

*Poder Judicial de la Nación*  
*En el año del Bicentenario*

SAN RAFAEL, 10 de junio de 2010.

Y VISTOS:

Los presentes autos N° 87.602, caratulados: "CÁMARA DE COM. IND. Y AGROP. DE SAN RAFAEL I/ACCION DE AMPARO C/EST. NAC. ARG.", llamados para resolver a fs. 61; y

CONSIDERANDO:

Que a fs. 29/59 se presenta el Dr. Pablo Sebastián Calleja, en representación de la Cámara de Comercio Industria y Agropecuaria de San Rafael, conforme el Poder General para Juicios que obra a fs. 1/2, solicitando en el punto VII medida cautelar de no innovar consistente en ordenar al Estado Nacional abstenerse de continuar con la instrumentación de la medida dispuesta por el Decreto PEN N° 699/2010 hasta que recaiga sentencia definitiva en la presente causa. En subsidio y ante lo que califica como oscuridad del decreto, respecto a la extensión o no de la medida a otras provincias distintas de La Rioja, solicita se ordene al Estado Nacional, abstenerse de extender el plazo de vigencia de los beneficios promocionales en el Impuesto a las Ganancias y en el impuesto al Valor Agregado acordados en el marco de la ley 22.021 respecto a otras provincias incluidas en el precitado régimen de Promoción Industrial mientras sustancia y resuelve este proceso.

Argumenta, acto seguido, los extremos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora así como ofrece contracautela.

Y CONSIDERANDO:

Descripto el pedimento cautelar, inicialmente se abordará la legitimación que la actora reviste para ser parte solicitante de una medida como la intentada.

LEGITIMACION DE LA PARTE DEMANDANTE PARA SOLICITAR EL PEDIMENTO CAUTELAR

Desde que la parte actora, conforme se acredita con la documental que se aporta resulta un ente representativo de intereses de los comerciantes e

industriales de esta jurisdicción y los actos emanados por la demandada podrían afectar derechos protegidos legalmente, se encuentra habilitada para efectuar un pedimento cautelar como el pretendido.

Tal postura tiene sustento en los principios y fundamentos de lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal en la causa "HALABI, Ernesto c/ P.E.N. -ley 25.873- Dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986" de fecha 24 de febrero de 2009, la que en el punto 12) del considerando sostuvo: *"... Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles, sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño. ... Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia de dichas garantías (Fallos: 239:949; 241:291 y 315:1492). Por otra parte, en el considerando 13) precisó: "Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión*

*Poder Judicial de la Nación*

*En el año del Bicentenario*

*procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado.*

*Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particularidades características de los sectores afectados. ...". En base a tales premisas, se entiende que la pretensión deducida puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos precedentemente. A modo de conclusión entonces se da por legitimada a la actora para intentar la acción con alcance colectivo, dentro del ámbito territorial de este órgano jurisdiccional.*

Consecuentemente, entiendo que la actora se encuentra formal y sustancialmente legitimada para formular petición cautelar.

#### MEDIDA CAUTELAR

#### NATURALEZA DE LA CAUTELAR SOLICITADA

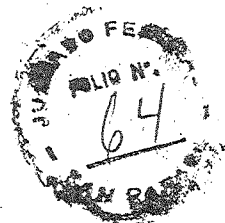
Resulta jurisprudencia pacífica del Juzgado Federal de San Rafael el considerar que cuando media identidad entre el extremo de lo peticionado en la medida cautelar y lo reclamado en el principal, la primera resulta inadmisibile. Así en autos N° 69.394 originarios del Juzgado Federal a mi cargo, dije el 17 de enero de 1999 "...Previo a resolver sobre lo solicitado corresponder advertir como punto de partida que resulta jurisprudencia uniforme de este Tribunal la interpretación de las medidas cautelares con criterio restrictivo. Ello por cuanto el fin perseguido por la protección cautelar a un derecho es el resguardo anticipado del mismo a los efectos de evitarle insanables lesiones. Pero se deduce fácilmente, que una ligera medida precautoria puede llevar que se obtenga en definitiva un efecto no querido. El mismo consiste en que, de mediar resultado desfavorable a la pretensión definitiva de quien solicita la medida, la ligera concesión de la misma podría afectar dañosamente derechos de terceros. Eso no es el fin perseguido por la institución cautelar, sino que muy por el contrario, se busca equilibrar el interés de las partes en



*el proceso a los efectos de tratar de mantener la bilateralidad en condiciones de mediana igualdad. Asimismo, e norma permanente de este Tribunal partir del presupuesto que debe tenerse por absolutamente inadmisibile todo pedimento de protección cautelar por el que la esencia y finalidad de la medida propuesta guarde total identidad con el fin perseguido en el principal. Tal apreciación tiene sustento en la circunstancia de entenderse que, si un litigante obtiene los mismos resultados en la concesión de la cautelar que en el proceso principal, no está haciendo más que recibir lisa y llanamente por anticipado el resarcimiento que reclama sin haber transitado por los estadios procesales del juicio correspondiente, creando así, respecto de aquél contra quien dirige la acción, una verdadera situación de desigualdad al violentar el debido proceso y transformar la sentencia definitiva en una mera virtualidad sin sentido práctico alguno de aplicación. La protección cautelar como elemento accesorio de una acción judicial, debe llevar a intentar adecuar una plataforma fáctica y jurídica a situaciones prudentes de equilibrio entre los contendientes de un proceso. Quien denuncia la violación dañosa de un derecho puede obtener protección cautelar a ese derecho, al efecto de no tornar en ilusoria la restauración o reparación integral que a ese derecho pueda darle una sentencia definitiva. Más, no puede pretender obtener dicha reparación por los efectos de la propia protección cautelar, ya que en dicho caso la reparación que debe brindar la sentencia definitiva carecería de sentido, por cuanto transformaría a la sentencia en un acto meramente declamatorio, lo que aparece como una enormidad,..."*

También debo remitirme a los antecedentes de este Juzgado en punto a los alcances que han de darse al tipo de medida cautelar que se pretenden y así: "Resulta fundamental establecer con precisión los alcances que en mi interpretación como juez doy al instituto de la protección cautelar de los derechos. Asimismo, para que queden debidamente clarificadas las condiciones y marco en el que debe moverse todo litigante, es justo conocer que este criterio se encuentra sustentado por igual criterio de la Sala "A" de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza en autos 68276-7-817 en el que dijo en su parte pertinente "Es improcedente el dictado de una medida cautelar cuyo contenido

*Poder Judicial de la Nación*  
*En el año del Bicentenario*



coincide con el objeto principal del amparo solicitado pues la celeridad de este último obsta en principio a la configuración del peligro en la demora. Ello porque el dictado de una medida cautelar innovativa dentro del proceso de amparo requiere de una singular prudencia, pues este tipo de procesos supone una suerte de tutela temporalmente privilegiada de un derecho afectado o amenazado con lo cual el anticipo de efectos inherentes a la cautelar corre serio riesgo de invadir las zonas propias del debate sustancial sin perjuicio de que en ciertas situaciones el amparo juegue como un mandamiento innovativo con finalidad en sí mismo (con cita a la Cámara Civil y Comercial de Santa Fé Sala 1).

Lo que es más, la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo reciente del 28 de diciembre de 2.001 en el caso "KIPER", y con referencia a la devolución, a través de una medida cautelar, de fondos involucrados por el decreto 1570/01 sostuvo: *"Que resulta indudable que la medida cautelar solicitada a favor de los actores reste los mismos efectos que si se hubiera hecho lugar a una demanda y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha iniciado, Que ello constituye un claro exceso jurisdiccional que importa por lo demás un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional. En orden a ello esta Corte ha señalado que, los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa ... cita fallos del propio Tribunal".*

Siguiendo la jurisprudencia largamente reiterada por este Juzgado Federal debo despachar una cautela que importe un acto de resguardo de eventuales derechos, más nunca un pronunciamiento certero sobre derechos que no han sido debidamente confrontados en la litis.

Remitiéndonos a la petición cautelar, resulta que lo que se pretende como objetivo de fondo, es que se declare judicialmente la inconstitucionalidad y nulidad por ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta del Decreto 699/2010 de fecha 20 de mayo de 2010 publicado en el Boletín Oficial

31.910 del 26 de mayo de 2010 y de todo norma dictada en su consecuencia sobre la base de las argumentaciones que da, mientras que, como pedimento cautelar pide, a modo de medida de no innovar se suspenda en el tiempo los efectos de dichas normas atacadas hasta que exista un pronunciamiento judicial definitivo.

Como se aprecia existe una clara diferencia entre el objetivo principal de la demanda y el fin intentado en la medida cautelar que sólo se limita a mantener en el tiempo una situación. Así es entonces que, desde esa perspectiva no existe identidad entre los fines descriptos.

Un adecuado entendimiento de la situación exige que primeramente se analice su procedencia a la luz de los extremos que deben encontrarse acreditados para luego otorgar la o las medidas propiciadas o, en su defecto, adecuar la disposición cautelar a dictar al marco del proceso que nos ocupa y a los derechos de las partes.

#### VEROSIMILITUD DEL DERECHO INVOCADO

Previo al análisis de este presupuesto debo estimar la interpretación que doy al mismo. Debe entenderse por derecho verosímil aquél que resulta objetivamente probable. Clara distinción entre derecho probable y derecho probado como punto de partida para el entendimiento del instituto en cuestión. El tratamiento de verosimilitud en un derecho que se invoca impone en el juez un pronóstico de posibilidades jurídicas producto de la provisoriedad de elementos de juicio con que se cuenta en circunstancias propias a la atención de una medida cautelar.

Tal control de verosimilitud guarda directa relación con un verdadero cálculo de probabilidades cargado de apreciaciones relativas, las que por ello no dejan de ser objetivas.

Cosa muy distinta es la apreciación que hace el juez para resolver en definitiva una causa. En tal circunstancia el juzgador emite juicios de certeza y no posibilidades. Vale entonces como fundamental distinción el juicio

*Poder Judicial de la Nación*  
*En el año del Bicentenario*



de certeza sobre derechos probados que se da en una resolución definitiva para dirimir una contienda y el cálculo o pronóstico de posibilidades sobre derechos probables que se obtiene en un requerimiento cautelar.

Emitir apreciaciones de certeza en este estadio procesal conllevaría, indudablemente, a la pre-opinión del juzgador, por lo que debe entenderse que los conceptos que se vierten para el análisis de la verosimilitud del derecho que se invoca resultan relativos, provisorios y objetivos.

Hecha esta aclaración corresponde pasar al estudio en que funda la parte peticionante el derecho que invoca y que dice que se encuentra probado con grado provisorio suficiente.

El análisis de la verosimilitud del derecho aparece, a esta altura del proceso, con un grado de certidumbre suficiente. Se sostiene ello por cuanto, en principio, con la aclaración previa que se hace a continuación:

#### REFLEXION PRELIMINAR

Debo poner especial énfasis que el análisis del presente decisorio bajo ningún punto de vista parte en considerar la justicia y/o equidad en la decisión política de lo resuelto por la primer Magistrada del País. Cabe advertir que por altruistas, solidarios y justos que puedan resultar los fines perseguidos por el decreto puesto en crisis por la actora, la perspectiva que he de analizar está dirigida a verificar los medios para obtener dichos fines. Obviamente, y a los términos de la acción que se intenta, debo confesar que bajo ningún punto de vista ponderaré los medios bajo lupa formalista sino que, por el contrario, debo analizar si, "*prima facie*", advierto que los medios pudieran vulnerar de modo suficientemente írrito el plexo constitucional que puedan poner en vilo la validez de los mismos. Es a partir de dicha visión que realizaré el análisis de la normativa en crisis para determinar si el derecho que se invoca por la actora resulta verosímil.

NORMAS CONSTITUCIONALES QUE EN EL CASO RESULTAN PRINCIPIO DEL SILOGISMO.

Cabe advertir que nuestra Carta Magna eligió como modo de vida y convivencia la forma Republicana de Gobierno (art. 1 de la Constitución Nacional). Lo que es más, también eligió la forma federal teniendo presente la preexistencia de las provincias al nacimiento mismo de la Nación.

En ese entendimiento: nuestra Carta Magna construyó el principio republicano de división de poderes, asignando a cada uno de los poderes un rol de indispensable protagonismo para no transformar la vida en República en una mera virtualidad declamatoria.

Es así que, en la distribución de atribuciones y aplicado al caso resulta en principio claro que al Poder Ejecutivo Nacional le está expresamente vedado, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. (Art. 99 C.N.). Es más, ni aun por la vía excepcional que habilita facultad legisferante para el caso de los decretos de necesidad y urgencia, puede el Poder Ejecutivo apelar a esta excepcional atribución en materia tributaria (Art. 99 inc. 3 C.N.). A mayor abundamiento: el art 75 inc. 2 de la Constitución Nacional admite como Cámara iniciadora, en la relación distributiva tributaria entre la Nación y las provincias, al Senado de la Nación en concordancia con la sexta cláusula transitoria de la Constitución Nacional. Véase asimismo que, como principio, le está vedado al Congreso de la Nación la delegación en el Poder Ejecutivo de sus facultades legislativas (art. 76 C.N.). Claro está que admite la delegación en los casos de emergencia pública, como excepción.

A partir de los fundamentos constitucionales enunciados "ut supra" y con referencia al caso, es que debo confrontar el decreto puesto en crisis por la actora, con dichos conceptos:

#### NATURALEZA JURIDICA DEL DECRETO.

Siguiendo el texto mismo de los considerandos del acto en cuestión aparecería como contradictorio que el mismo intente fundarse en el art. 99 inc. 1 de la C.N. y en el art. 1 de la ley N° 26.077 y sus modificatorias.



*Poder Judicial de la Nación*  
*En el año del Bicentenario*



En el primer supuesto, estamos frente a lo que la doctrina constitucional denomina *decreto autónomo*. Esto es el modo en que exterioriza la voluntad política un primer mandatario en su condición de tal.

En el segundo supuesto nos encontramos frente al concepto de *decreto delegado* o *decreto por delegación*.

Pero, de un modo u otro, desde lo formal se debe entender que se trata de un decreto delegado, toda vez que, a los términos del art. 99 inc. 3 C.N., ni aun por vía de necesidad y urgencia, podría el Poder Ejecutivo legislar sobre materia tributaria con consecuencias en movilización de masas tributarias coparticipables como lo son el impuesto a las ganancias, a los capitales y el impuesto al valor agregado.

Indudablemente, frente a la confusión, debe tenerse presente que conforme la suscripción del decreto no lo ha sido por decisión en acuerdo general de Ministros por lo que, debe concluirse que el mismo es un decreto delegado que busca fundamento en el art. 1 de la ley N° 26.077 y sus modificatorias.

Hecho un análisis de todo el transitar normativo que proponen los considerandos del decreto en cuestión, debemos partir del hecho que la Nación se encuentra en situación de emergencia pública a partir de la ley N° 25.561 y hasta nuestros días con proyección al 31 de diciembre del año 2011, conforme la previsión de la ley N° 26.563.

Resulta al menos llamativo que, en el transitar normativo, no se advierta que se haya autorizado, por vía de delegación, al Poder Ejecutivo Nacional a asumir atribuciones legislativas de modo innominado y mucho menos a hacerlo en materia tributaria.

Pero, véase que el decreto N° 699/10 encuentra fundamento en el art. 1 de la ley N° 26.077 el que expresamente reza: "*Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a adoptar las medidas necesarias tendientes a lograr una salida ordenada de la situación de emergencia pública...*"

En principio, la citada ley, por lo difuso, indefinido y falto de bases delegativas, conculcaría los límites que el art. 76 C.N. establece para la delegación. Sin intentar ser peyorativo, la norma fundante del decreto puesto en crisis, en principio, parecería más un otorgamiento de un cheque en blanco que una delegación. Adviértase que delegar facultades de modo ilimitado bajo ningún punto de vista podría tenerse como válido ya que aproximaría al decisorio del Congreso a la prohibición absoluta del art. 29 de la C.N., esto es a otorgar facultades extraordinarias al Poder Ejecutivo.

Pero, aunque entendiéramos que dicha norma, de relativa constitucionalidad, pudiera ser fundante del decreto en cuestión, no es menos cierto que se encontraba, y se encuentra vigente, la ley N° 11.672, la que en su art. 89, de modo expreso, califica de nulos y de ningún valor los actos administrativos que aprueben reformulaciones de proyectos, reasignación de cupos fiscales u otorgamiento de cupos fiscales de promoción industrial.

En los considerandos el Poder Ejecutivo hace mención al tema, manifestando que la Ley Complementaria de Presupuesto (T.O. 2005) no resulta de aplicación ya que con posterioridad se dictó la ley N° 26.077, fundante del decreto en cuestión.

Esta afirmación en principio merece dos reflexiones: a) de la lectura de la ley N° 26.077 no surgiría, ni forzosamente, que el legislador haya tenido presente eludir la prohibición del art. 89 de la ley N° 11.672, ya que al no sortear dicha prohibición de modo expreso, debería suponerse que la prohibición estaba y está vigente. b) tratándose de una excepción, la delegación de facultades, debe interpretarse que la misma lo es con carácter absolutamente restrictivo, más allá de la emergencia. Ergo: no estando expresamente habilitado debería interpretarse que estaba impedido.

Pero, aunque pudiese interpretarse que la norma fundante pudiese ser válida, por la naturaleza de la materia en cuestión, y desde la emergencia, aparecería como abusivo que pretenda legislarse por un órgano de

*Poder Judicial de la Nación*  
*En el año del Bicentenario*



excepción en cuestiones, en principio, prohibidas por un lapso que excede, largamente, tres (03) períodos constitucionales de ejercicio presidencial tal como establece el art. 10 del decreto en cuestión.-

Todo ello conlleva a que en principio se tenga por acreditada la verosimilitud del derecho invocado por la actora y se tenga por cumplido el requisito.-

Consecuentemente, y en este estado incipiente del proceso corresponde arribar a una conclusión como la expuesta en punto al ítem en trato. Quizás el devenir del proceso y la posición de la demandada posibiliten llegar a una determinación distinta a la que hoy se arriba.-

#### PELIGRO EN LA DEMORA

Adhiero al criterio doctrinario y jurisprudencial y así lo he sostenido en mis resoluciones judiciales que mientras más alto sea el grado de verosimilitud del derecho que se invoca, el examen del peligro en la demora debe resultar menos riguroso. En el caso, la verosimilitud del derecho invocado ha sido justificada en el modo y amplitud detallado por lo que resta fundamentar en que considero que, dado el actual estado de cosas, la demora en obtener un eventual reconocimiento judicial en una sentencia definitiva pondría, en grave riesgo los derechos que se pretenden amparar.-

Es deber del órgano jurisdiccional intentar mantener incólume un derecho en su concreción para no tornar en ilusoria una eventual sentencia favorable. Es por ello que advirtiéndose que podría menoscabarse el eventual derecho reclamado, es que doy por acreditado tal peligro.-

Tal peligro en la demora surge, con suficiente entidad y con el grado propio de este tipo de procesos, de los propios argumentos de la parte actora peticionante que denuncia y prueba con provisoriedad suficiente. Resulta atinado tener por creíble, en esta incipiente etapa de la causa, la posibilidad de perjuicio que causaría a los representados de la actora que se vería plasmada con los efectos negativos probables si se instrumenta la norma

cuestionada. Tales efectos perjudiciales, de impacto inminente, se verían concretados en traslados de las industrias de esta jurisdicción a otras provincias beneficiadas con la "promoción", con la consabida pérdida de puestos de trabajo, aumento del desempleo, disminución de la actividad comercial y la incertidumbre ante la falta de reglas de juego claras, generando situaciones de desigualdad que, en principio, solamente podrían ser soslayadas por expresa y consensuada decisión del Honorable Congreso de la Nación por vía legislativa y no delegante.

Sin lugar a dudas, de instrumentarse la norma tachada se generarían daños que, seguramente, no podrían ser reparados ulteriormente.

Así es que debe tenerse también por acreditado el peligro en la demora.

#### CONTRACAUTELA

Estimo adecuado a derecho, dada la naturaleza de la cuestión planteada, así como el carácter de la entidad que interpone la petición, fijar caución juratoria, teniéndola por rendida merced al ofrecimiento hecho a fs. 58 por el representante de la actora y de acuerdo a las facultades otorgadas en el poder obrante en fotocopia a fs. 1/2.

#### ADECUACION DE LA MEDIDA AL CASO DE AUTOS

Todo lo expuesto "ut supra" me lleva a que considere ajustado a derecho, dictar medida precautoria suspendiendo la vigencia del Decreto 699/2010 emanado del Poder Ejecutivo Nacional, ordenando al Estado Nacional, en la persona de la Sra. Presidente de la Nación Argentina, se abstenga de dar operatividad al mismo hasta que recaiga sentencia definitiva en la presente causa.

En punto a la solicitud de notificar a la Comisión Bicameral, por inoficioso e innecesario, corresponde el rechazo de tal petición.

Por todo lo expuesto, normas legales, citas jurisprudenciales y doctrinarias:



Poder Judicial de la Nación  
En el año del Bicentenario

RESUELVO:

1º) HACER LUGAR A LA MEDIDA CAUTELAR solicitada por el Dr. Pablo Sebastián Calleja, en representación de la actora y en su consecuencia **SUSPENDER PREVENTIVAMENTE** la vigencia del Decreto 699/2010 emanado del Poder Ejecutivo Nacional, **ORDENANDO** al Estado Nacional, en la persona de la Sra. Presidente de la Nación Argentina, se abstenga de dar operatividad al mismo hasta que recaiga sentencia definitiva en la presente causa.

2º) FIJAR CAUCION JURATORIA que se tiene por rendida merced al ofrecimiento hecho a fs. 58 por el representante de la actora y de acuerdo a las facultades otorgadas en el poder obrante en fotocopia a fs. 1/2.-

**REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.-**

DANIEL HÉCTOR ACOZERA  
JUEZ FEDERAL

USO OFICIAL

DIEZ (10) de JUNIO de DOS MIL  
DIEZ (2010) notifiqué en LA oficina al Sr.  
DR. PABLO SEBASTIÁN CALLEJA la resolución de fs. 699  
ACOSERA Leyó y firmo. Conste.-

ESTEBAN ARIEL PUIGDEVALL  
SECRETARIO