



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

50.346/2015 – COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/ EN- M° ECONOMÍA Y FP – SECRETARIA DE HACIENDA S/ AMPARO LEY 16.986

Buenos Aires, de diciembre de 2015

VISTA:

Para sentencia esta causa: “**Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires C/ EN- M° Economía y FP – Secretaría de Hacienda s/ amparo ley 16.986**”, Expte. N° 50.346/2015, de cuyas actuaciones

RESULTA:

I. A fs. 2/7 y 114/119 el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CACBA), acciona por vía de amparo, contra el Estado Nacional – Ministerio de Economía y Finanzas Públicas – Secretaría de Hacienda (EN-MEyFP-SH).

Pide la nulidad de **las resoluciones de la SH 121 y 122/2015** (que llamaron a concurso para cubrir 9 Vocalías en el Tribunal Fiscal de la Nación – TFN), del Reglamento que se aplicó para la provisión de dichos cargos: **res. SH 94/2003** y de los **actos y/o normas concordantes sobrevinientes**.

En esencia, y luego de explayarse sobre su legitimación, aduce que: a) el PEN pretende llevar a cabo dos procedimientos de selección de vocales en el TFN (para cubrir 6 cargos con competencia impositiva y 3 con competencia aduanera), afectando gravemente y/o poniendo en serio riesgo la independencia y mayor idoneidad de quienes ejercerán funciones jurisdiccionales, como lo exigen la CN y la ley; b) ambos concursos concluirán con la elaboración (por parte de una Comisión designada por la



SH) de un listado alfabético que será elevado al PEN, quien designará con total discrecionalidad: prescindiendo de toda valoración de antecedentes, sin orden de mérito ni dictamen de jurado alguno, sin resolución fundada, publicaciones y/o instancia alguna de debate o recurso; c) antes de la res. SH 94/03, las designaciones se llevaron a cabo con procedimientos que conformaban las exigencias del art. 147 de la ley 11.683 y 16 de la CN, lo que ahora no ocurre; d) por entender comprometidas instituciones fundamentales del país entiende aplicable la doctrina de la gravedad institucional.

II. A fs. 89/112 contesta el EN-MEyFP- solicitando el rechazo de la acción.

Para ello, en lo fundamental sostiene: a) que no hay “caso contencioso” y que el CACBA carece de legitimación (no demuestra con suficiente concreción e inmediatez la afectación de derechos aquí requerida y su postura es conjetural, desconociendo el margen de discrecionalidad del órgano competente); b) la improcedencia formal del amparo: por existencia de medios más idóneos, no lesionarse derechos constitucionales con arbitrariedad y/o ilegitimidad manifiesta (la res. SH 94/2003 de aplicación desde casi 12 años se ajusta al régimen de la ley 11.6863), necesidad de mayor debate y prueba y extemporaneidad de la acción; y c) en definitiva, la validez de las resoluciones impugnadas, en tanto: a´) regulan un procedimiento transparente que asegura la designación de personas idóneas, atendiendo el interés público del servicio jurisdiccional que presta el TFN, y; b´) la ley 11.683 no exige un orden de mérito.

III. A fs. 121/5 vta. dictaminó la Sra. Fiscal, indicando que correspondería hacer lugar a la extemporaneidad planteada con sustento en el art. 2 inc. e) de la ley 16.986.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

CONSIDERANDO

1º) En tales condiciones, toca en primer lugar tratar las objeciones formales aquí opuestas.

a) **No puede prosperar la caducidad de la acción**, que con sustento en el art. 2 inc. e) de la ley 16.896 opuso el EN, en coincidencia con la Sra. Fiscal.

Es que con forme la CSJ ha señalado, antes y después de la última reforma constitucional, el plazo de 15 días no puede considerarse una valla infranqueable a la tarea judicial de examinar la concordancia del acto impugnado con las garantías consagradas en la Constitución Nacional. Máxime, en situaciones como la de autos, en que no se enjuicia un acto único cuyos efectos ya se han consumado en el pasado, sino una ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia, pero subsistente al momento de promover la acción y también en el tiempo siguiente (cfr. *Fallos* 307:2174 considerandos 8º y 9º; 323:1339; 324:3074; y 329:4918; entre muchos otros; Plenario CNACC “Capizano de Galdi, C. c/ Instituto Obra Social”, CNACAF Sala III en “Fatala, A. C. y otro c/ EN” del 29/3/1995; Sala IV en “Vigroux, Dora I. c/Mº de C. y Ed. “ del 24/04/1997, Sala I *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación c/UGOFE SA y otro” del 24/8/06; Sala V “Perez Yolanda c/ EN-ISSPN y otro s/amparo” del 03/03/2015 y sent. de este Juzg. “Aviani A. c/ CNRT” del 29/05/2007, confirmada por Sala I el 12/02/2008 y por la CSJ el 16/12/2008).

Como bien lo indicó aquí el CACBA, los actos motivo de agravio (por violentar la Constitución, sus normas integrativas y la ley) están en plena ejecución. La autoridad estatal está llevando a cabo el procedimiento de selección bajo el sistema reglamentario aquí objetado, sin que haya noticia de que hubiera concluido.



b) La urgencia que imponen los Concursos Abiertos de Antecedentes convocados por las res. SH 121 y 122/15 y la inminencia de su conclusión (ya ha transcurrido el plazo de inscripción y presentación de antecedentes: art. 6 res. SH 94/2003), bastan para tener por **configurada la inexistencia de otro medio judicial más idóneo; y/o la necesidad de un debate diferente**; lo que, por lo demás, tampoco es postulable en abstracto (Fallo CSJ “Video Club Dreams c/ INC s/amparo” del 06/06/1995).

Máxime que, tal como también lo señaló reiteradamente la CSJ, cuando al momento de dictar sentencia se puede establecer si los actos impugnados resultan o no manifiestamente ilegales, el juicio de amparo es el marco adecuado para instrumentar el debate. Impedir ese examen y dilatar la decisión sobre temas sustanciales, invocando inexistentes o inválidas restricciones procesales, implica contrariar las disposiciones del juicio de amparo y tornar ilusoria la efectividad de las garantías constitucionales (Fallos 239:459; 241:291; 307:2174 consid. 10; 313:1513; 318:1154; entre otros y doc. de este Juzg. *in re* “Nieva Alejandro y otros” del 08/07/1997, confirmada por Sala II el 26/08/1997 y “Gallo Llorente” del 05/07/2008, conf. Sala II el 23/09/2008).

Doctrina de particular aplicación dado que, el derecho aquí debatido -atinentemente a la nulidad de resoluciones administrativas que violan la Constitución (art. 16) y a la ley (art. 147 ley 11.683 t.o. 1997)-, involucra una cuestión de puro derecho que no requiere prueba alguna. Esto es, el mayor debate y prueba no se condice con el objeto principal de la acción, que es declarar la nulidad (por inconstitucionalidad y/o ilegalidad) de los llamados a concurso de que se trata; pues, para ello sólo se exige confrontar sus textos con las normas que se afirman violadas.





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

La agresión patente al orden jurídico, la obligación de garantizar y hasta la prudencia, imponen evitar que culminen los concursos, en las condiciones reglamentarias objeto de agravio.

2º) Las otras objeciones del EN atinentes a la **falta de legitimación activa y/o de “caso contencioso”** y/o daño conjetural **tampoco pueden prosperar**, pues:

Tal como lo indica el Colegio, los recaudos al efecto requeridos aparecen reunidos, con sólo visualizar los alcances del art. 43 de la CN y 5 de la ley 16.986, de cara al Estatuto del CACBA, a las exigencias de independencia y al carácter jurisdiccional y de especialización que plasmó la ley 15.265 de creación del TFN (en tanto instancia de revisión de actos administrativos dictados por la AFIP en materia impositiva y aduanera (art. 174 de la ley 11.683 -t.o. ley 15.265 y su exposición de motivos: Comisión Asesora de la ley 15.265, informe de la mayoría; doc. CSJ *Fallos*, 247:646 “Fernandez Arias” y 328:651 “Angel Estrada y Cía.”), Consid. 12º).

El art. 43 del texto constitucional **reconoce expresamente, como legitimados para interponer la acción expedita y rápida de amparo, a sujetos potencialmente diferentes de los afectados en forma directa** -entre los que se encuentran **las asociaciones**-. Al hacerlo, tuvo recepción constitucional una ampliación del clásico espectro de sujetos legitimados para accionar, originalmente limitado al titular de un derecho subjetivo (conf. CSJ *Fallos*, 320:690; 323:1339; 325:524 y 329:4593; entre otros conf. también sent. de este Juzgado “Nieva y otros” y “Gallo Llorente” ya citados).

Por lo demás, el sujeto exponencial se mantiene anudado al contenido de la pretensión, a la existencia misma del derecho, a su vulneración y a que exista, como en el caso, una actividad manifiestamente ilegítima. Lo que permite también tener por suficientemente cumplida la afectación a que se refiere el art. 5 de la ley 16.986.



Máxime que: a) no se discute en autos que el Colegio aparece conformado como una asociación; b) a los fines en tales condiciones requeridos, son suficientes los objetivos perfilados en sus Estatutos (ver art. 1º del Estatuto a fs. 20 vta.), los que aparecen robustecidos frente a los fines y objetivos que también recoge la ley 23.187 (del Ejercicio de la Abogacía) y el Código de Ética (sancionado de conformidad) al imponer como "... misión esencial de la abogacía, el afianzar la Justicia... para la realización del Derecho" (art. 6), defender el Estado de Derecho (art. 7) y los Derechos Humanos conforme los contenidos de la CN, declaraciones, cartas, pactos y tratados internacionales ratificados por ésta República (art. 8).

Como lo anticipé, las expresiones del informe vinculadas a la **inexistencia de daño cierto y/o conjetural tampoco tienen el alcance** que el informe pretende atribuirles.

Contrastan con ellas, la violación manifiesta a normas superiores de nuestro orden jurídico y, además, se ven desvirtuadas, no sólo por lo antes expuesto; sino porque, aún de seguirse dicho camino; esto es, considerar que estamos ante un daño conjetural, y/o peligro potencial (porque el procedimiento de selección no ha concluido); igual es formalmente admisible la vía elegida.

Y lo es, porque la acción de **amparo también tiene una finalidad preventiva y no requiere de daño consumado en resguardo de los derechos**. Así lo consideró la CSJ en varios precedentes (*Fallos* 306:1892, en especial Consid. 8º; 307:1379; *in re* "Zofracor SA c/ Estado Nacional s/ amparo" del 20/09/2002. También este Juzgado *in re* "Halabi Ernesto" y "Gallo Llorente" ya citados).

3º) En tales condiciones, toca ahora de lleno entrar al fondo del problema traído. **Asiste razón al Colegio actor.**





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

De entrada, porque el **procedimiento impuesto por las res. SH 121 y 122/2015** para la designación de Vocales en el TFN -sobre la base del mecanismo fijado por la res. SH 94/2003- es **manifiestamente contrario a lo previsto**, a tal fin, **por el art. 147 de la ley 11.683** (t.o. 1998). La reglamentación sustento de las convocatorias de que se trata al llamar a concurso de antecedentes, omitiendo los pasos lógicos y razonables que todo procedimiento de esa índole presupone, viola groseramente dicho art. 147.

El texto legal, con toda claridad, prescribe **“Los vocales del TFN serán designados por el Poder Ejecutivo Nacional, previo concurso de antecedentes que acrediten competencia en cuestiones impositivas o aduaneras, según el caso”** (conf. fuente inmediata en ley 20.024 art. 1; y antecedente remoto en art. 4 de la ley 15.265, que pasó a ser el 118 del t.o. 1960, ubicado como art. 133 en el t.o. 1978 y como el art. 147 en el t.o. 1998).

Por su lado, el art. 10 del reglamento indicado (res. SH 94/2003), al establecer que **“... como consecuencia del análisis de los antecedentes...”** la **Comisión de evaluación labrará un ... acta con la lista de los candidatos ... que se confeccionará por orden alfabético...** lejos de completar y/o ejecutar y/o facilitar el cumplimiento de la Constitución (art. 16) y de la ley específica que la sustenta, las contradice. Y lo hace, en su letra y en su espíritu, con ilegalidad y arbitrariedad manifiesta.

La evaluación de antecedentes técnicos no puede asimilarse, en forma alguna, a la confección de un “listado alfabético”. Son nociones que se oponen. Que chocan entre sí.

Es que, “concurso” denota oposición alegando méritos, competencia entre quienes aspiran a encargarse de prestar un servicio a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas (Dicc. Real Academia Española – Diccionario Usual); **lo cual, por orden lógico, presupone para cada uno de ellos, el deber de acreditar esas competencias y para el PEN, la obligación de evaluarlas.**



Que el resultado final de la tarea de la Comisión seleccionadora sea la confección de un listado, sólo por orden alfabético, implica producir una igualdad valorativa absoluta de todos aquellos que superen un piso mínimo de conocimientos específicos, pero con una paridad solo aparente, forzada por la norma. Los méritos e idoneidades podrían ser muy diferentes y, sin embargo, no se los somete a rasero y los iguala. Lo que tendrá como consecuencia no debida, que la autoridad competente proceda a designar, a su solo arbitrio, sin atender a las diferencias de “competencia” que eventualmente existan entre los postulantes. Resultado que, insisto, no es el querido por la ley y que se opone a su texto.

Lo propio ocurre con el art. 8 de la res. SH 94/2003. Si bien establece que “... se podrá ejercer el derecho de objetar a los candidatos inscriptos por parte de los demás concursantes”; al mismo tiempo indica que “la objeción deber ser explícitamente fundada y acompañada por las pruebas que se hicieran valer”. Es más, agrega que “...vencido dicho término será improcedente cualquier impugnación posterior que recaiga sobre cualquier candidato”.

Si la Administración no evalúa los antecedentes técnicos, y/o no se pueden conocer los criterios asumidos (por el Jurado) para valorarlos; si no da a conocer un orden de mérito; menos aún sus razones; ese “derecho a objetar” parece más bien exigir la producción de una prueba diabólica, por lo que se alza como un tortuoso galimatías imposible de satisfacer. Máxime que tampoco advierto garantizada adecuada publicidad, ni un correcto ejercicio del derecho de defensa de los postulantes.

4º) Todo lo anterior, lo anterior aparece robustecido si se tiene en cuenta que:

A) La idoneidad para el ejercicio del cargo público también la previó el Constituyente. El art. 16 de la Constitución Nacional,





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

establece en lo pertinente que “Todos los habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”.

Esta excepción al principio de igualdad ante la ley (doc. Gelli, María A., “Constitución de la Nación Argentina – Comentada y Anotada, 4ta. Ed., p. 231 y sgtes.) aparece pues, como presupuesto indispensable para acceder al empleo público: todo ciudadano tiene derecho a aspirar al empleo público, pero para ello debe llenar las condiciones de “capacidad” y/o “idoneidad” que la Constitución y la ley exigen (Joaquín V. González “Manual de la Constitución Arg.” p. 127 y Midón, M.A. “Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo público”, Derecho Administrativo Global, LL 1983-A,920).

Que todos los habitantes sean iguales ante la ley, no quiere decir, en modo alguno, que todos ellos sean iguales entre sí. Por el contrario, **entre sí serán diferentes, según la idoneidad de cada uno.** Esto es lo que dispone con bastante claridad el texto constitucional y lo que todo Juez debe respetar como máxima guía del acto jurisdiccional.

B) Prestigiosas instituciones especializadas del país, objetaron el reglamento de que se trata.

Para ello, coincidieron en señalar que el TFN, a lo largo de sus cincuenta años de vida, ha desarrollado una actividad jurisdiccional que la comunidad académica relacionada con el derecho tributario y el derecho aduanero, respeta y reconoce. Que la **característica del Tribunal ha sido la especialización, idoneidad e independencia de sus miembros, elegidos siguiendo postulados de profesionalismos, idoneidad e imparcialidad** (ver declaraciones del “Instituto de Derecho Tributario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales”, “Centro de Estudios de Derecho Financiero y Derecho Tributario”, de la “Asociación Argentina de Estudios Fiscales”, del “Instituto Argentino de Estudios Aduaneros”, “Asociación de Abogados de



Buenos Aires” y “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires”, acompañadas a fs. 39/66).

La Constitución y la ley ensamblan pues, aquí, como garantía de idoneidad para legitimar las designaciones de que se trata. Es clara la intención del legislador de profundizar los enunciados del art. 16 de la CN, acotando el ámbito de discreción del poder Administrador.

C) **La designación por concurso de los Vocales del TFN fue prevista y exigida siempre**, desde la redacción originaria de la ley 15.265 (que lo creó y puso en marcha). **Importó un indiscutible avance para asegurar la idoneidad e independencia de sus miembros** (Casás, José O. en “La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria”, Derecho Procesal Administrativo, Dtor. Cassagne, J.C. T2 p. 1413; Reig, E. “Orígenes del Tribunal Fiscal”, sus antecedentes” en “TFN – 40 años”, Asoc. Argentina de Estudios Fiscales p. 115/131; Fonrouge – Navarrine “Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social”, 10ma. Ed, p. 576 y sgtes. y “De la Organización y competencia de los Tribunales Fiscales, opiniones vertidas por sus presidentes” en “Procedimiento Tributario” Gómez, T. y Folco, Carlos M., p. 668/673).

Esa fue además, la intención que el legislador expresó en sus debates previos.

Refiriéndose a la integración del Tribunal, señaló que “...es **requisito indispensable** para el éxito del sistema que se adopta, **la especialización y la idoneidad de los integrantes del Tribunal** en las disciplinas jurídicas, económicas y sobre todo, en las fiscales. Se procura, entonces, instituir en el ámbito administrativo una especie de magistratura técnica... para **asegurar las condiciones de idoneidad** que son requisitos muy importantes y decisivos para el funcionamiento de este organismo ... **la designación** de los miembros del tribunal, si bien se hace por decreto del





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

Poder Ejecutivo a **propuesta del secretario de Hacienda, debe ser como consecuencia de un concurso de antecedentes que acredite competencia en cuestiones tributarias de los aspirantes a integrar este organismo**" (conf. Debate Parlamentario de la Cámara de Diputados, miembro informante de la Comisión de Presupuesto y Hacienda, Sr. Ferreira, pág. 6346/6347).

También se lee: "El carácter administrativo del tribunal que se crea no significa privarlo de ninguna manera de las garantías de que el mismo debe estar revestido para merecer el nombre de tribunal de justicia. Sus miembros son nombrados por el Poder Ejecutivo con categoría semejante a aquellos de las cámaras de apelaciones de justicia en el orden nacional y gozan de inamovilidad en tanto dure su buena conducta, pudiendo ser removido por decisión de un jury de enjuiciamiento"(Cfr. reproducción de la discusión parlamentaria y del texto de la ley en "Tribunal Fiscal de la Nación - 40 años", AA.VV., Asociación Argentina de Estudios Fiscales, Buenos Aires, 2000, pág. 522).

Se precisó, además, que: "... la intención del Poder Ejecutivo ha sido **instituir un organismo administrativo con facultades jurisdiccionales de contralor de la actividad de la administración fiscal, dotado de la mayor independencia funcional y orgánica que asegure su imparcialidad...**" (Ibídem, pág. 445).

A su turno, la Cámara de Senadores coincidió en otorgarle garantías que aseguraran su **funcionamiento independiente** de la Administración activa. Así, el senador Fleitas, dijo: "El proyecto organiza un tribunal que si bien actuará dentro de la órbita administrativa, tendrá independencia funcional y orgánica respecto a aquélla, en su faz activa. [...] La independencia que así se asegura a los miembros del tribunal que se crea constituye una garantía indispensable para una adecuada y eficiente organización de justicia, ya que sin ese requisito primario no puede hablarse



de justicia alguna, sea en la esfera judicial, sea en la esfera administrativa".
(Ibídem, pág. 514).

En esa línea, y más allá de las polémicas habidas en punto al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de organismos administrativos para la resolución de conflictos en dicho ámbito; lo cierto es, que la CSJ ha admitido su funcionamiento en tanto, al igual que el TFN, sean creados por ley, tengan control judicial suficiente y se integren "asegurando" designaciones transparentes que permitan el ejercicio de sus cometidos con "independencia e imparcialidad" (*Fallos*, 247:646 "Fernández Arias"; 328:651 "Ángel Estrada y Cía.", Consid. 12).

D) Importa asimismo, que se trata de designaciones de agentes de alta jerarquía, lo que aparece reflejado en la ley 11.683 (t.o.).

Los Vocales del TFN, además de tener un régimen propio de designaciones (por concurso de antecedentes), también lo tienen en lo que toca a su estabilidad en el cargo y/o remoción (art. 148 ley 11.683 t.o.). Su retribución y régimen previsional se equipara a la de los Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal (art. 149 ley 11.683), con el propósito de garantizar una retribución acorde con la responsabilidad y jerarquía del cometido a cargo de los vocales del cuerpo para, a través del medio, reforzar su independencia con respecto al poder Ejecutivo (Casás, Jose O. en "La revisión judicial de la acción administrativa en materia tributaria" en "Derecho procesal administrativo" ya cit. p. 1411 y sgtes.).

E) Por último y en el marco descripto, pierden total virtualidad los argumentos que vierte el EN en punto al ejercicio de facultades discrecionales, pues ellas en forma alguna, eximen al órgano administrativo de someterse al orden jurídico; menos aún puede llevar a confundir discrecionalidad con ilegitimidad, irrazonabilidad y/o arbitrariedad (doc. CSJ





Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL 10

Fallos 318:554; 319:1201; 324:1860; 331:735; “Silva Tamayo”, también este Juzg. en “Giuntoli” del 12/10/2012, confirmada por la Sala IV el 23/05/2013).

Si de lo que se trata y la obligación del concursante es “acreditar competencia” en materias específicas, la conducta administrativa y los actos que se dicten con tal orientación y finalidad, deben respetar un principio elemental de racionalidad entre sus enunciados y el fin buscado, teniendo presente las consecuencias que razonablemente deberían producir.

El legislador así lo previó. Los actos administrativos deben guardar adecuada y racional relación y conexidad con los medios que se decida utilizar para lograr aquellos fines (conf. art. 7 de la LPA 19.549 t.o.), lo que no advierto aquí cumplido.

Por todo ello y oída la Sra. Fiscal Federal,

FALLO

1º) Haciendo lugar a la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, con costas (art. 14 ley 16.986).

En consecuencia, declarando la nulidad de las res. SH 121/2015 y 122/2015 (que convocaron a Concurso Abierto de Antecedentes para cubrir 9 vocalías en el TFN) y de los arts. 8 y 10 de la reglamentación instrumentada por la res. SH 94/2003.

2º) Regulando los honorarios de la dirección letrada y representación legal del vencedor en la suma de 50.000 (arts. 6, 7, 9, 37 y 38 de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432).

3º) Regístrese y notifíquese.

