

LA INVALIDEZ DE LOS DERECHOS DE EXPORTACIÓN CREADOS POR UN MINISTRO DEL PODER EJECUTIVO SIN LEY HABILITANTE (Un desorden legislativo tendiente a convalidar una nulidad insanable) (*)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 14 de Abril de 2014, en autos “*Camaronera Patagónica S.A. c/Ministerio de Economía s/Amparo*”¹

POR ENRIQUE C. BARREIRA

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Antecedentes.
- III. El principio de reserva de ley como condición esencial para la creación de los tributos.
- IV. La invalidez por falta de elementos esenciales en el acto que intenta crear el tributo.
- V. La Cláusula Transitoria Octava de la Reforma constitucional de 1994.
- VI. La Resolución 11/02 utilizó, como norma habilitante, la ley 22.792 que había sido derogada por el DNU 2488/91, ratificado por la ley 24.307.
- VII. Las leyes dictadas por el Congreso a raíz de la Cláusula Transitoria Octava.
- VIII. Los dos tipos de normas que trató la ley 25.148.
- IX. La inconstitucionalidad de las leyes 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, en cuanto pretenden modificar el plazo de caducidad establecido por la Constitución Nacional.
- X. La inconstitucionalidad de las leyes que dieron ultraactividad a la legislación “delegante”.
- XI. Sostenimiento de una ley contraria a la Constitución basado en la interpretación de la voluntad del legislador.
- XII. Reactivación para el futuro de una norma nula, de nulidad absoluta e insanable por una interpretación integradora de la ley que no la pudo convalidar para el pasado.
- XIII. Los valores jurídicos en juego.
- XIV. Conclusiones.

(*) Nota a Fallo “*Camaronera Patagónica S.A.*”, también publicado en la Revista Jurisprudencia Argentina, Fascículo N° 13, 25/06/2014, p. 14 y ss.

1. El sumario del fallo comentado se puede consultar en la Sección Jurisprudencia de esta Revista.

I. Introducción

1) El 15/04/2014 la Corte Suprema dictó sentencia en autos “Camaronera Patagónica” y confirmó la sentencia de la Cámara Federal de Mar del Plata que había declarado la inconstitucionalidad e inaplicabilidad a la actora, de la Resolución 11/02 del Ministerio de Economía e Infraestructura que estableció un derecho de exportación así como de la Resolución 150/02, del mismo ministerio, que dispuso que solamente se daría curso a los pedidos de estímulos a la exportación que correspondieran a exportadores que hubieran cumplido todas las obligaciones derivadas de tributos nacionales, incluidos los recursos de seguridad social, y de las planes de facilidades de pago.

2) El fallo, luego de precisar el alcance del principio de “reserva legal” en materia de derechos de exportación y admitir la llamada “delegación impropia” del Congreso en el Poder Ejecutivo, trata del alcance de la invalidez que afecta a la Resolución 11/02, a la luz de la cláusula transitoria octava de la Constitución reformada en 1994, así como también el papel que, respecto de ella, cumplieron las leyes que vinieron a complementarla. La relación de las normas constitucionales, legislativas y administrativas en el proceso de producción de normas jurídicas operan en una relación jerárquica establecida por la subsunción de la norma inferior en la superior; sistema lógico que reviste importancia para comprender la validez de una norma dentro del sistema jurídico, y si bien el Código Civil posee un régimen de nulidades para los actos jurídicos del derecho privado y la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos lo tiene para los actos administrativos, ellos no agotan los ámbitos dentro de los cuales el problema de la validez debe ser resuelto. No hay un régimen normado para la invalidez de la ley en su relación con las normas constitucionales, pero ello nunca fue un obstáculo para la declaración de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de leyes no ajustadas a los condicionamientos establecidos por la Constitución. En este punto rigen principios de lógica jurídica, que son comunes a todo régimen de nulidad.

3) El caso que nos ocupa es complejo. Trata de conflictos que se presentan en diferentes

planos de la jerarquía normativa, pues al lado de la contradicción entre la resolución ministerial y la Constitución, también la hay entre leyes y cláusulas constitucionales. Por dichas razones en el Capítulo IV de este trabajo procuramos hacer una breve referencia a la invalidez como principio de lógica jurídica aplicable al derecho como un todo único, sin perjuicio del nivel jerárquico en que se encuentre la norma analizada y las particularidades del régimen que cada uno de esos estadios. Ello nos permitirá luego transitar con fluidez en el análisis posterior.

II. Antecedentes

4) Sobre la base de la acción de amparo interpuesta por la parte actora, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar del Plata revocó la sentencia de primera instancia haciendo lugar a la acción y declarando la inconstitucionalidad de las Resoluciones del Ministerio de Economía de la Nación Nos. 11/02 y 150/02 (ME) expresando que: (a) el art. 76 CN prohíbe la delegación legislativa, admitiendo sólo casos excepcionales de emergencia pública y de administración; (b) el art. 99 inc. 3 CN veda al Ejecutivo emitir disposiciones de carácter legislativo bajo pena de nulidad absoluta aunque reconoce excepciones que no rigen, de todas maneras, en materia tributaria; (c) para preservar la división de poderes del Estado el juez debe hacer una interpretación estricta en esta materia; (d) la Resolución 11/02 tiene naturaleza impositiva y su dictado controvierte el principio de legalidad en materia tributaria; (e) la delegación, de hallarse permitida, debe ejercerse por el Poder Ejecutivo mediante decretos y no por resoluciones de un ministro; (f) la subdelegación es inadmisibles tras la reforma constitucional de 1994, pues el art. 100, inc. 12 CN prevé a los decretos como norma específica para ese supuesto; y (g) luego de analizar la cuestión desde la perspectiva de la “delegación impropia”, indagando si la resolución se ajusta a un marco regulatorio delimitado por el Congreso, concluye en que hay violación del principio de reserva legal.

5) La AFIP planteó recurso extraordinario ante la Corte basándose en que: (a) la ley

25.561 se ajustó al art. 76 CN porque declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa y cambiaria; (b) se trató de una delegación impropia ajustada a los límites establecidos por la doctrina judicial de la Corte; (c) El art. 755 C.A. faculta al ejecutivo a gravar con derechos de exportación para los fines allí contemplados; y (d) no hay norma que prohíba al Ejecutivo a delegar funciones en los Departamentos de Estado que lo integran porque es de aplicación el art. 19 CN pudiendo realizar todo lo que no está expresamente prohibido.

III. El principio de reserva de ley como condición esencial para la creación de los tributos.

6) La sentencia de la Corte Suprema, luego de considerar procedente la vía del amparo, en su considerando 6° fundamentó la naturaleza tributaria de los derechos de exportación. Sostuvo que esa característica fue reconocida en los célebres debates de la Convención Constituyente de 1860 y que el art. 724 del C.A. formula claramente el supuesto de hecho del tributo en el hecho de la exportación en sí misma. En el considerando 7° reconoció que el derecho de exportación puede atender no sólo fines fiscales sino también cumplir funciones extrafiscales, actuando como herramienta de política económica, social o monetaria, tal como surge del apartado 2 del art. 755 del citado C.A., lo que tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema. A tenor de sus considerandos, dicha función extrafiscal inspiró el dictado de la Resolución 11/02, pues en ellos se invoca un contexto económico de deterioro de ingresos fiscales que genera la necesidad de asistir a los sectores poblacionales menos favorecidos. Expresó, por último que, pese a esa finalidad extrafiscal, el derecho de exportación no deja de ser un tributo que reviste, específicamente,

el carácter de tributo y dentro de éstos, el de un impuesto.

7) La sentencia (considerando 8°) analiza la compatibilidad de la Resolución 11/02 con la Constitución Nacional. Considera que el principio de “reserva legal” que rige en materia tributaria, en virtud de los arts. 4, 17 y 52 de dicho ordenamiento (a los cuales deberíamos añadir el art. 75 en sus incisos 1 y 2), ha sido respaldado por la jurisprudencia de la Corte Suprema en varios precedentes² sin que él ceda aun cuando los tributos hubieran sido establecidos por Decretos de Necesidad y Urgencia³, tesis que la Convención Constituyente reafirmó en el art. 99 inciso 3° de la C.N., pues la limitación de crear tributos, indica, es esencial para el régimen representativo y republicano de gobierno⁴ y luego añade (considerando 9°) que la reserva legal tributaria prevalece aun en caso de la delegación de la potestad legislativa prevista en el art. 76 de la CN⁵.

8) Descarta que la ley 25.561 o el Código Aduanero (ley 22.415) justifiquen el establecimiento de derechos de exportación por resolución ministerial. La primera porque sólo prevé la creación de derechos de exportación para hidrocarburos, supuesto ajeno al caso, sin que prevea disposición alguna que permita intuir que el Poder Legislativo haya fijado pautas de política legislativa a las cuales debiera atenerse el Presidente en el ejercicio de la supuesta delegación, ni que haya querido delegar dicho ejercicio en el Ejecutivo para crear este tipo de tributos. El segundo porque si bien en el art. 733 y siguientes del C.A. se contemplan los modos que pueden adoptar los derechos de exportación y el régimen de valoración para el caso de que los derechos de exportación sean creados, dicho cuerpo legal no los crea, ni tampoco determina la cuantificación de la prestación que, sin embargo, sí es hecha por la Resolución 11/02, pese a que el Congreso no ha previsto la alícuota aplicable, ni siquiera

2. Cita Fallos 155:290; 248:482; 303:245, 312:912; 316:2329; 318:1154, 319:3400; 321:366 y 263; 323: 240.

3. Cita Fallos 318:1154; 319:3400; 323:3770.

4. Cita Fallos 182:411; 321:2683.

5. Recordemos que el art. 76 de la CN expresa: “Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

mediante el establecimiento de topes máximos y mínimos para su fijación; silencio que deja a la mencionada resolución fuera de la protección constitucional exigida por el principio de reserva legal antes referido.

9) No deja por ello de considerar como una particularidad de la materia aduanera la necesidad de premura en el dictado de las medidas para su adaptación a los cambios (considerando 10°) en razón de giros de la situación internacional con el fin de proteger la producción nacional, los precios en el mercado interno, la competitividad de los bienes exportables, conjurar los peligros de las crisis financieras internacionales o de decisiones de otros países negativas para el nuestro, por lo que considera admisible otorgar cierto grado de atribuciones al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que tratándose de tributos las facultades se circunscriban exclusivamente al aspecto cuantitativo y con límites precisos mediante una clara política legislativa⁶. Agrega que es tarea de los jueces encontrar los remedios adecuados para otorgar una inteligencia dinámica del texto constitucional superadora de una concepción pétrea de sus directivas, a fin de que la interpretación de la Constitución no trabee el eficaz cumplimiento de sus fines del modo más beneficioso para la comunidad, pero que en el caso esa posibilidad está dificultada al haberse librado al arbitrio del Poder Ejecutivo el aspecto cuantitativo del tributo.

10) A nuestro entender, en considerando antes mencionado, la Corte reconoce la admisibilidad de la llamada “delegación impropia” que se presenta como una necesidad frente a un texto poco elástico de la reforma constitucional que no parece haber tenido en cuenta las características de agilidad y rapidez requeridas en los campos arancelarios y de medidas cambiarias⁷.

11) De esta manera, a través de los considerandos séptimo a décimo, la sentencia exhibe una categórica defensa de la reserva legal que

culmina, en el primer párrafo del considerando undécimo con el claro anuncio de “*que todas las razones expuestas conducen indefectiblemente a declarar la invalidez de la Resolución 11/02 del entonces Ministerio de Economía e Infraestructura*”. Sin embargo, a partir de allí la sentencia entra en zona de turbulencias. Antes de proseguir con ello, consideramos conveniente detenernos brevemente en el concepto de invalidez como función lógica del pensamiento jurídico a fin de captar el alcance de la invalidez de la ley, cuya máxima expresión es la inconstitucionalidad.

IV. La invalidez por falta de elementos esenciales en el acto que intenta crear el tributo

12) En el caso, el actor solicitó la inconstitucionalidad de un acto administrativo de carácter general, instrumentado en una resolución ministerial, mediante el cual se creó un derecho de exportación. El sustrato lógicojurídico del concepto de invalidez lo hace aplicable a todas las disciplinas jurídicas, aun cuando el rico bagaje de conocimientos que durante siglos fue depurando y enriqueciendo la jurisprudencia en el ámbito del derecho privado, hizo de éste el campo del cual se extrajeron muchos de sus principios generales⁸.

13) El concepto de “validez” de una norma jurídica y por ende el de su aspecto negativo (esto es, la “invalidez” o “nulidad” de dicha norma), tienen que ver con que dicha norma tenga cabida o no dentro del sistema jurídico general. Si pertenece a dicho sistema, será “válida” y, de no ser admitida en él, será “inválida” y los esfuerzos (actos) realizados para incluirla dentro de éste serán “nulos”. Con este criterio, predicar la inconstitucionalidad de una ley o la nulidad de un acto administrativo, de un acto jurídico o de una sentencia, es lo mismo que sostener que esos actos no son reconocidos por el sistema y

6. Cita a ese fin Fallos 246:345 y 328:940.

7. Remitimos a lo expresado en nuestro trabajo “*La legitimidad de los derechos de exportación móviles establecidos a los productos agrícolas*”, revista Impuestos, T° LXVI- B, 1094, párrafos 22 a 28.

8. García de Enterría, Eduardo, y Fernández, Tomás Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, T° I, Cap. XI, punto I-1, p. 602. No es de extrañar que la libertad que se concedía a las negociaciones en el derecho privado, considerado inocuo para poner en peligro a los detentadores del poder, y que era negada en el ámbito de las potestades públicas, hiciera prosperar a aquél e impedir el desarrollo del derecho público que, a partir del siglo diecinueve debió buscar en el reservorio del primero aquello que le faltaba.

que, por lo tanto, desde un punto de vista formal “no existen”, pese a que hayan generado una apariencia contraria. El reconocimiento de esa pertenencia al sistema se hace, principalmente por derivación de una norma a la cual el sistema le da un mayor nivel jerárquico. Se podrá decir que dos o más normas pertenecen a un mismo sistema jurídico si existe la posibilidad de hacer depender la validez de ambas de una norma superior común a ellas: esto es cuando hayan sido dictadas por el órgano y según el procedimiento establecido por las normas superiores⁹. En esa jerarquía de normas, el respaldo final se encuentra en la norma que obra como “constitución” del sistema¹⁰.

14) Por lo tanto, para que una norma jurídica (ley, decreto, reglamento administrativo, acto administrativo singular, negocio jurídico o sentencia) sea parte del sistema jurídico del país y, por lo tanto válida, es necesario que la norma inferior sea creada mediante el procedimiento y con los recaudos exigidos por la norma superior (norma habilitante), generándose una relación de validación por derivación dinámica. Pero, usualmente esa norma superior contempla, también, ciertos contenidos axiológicos que deben ser respetados por la norma inferior, dando lugar a una validación por compatibilidad (no contradicción) entre la valoración receptada en la norma superior y la que emerge de la norma inferior. La invalidez, por lo tanto, será la imperfección que se plantee en alguna de esas dos vertientes de validez.

15) Nuestra Constitución Nacional, como cuerpo legal destinado a establecer un sistema

jurídico que de seguridad jurídica a sus habitantes, determina el modo de creación del derecho en nuestro país poniendo de manifiesto las dos vertientes antes indicadas. No sólo establece quienes pueden llevar a cabo la modificación de la propia constitución y como hacerla sino que, de igual modo, determina quien crea el resto de las normas jurídicas y de qué manera deben ser creadas, así como el mínimo de valores que las normas, así creadas, deben respetar. En su art. 30 se ocupa de su propia reforma (art. 30) y en su “Segunda Parte Autoridades de la Nación” (arts. 44 a 129) determina quienes y como pueden generar las diversas normas con que se manejan los diferentes poderes (leyes, decretos y sentencias). Establece así la dinámica para la creación de normas que el sistema deberá reconocer como válidas. Por otro lado, la “Primera Parte”, referida a “Declaraciones, derechos y garantías” (arts. 1 a 43), establece los bienes jurídicos que deben ser respetados en los contenidos de las normas inferiores¹¹ a fin de resguardar la libertad y propiedad de los habitantes de la Nación. En este último caso, la validez deriva de la recepción en la norma inferior de valoraciones que sean compatibles con el contenido de la norma superior que, en el caso de nuestra sabia Constitución, receiptan textos breves pero de profundo sentido, sustentados en el respeto por la persona, principalmente en su libertad, concepto en el que cabe englobar el de propiedad¹².

16) Como sabemos, desde el punto de vista de la estructura formal de cualquier norma jurídica, el “supuesto de hecho”¹³ es la hipótesis

9. Kelsen, Hans, “*Teoría pura del derecho*”, traducción de Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, § 34-c, p. 205.

10. Kelsen, Hans, “Teoría pura...”, antes citada (§ 35-a, p. 232) expresa: “*Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales*”. El mismo autor en su obra “*Teoría General del Estado*” (traducción de Luis Legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, Madrid, Bs. As., 1934, Capítulo VII, § 36, punto A, p. 325), sostenía que “*la función estatal equivale a función jurídica*” y que “*lo que la doctrina tradicional señala como tres poderes o funciones distintas del Estado, no son más que la forma jurídica positiva de ciertos relativos apoyos del proceso de creación jurídica*”.

11. Aftalión, Enrique, García Olano, Fernando y Vilanova, José, “*Introducción al Derecho*”, El Ateneo, Bs. As., 1960, Cap. VIII, § 3, punto 11, p. 207, Cap. VIII, § 5, punto 20, p. 214.

12. La Corte Suprema en autos “*Sara Doncell de Cook c/ Provincia de San Juan*”, del 6/09/1929, expresó que la libre disposición de lo propio es el rasgo más saliente de la libertad civil.

13. Recordamos a los lectores, aunque puede resultar obvio para muchos de ellos, que con ese vocablo nos referimos a lo que la doctrina universal denomina a veces con diferentes vocablos tales como “presupuesto de hecho”, “fatispecie”, “tatbestand”, “factum”, “hecho jurídico” (como se lo denomina en el art. 896 de nuestro Código Civil) o “hecho imponible” o “hecho gravado” en el campo del derecho tributario que, no necesariamente está protagonizado por un acto humano. En lo que interesa para este trabajo, la importación o exportación para consumo, por ejemplo, se puede deber a un hecho ajeno a la voluntad humana y, sin embargo, generar una relación jurídica tributaria por hallarse gravada por derechos de importación o de exportación, respectivamente que se encuentran a cargo de un sujeto obligado al pago. Tal es el caso de los supuestos previstos en los arts. 180 a 184 del Código Aduanero, que generan el hecho gravado por los derechos de importación que serán cobrados por la aduana con motivo de su venta en pública subasta (arts. 417 y siguientes del referido ordenamiento).

descrita en la norma ante cuya realización, ésta enlaza una consecuencia jurídica, generando una relación jurídica entre sujetos. Cuando el supuesto de hecho de la norma es provocado voluntariamente puede tener por finalidad la creación de una relación jurídica que la doctrina clásica del derecho privado conoce como “negocio jurídico” y que es la más conocida por el derecho. Ella se caracteriza por la existencia de sujetos obligados a realizar prestaciones frente a determinados sujetos pretensores¹⁴, generando la relación jurídica clásica de índole obligacional, que rige tanto en el derecho privado como en el derecho público. Pero la relación jurídica puede tener también la finalidad de facultar a determinados sujetos a crear normas¹⁵. Esto se da tanto en el ámbito del derecho privado a través de una norma que habilite a los particulares a crear sus propias leyes (art. 1197 del Código Civil), como en el derecho público para que los poderes constituidos creen normas (de alcance general o individual), bajo las formas de leyes, actos administrativos o sentencias¹⁶.

17) Tanto en la creación de obligaciones como en el otorgamiento de facultades, se crean derechos. No obstante, se ha observado que, mientras en el primer caso habría un obligado a determinada prestación bajo pena padecer alguna sanción en caso de inobservancia, en el segundo caso la habilitación pareciera otorgar una facultad y no someter al habilitado a una obligación de ejercer esa facultad¹⁷. Cuando esa potestad radica en un mandato, la obligatoriedad provendrá de otro acto (la instrucción del mandante), pero no de la habilitación para generar el acto. Cuando esas facultades se dan en el ámbito del derecho público, generan en las ramas legislativa, judicial o ejecutiva facultades cuyos límites son marcados por sus respectivas competencias, fuera de las cuales su actuación es desautorizada¹⁸.

18) De tal manera, quien se encuentre interesado en el dictado de una ley, un reglamento o una sentencia deberá adecuar su conducta y cumplir con los requisitos exigidos por el supuesto de hecho previsto en la regla que lo

14. Ésta es la estructura formal del negocio jurídico definido en el art. 944 del Código Civil, sino también la del “hecho imponible” o “hecho gravado” aunque en este último caso la conducta creadora no está librada a la autonomía de la voluntad del particular sino a la potestad del Poder Legislativo que coloca al sujeto obligado en esa situación sin requerir de su consentimiento.

15. Sobre estas diferentes funciones de la relación jurídica, tanto en el campo del derecho privado como en el derecho público, Kelsen, Hans, *“Teoría pura del derecho”*, antes citada, § 32, p. 174 y Hart, Herbert, *“El concepto del derecho”*, antes citado, Cap. III, punto 1, ps. 35 y siguientes. También Linares, Juan Francisco, *“Razonabilidad de las leyes”*, Astrea, Bs. As., 1989, § 34, p. 75.

16. Hart, Herbert, *“El concepto de derecho”*, traducido del inglés por Genaro Carrió, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, Cap. III, ps. 35 y ss.

17. Hart adopta esta posición. Considera que el facultado no está obligado a conducta determinada (al modo de órdenes respaldadas por amenazas cuya fórmula es “haga esto, lo quiera o no”) sino que puede optar por hacerlo o no (“si quiere hacer esto, esta es la manera de hacerlo”) (“El concepto de derecho”, obra citada, Cap. III, punto 1, p. 36). Kelsen, luego de expresar que las normas no sólo “ordenan” o “prohiben” cierta conducta, sino que también pueden “facultar” determinada conducta (otorgando a alguien una potestad jurídica de producir derecho), aclara que “es necesario que no esté obligado respecto de la misma”, por lo que parece concordar con el autor antes citado que ve en el ejercicio de la facultad una “carga” y no una “obligación”. No obstante, unos párrafos más adelante este último autor expresa que “... se puede estar obligado a hacer uso de un facultamiento”, como es el caso de un juez que está obligado a dictar sentencia para la cual se le atribuyó la competencia respectiva o, añadimos nosotros, el de un funcionario obligado a reglamentar determinada ley (Kelsen, *“Teoría pura del derecho”*, antes citada, § 28-b. p. 132). Entendemos que Kelsen diferencia, así, la obligación de ejercer la potestad, de la obligación de hacerlo de una manera determinada. Ese doble efecto de la atribución que la Constitución o la ley otorga al funcionario público parece estar sintetizada en el carácter de “deber-facultad” que se le atribuye a la competencia administrativa. Forsthoff, Ernst *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, § 22-2-c, p. 575; Cassagne, Juan Carlos, *“Curso de Derecho Administrativo”*, 10a. edición, La Ley, Bs. As., 2011, Tº I, Tit. II, Cap. II, acápite 5, p. 210.

18. La “facultad” concedida por la norma “habilitante” es un elemento más del supuesto de hecho de lo que Kelsen llama la “norma secundaria” y que Cossio denomina “endonorma”. Se integra así con el supuesto de hecho de lo que Kelsen denomina “norma primaria” y que Cossio llama “perinorma” (consistente en el incumplimiento de la prestación debida y correspondiente sanción). La “orden bajo amenaza de sanción” está compuesta por estas dos partes de la norma completa. Pero el acto que concede potestad para el ejercicio de las facultades delegadas suele no ser obligatorio, pues el habilitado goza de cierta libertad para llevarlas a cabo. La facultad está contenida en la primera parte de la endonorma como vemos en el siguiente ejemplo para el que utilizamos la estructura de la norma de Cossio: 1) “Dado que el P. Ej. fue facultado por el Congreso para crear derechos de exportación dentro de ciertas pautas y, éste, siguiéndolas, estableció por decreto que quien exporta cierta mercadería” (supuesto de hecho de la endonorma - en la cual, como vemos, está incluida la facultad) “debe ser” (imputación) “que el exportador pague el derecho de exportación a la aduana” (consecuencia jurídica); y “Si no cumpliera con la prestación debida” (supuesto de hecho de la perinorma) “debe ser” (imputación) “la detención de la mercadería del exportador existente en zona primaria aduanera y su ejecución forzada” (sanción). Sobre el presupuesto de inclusión de la competencia en la endonorma, ver Linares, Juan F., *“Fundamentos de Derecho Administrativo”*, Astrea, Bs. As., 1975, § 196, p. 240 y § 199, p. 242.

faculta a hacerlo (norma superior habilitante). Pero si la conducta del interesado fuera imperfecta, probablemente no será tenida en cuenta por el ordenamiento y el intento se frustrará, resultando en un acto de creación inválido. Este criterio emana del principio lógico de “no contradicción”¹⁹ y, por ende, traspasa las fronteras de las especialidades jurídicas para conformarse como un principio general aplicable a todo tipo de actos jurídicos²⁰: constituyentes, legislativos, administrativos, negocios jurídicos y sentencias. Cuando nos referimos a “acto jurídico” de aquí en más lo haremos en este sentido amplio. Hart, luego de expresar que denomina “reglas habilitantes” a aquellas que confieren potestades para dictar otras normas,

sostiene que “*la no conformidad con las condiciones establecidas por la regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a estos fines, un acto nulo*”²¹. En otras palabras, la invalidez es la consecuencia normal de cualquier falla en la configuración del acto jurídico pues al no darse la hipótesis requerida por éste falla la imputación correspondiente a él, esto es, la consagración normativa del acto en cuanto tal²².

19) Esta concepción de la invalidez se opone a la que ve en ella una “sanción” consistente en quitar al acto los efectos que se pretendía hacerles producir por no cumplir los elementos que exige la norma superior. El presupuesto de una sanción es el incumplimiento de una

19. Según el principio de no contradicción es imposible que algo sea y no sea a la vez. Traducido a la validez jurídica, no se podría decir que el “supuesto de hecho” de la norma requiere de los elementos “a + b + c” para que sea imputable a esa situación de hecho la “consecuencia jurídica” “x” y que, faltando el elemento “c” del referido supuesto, deba ser igualmente la consecuencia “x”. En tal caso “x” sería “a + b + c” y, a la vez no sería “a + b + c”. El ordenamiento, en tal caso puede decir que si se resta del supuesto de hecho “c”, la consecuencia sería diferente; se podría decir que sería “x-c”, es decir un resultado al que se le atribuya características distintas de las que se intentó producir (ver párrafo 21 del trabajo, más adelante). Sobre este tema, además, ver Kelsen, “*Teoría pura del derecho*”, antes citada, (“La unidad lógica del orden jurídico”) en el § 34, punto e), p. 214 y siguientes y Forsthoff (obra citada, § 12-1, p. 309), quien expresa: “*El problema del acto administrativo defectuoso se basa en el simple hecho fundamental de que aquellas irregularidades que afectan al obrar de la Administración redundan en daño de su eficacia jurídica. Este hecho no necesita confirmación normativa, pues deriva necesariamente de la lógica inmanente del ordenamiento jurídico. Si éste prescribe que un determinado acto administrativo puede realizarse bajo determinados supuestos y guardando ciertos límites objetivos, no puede permanecer indiferente en el caso de que in concreto se haya producido un desvío de esos preceptos, pues lo contrario implicaría negarse a sí mismo*”).

20. Un concepto lato de “acto jurídico”, lo concibe como todo acto de voluntad que tenga intención de producir una modificación en el ordenamiento jurídico existente, siendo aplicable tanto en el derecho privado como en el derecho público (Duguit, Léon, “*Traité de Droit Constitutionnel*”, Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Editeurs, Paris, 1921, T° I § 26, p. 219). Las leyes, los decretos, los actos administrativos y las sentencias judiciales en general son considerados “*actos jurídicos de derecho público*”: López Olaciregui, José María, en la actualización de la obra de Salvat, Raymundo, “*Tratado de Derecho Civil - Parte General*”, TEA, Bs. As., 1964, T° I, § 249-A acápite 3, p. 247 y T° II, § 1621-A acápite 3, p. 224 y § 1629-E, p. 238. De igual manera, el acto administrativo es considerado un acto jurídico aunque la doctrina refuerza la idea de que lo es sólo desde un punto de vista estructural, destacando las diferencias propias de la especialidad: Bielsa, Rafael, “*Derecho Administrativo*”, R. Depalma Editor, Bs. As., 1955, T° II, § 207, p. 2, nota 2; Díez, Manuel María, “*Derecho Administrativo*”, Ed. Omeba, Bs. As., 1965, T° II, p. 203; Marienhoff, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1966, T° II, § 377, ps. 218 y 259/260; Fiorini, Bartolomé, “*Manual de Derecho Administrativo*”, 1ª Parte, La Ley, Bs. As., 1968, Libro 3, Cap. 2, ps. 269 y 270; Canasi, José, “*Derecho Administrativo*”, Depalma, Bs. As., 1974, T° II, p. 108, nota 9; Cassagne, Juan C., “*El acto Administrativo*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1974, p. 82. Este último en su “*Curso de Derecho Administrativo*”, antes citado, T° I, Título 3º, Cap. IV, 542; así como Gordillo, Agustín, en su “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Macchi, Bs. As., 1979, T° 3, N° I-2, insisten en la necesidad de una teoría propia para el acto administrativo. Este significado lato del vocablo es también aplicable a los actos de los constituyentes que crean o modifican normas constitucionales.

21. Hart, Herbert, obra antes citada, Cap. III, punto 1, p. 39. En el derecho privado consideran a la nulidad o invalidez como la frustración del intento de crear un negocio jurídico, entre otros, Von Thur, Andreas, “*Derecho Civil – Teoría general del derecho civil alemán*”, T° II-1 (Los hechos jurídicos), Depalma, Bs. As., 1947, § 56-I, p. 310; donde expresa “*El negocio es nulo cuando como consecuencia de un vicio del factum no produce los efectos que corresponden a su contenido. El vicio consiste en la falta de un hecho constitutivo...*”; Betti, Emilio, “*Teoría General del Negocio Jurídico*”, traducción de A. Martín Pérez, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959, Cap. I, acápite 8, ps. 90 y ss.; Messineo, Francesco, “*Manual de Derecho Civil y Comercial*”, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa America, T° II, §14, acápite 6, ps. 84 y 85 y § 47, acápite 4, p. 490; Alsina Atienza, Dalmiro A. “*La necesidad de tutela jurídica y el interés en las nulidades*”, J.A. 1954-IV, § 48, ps. 293/294, y “*Transacción sobre derechos litigiosos no presentada ante el juez de la causa – Sobre la invalidez de los actos jurídicos y la posible conversión de obligaciones naturales en civiles*”, R.D.C.O., abril 1969, N° 8, p. 212, 213 y nota 11; López Olaciregui, obra citada de actualización a SALVAT, T° I, § 249-A-IX, p. 249 y T° II, § 2602-A, III y VII, ps. 732 y 733; Nieto Blanc, Ernesto E., “*Inexistencia y nulidad*”, La Ley T° 94, § 17 p. 822, y “*Nulidad en los actos jurídicos*”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1971, § 11, p. 31. En el derecho público, y especialmente en el derecho administrativo: Forsthoff, Ernst, obra citada, § 12-1, p. 309; Marienhoff, Miguel S., “*Tratado...*”, obra citada, T° II, §470 y 471, ps. 455 y 457, entre otros.

22. Alsina Atienza, Dalmiro, “*En torno...*”, ob. cit., T° II, p. 344.

obligación exigible por otra persona, mientras que los requisitos y procedimientos que la ley impone para la creación de normas no serían “obligaciones” sino “cargas”, cuyo incumplimiento sólo perjudica el objetivo tenido en mira por quien las emite, frustrando la producción de los efectos buscados²³, por lo que, frente a la pretensión de que un acto jurídico existe, más que preguntarnos si es válido o inválido, deberíamos preguntarnos si la conducta cumplida con miras a su creación ha reunido o no las condiciones exigidas para ello por la norma superior correspondiente²⁴.

20) Pero si bien al deducir la validez de una norma (punto de vista positivo) el razonamiento lógico nos lleva a consecuencias bien definidas, al detenernos en los casos de invalidez (punto de vista negativo) entran a jugar cuestiones axiológicas en relación con la relevancia de los elementos requeridos que comienzan a desdibujar el nítido perfil de la invalidez que hemos visto antes. Así, aun cuando en algunos casos el acto es imperfecto en relación al modelo predeterminado por la norma superior, el ordenamiento considera que en los casos en que hay carencia de elementos de menor importancia relativa no se justifica frustrar el intento, en razón del “principio de la conservación del acto jurídico”²⁵.

21) Las previsiones del derecho positivo contemplando paliativos a la invalidez que procuran salvar al acto imperfecto del fracaso, es lo que da origen a la complejidad del llamado régimen de las nulidades. Si el elemento es notoriamente esencial dicho paliativo no tiene lugar: *“No todo elemento del negocio jurídico es ‘sine qua non’. Pero desde que el ordenamiento exige como esenciales algunos, su ausencia determina necesariamente invalidez. Y toda invalidez significa que no llega a constituirse*

*el negocio en cuanto tal: que el ordenamiento no lo reconoce. Su fracaso es así objetivo y, en principio, para todos, en todo”*²⁶. En el derecho público, estos paliativos inspirados en la conservación del acto jurídico, se encuentran limitados cuando están involucradas razones de orden público que, por una parte, desplazan la disponibilidad jurídica del agente, endureciendo el papel de la invalidez y, por la otra, la flexibilizan en razón de la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Estas circunstancias influyen en la diferencia que se observa entre el régimen de nulidades del acto jurídico privado y el correspondiente a los actos administrativos.

22) Ante la ausencia de reglas específicas en el derecho administrativo, la Corte Suprema en el caso “Los Lagos” de 1941²⁷ se basó en los principios generales del derecho en materia de nulidades, receptados en el derecho civil, y estudiando su compatibilidad con los principios generales existentes en el ámbito del derecho administrativo, determinó reglas propias para éstos. La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (ley 19.549) contempló finalmente le dio categoría de ley federal²⁸. Para determinar la existencia de invalidez (nulidad) se basó en la invalidez del acto en la medida en que se hallaren afectados los elementos esenciales o no esenciales del supuesto de hecho del acto administrativo para ser considerado válido.

23) Así, la invalidez es total, calificando al acto de “nulo de nulidad absoluta e insanable”, cuando afecte la existencia de alguno de los elementos esenciales para su creación y existencia (art. 14 LNPA) y será “anulable” (equivalente a la nulidad o anulabilidad relativa del derecho civil) cuando la imperfección en la creación del acto administrativo no afectare la

23. Betti, Emilio, obra citada, Cap. I, § 8, ps. 90 y siguientes; Nieto Blanc, Ernesto E., “Nulidad en los actos jurídicos”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1971, p. 33, quien —citando a Messineo, Francesco, en la obra antes citada, Tº II, § 14, punto 6, p. 84—, define a la carga como la imposición de un comportamiento como premisa para conseguir un determinado efecto útil.

24. Nieto Blanc, Ernesto E., obra citada, p. 36.

25. Alsina Atienza, Dalmiro, “Transacción...”, antes citada, p. 209 y nota 7, y p. 217.

26. Alsina Atienza, Dalmiro A., “La necesidad...”, antes citado, J.A. 1954-IV, § 48, ps. 293/294.

27. CSJN, “S.A. Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina”, 30/06/1941, Fallos 190:142.

28. En la Exposición de motivos que acompañó al proyecto de la ley 19.549 se expresó: “En el Título III adoptamos en o esencial, las opiniones expuestas por el Dr. Miguel S. Marienhoff, en el Tomo II de su Tratado de Derecho Administrativo en materia de acto administrativo”.

existencia de alguno de sus elementos esenciales (art. 15 LNPA). A su vez el art. 19 admite el saneamiento del acto por dos vías principales, a través de la ratificación y de la confirmación, conforme veremos más adelante.

V. La Cláusula Transitoria Octava de la Reforma constitucional de 1994

24) Como dijéramos, en sus primeros diez considerandos la sentencia expone las razones por las cuales considera que la Resolución 11/02 es inválida pero, a partir del segundo párrafo del considerando undécimo, la sentencia comienza a desdibujar la línea que hasta ese momento se perfilaba clara. Allí comienza a analizar la Cláusula Transitoria Octava de la reforma constitucional de 1994 y la legislación que el Congreso dictó en función de ella; esto es, las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 a cuya interpretación atribuye el alcance que debe darse a dicha invalidez.

25) La sentencia recuerda que los alcances del art. 76 CN, introducido por la reforma de 1994²⁹, están contemplados en la Cláusula Transitoria Octava, la que estableció: *“La legislación delegada preexistente que no tenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición, excepto aquella que el Congreso ratifique expresamente por una nueva ley”*

26) Compartimos con Bianchi que por legislación “delegante” debe entenderse la que emite el órgano que delega, esto es, el Congreso; y por legislación “delegada” la que nace como fruto de la delegación, emitida por el Presidente o el Ministro (en este caso de Economía) a fin de completar la norma delegante³⁰.

27) La Disposición Transitoria Octava es clara al referirse a la ultraactividad por cinco años de la *“legislación delegada preexistente”*. No menciona a la legislación “delegante”, sino a la “delegada”, esto es, la dictada por el Poder

Ejecutivo o por los órganos dependientes del mismo expresamente designados para ejercer esa función, quienes los suelen hacer a través de decretos o resoluciones. Al no establecerse excepción expresa en relación con la legislación “delegante”, ésta siguió la suerte que corresponde a las normas que son incompatibles con las dictadas en una fecha posterior. Esto nos permite arribar a una ***primera conclusión: en virtud de lo expresado en el art. 76 de la Constitución reformada, la legislación “delegante” dejó de surtir efectos a partir de la entrada en vigencia la reforma constitucional.***

28) La Cláusula Transitoria Decimosexta de la reforma dispuso que el nuevo texto constitucional entraría en vigencia el día siguiente de su publicación oficial y ésta se produjo el 5/01/1995. En consecuencia, a partir de la cero hora del día 6/01/1995, entró en vigencia el nuevo texto constitucional y las normas “delegantes preexistentes” que eran incompatibles con su art. 76, quedaron derogadas, dejando de surtir el efecto de habilitar nuevas normas delegadas³¹. Esto nos permite formular una ***segunda conclusión: a partir del 5/01/95 el Poder Ejecutivo no pudo dictar válidamente “normas delegadas” ya que no existían normas “delegantes” que las habilitaran.*** Consecuentemente, si la Resolución 11/02 se dictó sobre la base de una norma delegante y ésta era de fecha preexistente a la reforma, arribamos a una ***tercera conclusión: al no existir norma habilitante vigente en el año 2002, la Resolución 11/02 no pudo haber sido válidamente dictada.***

29) La Cláusula Transitoria Octava intentó resolver el problema generado por la existencia de legislación “delegada” que carecía de plazo de vigencia y que, por lo tanto regiría como ley “sine die”, lo que contradecía el principio de la aplicación inmediata del art. 76, pues las nuevas normas rigen aun a las consecuencias de las relaciones o situaciones jurídicas existentes³². Para establecer una transición ordenada

29. El art. 76 CN se encuentra transcrito en la precedente nota 1.

30. Bianchi, Alberto B., *“Dimensión actual de la delegación legislativa”*, Revista de Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., N° 42, 2002, p. 727.

31. Bianchi, obra citada, p. 729.

32. Argumento del Art. 3° Código Civil.

se habría resuelto que una norma constitucional diera ultraactividad a las normas “delegadas” durante un tiempo razonable, que se determinó en cinco años, durante el cual el Congreso debía determinar cuáles eran las normas delegantes y delegadas y establecer cuáles de estas últimas merecían ser ratificadas por una nueva ley formalmente dictada.

30) Contra la lectura que hacemos de la Cláusula Transitoria Octava en el precedente párrafo 27, el Dr. Quiroga Lavié, constitucionalista y convencional en 1994, expresó que cuando la Disposición Transitoria Octava habla de “legislación delegada” debe entenderse que se refiere a la “delegación legislativa” y no a la legislación dictada como consecuencia de la delegación. De esta manera procura justificar que la delegación “delegante” siguió en pie, argumentado que se trató de un defecto en la redacción, no advertido por los constituyentes³³.

31) Nos permitimos discrepar con esa conclusión:

a) En primer lugar, porque así como nuestra Corte ha dicho reiteradamente que no cabe suponer inconsecuencia ni imprevisión en los legisladores³⁴, tampoco cabe suponerla en los convencionales.

b) En segundo lugar, porque ha dicho nuestra Corte que la primera “regla” para la interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador³⁵, pero que la primera “fuente” para determinar esa intención es la letra de la ley³⁶ ya que, así como los jueces no deben sustituir al legislador sino aplicar la norma tal como éste la concibió, debe interpretarse conforme al sentido propio de las palabras

que emplea sin molestar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente³⁷. En otras palabras, cuando la letra de la norma no exige esfuerzo de interpretación, debe ser aplicada directamente³⁸ porque de lo contrario se corre el riesgo de prescindir de su texto.

c) En tercer lugar, porque era conocida la preocupación de los convencionales por restringir los abusos en que incurriera el Poder Ejecutivo en esta materia³⁹, por lo que hubiera sido incoherente que se le diera ultraactividad a instituciones que implicaban reiterar, para el futuro, el ejercicio de una práctica que se quería combatir.

d) En cuarto lugar porque la legislación “delegante” no podría haber sido “ratificada” por una ley del Congreso como expresa la última parte de la Cláusula Transitoria Octava, porque ello implicaría mantener “sine die” la delegación legislativa en contra del claro mandato constitucional del art. 76 y, de esa manera, se estaría anulando la eficacia de dicha norma constitucional.

e) En quinto lugar, porque las leyes están destinadas a ser cumplidas por los habitantes de la Nación y éstos depositan su confianza en lo que surge de la lectura de la publicación oficial, por lo que, la existencia de una invocada voluntad de los convencionales que no quedó reflejada en el texto, no puede prevalecer sobre la letra cuando ésta es clara, como sucede en este caso. Para el derecho no es decisivo lo que el hombre quiere sino lo que da a conocer

33. Quiroga Lavié, Humberto, *“Constitución de la Nación Argentina Comentada”*, Bs. As., Zavallia Editor, 1996, p. 505. Este autor respalda su opinión expresando: “... porque el texto precisa que ella no debe contener plazo para su ejercicio”, añadiendo “... de modo tal que o se está refiriendo al ejercicio de la delegación sino a la delegación misma”. Convengamos, sin embargo, que si la delegante dio un plazo para la vigencia de la delegada, es ésta la que puede ejercerse durante ese plazo, por lo que la legislación delegada también tiene un plazo para que se ejerza la medida que ella determinare, por lo que el argumento no pareciera ser determinante.

34. CSJN, Fallos 316:2624; 322:2701; 325:2386; 327:3984, entre muchos otros.

35. CSJN, Fallos 302:973.

36. CSJN, Fallos 200:165; 299:167

37. Fallos, 295:376; 316: 2695.

38. CSJN, Fallos 308:1745, considerando 5°; 311:1042; 316:2695; 324:1740, 3143 y 3345.

39. En este sentido, el considerando 14 del voto en disidencia de los ministros Petracchi y Argibay en la sentencia que nos ocupa expresa: *“Que la reforma constitucional producida en el año 1994 ha sido categórica en su afán de restringir la usual práctica del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo y así lo plasmó de modo expreso y contundente en su texto (art. 76, cláusula transitoria octava y art. 99 inciso 3° de la Constitución Nacional)”*. En tal sentido, la propia Corte en Fallos 331:2406 (*Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c/ Estado Nacional –PEN. s/ amparo*”, del 4/11/2008, considerando 9°).

como su voluntad, creando vinculaciones jurídicas (“verba ligant homines”)⁴⁰, sean estas de derecho público o privado. La voluntad sólo puede producir efectos en forma de acto (art. 913 del Código Civil). Es la forma de esa publicidad de la voluntad la que genera la “buena fe creencia” de sus destinatarios. Por esas razones, siendo clara la fórmula sancionada y publicada, no es lícito sustituirla por lo que el legislador considera deseable.

f) En sexto lugar, porque los arts. 3° de las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135, pretextando el cumplimiento de la cláusula transitoria octava, no aprueban la legislación “delegante”, sino la “*legislación delegada dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*”, lo que indica que los propios legisladores reconocieron que la cláusula transitoria exigía la convalidación de las normas “delegadas” y no las correspondientes a las normas “delegantes”.

VI. La Resolución 11/02 utilizó, como norma habilitante, la ley 22.792 que había sido derogada por el D.N.U. 2488/91, ratificado por la ley 24.307

32) La Resolución 11/02 había sido dictada sin que hubiera ley delegante que habilitara al Ministro a la creación de derechos de exportación y por lo tanto, la Resolución 11/02 no podía ser considerada una “legislación delegada preexistente” válida. Como lo hemos sostenido en un trabajo anterior⁴¹, aun cuando se sostuviera que el art. 755 del C.A. constituía la legislación “delegante”, éste otorgaba dicha facultad al Poder Ejecutivo, el que sólo es desempeñado por el Presidente de la Nación (art. 87 de la CN), sin poder subdelegar esa facultad en un ministro u otro organismo de él dependiente, salvo que hu-

biera una ley que así lo autorizara⁴². En el caso, el Congreso dictó la ley 22.792 mediante la cual se autorizó al Poder Ejecutivo a subdelegar las facultades que le fueron otorgadas en los arts. 631, 632, 663, 664, 667, 673, 680, 684, 685, 755, 757, 768, 770, 771, 774 y 776 del C.A., lo que éste llevó a cabo a través del Decreto 2752/1991. No obstante, el D.N.U. 2488/1991 (modificatorio del D.N.U. 2284/1991 “de desregulación”) derogó la ley 22.792 dejando sin sustento la correspondiente subdelegación en el Ministerio de Economía. Cabe aclarar que el decreto 2488/1991 fue ratificado por el art. 29 de la ley 24.307. Consecuentemente, al dictarse la Resolución 11/02 el Ministro carecía de facultad alguna para su dictado. De ello obtenemos una ***cuarta conclusión: que la Resolución 11/02 era un acto inválido con independencia de la ausencia de una clara política legislativa que le fijara límites cuantitativos a los tributos que ella creaba.***

VII. Las leyes dictadas por el Congreso a raíz de la Cláusula Transitoria Octava.

VIII. Los dos tipos de normas que trató la ley 25.148

33) Si bien los legisladores tenían cinco años para determinar las normas que merecían ser convalidadas y ratificarlas, dejaron transcurrir el tiempo sin ocuparse de la situación. Fuere por la atención de cuestiones coyunturales, por intereses partidarios o por razones de poder político, se olvidaron de esta cuestión, pese a ser de fundamental importancia para las instituciones básicas del país y su seguridad jurídica. Antes de finalizar el plazo de cinco años fijado en la Cláusula Transitoria (transcripta en el párrafo 25 de este trabajo), el Congreso dictó la ley 25.148 (B.O. 24/08/99), que trató por separado dos tipos diferentes de normas según veremos.

40. Von Thur, Andreas, obra citada, Vol. II-2, § 49-II p. 143 y § 50-I p. 163.

41. Barreira, Enrique, “*El principio de legalidad y los derechos de exportación*”, párrafo 15) J.A. 2008-II-1423, también publicado en la Revista de Estudios Aduaneros, N° 19, p. 115 (año 2008); “*La legitimidad de los derechos de exportación móviles establecidos a los productos agrícolas*”, revista Impuestos, N° 13/ julio de 2008, p. 1090.

42. La Corte Suprema sostuvo que las atribuciones especiales que el Congreso otorgue al Poder Ejecutivo para el dictado de reglamentos delegados o de integración sólo pueden ser sub-delegadas por éste en otros órganos o entes de la administración pública si ello está contemplado en la ley (CSJN, “*Lares*”, 10/04/1999, Fallos 243:276; “*Compañía Azucarera y Alcohólica Soler S.A.*”, 23/08/1988, Fallos 311:1617 y “*Verónica S.R.L.*”, 17/11/1988, Fallos 311:2339).

34) El art. 1° se refiere al primer tipo de normas. Éste ratifica, por el plazo de 3 años y con arreglo a las bases que oportunamente hubiera fijado el Poder Legislativo, toda la delegación legislativa sobre: (a) materias determinadas de “administración” que están determinadas en el art. 2 de la ley, y que trata de normas que tuvieren efectos en la esfera interna de la administración pero que no afectan la esfera de los derechos de los particulares, respetándose así el principio contemplado en el art. 19 de la C.N.; o (b) “situaciones de emergencia pública”, que responde a las leyes emitidas antes de la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiera ya agotado. Esta disposición pretende convalidar la “legislación delegada” (dictada en virtud de la legislación “delegante preexistente” al 6/01/95) que encuadrara en los dos supuestos contemplados en el art. 76 de la Constitución Nacional, concediéndole a ésta una vigencia adicional de tres años, que las leyes que le siguieron extendieron sucesivamente hasta el 24/08/2010 (art. 1°, ley 26.519) en que cesó ese mecanismo.

35) Utiliza el verbo “ratificar”, quizás para ajustarse a la terminología de la Cláusula Transitoria Octava. Pero lo hace para el futuro, lo que no condice con el concepto de “ratificación”, que se refiere a la aprobación que hace una persona u órgano, de los actos que otra persona u órgano “hubiera realizado” en su nombre sin tener su representación⁴³ y que, por lo tanto, sólo puede tener efecto retroactivo pero nunca prospectivo. De esto surge una **quinta conclusión: la ley 25.148 ratificó la delegación contemplada por el art. 76 de la Constitución Nacional que carecía de plazo de vigencia (y que había sido extendida por cinco años en la cláusula transitoria octava), fijándole un término adicional de tres años para su vigencia.**

36) El segundo tipo de normas están referi-

das en el art. 3° de la ley 25.148 quien dispuso: “Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994”. Este art. utiliza una terminología diferente: no “ratifica” sino que “aprueba” la totalidad de las normas “delegadas”, dictadas en virtud de normas “delegantes” anteriores a la reforma constitucional de 1994 (para lo cual la Constitución había dado al Congreso 5 años de plazo) convirtiéndolas a todas ellas, en ley. Al igual que el art. 1°, lo hizo en bloque y a ciegas, lo que pone en duda su seriedad⁴⁴. Por esta convalidación general habrían quedado con fuerza de ley todas las normas delegadas que no fueran las de “emergencia” o de “administración”, dictadas antes de la entrada en vigencia de la reforma constitucional⁴⁵. De esto surge una **sexta conclusión: de ahí en más, los próximos derechos de aduana que se establecieran debían ser dictados de conformidad con el nuevo régimen de la Constitución de 1994 porque como hemos visto la legislación “delegante” había caducado en su totalidad**⁴⁶.

37) Pese a que, por lo que hemos expresado antes, la letra de la norma constitucional mencionada nos parece nítida, los legisladores parecen haber procurado dar algún viso de fundamento legal al criterio de la ultraactividad de la legislación “delegante”, en el cual el Poder Ejecutivo veía una manera de eludir el obstáculo que la reforma implicaba para su interés en incrementar o crear derechos de exportación, que pasó a ser un medio privilegiado para hacerse de fondos rápidamente. Así dictaron leyes, posteriores a la ley 25.148 (me refiero principalmente a las leyes 25.918 y 26.135), en las que esa intención se advierte, sobre todo de la lectura de sus respectivos arts. 3⁴⁷. Lamentablemente la Corte terminó justificando esa ultraactividad de la legislación “delegante” (a

43. Salvat, Raymundo, “Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuentes de las Obligaciones”, Bs. As., TEA, 1950, T° I, § 311.

44. Bidart Campos, Germán, “La renovación inconstitucional de las prórrogas de la legislación delegada”, L.L. 2003-A-1283.

45. De conformidad con la Cláusula Transitoria Decimosexta, la Constitución entraría en vigencia al día siguiente de su publicación. La publicación, efectuada a tenor de lo establecido por la ley 24.430, se produjo en el Boletín Oficial del 10/01/95, por lo que la entrada en vigencia de la Constitución reformada se produjo a la cero hora del 11/01/95.

46. Bianchi, Alberto B., obra citada, p. 729. En igual sentido y siguiendo la idea del anterior aunque en relación con los derechos de aduana, Barreira, Enrique C., “El principio de legalidad y los derechos de exportación”, J.A. 2008-II-1423, párrafo 22.

47. Tuvimos oportunidad de destacar esta situación en el trabajo mencionado en la siguiente nota 39.

nuestro juicio ya caduca), como veremos más adelante.

VII2. La inconstitucionalidad de las leyes 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519, en cuanto pretenden modificar el plazo de caducidad establecido por la Constitución Nacional.

38) Como dijimos, la Cláusula Transitoria Octava permitió la ultraactividad de la legislación delegada preexistente solamente por cinco años, dentro de los cuales el Congreso debía seleccionar aquellas normas que merecían ser ratificadas en forma expresa por una nueva ley. La ultraactividad fue una excepción a la regla de la entrada en vigor inmediata de las nuevas reglas constitucionales, pero estaba sujeta a una carga impuesta al Congreso: éste debía ratificar las normas útiles en un plazo prefijado, y las que no fueran objeto de esta convalidación caducarían. Consideremos, por vía de hipótesis, que pese a la aprobación indiscriminada, esa carga hubiera sido cumplida; en tal caso lo hubiera sido en relación con las normas referidas en la ley 25.148, tanto en el art. 1° (que ratificó, pero con un plazo de caducidad que vencía a los tres años, propio de la temporalidad exigida a las excepciones del art. 76 de la CN) como en su art. 3 (para las no incluidas en el antes mencionado art. 76), con lo que la situación estaba liquidada. No obstante, las leyes 25.645 y siguientes se rebelaron contra esta situación y no dudaron en prorrogar el plazo fijado por la Constitución Nacional, arrogándose la facultad de modificarla.

39) La Cláusula Transitoria Octava fue categórica, el Congreso debía ratificar la legislación delegada que fuera ratificable dentro de los cinco años. De ninguna manera, la Constitución autorizó al Congreso a dictar una ley que permitiera extender en el tiempo el tiempo de la caducidad así decretada. No obstante, las leyes 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 (esta última sólo en el art. 1°) prorrogó el plazo de cinco años establecido en ella. De esto se desprende una ***séptima conclusión: las leyes 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 carecían de poder para prorrogar el plazo de vigencia de***

la legislación delegada, pues éste fue fijado por la Constitución Nacional con carácter perentorio, prueba de lo cual es la sanción de caducidad para la que no fuera ratificada antes de que ese término se cumpliera.

VII3. La inconstitucionalidad de las leyes que dieron ultraactividad a la legislación “delegante”

40) Si el art. 3° de la ley 25.148 (con las imperfecciones ya apuntadas) confirió rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas antes de su entrada en vigencia, carecía de sentido que el art. 3° de la ley 25.645 (B.O.9/09/2002) reiterara textualmente la referida disposición. Ello podría deberse a un error de una copia parcial de la ley antecedente, pero no parece ya excusable en las leyes que sucedieron a ésta. En efecto, en la tercera: ley 25.918 (B.O. 24/08/2004); y en la cuarta: ley 26.135 (B.O. 24/08/2006) se ubican como arts. 3° fórmulas que ponen claramente de resalto que se quiere aprobar la totalidad de la “legislación delegada”. El Congreso puso de relieve que quería dar efecto ultraactivo ya no a las normas delegadas, sino también a las normas delegantes⁴⁸. Esto nos lleva a una ***octava conclusión: las leyes 25.918, 26.135 y 26.519, al contemplar el saneamiento de normas dictadas luego del 5/01/1995, pretendieron que la “legislación delegante” que había caducado en esa fecha, siguiera vigente para proseguir habilitando nueva legislación delegada.***

VIII. Sostentamiento de una ley contraria a la Constitución basado en la interpretación de la voluntad del legislador

41) Pese a los argumentos antes mencionados, la sentencia parece convalidar el criterio de validez ultraactiva de la legislación delegante preexistente. En efecto, en los párrafos diez y once del considerando 11°, expresa que el legislador al sancionar la ley 25.645 (recordemos que es la que cubría con su ratificación el periodo que corría desde el 24/08/1999 hasta el 9/09/2002 dentro del cual se había dictado

48. Barreira, Enrique C., “El principio de legalidad y los derechos de exportación”, J.A. 2008-II-1423, Cap. III, § 28.

la Resolución 11/2002 que se cuestionaba) expresó “una clara manifestación de su decisión política de ratificar la legislación delegada” aclarando que por ella entiende la “dictada hasta el 24 de agosto de 2002”, esto es la dictada cuando las normas “delegantes” ya no existían (para lo cual invoca el precedente de Fallos 331:1927, con voto del juez Maqueda); añadiendo, “Estos términos representan, sin dejar lugar a duda, la voluntad expresa del Congreso Nacional en la materia y sólo pueden ser interpretados en el sentido de que quiso conferir rango de ley al contenido de todas las normas delegadas dictadas con anterioridad a su entrada en vigencia”. Esto indica que la sentencia hace una interpretación de la Cláusula Transitoria Octava distinta de la que surge de su lectura, aunque sin fundamentar ese apartamiento, pues las argumentaciones que analizaremos en los párrafos que siguen se refieren a la voluntad de los legisladores que dictaron la ley 25.148 y siguientes, pero no a las de los convencionales constituyentes.

42) La argumentación referida a la voluntad legislativa está sustentada en el párrafo noveno del considerando 11° que reza: “Cabe recordar que en la tarea de interpretar la ley debe tenerse en cuenta el contexto general y los fines que la informan y que, con ese objeto, la labor del intérprete debe ajustarse a un examen atento de sus términos que consulte a la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal, precisamente para evitar la frustración de los objetivos de la norma”; añadiendo: “Asimismo, no es ocioso recordar que la interpretación debe evitar asignar a las leyes un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras correspondiente adoptar como verdadero el criterio que las concilie y obtenga la integral armonización de sus preceptos” (lo subrayado es nuestro).

43) El párrafo transcrito reitera la conocida regla de la Corte de que no debe darse a las leyes un sentido que enfrente unas contra otras, debiendo adoptarse un criterio que las concilie

y armonice. Pero ese criterio, así como la voluntad del legislador, cabe predicarlo cuando la interpretación armónica entre el texto constitucional y la ley es posible. No advertimos que esa posibilidad pueda existir cuando el texto constitucional basado en la clara voluntad de los convencionales de terminar con el abuso del Poder Ejecutivo, no deja lugar a dudas. No cabe la “voluntad del legislador” (ver el precedente párrafo 42) contra la clara letra de la Constitución. Justamente, una de las más importantes funciones de ésta es poner límites a esa voluntad cuando avanza sobre la libertad y propiedad de los particulares, como sucede en este caso.

44) En el párrafo quinto del considerando 10° de la sentencia se indica que la interpretación debe hacerse de manera que no trabe el ejercicio eficaz del cumplimiento de los fines de la ley y que debe estarse a una inteligencia dinámica de sus directivas que aseguren los grandes objetivos para los cuales la Constitución fue dictada. Este razonamiento arrastra el peligro de que la voluntad del legislador prevalezca sobre la Constitución Nacional, lo que trastocaría el concepto de validez jurídica, afectando la eficacia del ordenamiento jurídico.

IX. Reactivación para el futuro de una norma nula, de nulidad absoluta e insanable por una interpretación integradora de la ley que no la pudo convalidar para el pasado

45) En el párrafo 16 del considerando 11°) la sentencia expresa que, pese a que la Resolución 11/02 es nula de nulidad absoluta e insanable, “no existe razón alguna para privarla de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia”. Añadiendo en el siguiente párrafo, a modo de resumen que “la invalidez de la mencionada resolución 11/02 se circunscribe al período comprendido entre el 5 de marzo de 2002 (fecha en que entró en vigor) hasta el 24 de agosto de 2002, momento a partir del cual rige la ley 25.645, disposición que le otorga a su contenido rango legal”⁴⁹.

49. La vigencia de la ley 25.645 fue retroactiva al 24/08/2002, pues fue publicada en el Boletín Oficial del 9/09/2002 y en su art. 5° aclaró su carácter retroactivo en el tiempo que medió entre esas dos fechas.

46) La ley 25.645 no fue considerada una norma tributaria. Su contenido remitía, en bloque, a disposiciones de los más variados géneros que el propio legislador ignoraba. Salta a la vista el primer interrogante. Habiendo la sentencia declarado que la Resolución 11/02 era nula de nulidad absoluta e insanable, resulta llamativo que párrafos más adelante, atribuya a un acto legislativo aprobatorio de aquella, la posibilidad de sanearla, aunque sea con efectos solamente para el futuro.

47) Tanto el sistema de nulidades del Código Civil, como el de la L.N.P.A. expresan que el “saneamiento” o “convalidación”, no es aplicable a los actos nulos de nulidad absoluta e insanable porque estos padecen un vicio que afecta un elemento esencial para su existencia. Es un acto que compromete al orden público, es decir a principios que la sociedad considera estrechamente relacionados con su existencia y con la conservación de la organización social, en el caso, a la institución de la división de poderes⁵⁰. En casos como éste, la ratificación o la confirmación están prohibidas. No obstante, aun cuando se tratara de actos susceptibles de saneamiento, a la hora de buscar los paliativos tendientes a conservar el acto, la lógica debe dejar su lugar a las disposiciones del derecho positivo (ver precedentes párrafos 20 y 21 de este trabajo) y, sin duda, sería aquí de aplicación una norma como la del art. 19 de la L.N.P.A. que ajusta el régimen de las nulidades a las características del derecho público.

48) ¿Lo que está vedado a la Administración, puede ser saneado por el Congreso? El Congreso no puede ratificar un acto administrativo nulo⁵¹. Lo que la propia administración no puede convalidar por tratarse de vicios insanables, no podría hacerlo el Congreso, porque el ordenamiento jurídico es uno sólo y porque sería incoherente que las normas que comprometen el orden público y merecen el repudio

del sistema jurídico, sean saneadas por el propio ordenamiento.

49) Pero la sentencia no dice que convalida la Resolución 11/02 dándole validez retroactiva a la fecha en que entró en vigor, sino que le da validez a partir de la entrada en vigencia de la ley 25.645 cinco meses después. Cabe tener en cuenta que cambia así la jurisprudencia del propio tribunal que, ante el dictado de decretos viciados de inconstitucionalidad por haber sido dictados por el Poder Ejecutivo arrogándose funciones legislativas sin base legal previa y suficiente, expresó que no podían ser subsanados por ratificación parlamentaria posterior ni aun para el futuro. Sostuvo que la oportuna observancia de tal requisito, no depende de la gracia del Congreso y que “... *tampoco resultaría posible inteligir que los efectos de aquella deban proyectarse exclusivamente hacia el futuro, tal exégesis resultaría inaceptable porque fuerza la letra expresa de la ley, que dispone “ratificase”, en la única previsión que la informara de sentido*”⁵².

50) La ley 25.645 no utiliza la palabra “ratificar” sino “aprobar”. Ese verbo no es el autorizado por la Cláusula Transitoria Octava ¿que se quiso significar con este vocablo? Recordemos que en el ámbito del derecho administrativo, la “aprobación” es el acto de control de mérito y de legitimidad de un acto ya formado y válidamente dictado por otro órgano administrativo, con el fin de que pueda producir efectos jurídicos; esto es, para que pueda tener eficacia jurídica⁵³. Debe estar predeterminada por el ordenamiento como recaudo de eficacia y, quizás pudiéramos considerar que ello está habilitado por la Cláusula Transitoria Octava. Pero, además, debe tratarse de la aprobación de un acto válido, supuesto que no se da en este caso. Su sentido convalidatorio del acto nulo lo equipara a la ratificación y, al igual que lo expresa el precedente indicado en el párrafo anterior, ese

50. Salvat, obra citada, T° I, § 247, p. 245.

51. Cassagne, Juan Carlos, “Curso de Derecho Administrativo”, décima edición, La Ley, Bs. As., 2011, T° I, Cap. IV, acápite 2, p. 717.

52. CSJN, “Franco, Rubén c/ Estado Nacional”, 19/08/1999, Fallos 322:1868.

53. Marienhoff, Miguel, obra citada, T° I, § 230, p. 616; DIEZ, Manuel María, “Derecho Administrativo”, Omeba, Bs. As., 1965, p. 109.

verbo es la única palabra del art. 3 de la citada ley que le da sentido a la regla.

51) La sentencia en comentario cambia el criterio del caso “Franco” antes referido y dice que no existe razón alguna para privar a la nueva ley (“aprobatoria” de la reglamentación cuestionada), de efectos en relación con los hechos acaecidos después de su entrada en vigencia (último párrafo del considerando 11°). Sobre esa base le da a la ley 25.645, y por reflejo a las demás leyes de igual o similar tenor, el carácter de ley creadora de derechos de exportación que antes no existían.

52) Decía Salvat que si bien el acto jurídico afectado de nulidad absoluta no es confirmable, podría ser hecho de nuevo sin incurrir en el vicio del cual adolecía, pero sin confirmarlo⁵⁴. Esto significa que el Congreso podría haber dictado el 24/08/2002 una ley que estableciera un derecho de exportación sobre las mismas mercaderías y gravadas con la misma alícuota que lo hizo la Resolución 11/02. Pero no lo hizo así. El objeto de la ley 25.645 no fue crear un derecho de exportación. Sostiene Von Thur, comentando la ley alemana que contempla esta situación, que lo que exteriormente se presenta como confirmación no es otra cosa que una nueva conclusión del acto y que, por lo tanto, requiere que se cumpla con la forma prescripta para el acto válido, es decir, llenar los requisitos que faltaren y, además, hacerlo con conocimiento de la existencia de la nulidad⁵⁵. Estas reflexiones son aplicables a la llamada “reproducción del acto jurídico inválido”, consistente en una nueva declaración de voluntad que rescata el interés práctico que contenía el acto nulo⁵⁶.

53) Las leyes 25.148, 25.645, 25.918 y 26.135 no establecen derechos de exportación, y no cabe pensar que los legisladores al sancionar esas leyes hayan tenido conciencia del contenido de los actos que estaban convalidando, lo que, a nuestro juicio invalida a las

leyes como actos voluntarios convirtiéndolas en inconstitucionales. La declaración de voluntad manifestada en el acto jurídico emitido es el “motivo”⁵⁷, que en nuestra LNPA está definida en esos términos. El más importante de los motivos es la representación del resultado que, cuando es decisivo para la realización del acto, se convierte en intención⁵⁸. En el derecho público los motivos son determinantes, a punto de exigírselos en forma expresa, y no hay razón para no considerar que a nivel legal también lo son. Aun cuando la Constitución no haya previsto la declaración pública de las motivaciones de la ley⁵⁹, ésta debe transparentar el motivo, porque al igual que los actos administrativos, las leyes tienen un marco de legitimidad y sólo pueden reglamentar el ejercicio de los derechos, pero nunca menoscabarlos. Por ello compartimos lo expresado en el considerando 20) de la disidencia de los doctores Petracchi y Argibay, en cuanto a que las leyes deben transparentar una voluntad legislativa clara y explícita que pueda ser entendida –más allá de las imperfecciones técnicas de su instrumentación como un aval de los contenidos de la norma que se ratifica (Fallos 321:347; y voto del juez Petracchi en Fallos 325:2394).

54) Ante la nulidad absoluta e insanable de una ley retroactiva en materia tributaria, la sentencia implícitamente reconoce la imposibilidad de su “ratificación” (pues ésta no purga el vicio sino que lo subsana, lo que aquí es jurídicamente imposible), ni recurre a la “confirmación” (por tratarse también de una nulidad insanable y no estar contemplada en la L.N.P.A. la renuncia a la acción de nulidad por parte del exportador, sino sólo por el órgano que dictó el acto viciado). Tampoco acude a la “conversión”, que no sería viable porque también dependería del consentimiento del exportador afectado (art. 19 de la L.N.P.A.). Por último tampoco podría decirse que la ley 25.148 y las que le siguieron (especialmente la ley 25.645

54. Salvat, obra citada, T° II, § 2633, p. 751.

55. Von Thur, Andreas, obra citada, Vol. II, § 189-I-5-c, p. 356.

56. De los Mozos, José Luis “*La conversión del negocio jurídico*”, Bosch Casa editora, Barcelona, 1959, § 36 in fine, p. 134.

57. Von Thur, obra citada, Vol. II-1, § 52-III, p. 221.

58. Von Thur, obra citada, Vol. II-1, § 49, nota 7, p. 140.

59. Colmo expresa que Juan Bautista Alberdi sostenía que hoy se motivan las menores sentencias, todas las aplicaciones de la ley y se dejan sin explicación lo que vale más que eso, que es la ley misma (Colmo, Alfredo “*Técnica Legislativa del Código Civil Argentino*”, 2ª Edición, Abeledo Perrot, Bs. As., 1961, p. 238.

que es objeto de análisis por la sentencia) hayan formulado una “reproducción” del acto nulo (ver párrafo 52 última parte). De tal manera, la Corte optó por una interpretación integradora que sólo se justifica para corregir las inexactas formulaciones de la declaración de voluntad de la ley, con el fin de atender a la intención práctica que tuvo en mira su emisor (en este caso el Congreso), extrayendo de la manifestación externa su contenido perceptivo implícito que el autor habría dejado en la oscuridad⁶⁰. Nos parece, sin embargo, no se dan aquí los supuestos de oscuridad, duda o imperfección en la formulación de la norma que aquí tropieza con actos repudiados por el orden público que afectan las garantías del contribuyente, cuya situación jurídica debe ser tenida en cuenta.

X. Los valores jurídicos en juego

55) La sentencia se preocupa de la conservación de las normas legislativas sancionadas (principalmente la ley 25. 645) para procurar encontrar cierta coherencia en la labor parlamentaria, pues considera que debe presumirse que ella no puede estar vaciada de contenido dictando normas que serían inútiles. Considera, además, que el Congreso quería sanear las nulidades por los excesos de poder cometidos “*al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994*” (párrafo 15 del considerando 11°). Esa presunción de buena fe del legislador que justifica la revisión de manifestaciones que en principio resultarían incomprensibles, debe caer cuando el resultado de ese proceder pone de resalto que la intención es traspasar los límites constitucionales. En el análisis de los bienes jurídicos en juego, no creemos que se le dé la importancia que merecen a las garantías constitucionales del exportador, que es el actor de esta controversia.

56) Pareciera que el bien jurídico afectado fuera el de la división de poderes visto desde la exclusiva óptica del funcionamiento institucional entre los diferentes poderes del Estado. Pero cabe recordar que como contrapeso del

poder público de mando rigen los derechos subjetivos públicos que la propia Constitución consagra en defensa del individuo⁶¹. La división de poderes es un principio instrumental y su bien jurídico “fundante” radica en la preservación de la libertad y propiedad del particular. John Locke, real precursor de la doctrina de la separación de poderes sostenía hace más de tres siglos que la división de poderes es un sistema concebido para evitar la opresión del súbdito por el poder tiránico. Ello explica, quizás, que la norma constitucional que reserva al Congreso, entre otras medidas, el dictado de las normas tributarias (me refiero al art. 4 de la Constitución Nacional), se encuentra receptado en forma expresa por el art. 17, el cual proclama la garantía de la inviolabilidad de la propiedad. Ambos se encuentran en la Primera Parte de la Constitución, donde se consagran los derechos y garantías que tienden a proteger al particular frente a los avances del Estado.

XI. Conclusiones

57) No se nos escapa que la Corte Suprema ha debido, una vez más, enfrentar las consecuencias del actuar de funcionarios y legisladores desaprensivos con quienes pudo haber estado tentada de ser indulgente con el afán de evitar que la Nación vuelva a enfrentar una nueva crisis económica debido al pasivo que los reclamos al gobierno podrían generar⁶². Pero ello es en desmedro, no sólo de las garantías constitucionales de quienes se vieron obligados a pagar un tributo que era ilegítimo, sino también del principio de imparcialidad que es la base del equilibrio institucional. Tampoco debe dejarse de tener en cuenta que se evita la aplicación de una sanción ejemplificadora para que las autoridades desaprensivas aprendan, de una vez por todas, que es desventajoso seguir medrando con los fondos que los ciudadanos contribuyentes les confían para una correcta aplicación y administración. Se les ha hecho carne que son impunes.

58) Si bien en las líneas anteriores puede advertirse cierto tono crítico respecto de al-

60. Betti, Emilio “*Teoría General del Negocio Jurídico*”, Editorial Revista de Derecho Privado”, Madrid, 1959, § 61, p. 380.

61. Gordillo, Agustín, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Macchi, Bs. As., 1984, T° I, V-4 y V-5.

62. Esta idea se manifiesta en el último párrafo del considerando 12°) del voto del Dr. Zaffaroni.

gunos aspectos de la sentencia que nos ocupa, lejos está de mí cuestionar la difícil tarea que le toca a nuestro más alto Tribunal cuando debe enfrentar tamaño desorden, generado por los otros poderes del Estado. Ellos, unidos a la demora para resolver esta cuestión, han potenciado la vulnerabilidad de los recursos económicos de nuestro país para solventar las devoluciones a las cuales las nulidades generadas por los incumplimientos de nuestros representantes han expuesto al Tesoro Nacional.

59) Hace tiempo que se viene advirtiendo acerca de los abusos cometidos por el Poder Ejecutivo que generan pasivos contingentes de gran envergadura a cargo del Tesoro. Se presentan como “hechos consumados” ante los cuales la Corte Suprema ha debido encontrar soluciones que eviten la bancarrota del Estado. Hace ocho años atrás tratando de la aplicación de estos mismos derechos en las exportaciones al Mercosur decíamos:

*“Difícil será el dilema que deberá afrontar nuestro más alto tribunal: perdonar el desliz del Ejecutivo y, consecuentemente, alentar que se prosiga con este tipo de prácticas en el futuro, o apostar a establecer en nuestro país la cultura del ejercicio responsable del poder y del respeto por los compromisos asumidos, elementos sustanciales del capital social que, si se pierde, es difícil recuperar pero que, conservado, genera el fruto del real progreso de una sociedad”*⁶³. Lejos de tomar lección de estas situaciones críticas, muchas personas que ocupan los altos rangos del poder administrador

suelen aprovechar esta suerte de crónica e imperceptible “corrida del alambrado”, con sucesivos avances sobre el campo perteneciente al patrimonio de los habitantes, agravándola con una atrevida presión sobre el Poder Judicial para que éste no haga valer las consecuencias de los actos de los cuales ellos son causantes⁶⁴.

59) Consideramos que está tendencia en la que el hilo se corta por lo más fino que es el individuo que las padece, no podrá ser corregida si continúa la indulgencia con los autores de estos desvíos. Esto excede el aspecto económico y hace a la formación de nuestro cuerpo social. Si los ciudadanos vemos una suerte de “premio” para aquellos y de “castigo” para al habitante que con esfuerzo padeció años de lucha para llegar hasta el máximo tribunal, confiando en el principio basal de nuestra sociedad de afianzar la justicia, estamos rompiendo el pacto social. Los autores del desmadre no son, así, desalentados en su accionar y quienes se hagan cargo de los destinos del país nunca se harán responsables de la marginalidad de sus conductas. El único modo en que los funcionarios públicos que desconocen las garantías constitucionales pueden aprender a respetarlas, es restituyendo las cosas a su estado anterior, obligándolos a tramitar y resolver las cuestiones con el debido respeto a los derechos del individuo⁶⁵. La actitud contraria no sólo provoca desarreglo en las cuentas fiscales y la disciplina burocrática, sino desintegración del espíritu de solidaridad social.

63. Diario La Nación, 26/12/2006, Sección Comercio Exterior, “Los derechos de exportación y el tráfico intrazona del Mercosur”.

64. En el Diario La Nación del 28/05/2014, Sección Economía, p. 13, se expresa que el Ministro de Economía visitó a la Corte Suprema de Justicia para manifestarle su preocupación por los efectos del fallo que aquí comentamos, “porque teme que numerosas empresas empiecen a reclamar la devolución de retenciones y produzcan un enorme agujero fiscal al gobierno” añadiendo, como tema adicional, comentarios referentes a las acciones que tramitan ante ese Tribunal en contra de los derechos de exportación al Mercosur.

65. Gordillo, Agustín, “Procedimiento Administrativo”, Lexis Nexis-Depalma, Bs. As., 2003, ps. 113 y 114.