial (Expte. N° 14.962/2008 “Asociación de Magistrados y Funcionarios c/ En-ley 26.372 art.2° s/ amparo LEY 16.986”). Cabe destacar, asimismo, que dichos autos arribaron ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien confirmó la legitimación concedida.

A mayor abundamiento, se agrega que, con fecha 30 de enero de 2015, la Sala IV del fuero volvió a reconocer legitimación a la AMFJN *in re*: “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional y Otros c/ EN-Procuración General de la Nación s/ amparo Ley 16.986” (cita online: La Ley AR/JUR/253/2015) donde se sostuvo “[e]n este contexto, no

aparecen debidamente rebatidos los motivos que dio el juez para admitir, *prima facie*, la legitimación activa de la entidad actora, criterio que, por lo demás, coincide con lo resuelto por la sala V de esta Cámara en la causa 14962/08, Asociación de Magistrados y Funcionarios c. EN - Ley 26.372 art. 2° s/ amparo ley 16.986, sent. del 8/6/10, cuya aplicación al caso será objeto de tratamiento en la oportunidad procesal correspondiente”.

Y, en igual sentido, supo pronunciarse el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, en la causa “Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ Estado nacional s/ medida cautelar (autónoma)” (Expte. N° 35871/2015).

Es correcto afirmar que las mencionadas previsiones estatutarias habilitan a la asociación que presido a articular esta acción en los términos en que resulta formulada, en tanto la norma legal impugnada por violatorias del plexo jurídico constitucional detallado afecta todo cuanto concierne a la debida prestación del servicio de Justicia, lo que a su vez entraña gravedad institucional.

De acuerdo con todo lo anterior, debe V.S. concluir que la AMFJN se encuentra legitimada para llevar adelante la presente acción, lo que pido así tenga a bien declarar.

4. COMPETENCIA

La presente acción es de competencia de la justicia federal. Como expresó la Corte Suprema de Justicia de la Nación “la competencia federal prevista por los arts. 116 de la Constitución nacional y 2°, inc. 1°, de la ley 48 procede cuando el derecho que se pretende hacer valer se funda directa e inmediatamente en uno o varios artículos de la Constitución nacional, en leyes federales o en tratados con las naciones extranjeras, es decir, cuando lo medular de la disputa versa sobre el sentido y los alcances de esos preceptos, cuya adecuada hermenéutica resulta esencial para la justa solución del litigio (Fallos: 311:1900, entre muchos otros)” (*in re*: “Valot S.A. c/ Municipalidad de Campana s/ acción de inconstitucionalidad”, fallo del 24 de abril de 2003).

5. SOLICITA HABILITACIÓN DE FERIA POR RAZONES DE IMPERIOSA NECESIDAD

En el presente caso, resulta imprescindible habilitar la feria judicial a fin de evitar que se produzca la frustración definitiva de la pretensión cautelar de esta parte. Como se mencionó, el cuadro normativo impugnado quebranta la Constitución nacional, específicamente lo consagrado

en los arts. 110 y 120 y atenta contra el orden normativo previsto en el arts. 31 de la Carta Magna, soslayando los derechos y garantías de los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28.

Concretamente, la aplicación al caso concreto de dichas normas viola la garantía de intangibilidad de las remuneraciones de los asociados a mi representada y configura un avance ilegítimo de los otros poderes del Estado nacional sobre la magistratura, creando una situación de desigualdad y discriminación entre todos aquéllos que integran el Poder Judicial de la Nación y los Ministerios Públicos en sus diferentes estamentos.

Como V.S. podrá colegir, los asociados a mi representada no pueden prescindir, por el tiempo que irroge el estudio y la decisión de fondo, de las sumas que habrán de serles detraídas de su remuneración en virtud de los nuevos lineamientos que trae la ley 27743.

La detracción sobre aquellos ingresos de neto corte alimentario no admite, como el elevado criterio de V.S. sabrá visualizar, el peligro que supone el alargamiento temporal propio de la resolución de la cuestión de fondo que se plantea a través de esta presentación.

Así las cosas, en caso de que no se habilite la feria judicial y, por ende, no se resuelva favorablemente la medida cautelar requerida, los haberes de los asociados a mi representada quedarán gravemente menguados por una ley inconstitucional, lo que habrá a la sazón de conculcar sus derechos alimentarios amén de afectar la intangibilidad de dichas remuneraciones.

En otras palabras, la urgencia y gravedad del caso es extrema. En caso de que no se habilite la feria judicial y que no se otorgue la medida cautelar solicitada, los asociados a mi representada podrán verse despojados, durante el transcurso de la feria judicial de invierno, de bienes de su propiedad que le permiten llevar adelante su vida.

Se ha dicho, en tal sentido, que la habilitación de la feria procede cuando media riesgo de tornarse ilusoria una providencia judicial o de frustrarse por la demora alguna diligencia importante al derecho de las partes¹, o cuando existe probabilidad de que se produzcan graves perjuicios patrimoniales².

También se ha resuelto habilitar la feria judicial en casos en los que se encontraba pendiente de resolución una medida precautoria peticionada antes del comienzo de la feria judicial, al sostenerse que "habida cuenta que lo peticionado (habilitación de la feria judicial), se encuentra relacionado con el trámite de una medida cautelar ya requerida y en vías de sustanciación, opino que median circunstancias suficientes al efecto de tener configurados los requisitos exigidos para la habilitación requerida en los términos de lo dispuesto en el art. 153 del C.P.C.C. y 4° del Reglamento de la Justicia Nacional" ("Abbott Laboratories Argentina S.A. c/

¹ Fassi, Santiago C. y Yañez, César D., "Código Procesal Civil y Comercial", Tomo I, Buenos Aires, 1988, pág. 743.

² Fassi, Santiago C., "Código Procesal Civil y Comercial Comentado", Buenos Aires, 1978, pág. 419.

Estado Nacional (M.S.A.S.) y otro s/ medida precautoria"-dictamen del Fiscal Federal del 24/7/92 y resolución del Señor Juez Federal de Feria del 27/7/92"³.

En nuestro caso, se ha explicado que, de no habilitarse la feria judicial, no existirá posibilidad de que los asociados a mi representada puedan contar con el medio habitual de sustento, con el evidente perjuicio grave e irreparable que ello pudiera llegar a causar.

Si no se habilita la feria judicial de invierno, la resolución judicial de la pretensión de esta parte llegaría demasiado tarde, una vez ya consumado el daño irreversible, sin que los asociados a mi representada puedan cobrar íntegramente el sueldo por las tareas que realizan.

Por las razones expuestas, solicito a V.S. que disponga la habilitación de la feria judicial a fin de continuar con la tramitación de la medida cautelar requerida por esta parte y que dicte la medida provisoria que le permita a los asociados a mi representada percibir su remuneración de ley hasta que se adopte una decisión definitiva sobre el fondo de la cuestión.

6. ANTECEDENTES

A los fines de ilustrar adecuadamente a V.S. sobre los extremos discutidos en la cuestión traída a su estudio, se efectuará en los siguientes acápites una reseña de los antecedentes más relevantes del caso que, básicamente, dan cuenta de la situación del universo nucleado en torno a la Asociación que represento con anterioridad y posterioridad a la sanción de la ley 27743.

6.1. La retención del impuesto a las ganancias para los magistrados y funcionarios judiciales con anterioridad a la sanción de la ley 27743

La ley 27346, modificatoria de la Ley de Impuesto a las Ganancias, incorporó como sujetos obligados de ese tributo a los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, de las provincias y del Ministerio Público de la Nación cuyo nombramiento hubiera ocurrido a partir del 1° de enero de 2017.

Esta cuestión suscitó que este asunto fuera llevado ante los estrados judiciales, concretamente en la causa "Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN – Consejo de la Magistratura y otros s/proceso de conocimiento" (Expte. N° 63.646/2017), donde se discutió el significado de la expresión "nombramiento" usada en la ley para la aplicación de la obligación tributaria.

En dicho proceso, las instancias inferiores concedieron una medida cautelar que, a su turno, fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien entendió que no

³ En igual sentido: Tribunal de Feria de la Capital del 12/1/44, del 22/1/49 y del 16/1/49, publicados en La Ley, T. 33, pág. 80, T. 49, pág. 619 y T. 49, pág. 665, respectivamente.

existían “razones suficientes para adoptar una decisión cautelar” y, consecuentemente, indicó que “la vigente ley 27346, sancionada tras una amplia discusión de los poderes del Estado y cuya constitucionalidad (...) no ha sido cuestionada, resulta plenamente aplicable a los beneficiarios de la medida cautelar que por medio de la presente se revoca”, sin por ello haber adelantado opinión sobre el fondo de lo debatido.

Tras ello, con fecha 19 de diciembre de 2018, en la mencionada causa se arribó a un acuerdo conciliatorio entre el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y la AMFJN.

Allí, entre otras manifestaciones, se convino lo siguiente: “en el ámbito del CONSEJO DE LA MAGISTRATURA, del MINISTERIO PÚBLICO FISCAL y del MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA se procederá a reglamentar de un modo homogéneo los alcances de la citada norma. Sin perjuicio de ello, y tratándose de un tributo anual, los descuentos comenzarán a realizarse con las remuneraciones correspondientes al mes de enero de 2019”.

Dicho acuerdo conciliatorio importó un camino tendiente a la construcción de una solución consensuada y sostenible para la implementación de la ley 27346. Obviamente, no resolvió, ni pudo resolver, todos los aspectos vinculados a la cuestión en juego para lograr una solución integral y ecuaníme aplicable al universo de situaciones alcanzados por la mencionada norma.

Precisamente por ese motivo, el citado Acuerdo fijó una serie de “pautas” a modo de guías orientadoras, pero reconociendo la necesidad de que el Consejo de la Magistratura de la Nación procediera “a reglamentar de un modo homogéneo los alcances de la citada norma”.

En grandes líneas, se observa a lo largo de toda su motivación los principios que el documento sostiene y que albergan su espíritu, a saber: la independencia de los magistrados, la eficaz prestación de sus cometidos institucionales, la igualdad y el acceso igualitario a la carrera, con base en una interpretación que conjugue los distintos factores que deben ser ponderados para la estricta vigencia del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno.

En cuanto al primer postulado, como bien se destaca en sus fundamentos, en los “Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura” se estipula que la ley debe garantizar a los jueces “su independencia” y “una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas” (Organización de las Naciones Unidas, 1985, pto. 11).

También allí se hace mención a “el informe temático de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos titulado “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas” (OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44, aprobado el 5 de diciembre de 2013) se consigna –compartiendo los

criterios elaborados por diversos organismos internacionales– que las remuneraciones “adecuadas” eran una de las “condiciones esenciales para el funcionamiento independiente de las y los operadores de justicia y, en consecuencia, para el acceso a la justicia de los casos que tienen bajo su conocimiento” en tanto que “las condiciones adecuadas de servicio permiten a su vez eliminar presiones externas e internas, como la corrupción”.

A su vez, se expresa que “los Estados deberían contemplar en su legislación bases salariales que permitan adoptar remuneraciones para las y los operadores de justicia que correspondan a sus responsabilidades y al carácter de sus funciones, evitando una gran diferencia de remuneración entre las diferentes categorías” y que, de igual modo, “deben velar por evitar que los bajos sueldos (...) sean un factor que contribuya a la corrupción de los sistemas judiciales”.

En función de todo ello y “con el objetivo de contribuir al fortalecimiento de la independencia, autonomía e imparcialidad de las operadoras y operadores de justicia de los países de la región”, en dicho informe se concluye recomendando que los Estados procedan a “Asegurar en la legislación bases salariales idóneas para las y los operadores de justicia que permitan adoptar remuneraciones suficientes que correspondan a sus responsabilidades. La Comisión considera que las remuneraciones adecuadas para las y los operadores de justicia contribuyen a evitar presiones”.

Así, el acuerdo ha pretendido que las autoridades competentes se sirvan “reglamentar con pautas homogéneas la norma que impone el impuesto”. En tal orden de ideas, el Protocolo destaca que “tan legítimo es el deber de pagar los impuestos establecidos por las leyes para el sostenimiento de los servicios públicos (arts. 4 y 75, inc. 2, de la CN; art. XXXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), como la pauta que exige que tales contribuciones sean equitativas y proporcionales (arts. 4 y 28 de la CN); a lo cual se suma el necesario respeto a los derechos de la igualdad ante las cargas impositivas, de igual remuneración por igual tarea y de igualdad para el acceso a los cargos públicos (arts. 14 bis y 16 de la C.N.; art. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), como así también la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones del Poder Judicial como reaseguro de la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia para la estricta vigencia del Estado de Derecho y del sistema republicano de gobierno (arts. 1 y 110, de la CN)”.

En cuanto al acceso igualitario a la carrera judicial, señala el Protocolo que “encontrándose en juego la independencia de los jueces, la eficaz prestación de los servicios de justicia y el acceso igualitario a la carrera judicial, corresponde extremar la prudencia en esta materia ante la eventual necesidad de adoptar definiciones complementarias, por lo que este

Consejo de la Magistratura considera que toda situación dudosa o no prevista debe considerarse prima facie excluida de la aplicación del gravamen sin perjuicio de lo que se decida en definitiva”.

Por su parte, se afirma en el Protocolo que, “a los efectos de aplicación de las citadas retenciones en cuanto a los rubros alcanzados que conforman la base imponible para la determinación de la obligación tributaria, cabe advertir que el asunto no puede resolverse –de manera simplista– con la lisa y llana aplicación del gravamen sobre la totalidad de las remuneraciones de los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial designados a partir de 2017”.

Es que, “[s]i el espíritu de la Ley N° 27346 fue generar un mecanismo equilibrado, basado en la progresiva inclusión en el impuesto de las personas que se vayan incorporando al Poder Judicial, es evidente que tal objetivo no puede cumplirse a costa de distorsiones insostenibles entre las personas que ya integran el Poder Judicial o que pudieran ingresar en el futuro”.

Y, agrega, que: “La igualdad no es igualitarismo. Hay diferencias justas que deben tomarse en cuenta, para no incurrir en el trato igual de los desiguales (Bidart Campos, Germán J., Tratado elemental del Derecho Constitucional argentino, Ediar, Buenos Aires, 2001, t I-B, p. 71)”.

Desde tal perspectiva, resulta claro que una manera especialmente adecuada para asegurar una igualdad relativa entre todos los alcanzados por el régimen legal es partir de un punto de inicio que, si bien acaso no resulte exactamente idéntico, sea al menos suficientemente asemejado, en el sentido de que ninguno vea absorbida parte sustancial de sus remuneraciones por la aplicación del impuesto.

Teniendo en cuenta tal finalidad, resultaba razonable adoptar los criterios válidos y útiles que pueden extraerse a partir de las definiciones oportunamente brindadas por la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación en la resolución de fecha 30/04/1987 y en la Acordada N° 56/1996 (Fallos: 319:963), en tanto que dicho tribunal reviste el carácter de intérprete y salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución nacional (Fallos: 1:340; 338:724).

Sobre estos lineamientos, el Consejo de la Magistratura de la Nación, por conducto del Protocolo, consideró que –en los términos del art. 82, inc. “e” de la ley de impuesto a las ganancias– resultan deducibles de la base del impuesto todos los “gastos de movilidad, viáticos y otras compensaciones análogas” que integren las remuneraciones de los magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación, quedando incluidos en tal concepto los siguientes rubros: “compensación jerárquica”, “compensación funcional” y “bonificación por antigüedad”.

Dicha afirmación se ve reflejada en el art. 4° del Anexo I al Protocolo que establece: "Rubros exentos y deducibles.- Sin perjuicio de otras exenciones, deducciones y montos no imposables que correspondan a la situación específica de cada agente y las generales que por ley corresponda en su totalidad, se considerarán deducibles en los términos del art. 82, inc. "e" de la Ley de Impuesto a las Ganancias los rubros salariales correspondientes a "compensación jerárquica", "compensación funcional y (Anexo 1) o "bonificación por título" (Anexo 2) según corresponda; "bonificación por antigüedad" y "permanencia de categoría" proporcional a dichos rubros, que integren las remuneraciones del Poder Judicial de la Nación y, por lo tanto, en ningún caso se efectuarán retenciones sobre dichos conceptos".

6.2. La retención del impuesto a las ganancias para los magistrados y funcionarios judiciales con posterioridad a la sanción de la ley 27743

Con la entrada en vigencia de la ley 27743 el pasado 8 de julio, se produjo un incremento sustancial del porcentaje del haber remunerativo susceptible de ser retenido en virtud del impuesto a las ganancias.

Los cambios principales que se observan respecto de aquel tributo con relación al régimen que imperaba hasta la sanción de la ley 27743, denominado "Impuesto Cédular", versan, precisamente, sobre su aplicación a conceptos salariales y las modificaciones a las tablas de montos tributables, un régimen de actualización de las tablas por inflación y deducciones nuevas.

En definitiva, la ley 27743 restablece el esquema previo al "Impuesto Cédular" y, en atención a ello, elimina como mínimo imponible a los quince salarios mínimos vitales y móviles y dispone los nuevos montos mínimos no imposables para los empleados en relación de dependencia, incluyendo a aquellos asalariados con sueldos brutos de \$ 1.800.000, en caso de trabajadores solteros, y \$ 2.360.000, en caso de casados con dos hijos menores a 18 años de edad.

Estos montos serán actualizados en septiembre de 2024, contemplando las tasas de inflación que reporte el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) para los tres meses previos.

Tal circunstancia presenta una diferencia sustancial con el régimen anterior que, en lugar de estar atado a la inflación, vincula los aumentos con el Salario Mínimo Vital y Móvil.

Por último, cabe destacar que los montos se ajustarán semestralmente a partir del año 2025, para reflejar la variación anual del Índice de Precios al Consumidor (IPC), proporcionado por el mentado Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC).

Finalmente, la nueva norma dispone que las modificaciones introducidas no serán retroactivas al principio de este año, pese a comprender el mismo período fiscal. De esa forma, las nuevas escalas aplican únicamente desde la entrada en vigencia.

7. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA MEDIDA CAUTELAR PETICIONADA

Teniendo en cuenta la situación relatada, se analizarán seguidamente los fundamentos jurídicos que dan sustento a la manda cautelar petitionada, de modo tal de indicar la invalidez, ilegitimidad e inconstitucionalidad de la ley 27743, a tenor con la consecuente afectación de derechos de tinte alimentario.

Repare V.S. que la ley 27743 conculca, entre otros, (i) la intangibilidad de la remuneración de los magistrados y funcionarios judiciales y del ministerio público prevista en los arts. 110 y 120 de la Constitución nacional; (ii) la división de poderes; (iii) la garantías de igualdad y generalidad consagradas en el art. 16 de la Constitución nacional respecto a los demás magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial de la Nación y del Ministerio Público que no se encuentran excluidos del pago del tributo; (iv) el principio de igual remuneración por igual tarea establecido en el art. 14 bis de la Constitución nacional, referente a las condiciones dignas y equitativas de labor y retribución justa en relación a los demás magistrados y funcionarios judiciales y del Ministerio Público no enunciados en la norma; (v) el principio de legalidad, ya que el hecho imponible no se constituye por no ser definido de manera exacta, completa y precisa; (vi) la indisponibilidad de las garantías institucionales; (viii) la equidad; (ix) la progresividad de los derechos; (x) la proporcionalidad; (xi) el derecho de propiedad, la prohibición de confiscatoriedad y la tutela de los derechos adquiridos; (xii) la razonabilidad de los actos de gobierno; (xiii) la idoneidad como requisito para la designación en un cargo público; (xiv) la llamada "carrera judicial" y la jerarquización de la magistratura; y (xv) la buena fe contractual, la confianza legítima y los derechos adquiridos en virtud del Protocolo.

A continuación, se repasarán cada uno de los agravios que la ley 27743 irroga a la remuneración ordinaria que el universo de magistrados y funcionarios judiciales asociados a la AMFJN reciben mensualmente por sus labores.

7.1. La ley 27743 conculca la intangibilidad de la remuneración de los magistrados y funcionarios judiciales

Conforme se pondrá de relieve a lo largo de las líneas venideras, la ley 27743 se contrapone en forma directa con los principios y garantías constitucionales y que pueden sintetizarse en la garantía de rango institucional de la intangibilidad de las compensaciones de

los jueces, fiscales y defensores nacionales, prevista en los arts. 110 y 120 de nuestra Carta Magna.

Asimismo, la citada norma legal viola palpablemente los principios de igualdad, de legalidad, de proporcionalidad, de protección del trabajo y el principio de no confiscatoriedad.

La Constitución nacional contiene diversas y acertadas previsiones, y la tarea de velar por su cumplimiento y hacerlas efectivas está asignada al Poder Judicial. A éste se confía esa misión superior y su cabal cumplimiento depende, en definitiva, que las garantías constitucionales llenen su única finalidad: la de actuar como barreras infranqueables ante cualquier avance indebido de la autoridad.

En su art. 110 se reza: "Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones".

Asimismo, el art. 120 de la norma de excelencia consagra: "El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones".

La intangibilidad de las compensaciones asignadas a los jueces y fiscales por el ejercicio de sus funciones no constituye un privilegio, sino una garantía institucional, establecida por la Constitución nacional para asegurar la independencia del Poder Judicial de la Nación replicable también, como quedó de manifiesto más arriba, al Ministerio Público de la Nación.

No tiene como destinatarios a las personas que ejercen la magistratura, sino a la totalidad de los habitantes de la Nación, que gozan del derecho de acceder a un servicio de justicia, configurado bajo las pautas que rigen el sistema republicano de gobierno establecido por la ley fundamental.

La intangibilidad de la remuneración de los magistrados es garantía de la independencia del Poder Judicial, y tal independencia es un requisito indispensable del régimen republicano, y como toda norma constitucional está por encima de los avatares políticos, las opiniones periodísticas, y cualquier otra corriente que pretenda enfrentarla.

En otras palabras, esa garantía esencial no puede ser afectada por la actividad de los otros poderes del Estado, quienes carecen de atribuciones para modificar, mediante el ejercicio

de sus funciones específicas, las previsiones constitucionales impuestas para asegurar la independencia del Poder Judicial: la inamovilidad en el cargo de los jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones.

Este constituye el valladar infranqueable que los denominados poderes políticos no pueden traspasar sin quebrantar el orden constitucional. Es consecuencia de tales disposiciones constitucionales, que la compensación que perciben los magistrados y funcionarios judiciales de la Nación no pueda ser modificada en su expresión económica por la aplicación de un impuesto que se traduce en su concreta disminución.

En este temperamento, el Congreso de la Nación no está en condiciones de resolver la aplicación de gravámenes de tal índole, pues carece de atribuciones para modificar la Constitución nacional, ya que sólo de aquélla deriva su poder de legislar y solo en esos límites puede ejercer ese poder.

La decisión de los constituyentes reformadores de la norma de excelencia de 1994 es demostrativa de la inequívoca voluntad de ratificar la absoluta intangibilidad de las compensaciones de los jueces, no sólo porque de haberse considerado necesario, conveniente o útil aquéllos podrían haber declarado expresamente en el nuevo texto la decisión de condicionar o restringir la cláusula de la compensación vigente desde la unión nacional, sino también porque la mencionada reiteración ha implicado, ciertamente, reconocer a la garantía en cuestión el alcance y contenido que, como derecho vivo, le había asignado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cada uno de los supuestos en que fue llamada a intervenir como intérprete final de la Constitución nacional. Esa situación se corrobora con la incorporación del ya citado art. 120.

Ahora bien, la ley 27743 representa un claro avasallamiento a los límites constitucionales, dentro de los cuales cada departamento del gobierno debe desarrollar sus funciones.

Sin cambio del mandato constitucional no puede interpretarse legítimamente la mutación de la garantía de manera tal que habilite la imposición de impuestos a los ingresos de los magistrados por el desempeño de sus funciones, que es una "compensación" y no un salario por trabajo en relación de dependencia, como lo expondré más abajo.

Esa cosmovisión institucional no ha sido superada ni modificada por decisión alguna de nuestro Máximo Tribunal de la República, encontrándose vigentes y, por ende, aplicable al caso los lineamientos sentados en cuanto a la garantía en trato.

La Constitución nacional, después de 1994, no ha sido reformada por la vía que la misma establece para su modificación. Por ende, si el Congreso de la Nación carecía post reforma de potestad alguna para avanzar sobre el Poder Judicial de la Nación y el Ministerio Público en la dirección aquí ventilada, tampoco tiene, a la hora presente, potestad alguna para hacerlo; pues

el límite de la manda constitucional no ha desaparecido, encontrándose vigente la garantía mencionada y vigente también la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece como un avasallamiento a la misma la intención de gravar las retribuciones de los magistrados y funcionarios judiciales que conforma el universo de representados de la AMFJN.

El mero paso del tiempo no convierte a la disposición constitucional en letra muerta; pues la derogación por desuetudo no se predica de la Carta Magna. El Poder Judicial no puede ser cómplice de este avasallamiento y convertirse en un “acompañante” más de los caprichos del Poder Legislativo nacional y/o del Poder Ejecutivo nacional, que solapados en la legitimidad democrática con esta la reforma de la Ley Fundamental por una vía contraria a la República, al desconocer la división de poderes.

Que se juzgue la constitucionalidad de una ley no significa juzgar su conveniencia social o tributaria. Para hacer constitucionalmente válida la imposición de la gabela sobre la compensación de los magistrados, debe recurrirse a la reforma de la norma de excelencia.

Reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, y que está conferida no para exclusivo beneficio personal o patrimonial de los magistrados y funcionarios judiciales, sino para resguardar su función de equilibrio tripartito de los poderes del Estado, por lo que, en definitiva, beneficia a la misma sociedad en tanto tiende a preservar la estricta vigencia del estado de derecho y el sistema republicano de gobierno (cfr. Fallos: 176:73, entre otros).

Contestemente, el convencional constituyente Humberto Quiroga Lavié, al analizar el art. 110 de la Constitución nacional, sostuvo que “los jueces no obtienen ganancias por su trabajo, sino una compensación institucional por un servicio que la Constitución ha considerado prioritario para el Estado. El gravamen a las retribuciones de los jueces debe ser declarado inconstitucional” (cfr. “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, tercera edición, Ed. Zavallía, págs. 704-749).

Por cierto, si los jueces no perciben ganancias, como señala el mentado autor, no se configura el hecho imponible, resultando insustancial todo intento por gravar el mismo. Por lo demás, cabe rememorar que “mantener incólume la garantía del art. 110 no atenta contra el principio de la igualdad, en virtud de la especificidad de la función de la judicatura, puesto que no viola el art. 16 de la Constitución nacional la circunstancia de que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, en tanto que la distinción no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de ellas, sino que

obedezca a una causa objetiva que dé fundamento al diferente tratamiento" (cfr. Fallos: 329:1092).

Y, que "en tanto es la propia Constitución nacional la que otorga una tutela específica a la remuneración de los magistrados, sostener que tales remuneraciones, por aplicación del art. 16, deben estar necesariamente sujetas al mismo tratamiento impositivo que el ingreso proveniente del desempeño de cualquier otra tarea -en el campo público o privado-, aunque tal tratamiento importase una inequívoca disminución de su monto, sería una conclusión opuesta a elementales principios de hermenéutica, ya que implicaría -lisa y llanamente- tener por no escrita la norma del art. 110, que resultaría así destruida y borrada del texto constitucional" (cfr. Fallos: 329:1092).

En modo alguno, nos enfrentamos a una excepción a la regla, pues la índole de "garantía institucional" marca el límite del alcance de la regla y no una excepción a la misma.

En efecto, tratar a lo postulado como excepción importa desconocer la voluntad del convencional constituyente (originario y derivado) para atribuir facultades discrecionales (de política legislativa) al Congreso de la Nación sobre un tópico que le está vedado por mandato constitucional, en resguardo de la independencia de los órganos que administran justicia, guareciendo a sus magistrados y funcionarios judiciales de los detrimentos en sus ingresos por acción directa del legislador.

Por fuera de sus ingresos derivados de la magistratura, no encuentran límite alguno en el ejercicio de sus funciones impositivas, a tal punto que concurrimos sin excusa alguna al pago de los restantes impuestos.

Es así, que para ser una excepción a la regla, ésta debería poder aplicarse legalmente a todos, más el imperio de la Constitución nacional impone una frontera de salvaguarda institucional que en este caso no puede traspasar la norma de menor rango; de ello se sigue que una excepción marca un punto diferente a lo que normalmente acontece, y lo normal en este caso es la imposibilidad de grabar los emolumentos de los magistrados; en consecuencia no podemos afirmar la existencia de una excepción y/o privilegio.

Para finalizar el punto, permítame V.S. invocar las palabras de uno de los magistrados que más enaltecieron la delicada labor de nuestro Máximo Tribunal de Justicia.

Me refiero al Dr. Carlos S. Fayt, quien catalogó a la garantía como "Garantía de garantías, la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces los preserva de la injerencia de los poderes Ejecutivo y Legislativo y les asegura la independencia objetiva y subjetiva necesarias para desempeñar sus funciones. Esto convierte a esa garantía no sólo en valiosa y fundamental para la organización social y política de la Nación, sino también en piedra angular de valor talismánico para la vida institucional de la República. En ausencia de ella, no hay Estado republicano (...)

Ninguna forma dialéctica, ningún razonamiento, raciocinio o forma de expresión pueden tener eficacia o utilizarse para negar, desvirtuar o menoscabar la garantía que consagra el art. 110 de la Constitución Nacional (...) Intentar hacerlo, restándole diafanidad y pureza, implica una flagrante violación de la Constitución Nacional que la consagra. Protege la 39 intangibilidad, la incolumidad y la irreductibilidad de las remuneraciones de los jueces y en consecuencia éstas no pueden ni deben tocarse, dañarse, ni sufrir menoscabo, ni reducción alguna" (cfr. Fallos: 329:385).

Es claro, a mi entender, la contrariedad de la norma al mandato constitucional. Y es que no estamos frente al interrogante de si los magistrados y funcionarios judiciales, en su condición de ciudadanos, deben tributar.

El planteo encuentra su quicio interpretativo en la cláusula constitucional. Se trata, valga la reiteración una vez más, de una garantía institucional que no puede ser menguada por ley alguna, aunque esta haya transitado por los carriles constitucionales para su sanción; y es que la constitucionalidad del procedimiento, que en la especie no se da, no avala la inconstitucionalidad de su contenido.

En esta tesitura, Gordillo supo indicar que "la intangibilidad de la remuneración debe interpretarse como inexistencia de obligación de tributar sobre esa remuneración. No es una mera cuestión de dinero, es una cuestión de respeto a la dignidad de una magistratura que para nosotros es la más importante del sistema jurídico argentino" (cfr. "La intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y el presupuesto nacional", LL2001-C-231).

7.2. La ley 27743 conculca el principio de igualdad ante la ley y al de igual remuneración por igual tarea

El legislador nacional, al sancionar la ley 27743, decidió avanzar sobre las remuneraciones de los jueces, funcionarios y empleados judiciales, pero no de todos de manera general.

Como ya se ha explicitado al listar los antecedentes, solo se encuentran alcanzados por la obligación de tributación aquellos que ingresaron al Poder Judicial de la Nación a partir de 2017, lo que no tiene ninguna justificación y que, por lo tanto, resulta a todas luces arbitraria.

De esta forma, la retención al impuesto a las ganancias deberá ser soportada únicamente por aquellos sujetos que fueron nombrados a partir de aquel año, generándose una absoluta desigualdad violatoria del art. 16 de la Constitución nacional respecto a los demás magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial que son excluidos del pago del tributo de forma arbitraria.

El Poder Judicial de la Nación se encuentra, a raíz del dictado y aplicación de la norma que se cuestiona, dividido de una manera insólita e irracional. Los únicos sueldos que ahora no son intangibles son los de quienes ingresaron a partir del año 2017 como empleados, funcionarios o magistrados, y los de los funcionarios que ascendieron a jueces a partir de esa fecha, aunque tuvieran una larga antigüedad en el Poder Judicial.

Pero esa garantía sigue vigente respecto de los jueces, empleados y funcionarios nombrados antes del 2017; garantía que los acompañará hasta después de su jubilación. Es decir, el legislador consideró que se puede disminuir la remuneración de un magistrado, funcionario o empleado judicial a través de la aplicación del impuesto a las ganancias (que puede aumentar o disminuir), pero que no puede hacerlo, por ejemplo, respecto de un escribiente nombrado a finales de 2016.

Tal conclusión no resiste ningún control de racionalidad. Por su calidad de magistrados y funcionarios judiciales, el universo de asociados que represento se encuentran protegidos homogéneamente por la Constitución nacional en los arts. 110 y 120; sin embargo, ven disminuidos su remuneración compensatoria por haber sido designados en el año 2018 sobre la base de un mero capricho del legislador que fijó una data determinada, con el único fundamento abiertamente expresado en los medios de comunicación de no haber logrado los acuerdos políticos suficientes para alcanzar a todo el universo judicial.

Ello genera un ridículo cuadro de desigualdad, aún dentro de un mismo órgano jurisdiccional, pudiéndose constatar que dos magistrados que ostentan el mismo cargo y, por ende, sujetos a iguales obligaciones y responsabilidades, uno recibe una compensación sensiblemente menor a la del otro.

Esta última circunstancia agrega un nuevo agravio que es la desjerarquización del cargo judicial. Es que, la remuneración, además de su carácter alimentario, otorga un marco de jerarquía a la función del magistrado que, como se vio, en la realidad ha quedado equiparada al de un cargo inferior.

Finalmente, cabe mencionar que, sin perjuicio de que la compensación por el servicio de juez no es salario, aun cuando quisiese asimilarlos dos institutos, la tributación que alcanza al universo de asociados a la entidad que preside es inconstitucional por violación del art. 14 bis de la Constitución nacional.

Reza la mentada norma: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la

producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial”.

En tal sentido, la ley 27743 se aleja abiertamente de lo que manda la Ley Suprema pues habilita a que ciertos magistrados y funcionarios de igual jerarquía se encuentren ante una situación impositiva absolutamente diferente e injustificada.

Se violan así las condiciones equitativas de labor. La carga impositiva para aquellos que ingresaron al Poder Judicial después de la fecha de corte representa una sensible disminución de su salario respecto del universo de sus colegas, aún aquellos también recientemente nombrados (pero antes del 2017).

Así, se dan casos que teniendo la misma antigüedad en el Poder Judicial y la misma trayectoria que un colega, pero la fecha de su designación unos meses antes, hace que aquél gane una suma considerablemente superior a la que percibe la otra por la misma tarea.

7.3. La ley 27743 conculca el principio de progresividad de los derechos

El principio de progresividad, de prohibición de regresividad o de retroceso, se encuentra establecido en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos incorporados a la Constitución nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22.

La primera de esas normas internacionales establece que “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica; para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La segunda prescribe que “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Dichas normas exigen conductas positivas por parte del Estado que no sólo faciliten su ejercicio, sino que aseguren su vigencia avanzando permanentemente en la realización de acciones que aseguren una satisfacción cada vez mayor de dichos derechos.

Ya no son suficientes las actitudes omisivas del Estado. Para ellos se exigen conductas positivas de la autoridad pública. Sobre esa base, el principio de progresividad determina que, una vez que se hayan reconocido este tipo de derechos, no pueda luego, por leyes que desatiendan obligaciones estatales o por actos gubernamentales posteriores, desconocerlos, retacearlos, posponer su goce en el tiempo o de otra manera disminuir el grado de protección ya alcanzado frente a un derecho social.

No hay otra posibilidad más que la de garantizar su plena e inmediata efectividad, con tendencia a ampliar la protección en el futuro antes que a reducirla. Es que, si se parte de la obligación estatal de lograr progresivamente la plena vigencia de estos derechos, resulta imperativo seguir de ello que las autoridades no pueden volver atrás, a través de leyes u otras medidas políticas o jurídicas, cuando se alcanza un determinado nivel de protección o satisfacción de un derecho.

Por eso es que Abramovich y Courtis expresan, al respecto, que “La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido. Una vez que se haya regulado legal o reglamentariamente cada aspecto, toda medida regresiva que afectara al contenido esencial de tales regulaciones estaría viciada de inconstitucionalidad”.

En el mismo sentido, Espinosa-Saldaña Barrera caracteriza el “criterio de irregresividad de los derechos sociales” como “una prohibición de no retroceder o desmontar los avances que a este nivel hayan podido haberse alcanzado”.

Sobre esa base también es inconstitucional la norma que aquí se cuestiona, pues implica un retroceso en una garantía fundamental que tutela al ciudadano contra las injerencias arbitrarias en su vida, su libertad, su salud y su propiedad por parte de los poderes del Estado y que sólo pueden ser tutelados de manera final por los magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la Nación.

7.4. La ley 27743 contradice los términos convenidos en el “Protocolo de Procedimiento para la Retención de Impuesto a las Ganancias sobre las Remuneraciones de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación nombrados a partir del año 2017”

El Protocolo establece deducciones al impuesto a las ganancias.

Y dichas deducciones fueron dejadas sin efecto por la ley 27743, lo que la torna inconstitucional y así pido que en su hora sea la declare.

A saber:

Tales deducciones determinan la suerte y manera según la cual el colectivo que represento habrá de percibir sus emolumentos.

Es que cuanto mayor sean las deducciones mayores serán los montos de los haberes a percibir, y viceversa.

Y dichas deducciones han sido previstas, por conducto del Protocolo, a fin de preservar la garantía institucional de la intangibilidad de las remuneraciones.

Ahora bien: las deducciones habidas en los términos del Protocolo importan un derecho adquirido (de corte alimentario).

Y ese derecho ha sido adquirido en virtud de un acuerdo conciliatorio homologado por autoridad judicial in re "Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional c/ EN – Consejo de la Magistratura y otros s/ proceso de conocimiento" (Expte. N° 63.646/2017) (en homenaje a la brevedad me remito al capítulo 6.1. donde se narra lo relativo a dicho pleito y al protocolo).

Es que el Protocolo está anclado en dicho acuerdo conciliatorio homologado judicialmente.

Por lo tanto, y de conformidad con las previsiones del art. 309 del ritual, tiene autoridad de cosa juzgada.

Siendo que el Protocolo no es sino que el resultante de un acuerdo conciliatorio homologado por la Justicia, los derechos a su mérito adquiridos (de índole alimentarios) mal pueden ser detraídos por ley, menos aun cuando ello pulveriza, tal como acontece, la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones.

Insisto en que las deducciones habidas en los términos del Protocolo importan un derecho (de índole alimentario) adquirido en virtud de un acuerdo conciliatorio homologado por autoridad judicial. Y reitero que dicho Protocolo oficia cual instrumento protectorio de la garantía constitucional contenida en los arts. 110 y 120 de la Constitución nacional.

De tal modo, forzoso es concluir que la ley 27743 deviene inconstitucional en la medida en la que, al dejar sin efectos las deducciones acordadas en el Protocolo, desconoce derechos adquiridos.

Tales derechos adquiridos, de tinte alimentario por cierto, mal pueden ser pisoteados por el Estado apelando al dictado de un acto unilateral (ley 27743), menos aun cuando ello redunda

en detrimento de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones del colectivo que represento.

Asimismo, agrade la buena fe, los actos propios, la seguridad jurídica y la confianza legítima que deben regir el obrar de los poderes públicos en el marco del Estado de Derecho; garantías que tácita y expresamente se encuentren en disposiciones constitucionales⁴.

En el presente caso, la seguridad jurídica se halla afectada con la arbitraria pretensión del Estado de dejar sin efecto un acuerdo conciliatorio judicialmente homologado (el Protocolo) por medio del dictado de la ley 27743.

Es decir, los derechos adquiridos en función del Protocolo se ven violentados por la actuación contradictoria del Estado nacional: por un lado suscribió el Protocolo atento a que resultaba necesario circunscribir la retención del impuesto a las ganancias sobre la retribución de los magistrados y funcionarios judiciales y, por el otro, sanciona una ley que inconstitucionalmente arremete contra aquellas retribuciones.

La ley 27743 es incompatible y contradictoria con los actos estatales anteriores (tanto bilaterales como unilaterales), razón por la cual resulta violatoria de la teoría de los actos propios, la buena fe contractual y el principio de confianza legítima.

Es que el Protocolo hace al acuerdo conciliatorio homologado por la Justicia, con lo que los derechos a su mérito adquiridos no pueden ser detraídos por ley, máxime cuando tienden a reglamentar la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados y funcionarios judiciales que componen las filas de la Asociación que represento.

Repase V.S. en la lectura de los antecedentes que le fueran oportunamente presentados, lo que demuestra el incoherente derrotero que ha padecido la carrera judicial hasta culminar en su pulverización por medio de la inconstitucional norma que nos ocupa.

Esta conducta divergente afecta claramente derechos adquiridos.

Y pulveriza las garantías de la seguridad jurídica y la confianza legítima que deben regir el obrar de los poderes públicos en el marco del Estado de Derecho.

Ya lo ha expresado la jurisprudencia del fuero que "[l]a estabilidad y clara determinación de las relaciones jurídicas es tan vital condición del bien común, que sin ellas podría quedar neutralizada la finalidad de justicia que se procura mediante las modificaciones que se produzcan por vía de la legislación o de la jurisprudencia; de ahí que el derecho adquirido

⁴ Cfr. arts. 28 y 33 de la CN, art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 7, 8 y 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y arts. 2, 9, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

mediante el pago hecho con sujeción a todo lo que en orden a su forma y sustancia dispongan las leyes es, con respecto a la legítima obligación a la cual corresponde, inalterable”⁵.

Así, la conducta de ningún poder del Estado puede revestir título suficiente para agredir los derechos nacidos del Protocolo; menos aun cuando por medio de un proceder discriminatorio, inmotivado e inesperado pulveriza derechos adquiridos de tinte alimentarios y agrede la garantía de la intangibilidad de las remuneraciones.

Sin embargo, aun cuando estos conceptos suelen ser presentados en la actualidad como un reciente avance doctrinario en pos de la seguridad jurídica y la defensa de los derechos de los particulares, justo es reconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya en 1923, había expresado que “habiendo nacido el derecho constituido al concesionario de un pacto concertado con el poder público (...) no podría nunca aquél sin volver sobre sus propias convenciones, anular o modificar invocando sus facultades impositivas el derecho así otorgado, sin suprimir o debilitar la confianza que en las relaciones jurídicas debe imperar no ya entre hombre y hombre, sino también entre éstos y el Estado”⁶.

Asimismo, y como lo ha sostenido el Máximo Tribunal en otro precedente, “cuando se ha seguido un largo trámite administrativo para la enajenación de la tierra pública, cuando se ha oído a funcionarios y asesores legales, cuando después y como consecuencia, el Poder Ejecutivo declara que la tierra (...) está en condiciones legales de ser vendida, y por último, se extiende el título definitivo de propiedad, parece que no es posible deshacer todo lo hecho porque el Poder Ejecutivo crea que él ha incurrido en un error. Si así fuera, no habría derecho seguro. Los títulos emanados del Estado llevarían el sello de la incertidumbre o de la inseguridad que los desprestigiaría y que sería causa constante de depreciación, en daño del estado mismo”.⁷

Es aplicable la doctrina judicial del tribunal cimero que considera improcedente la aplicación de una nueva ley para el supuesto de derechos adquiridos e incorporados al patrimonio de su titular.

Así ha dicho que cuando los hechos jurídicos, fuente o productores de derechos, como son la causa eficiente del nacimiento de éstos, se han consumado en la forma prevista en la ley, debe considerarse que han producido su efecto específico de crear un derecho pleno y no una mera expectativa.

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala I, “Williams J. R. c. Compañía de Navegación Lloyd Brasileiro -Delegación Buenos Aires” 21/02/1984, DJ 1985-1 DJ 1985-1, 46 ED 108 ED 108, 506, AR/JUR/534/1984.

⁶ Fallos CS 145:307

⁷ Fallos CS 185:177

No se trata por cierto de atender a la mera contingencia fáctica de un hecho -natural o humano- sino a la virtualidad jurídica que les asigna la ley, y cuando esa virtualidad se ha actualizado en la realidad, el efecto se ha concretado e individualizado, entrando a la categoría de situación pasada y consumada.

Y entonces el legislador no puede desconocerla con posterioridad, porque no son consecuencias futuras de situaciones existentes, sino situaciones consolidadas con derechos adquiridos e incorporados al patrimonio de su titular con raigambre constitucional.

En sentido coincidente, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que para que exista derecho adquirido y, por lo tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido, bajo la vigencia de la norma derogada o modificada, todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trate, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo.

Y sí así acaece "aun cuando falte declaración formal de una sentencia o acto administrativo", qué decir cuando, tal como aquí sucede, el derecho ha sido adquirido por decisión judicial en el afán de salvaguardar las garantías constitucionales de los arts. 110 y 120.

8. PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR SOLICITADA

Conforme se demostrará a continuación, se configuran en el presente caso los requisitos exigidos por el art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la procedencia de la medida solicitada.

En efecto, el derecho alegado es verosímil (*fumus bonis iuris*), existe peligro en la demora (*periculum in mora*) y la cautela no puede obtenerse por medio de otra medida precautoria que la aquí intentada.

Además, por el art. 13 de la ley 26854 se exige para el otorgamiento de una diligencia como la que aquí se requiere la configuración simultánea de los siguientes presupuestos: (1) la verosimilitud del derecho invocado y de la ilegitimidad -cfr. incs. b) y c)-; (2) la acreditación sumaria de que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior -cfr. inc. a)-; (3) la no afectación del interés público -cfr. inc. d)- y (4) que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles -cfr. inc. e)-.

Como V.S. podrá apreciar, en el presente caso concurren todos los presupuestos para la procedencia de la protección cautelar autónoma pedida.

8.1. Verosimilitud del derecho invocado

El *fumus boni iuris* supone la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por el actor, requiriéndose en este sentido un “mero acreditamiento, generalmente realizado a través de un procedimiento informativo”⁸.

Por ello, resulta suficiente la apariencia de buen derecho o verosimilitud (lo que supone una menor rigurosidad en la prueba de la titularidad del derecho, que recién se esclarecerá en la sentencia de fondo), que debe ser entendida como la probabilidad de que el derecho exista y no como su incontestable realidad, que sólo se logrará al final del proceso.

De ahí que, para valorar la configuración de este recaudo, el juzgador sólo debe verificar la probabilidad de que el derecho invocado exista.

Por eso, afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las medidas cautelares “no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud.

Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad”⁹.

Por otra parte, actualmente, la ley 26854 trata por separado la verosimilitud del derecho invocado y la verosimilitud de la ilegitimidad de la medida cuestionada.

En el presente caso, la verosimilitud se presenta con suficiente concreción en el doble estándar exigido por el art. 13, incs. b) y c), de la ley 26854, ya sea en cuanto a la existencia del derecho de los miembros de la Asociación a gozar de derechos de índole alimentarios, como en cuanto a la grave y manifiesta ilegitimidad de la ley 27743.

En el caso de marras, y tal como se ha podido explicitar a lo largo de su desarrollo, ha quedado cabalmente demostrado que en virtud de la ley 27743 se vulnera el Protocolo y los arts. arts. 14 bis, 16, 17, 19, 28 y 31, de la Constitución nacional; con lo cual, lo dispuesto en estas actuaciones agrede también el derecho patrimonial contractual que emana del art. 17 de la Constitución nacional.

La ley 27743 liquida, en definitiva, los derechos constitucionales adquiridos por los miembros de la Asociación en función del Protocolo, con lo que afecta a todos aquellos magistrados y funcionarios que ingresaron a sus cargos a partir del año 2017.

* PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, tomo 5, pág. 35, Santa Fe, 1990 y HUTCHINSON, Tomás, “Derecho Procesal administrativo”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, tomo 3, pág. 502.

° Fallos: 318:107; 326: 4963; 327:305, entre otros

Es que estos mismos magistrados y funcionarios —a los que se agrega aquellos que se encuentran en una expectativa inmediata a serlos— titularizan un derecho del que mal pueden ser desposeídos por ley.

Por esa razón, se afirma tan rotundamente que se ven violentados en su buena fe y en su confianza legítima al aplicárseles la norma criticada de la forma como se enuncia; es decir, en una clara afrenta a sus haberes alimentarios.

Es claro entonces que la ley 27743 produce un perjuicio a la sustentabilidad alimentaria de los damnificados por esa medida. También lo es que ese sacrificio que se les impone resulta arbitrario e inconstitucional.

Y como quedará de manifiesto en el siguiente acápite, ese perjuicio, afecta al universo de miembros de la Asociación de modo actual y no inminente, por lo que su tutela no puede ser demorada.

La profusa jurisprudencia del fuero federal ya se ha expedido en numerosas oportunidades respecto de cuestiones análogas tal como se ha dado cuenta en los capítulos anteriores, y lo ha hecho contestemente como aquí se pretende que V.S. proceda.

En suma, se ha comprobado suficientemente que existen razones objetivas al perjuicio que se genera actualmente al universo que se pretende resguardar; lo que conforman, con creces, la apariencia de Derecho que el dictado de una medida cautelar requiere.

También, ha quedado verificado que una actuación por parte de V.S. tal como se peticiona no es extraña, en absoluto, a la sólida jurisprudencia del fuero. Por el contrario, es ésta misma la que alienta su otorgamiento.

8.2. Peligro en la demora

Además de la verosimilitud del derecho “constituye requisito específico de fundabilidad de la pretensión cautelar el peligro probable de que la tutela jurídica definitiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse (*periculum in mora*), es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes”¹⁰.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha explicado que el estudio del peligro en la demora “exige una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al ulterior reconocimiento del derecho en juego, originado por la sentencia dictada como acto final y extintivo del proceso”¹¹.

¹⁰ PALACIO, ob. cit., pág. 38.

Este requisito constituye, en sí, la justificación misma de las medidas cautelares, pues “se trata de evitar que el pronunciamiento judicial, reconociendo el derecho del peticionante, llegue demasiado tarde y no pueda cumplirse el mandato”¹². Asimismo, y como ha referido el Alto tribunal federal, “[l]a finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia”¹³.

En relación a este requisito de procedencia de las medidas cautelares, en el art. 13 de ley 26854 se exige que se acredite que, de concederse la medida solicitada, se ocasionen “perjuicios graves de imposible reparación ulterior”.

En el caso concreto que nos ocupa, queda claro que de no decretarse la medida cautelar solicitada se ocasionará un daño grave e irreparable a los miembros de la Asociación, en tanto sus derechos adquiridos –de carácter alimentario- quedarán absolutamente socavados –de inmediato- por la inconstitucional norma que va impugnada.

En modo alguno debe interpretar V.S. que la queja que se esboza en esta pieza es al cambio del régimen aplicable en materia tributaria aplicable a los magistrados y funcionarios judiciales que se encuentran asociados a la entidad que represento.

Obviamente, esta Asociación no comparte el criterio expresado por el legislador, pues entiende que la ley 27743 no capta la entera esencia de la progresividad propia de cualquier tributo y desvaloriza la carrera judicial, la cual consta de un nivel de especificidad complejo que involucra grandes sacrificios.

En fin, es muy probable que, a partir de ahora, la República Argentina pierda calidad en el profesional que forma a los efectos de atribuirle las facultades necesarias para dirimir los conflictos que se le sometan a su estudio.

Lo que sí, empero, no puede soslayar esta AMFJN, so pena de incumplir con sus deberes fundacionales, es la protección de los derechos de sus asociados, que no sólo se encuentran constitucionalmente amparados sino que han sido debidamente adquiridos de conformidad con el régimen imperante al momento de obtenerlos.

Máxime cuando éstos tratan sobre cuestiones tan caras al ser humano, como es su sustentabilidad alimentaria. En fin, todo sobre lo cual esta Asociación se ha explayado sobradamente a lo largo de esta presentación.

¿Cómo se produce esta vulneración de derechos adquiridos y constitucionalmente resguardados? La actividad normal y ordinaria de los magistrados y funcionarios judiciales

¹¹ Fallos 329:803.

¹² FENOCHIETTO, Carlos Eduardo y ARAZI, Roland, ob. cit., tomo 1, p. 665.

¹³ Fallos: 314:711, 329:2949, 330:3126, entre otros.

nucleados en torno a la AMFJN se encuentra agredida por los preceptos contenidos en la ley 27743, claramente desfavorables en comparación con aquellos que se encontraban contemplados en el Protocolo, y que tienen la vocación de regir los destinos en materia tributaria de los emolumentos necesarios para alcanzar la satisfacción de sus necesidades más básicas y a la que, ahora, se le modifican sustancialmente de un día para el otro.

Pero, además, para cuando recaiga en autos sentencia definitiva haciendo lugar al pedido efectuado en la acción de fondo que oportunamente se presente, los aquí accionados habrán logrado su cometido de infligir a los magistrados y funcionarios judiciales que resultan miembros de la Asociación un daño a su patrimonio que no podrán ver nunca repuesto.

Ello, por cuanto, para entonces, habrá de haber transcurrido varios años; ínterin los miembros de la Asociación que se hubieran visto alcanzado por los preceptos de la ley 27743 habrán padecido todas y cada una de las afectaciones señaladas.

Es evidente entonces que la única forma en que la tutela judicial que puedan recibir los miembros de la Asociación sea realmente efectiva es que se conceda la medida cautelar peticionada.

8.3. La medida pedida no afecta el interés general

La medida cautelar requerida no afecta al interés público, sino que lo beneficia.

Por un lado, es evidente que el Estado seguirá obteniendo los importes que a la fecha viene percibiendo.

Es que la medida cautelar tiene por objeto un universo de damnificados que ya se encuentra mayormente alcanzado por dicho tributo, razón por la cual no habrá de empobrecer las arcas del tesoro público.

Pero incluso, como se logró observar en los capítulos anteriores, la suspensión de la aplicación de la ley 27743 generará un beneficio al interés público, por cuanto evitará que el Estado nacional perciba haberes sin causa y sobre los cuales, luego, deba restituir con intereses, costos y costas.

Además, como ya se ha señalado, a lo sumo verá decaída la posibilidad de recaudar la diferencia entre ambos regímenes, que para el Estado nacional es ínfimo, pero para los miembros de la Asociación significa una diferencia de vida.

Caso contrario, lo lesivo al interés público será que los magistrados y funcionarios judiciales que componen las filas de la AMFJN se encontrarán sobradamente indefensos, desprovistos de derechos alimentarios que les son propios.

En tal sentido, cabe preguntarse qué podría ser más repugnante al interés público que la vulneración de derechos de carácter alimentario de los magistrados y funcionarios judiciales, máxime cuando éstos se encuentran legalmente inhabilitados para ejercer actividades complementarias que permitan compensar las detracciones que la nueva alícuota del impuesto a las ganancias produce sobre su patrimonio.

De esta manera, son claros los beneficios que produciría el dictado de la medida cautelar solicitada.

8.4. La medida solicitada no tiene efectos jurídicos o materiales irreversibles

La medida cautelar solicitada es fácilmente reversible en tanto que, de concluirse a *posteriori* que la ley 27743 resulta legítima, válidamente será posible restablecer su vigencia.

Para el hipotético y remoto caso en que V.S. considere que en el *sub examine* no se configura dicho requisito, desde ya se solicita que se declare su inconstitucionalidad, por resultar contrario al principio de tutela judicial efectiva y a la garantía de defensa en juicio.

8.5. Solicita caución juratoria

Se requiera a V.S. que la medida precautoria que se peticiona se acuerde bajo caución juratoria, previa declaración de inconstitucionalidad del art. 10 de la ley 26854.

En efecto, el precepto citado consagra una grave restricción al dictado de las medidas cautelares que, además, limita inconstitucionalmente el arbitrio judicial en la evaluación de las circunstancias del caso y viola, por ello, la división de poderes.

Es claro que lo que el legislador puede establecer –y de hecho así figura en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación– es la obligación de imponer una contracautela; pero la naturaleza y el alcance de la misma es algo que sólo concierne al juez evaluar, en función de las circunstancias del caso.

El derecho a obtener una medida cautelar sujeta al otorgamiento de una caución juratoria no debe ser considerado solamente como una protección especial para los sectores socialmente vulnerables o bien para el resguardo de ciertos derechos solamente, sino que debe estar disponible para toda persona, como parte necesaria del acceso a la tutela judicial efectiva, el cual se ejercerá en la medida en que el juez interviniente lo crea razonable.

Por lo demás, en el caso de autos el dictado de la medida no es susceptible de producir ningún tipo de perjuicio patrimonial al Estado nacional del que sea necesario precaverse mediante otro tipo de caución que no sea la que se propone.

En este sentido, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ha señalado que la norma es inconstitucional en tanto impide al juez disponer la caución juratoria a pesar de que en el caso se configuren las razones para imponerla (fuerte verosimilitud del derecho invocado e inexistencia de daño patrimonial resultante de la medida precautoria solicitada)¹⁴.

De esta manera, el tribunal llegó a la conclusión que resulta aplicable al *sub lite* "la lineal aplicación del precepto objetado implicaría aquí violar la forma republicana de gobierno y el principio de separación de poderes (arts. 1 y 29 CN); con directa intromisión en las atribuciones jurisdiccionales, que para 'conocer y decidir' (la CN no dice sólo 'conocer', agrega 'decidir') consagra el art. 116 de la CN (declaración American a de los Derechos y Deberes del Hombre (art. V, XVIII, XXIV), Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 12) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1, 2, 8, 24 y 25); doc. CSJ 'Fallos' 53:431; doc. Sala II 'Proda Juan Carlos' del 4/4/02; Sala IV 'Samit' incte. Med. Caut. del 27/8/09; Sala V "Frigorífico Morrone" 19/9/01; entre muchos otros; doc. Juzgado 10 in re 'Ravasi M.N. s/ medida cautelar (Aut.)' del 12/10/01)".

8.6. Inconstitucionalidad de los artículos 2°, 4°, 10 y 13 de la ley 26854

Asimismo, se requiere que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2°, 4°, 10 y 13 de la ley 26854 por las razones que listan seguidamente.

8.6.1. Inconstitucionalidad de la "bilateralización" de la medida cautelar (cfr. artículo 4° de la ley 26.854)

Se solicita se declare la inconstitucionalidad de la concesión de un traslado al Estado nacional previsto para evacuar el informe mencionado en el art. 4° de la ley 26854, en forma previa a la resolución del pedido cautelar.

En este sentido, en los fallos emitidos por el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de Primera Instancia N° 10 en los autos "Será Justicia – Inc. Med. Cautelar- c/ EN –PEN- Ley 26855 s/ proceso de conocimiento" y por la Sala I de la Cámara de Federal Apelaciones de La Plata (confirmando la sentencia de primera instancia) el 21 de abril de 2015 en los autos "Incidente N° 1 - actor: Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y otro demandado: ANSES s/ incidente de apelación de medida cautelar" (Expediente FLP N°

¹⁴ Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11, in re "LAN Argentina SA c/ ORSNA s/ medida cautelar (autónoma)", causa 36337/13, sentencia del 27/9/13.

41624/2014/1/CA1), se declaró la inconstitucionalidad de la exigencia del traslado previo para que la Administración pública se presente en el informe previsto en la ley 26854.

Un criterio similar adoptaron el Juzgado Federal Nº 1 de Neuquén en los autos "Spinelli Ana María c/ Estado Nacional s/ Acción de Inconstitucionalidad" y el Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 6 en los autos "Pitte Fletcher Denis c/ EN – PEN – Ley 26855 s/ Amparo ley 16986", "Javkin Pablo c/ EN –PEN –Ley 26855 s/proceso de conocimiento" y "Fargosi, Alejandro Eduardo c/ EN-PEN-Ley 26853 s/ proceso de conocimiento".

En éstos últimos, se ha resaltado que "el interés público comprometido, a que hace referencia el informe previsto en el artículo 4, es un requisito cuyo examen ya es propio del instituto cautelar y su estudio se encuentra reconocido –desde hace mucho tiempo atrás- por la jurisprudencia y la doctrina".

Una regla esencial en las medidas cautelares, como es sabido, consiste en que éstas se dicten *in audita parte*. Acreditadas la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, el juez tiene elementos suficientes para trabar una medida cautelar.

Debe reparar V.S. que se trata de una decisión esencialmente provisional, que no causa instancia y que puede ser revocada o modificada en cualquier estadio del proceso. Además, con ello tampoco se afecta la defensa en juicio de la contraparte pues ésta puede hacerlo ampliamente al pedir reconsideración de la medida o bien apelarla.

Sin embargo, el art. 4º controvertido convierte a la medida cautelar en un proceso contradictorio dando oportunidad a la aquí demandada para (i) consumir los hechos que intentan evitarse con la traba de la medida o adoptar las medidas del caso para obstaculizar la tutela preventiva judicial a dictarse contra la actuación cuestionada y, desde luego, (ii) que conozca de antemano el contenido de la demanda.

En efecto, en la norma en cuestión se establece como trámite necesario para el otorgamiento de medidas cautelares el traslado del escrito inicial a la demandada por el término de cinco días.

Más allá de que nominalmente se la haya referido como un "Informe", lo cierto es que se trata de un verdadero traslado. Ello es así, toda vez que se faculta a la demandada a expedirse acerca de las condiciones de admisibilidad y procedencia de la medida cautelar solicitada y a acompañar constancias documentales que considere pertinentes, conjuntamente con la presentación de ese informe.

De este modo, la norma en análisis sirve de excepción al principio general que establece que las medidas cautelares se decretan y cumplen sin intervención de la otra parte¹⁵ -generando

una estéril dilación en su concesión-; principio reconocido en forma expresa en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación¹⁶ y, unánimemente reflejado tanto en la doctrina¹⁷ como en la jurisprudencia.

Así, cabe citar, a modo de ejemplo lo expresado por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Civil de La Plata en cuanto a que “[l]a tramitación *inaudita parte* y el hecho de que ningún incidente o recurso detenga su ejecución constituyen notas propias, esenciales, ínsitas e intransferibles de la institución cautelar (artículo 198 CPCC)”.

De otro modo, los medios de aseguramiento se tornarían ineficaces en tanto que, avisado el afectado del propósito precautorio, se encontraría en condiciones de frustrarlo. La adopción de las medidas preventivas sin previo debate –ha dicho la Corte Suprema de la Nación-, “concuerta con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto queda a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas (II 56-459; Fallos: 213:246)”¹⁸.

En forma conteste, se ha expedido la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal al sostener que “[e]ntre las características principales, las medidas cautelares tienen las siguientes: a) Provisoriedad e interinidad; b) Mutabilidad o variabilidad en el sentido de que pueden ser revocadas o modificadas siempre que sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen (artículos 202 y 203); c) Accesoriedad, ya que no tienen un fin en sí mismas, sino que sirven a un proceso principal; d) se dictan sin contradictorio previo, *inaudita parte*, vale decir que el Juez resuelve en forma unilateral en base a la sola petición del interesado” (artículo 198)”¹⁹.

En el caso de autos, la “bilateralización” suscitaría una inadmisibile dilación en el otorgamiento de la medida cautelar solicitada por esta parte, que la convertiría en inoficiosa y, además, permitirá que las demandadas adopten medidas concernientes al tema antes de que ésta se resuelva.

¹⁵ Parece importante, a ese respecto, recordar que la regla general que establece que las medidas cautelares se decretan *inaudita parte* no trasunta una derogación del principio de contradicción (el cual constituye una proyección de la garantía constitucional de la defensa en juicio) sino una postergación momentánea de su vigencia justificada en obvias razones de efectividad (PALACIO, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, tomo 8, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 69).

¹⁶ En su art. 198 se reza: “[l]as medidas precautorias se decretarán y cumplirán sin audiencia de la otra parte”.

¹⁷ CAMPS, Carlos Enrique, “Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (Anotado - Comentado - Concordado)”, Depalma, 2004, Abeledo Perrot N°: 8009/006364.

¹⁸ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Federal de La Plata, sala IV, *in re*: “Cipriano, Marcela S. y otros v. Presidente de la Universidad Nacional de La Plata”, JA 1993-II-128. En el fallo citado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación adujo que “[l]a adopción de las medidas precautorias sin previo debate sobre su procedencia, concuerda con su naturaleza y no importa lesión constitucional en tanto quede a los afectados por ellas la posibilidad de cuestionarlas después de dictadas”.

¹⁹ Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, *in re*: “S.A. Organización Coordinadora Argentina c/ Cámara Nacional de Correos y Telégrafos s/ Amparo Ley 16.986”, Abeledo Perrot N° 8/7153. En el mismo sentido: la Sala V de la Cámara del fuero, *in re*: “Halperín, David Eduardo -Incidente- c/E.N. -M° de Economía y Servicios Públicos s/ Empleo público”, Abeledo Perrot N° 8/7275; y la Sala II, *in re*: “Torre, Hugo Mario c/ Aguas Argentinas S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 17/07/2010 (inédito) y “Héctor Enrique Perino s/ medida precautoria”, Abeledo Perrot N° 8/4084.

Asimismo, los efectos que se pretenden evitar acaecerán con anterioridad a la contestación del informe en cuestión. Tan es así, que de cumplirse el traslado indicado se materializará una irrazonable demora en el otorgamiento de la medida solicitada, con clara afectación del derecho a la tutela judicial efectiva²⁰, por el cual se proscribe toda dilación o reiteración de actos procesales.

Es sabido que el derecho a la jurisdicción no se limita a obtener una sentencia favorable sino que ésta debe ser oportuna y tener virtualidad para resolver efectivamente la cuestión planteada²¹.

Por lo demás, cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas oportunidades, ha resaltado la importancia de una respuesta a tiempo del servicio de Justicia, advirtiendo que la demora en llegar a una solución puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales²².

De lo expuesto, se colige que en el *sub examine* se configura una situación de extrema urgencia que requiere una solución inmediata²³. La demora en el otorgamiento de la medida cautelar solicitada ocasionará en forma inevitable la frustración del derecho de los miembros de la Asociación.

En subsidio, para el hipotético caso en que V.S., descarte el planteo de inconstitucionalidad de la "bilateralización" de la medida cautelar, se pide que se conceda una medida precautelar o interina.

8.6.2. Inconstitucionalidad de la limitación del plazo de las medidas interinas (cfr. artículo 4º, ley 26854)

Para el caso en que V.S. descarte el planteo de inconstitucionalidad realizado en el capítulo anterior, se solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 26854, en tanto limita la vigencia de la medida interina hasta el momento de la "presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción".

²⁰ SIMÓN PADRÓS, Ramiro, "La tutela cautelar en la jurisdicción contencioso-administrativa", 1ª. ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, p. 139.

²¹ CNCAF, Sala IV, in re: "Trujillo Nuñez, Filiberto c/ Dir. Nac. de Migraciones -Disp. 3490/96", Abeledo Perrot N° 8/1472 con cita de C. Fed. Gral. Roca, 23/9/97, "Helou, Juan C.", JA. 18/2/98.

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de la "Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", del 24 de noviembre de 2009, Serie C N° 211; Sentencia "Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas," del 23 de noviembre de 2009, Serie C N° 209; Sentencia "Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas," del 12 de agosto de 2008. Serie C N° 186, entre muchos otros.

²³ HUICI, Héctor, "Las medidas cautelares en el orden federal y el proyecto de reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", LL 2010-F, 832.

Esta limitación temporal es claramente irrazonable, lesiva del derecho de defensa y no se condice con la finalidad de la medida interina o precautelar, que no es otra que tutelar los derechos de los justiciables mientras se desarrolla el trámite de “bilateralización” de la medida cautelar.

La limitación de la extensión de la medida interina, pues, tornaría ilusoria la protección de los derechos de los miembros de la Asociación, con clara violación del principio constitucional de tutela judicial efectiva (cfr. art. 18, Constitución nacional; arts. 8º y 25, Convención Americana de Derechos Humanos; entre otros).

Contestemente, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 11 ha declarado la inconstitucionalidad de la norma en cuestión en cuanto dispone que la medida interina sólo puede extenderse hasta el momento de la presentación del informe o del vencimiento del plazo fijado para su producción, dado a que ello “agravia en forma inconciliable el principio constitucional de tutela judicial efectiva y, más específicamente, su sistema de frenos y contrapesos (art. 18 y 75 inc. 22, Constitución nacional; Fallos: 285:322; 316:2624; 327:5723; 328:566; entre otros)”.²⁴

La finalidad de las medidas interinas es justamente evitar que mientras el magistrado solicita el informe previsto en el art. 4º de la ley 26854 y analiza la procedencia de la medida cautelar solicitada en base a lo peticionado por el actor y a lo expresado en el mencionado informe, la tutela cautelar se torne inoficiosa por la modificación del estado de cosas existente al momento de peticionarla o porque la decisión cuya solución se pretende produzca efectos irreversibles.

Carece de toda lógica, entonces, reconocer la tutela cautelar en forma interina solamente hasta que se conteste el informe precautelar y, luego, dejar sin amparo al justiciable hasta que el magistrado esté en condiciones de dictar la medida cautelar (lo que demanda tiempo ya que necesitará analizar el informe remitido por la Administración pública).

En el caso de autos, la suspensión de la aplicación de la ley 27743 por el término de diez días no logrará impedir que se produzcan los perjuicios irreparables descriptos al acreditar la existencia de peligro en la demora.

Es que transcurrido dicho plazo, Estado nacional podrá iniciar la percepción de los ingresos en concepto de impuestos a las ganancias conforme al nuevo régimen de la ley 27743, lo cual –como ya se ha dado cuenta– resulta por demás gravoso para los magistrados y funcionarios judiciales que resultan miembros de esta Asociación.

²⁴ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso administrativo Federal Nro. 11, Secretaría 21, in re: “LAN Argentina S.A. - Moritan c. ORSNA - Van Lacke s/ medida cautelar”, causa 36.337/13, sentencia del 4/9/2013

8.6.3. La inconstitucionalidad del efecto suspensivo del recurso de apelación

Sin perjuicio de que el efecto previsto en el art. 13, inc. 3°, segundo párrafo, de la ley 26854 no resulta de aplicación al presente caso, puesto que aquel está reservado para cuando se requiere la suspensión de efectos de “una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico” (que no es el caso de autos), a todo evento se plantea su inconstitucionalidad para el caso de que V.S. considere que aquella disposición resulta aplicable.

La mencionada norma, al establecer que la apelación contra la medida que disponga la suspensión de los efectos de una ley (o acto con rango de ley) será concedida con efecto suspensivo, torna ilusoria toda posibilidad de tutela urgente, lo cual conspira contra el ya citado derecho a la tutela judicial efectiva.

¿Qué utilidad puede tener una medida cautelar cuya vigencia será meramente nominal o ilusoria ya que –en el mejor de los casos- no tendrá otro efecto que detener el obrar antijurídico del Estado por un período insignificante en relación con la duración total del proceso?

Rossi destaca que “[s]e trata de una práctica disfuncional a la norma, pues no se compadece con la finalidad de la institución cautelar, con la naturaleza del contencioso administrativo ni con las garantías de la acción de amparo que se desprenden de la legislación supranacional, cuya naturaleza es netamente operativa”²⁵.

Y precisa: “[n]o existe auténtica tutela cautelar si la apelación queda en suspenso (...) [n]o se cumple la finalidad asegurativa que hace a la esencia del instituto (...) [p]ara el momento en que se resuelva la apelación, la situación tutelada podrá haberse tornado abstracta, de no mediar una autolimitación de la Administración que desde el punto de vista jurídico –no moral– resulta discrecional en los términos del artículo 12 de la LNPA Y para entonces se habrán generado derechos subjetivos a favor de terceros”²⁶.

En similar sentido, Carrió recuerda que “[l]a consecuencia de todo ello [se refiere al efecto suspensivo del artículo 15] es que la tutela eficaz de un derecho o libertad constitucional ha quedado supeditada al agotamiento de las dos instancias ordinarias y al de la extraordinaria. En la práctica ello equivale a agotar un trámite que puede llevar dos años de duración. Esto constituye la negación lisa y llana de una protección sumaria para esos derechos”²⁷.

²⁵ROSSI, Alejandro, “Las medidas cautelares y su apelación en el amparo”, en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), ob. cit.

²⁶ROSSI, Alejandro, ob. cit., pág. 1588.

²⁷ CARRIÓ, Genaro, “Recurso de amparo y técnica judicial”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1959, p. 234. También en SAGÜES, Néstor Pedro, “Derechos Procesal Constitucional. Acción de Amparo”, 4ta. ed., Ed. Astrea, Buenos Aires, p. 501, donde se hace una crítica de la norma a través de la cita de otros autores. Al respecto, se afirma que “[t]al como se otorga el recurso, ‘implica que la medida de no innovar no puede hacerse efectiva hasta que el

Asimismo, Rivas rechaza la aplicación literal de la norma en los siguientes términos: “[d]e todas maneras, resulta imposible de aplicar la letra de la Ley 16986, (...) ajustarse a la norma llevaría a anular prácticamente el juego y existencia de medidas cautelares en el amparo, entendemos que debe ser usada la solución prevista en el artículo 198 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, concedida la medida, dar efecto devolutivo a la apelación que se pudiera interponer. Aun en el régimen de la ley 16986 nos parece insostenible la aplicación literal de sus términos, por cuanto en el sistema general del derecho nacional no existe la posibilidad de debatir con el afectado la procedencia de la medida cautelar que se le pretende aplicar, y es eso lo que realmente ocurre cuando antes de efectivizarse aquélla se permite su aplicación y se la supedita a la resolución del recurso”²⁸.

Las distintas Cámaras federales también han objetado la reglamentación de las medidas cautelares. Por ejemplo, la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario ha manifestado que “[d]e la armónica interpretación de lo expuesto precedentemente se colige claramente que la efectivización de la tutela judicial mediante el otorgamiento de medidas cautelares no puede ser diferida en su ejecutividad sin colisionar con los principios consagrados en los tratados internacionales citados, por lo que la concesión de los recursos debe efectuarse de conformidad a los artículos. 198 y concs. CPCCN., regulación especial, particular y propia que debe ser aplicada. Por otra parte, entiendo que también puede colegirse que la concesión del recurso en ambos efectos violenta la garantía de igualdad establecida por el artículo 16 CN., ya que consagra una prerrogativa que interfiere con dicho principio”²⁹.

De esta forma, es evidente que de concederse el recurso de apelación en ambos efectos se dañará de forma irreversible el derecho de defensa de los miembros de la Asociación. En función de lo expuesto es que se solicita que oportunamente se declare la inconstitucionalidad del art. 13, inc. 3º), de la ley 26.854.

9. PRUEBA

Se acompaña en carácter de prueba documental:

9.1. Copia del Acta de designación del suscripto como presidente de la AMFJN (Anexo I).

9.2. Copia del Estatuto de la AMFJN (Anexo II)

expediente vuela del Tribunal Superior’, deduce Robredo, quien, ante tal incongruencia (puesto que las medidas cautelares indicadas se fundan en estrictas razones de urgencia, ante la inminencia de alteraciones que ocasionen daños irremediables, etc.), conjetura que incluso ‘debe tratarse (por el legislador) de una ignorancia absoluta del proceso en la acción de amparo’.

²⁸ RIVAS, Adolfo Armando, “El amparo”, 3ª ed, La Rocca, Buenos Aires, 2003, p. 647.

²⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, sala B, in re: “Compañía Elaboradora de Productos Alimenticios S.A. v. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación de la Nación”, Abeledo Perrot N° 35010489, del voto del Dr. Toledo.

9.3. Copia de los reclamos impropios interpuesto ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Consejo de la Magistratura, la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación (Anexo III)

10. HACE RESERVA DEL CASO FEDERAL

Hago reserva del derecho de recurrir ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía que establece el art. 14 de la ley 48, en atención a que mediante la norma emanada del Congreso de la Nación se pone en tela de juicio la inteligencia de la Constitución nacional (arts. 14 bis, 16, 17, 19, 28, 31, 110 y 120).

11. PETITORIO

Por todo lo expuesto, a V.S. solicito:

11.1. Me tenga por presentado, por parte y por constituido el domicilio procesal indicado.

11.2. Habilite la feria judicial de invierno y los días y horas inhábiles.

11.3. Tenga presente la prueba acompañada al presente escrito.

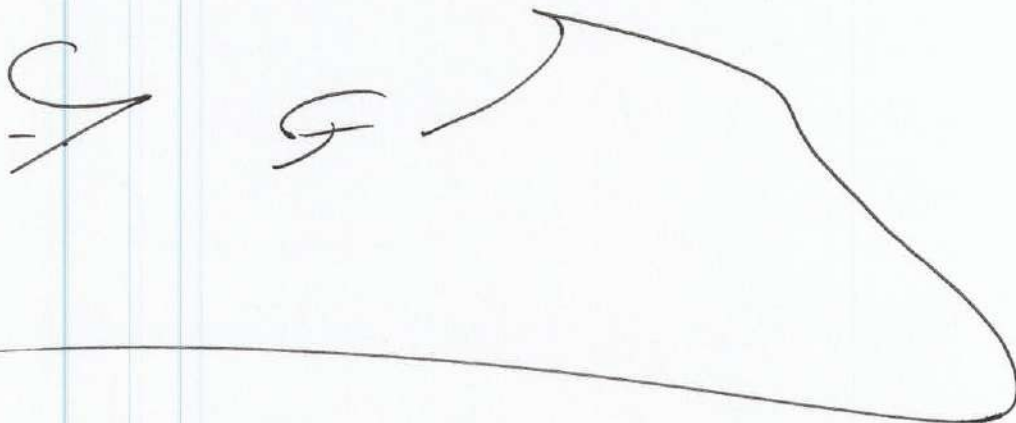
11.4. Tenga presente la reserva del caso federal.

11.5. Se declare la inconstitucionalidad de los arts. 2°, 4°, 10 y 13, inc. 3°, de ley 26854.

Oportunamente, haga lugar a la medida cautelar autónoma solicitada y, consecuentemente, ordene al ESTADO NACIONAL, al Consejo de la Magistratura de la Nación, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a la Procuración General de la Nación y a la Defensoría General de la Nación, que se abstengan de aplicar la ley 27743 en cuanto menoscaba los derechos adquiridos por los miembros de esta Asociación al amparo de los preceptos instaurado por el "Protocolo de Procedimiento para la Retención de Impuesto a las Ganancias sobre las Remuneraciones de los Magistrados, Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de la Nación nombrados a partir del año 2017", aprobado por la resolución N° 8/2019 del Consejo de la Magistratura de la Nación de fecha 28 de febrero de 2019, publicada en el Boletín Oficial el 6 de marzo de 2019 (en adelante, el "Protocolo"), el que rige para con el Poder Judicial de la Nación y aplica respectivamente para con la Procuración General de la Nación y la Defensoría General de la Nación en virtud de las resoluciones 16/2019 PGN y 335/2019 DGN.

11.6. Todo ello, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo que se ventilará en la acción declarativa de inconstitucionalidad que se iniciará oportunamente.

PROVEER DE CONFORMIDAD,
SERÁ JUSTICIA.-



ANDRÉS FABIÁN BASSO
PRESIDENTE



ALBERTO ANTONIO SPOTA
ABOGADO
Tº 71 Fº 303
C.P.A.C.F.



Daniel F. Reimundes
Tº 102 Fº 277 C.P.A.C.F.
Abogado