

FRANCISCO MARCHETTI

AMPARO – HABEAS DATA, ¿UN CASO DE DESVIACIÓN
DE PODER?

Interesante pronunciamiento, ya que difícilmente la justicia tenga oportunidad, como en el presente caso, de pronunciarse ante el proceder de la AFIP-DGI, cuando su personal actúa haciendo uso de las amplias facultades acordadas a tal efecto por la ley de procedimientos tributarios 11.683, t.o. 98, arts. 33 a 36, pero muy especialmente el art. 35, donde las facultades contenidas en él, las ejerce cualquier personal que actúa en un caso concreto de verificación y fiscalización a un contribuyente determinado.

Las limitaciones establecidas en el fallo son muy adecuadas ante un accionar del organismo, con el criterio que es posible utilizar estas facultades, sin duda discrecionales en modo ilimitado y sin observar las garantías y derechos de los contribuyentes de lo que resulta un detrimento a la seguridad jurídica que debe rodearlo.

Como hemos podido ver, se trata de un abogado que, como consecuencia de su especialización en derecho tributario, actúa frecuentemente en casos administrativos y judiciales relativos a tributos nacionales recaudados por AFIP-DGI. Por advertencia de sus asistidos conoce que son visitados por personal fiscalizador al solo efecto de requerir datos acerca de su defensor, preguntando especialmente por honorarios cobrados y si extiende recibos al efectivizarlos.

La «gota» que colmó el vaso la constituyó la pérdida de un cliente que tuvo como causa directa el accionar del organismo recaudador y motivó la interposición de los recursos de *habeas data* y de amparo en subsidio.

Nos parece adecuado el rechazo del primero y el acogimiento del amparo, al que se le imprimió el trámite establecido en la ley 16.986.

Adviértase, en su tramitación, la reticencia de la Región en poner en conocimiento del tribunal actuante las circunstancias que llevaron a su accionar; se limita a desarrollar en forma abstracta cómo debe seleccionarse un caso a través de las normas internas que rigen el actuar de las Regiones, sin especificación alguna acerca de las circunstancias concretas que llevaron a la investigación cuestionada y que no se encuadraba en el marco de una fiscalización al contribuyente acerca del que recababa información.

Llama también la atención los pobres resultados de las «medidas para mejor proveer» dispuestas por el juez dirigidas a establecer la base fáctica del caso. Adviértase que el ente recaudador ni siquiera pudo demostrar la afirmación hecha en el sentido que había un grupo de abogados que estaban siendo investigados del mismo modo.

Las conclusiones a que arriba, nos parecen muy atinadas; el que la forma de usar las facultades de investigación otorgadas sea materia justiciable es fundamental y nos parece una «bocanada de aire fresco» en esa lucha cada vez más aguda por la salvaguarda de los derechos y garantías de los contribuyentes, en una permanente agresión, ya sea desde el punto de vista de las normas generales obligatorias emanadas del Poder Legislativo y que se advierten en las constantes delegaciones al Ejecutivo de facultades reservadas a la ley o en la permisividad que se observa para que éste legisle mediante decretos de necesidad y urgencia «materia pendiente y de plazo ya vencido» de ser reglamentada por el PL. Además la CN prohíbe expresamente emitir estos instrumentos en materia tributaria.

El que siente como doctrina el fallo, la prohibición de requerir informes a terceros sobre personas determinadas que no están bajo inspección, pone de relieve varios aspectos: sin duda, teniendo en cuenta su origen en la Ordenanza Tributaria Alemana del año 1919, la ley 11.683, t.o. 98, tiene un fuerte sesgo autoritario, del que no se ha podido desprender a través de los años y de las sucesivas reformas de que fue objeto. No de-

bemos olvidarnos que a partir de la vigencia de la ley penal tributaria, cuando la evasión deja de ser una mera contravención para adquirir la calidad de delito que, en suma constituye el objeto de la investigación tributaria que servirá de base a la determinación de la obligación tributaria y, en su caso, integrará obligatoriamente la denuncia por los delitos de la ley penal tributaria vigente, 24.769, las garantías del contribuyente deben ser observadas aun más cuidadosamente.

En suma, consideramos el presente como un buen ejemplo de la lucha permanente entre la prevalencia de los fines del Estado y la seguridad jurídica de los ciudadanos, como pocas veces hemos podido apreciar en un caso judicial.

ACTO ADMINISTRATIVO. *Facultades discrecionales. Motivación. Control jurisdiccional: alcances. AFIP-DGI. Facultades de verificación, fiscalización e investigación. Límites legales. AMPARO. Procedencia. AFIP-DGI. Ilegitimidad manifiesta. Desviación de poder. Prácticas discriminatorias. Contribuyente abogado especialista en derecho tributario. HABEAS DATA. Demandada. AFIP-DGI. Improcedencia.*

- I. No procede la acción de *habeas data* (art. 43 CN), entablada por un abogado en contra de la AFIP-DGI, organismo al que atribuye prácticas discriminatorias hacia su persona, solicitando acceder a la información registrada y, en su caso, se disponga la corrección de los datos y la cesación de las medidas persecutorias, por no reunir el organismo demandado la calidad de ente recolector y productor de información a terceros, como lo exige la norma constitucional.
- II. Es idónea la vía del amparo judicial para obtener la tutela del derecho al trabajo y de defensa en juicio, frente a prácticas

discriminatorias desenvueltas por el organismo AFIP-DGI, en contra de un abogado, especialista en derecho tributario.

III. El contralor jurisdiccional de un acto administrativo por vía del amparo, respetando la libertad de apreciación y de acción con que se desenvuelve la administración, debe ceñirse a comprobar si el acto cuestionado se muestra manifiestamente irrazonable, arbitrario o legítimo. En tanto la oportunidad o conveniencia, tenidos en cuenta para la emisión del acto no son controlables por el Poder Judicial; si lo es en lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho, es decir aquello que constituye la «motivación». Y en este sentido la única condición exigible para que el proceder administrativo no pueda ser revocado por el Poder Judicial, es que tenga un sentido de razonabilidad, de conveniencia, de justicia.

IV. La exigencia de la motivación del acto administrativo –que se agudiza en materia de actos discrecionales– aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales, y responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales; constituye un requisito referido a la razonabilidad, y sirve para determinar si ha existido o no desviación de poder, esto es «ilegitimidad».

Desde el punto de vista del particular o administrado, el requisito de la motivación traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Esta exigencia responde –por otro lado– a que el poder administrador es parte de la relación jurídica que él crea por su voluntad.

V. La Dirección General Impositiva posee las facultades y consecuencias obligaciones de verificar, fiscalizar y percibir los tributos. Para su efectivo cumplimiento dicho organismo ha sido munido de diferentes funciones, las que permiten indicar que goza de discrecionalidad técnica en su desarrollo. La ley instrumentó la forma de ejercer tales facultades, necesarias para el desempeño de su gestión tributaria.

VI. El art. 35 de la ley 11.683 (t.o. 1998) consagra la exigencia de amplios poderes de verificación en cabeza del Fisco. Haciendo uso de tales poderes el ente de fiscalización podría verificar el cumplimiento de los deberes impositivos de contribuyentes, responsables y terceros ajenos a la relación jurídico-tributaria.

Estas facultades inquisitivas que posee el organismo fiscal posibilitan su accionar discrecional. Pero, la inquisición fiscal debe ser limitada y razonable, manteniendo un adecuado equilibrio entre los objetivos y derechos del Fisco (actividad recaudatoria eficaz y certera) y de los responsables (resguardo jurídico con sustento en garantías constitucionales frente a pretensiones fiscales arbitrarias o desmesuradas). Cuando el legislador establece una norma que impone un límite, la acción administrativa no puede excederlo ni siquiera en el ejercicio de sus facultades discrecionales, sino implicaría atribuir a la DGI facultades extraordinarias de verificación y fiscalización en contra del principio de razonabilidad, insito en el art. 28 de la CN.

VII. Las facultades otorgadas a la DGI por el art. 35 de la ley 11.683 (t.o. 1998), están dirigidas a controlar la veracidad de las declaraciones juradas presentadas por los contribuyentes responsables, tendientes a comprobar la realidad de los hechos imposables declarados o la posible existencia de otros no declarados. Empero, conforme lo establecido por la ley 11.683, la DGI carece de facultades investigativas para recabar información en abstracto, lo que no significa que el ente recaudador esté impedido de realizar tareas investigativas en cumplimiento de su poder de policía tributario, sino sólo que para realizar tal tarea deberá respetar los procedimientos establecidos, desarrollando su labor en el marco de un procedimiento administrativo concreto, con un contribuyente (o contribuyentes) individualizado, donde se le haga conocer los cargos e impugnaciones que se le formulan. En definitiva, todos los elementos hacen al debido proceso en sede administrativa.

VIII. La DGI incurre en desviación de poder en el ejercicio de las atribuciones del art. 35 de la ley 11.683, que autoriza el acogimiento del amparo, si la investigación ordenada en contra del demandante, abogado especialista en derecho tributario, encuentra fundamento en la activa participación del letrado investigado, en procedimientos administrativos y judiciales contra el ente recauda-

dor y el procedimiento de preselección del contribuyente se realizó desconociendo las reglas del debido proceso administrativo y el respeto de la defensa en juicio, con el consiguiente perjuicio para la seguridad jurídica del administrado.

Juzgado Federal de Río Cuarto, autos: "Vollenweider, Roberto L. c/ AFIP-DGI", Sent. del 28/4/01.

Fallo En la ciudad de Río Cuarto, a los 28 días del mes de abril de mil novecientos noventa y nueve, se constituye el Juzgado Federal de esta ciudad para dictar sentencia en los autos "Vollenweider, Roberto L. c/ AFIP-DGI" de los que,

RESULTAN:

1. Que a fs. 11/14 comparece el doctor Roberto Lucas Vollenweider, con patrocinio de los letrados Jorge Alberto Valverde y Diego Miguel Paschetta y peticiona la acción de *habeas data* prevista por el art. 43 de la Constitución Nacional y eventual acción de amparo en los términos de la ley 16.986 en contra de la Administración Federal de Ingresos Públicos (DGI). Con el objeto de requerir, en modo previo, la información que posee y recaba esa Administración respecto de su persona a fin de determinar la existencia de una actitud discriminatoria y persecutoria y, de ser así se ordene la cesación de tales actos. Con costas. Hace reserva de formular denuncia en sede penal contra los funcionarios públicos que en uso de los privilegios otorgados por la ley estimulen o favorezcan tal actitud persecutoria, como así también de ocurrir ante el Colegio de Abogados para denunciar la actitud discriminatoria, lesiva

de su libertad y derecho de trabajo y afectación de los derechos de legítima defensa de los contribuyentes, con posterior elevación a la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Para el supuesto que la lesión no pudiera subsumirse por la vía intentada (*habeas data*), pide se resuelva el cese de la actitud persecutoria por constituir la misma una arbitrariedad que es posible interrumpir por vía de la acción de amparo.

En el relato de los hechos expone que es abogado dedicado casi exclusivamente al ejercicio de la profesión en cuestiones de índole tributario; que ha ejercido durante muchos años sin problemas hasta el curso del presente. Oportunamente recibió llamados telefónicos de clientes que le informaron de visitas de inspectores de la demandada quienes concurrían a efectos de inquirir acerca del letrado que los defendía, cuánto les cobraba y si les otorgaba recibo. Al principio supuso que se trataba de una rutina del ente fiscal pero con el transcurrir del tiempo advirtió que era un control sistemático, con un único fin y dirigido sólo al deponente ya que consultados colegas que actúan en idéntico ámbito, le manifestaron no tener problemas al respecto.

Acompaña al efecto copia de las actas labradas glosadas a fs. 1/2 y 6/10, haciendo mención acerca de la cantidad y datos recabados en las mismas. Aclara que todas ellas han tramitado en algún momento ante la justicia y dos de las mismas -que identifica- se encuentran pendientes aún de resolución. En relación a la causa de la señora Larrarte manifiesta que el dicente renunció a su defensa, presentando el escrito a la Secretaría Penal (ver fs. 3/5). Precisa que las citadas no son las únicas actas, porque existen otras sobre las que no tiene aún información. Agrega que se puede apreciar por la fecha de las mismas que desde hace dos meses -distintos inspectores- fiscalizan a sus clientes y hasta la fecha de la presente acción no se ha iniciado inspección ni requerimiento de ningún tipo al presentante. Añade que si bien la Administración tiene facultades para verificar y fiscalizar la situación impositiva de los contribuyentes (art. 33 de la ley 11.683 -t.o. dec. 821/98- Impuestos, t. 1998-B, 1621-), éstas no son omnímodas y deben adecuarse a la ley del rito y a preceptos constitucionales como son la libertad de trabajo y la garantía de defensa en juicio. Informa, asimismo, que al ser interrogado los inspectores por los contribuyentes, todos manifestaron verbalmente que tenían instrucciones de recabar información sobre el abogado que los defendía -siendo siempre el suscripto el elegido-, y que la orden fuera impartida por la Jefatura de Región. Estas circunstancias lo llevan a la convicción que lo actuado no es una rutina sino más bien alguna «inquietud» hacia su persona y patrimonio, que puede entenderse como discriminatoria y que lo distinguiría entre los 500 colegas que abogan en la segunda circunscripción judicial. Por tal motivo solicita se requiera expreso informe de las razones por las que se desarrollan tal tipo de actitudes, indicando además si es el único abogado que recibe tan

peculiar tratamiento, su finalidad, funcionario/s que tomaron la decisión de llevarlo a cabo y, por último, cantidad de clientes que han sido visitados, adjuntando las actas labradas con tal motivo. Para el supuesto de no satisfacer la demandada con suficientes fundamentos la actitud persecutoria, solicita se ordene la cesación de tales actos, por revestir ellos carácter de arbitrarios al no tratarse de una fiscalización sino de una verdadera persecución, agravada al relacionarse -en algunos casos- con defensas actuales, contemporáneas a una defensa judicial. Todo ello obstaculiza su labor profesional, cuya actuación está protegida por normas de raigambre constitucional, superiores a las facultades concedidas al Fisco por la ley 11.683. A continuación alude a la viabilidad de la presente acción, respecto de la cual se encuentra legitimado, ha sido presentada en tiempo y forma, no requiere el caso de un mayor debate ni producción de pruebas, como tampoco existen otros medios idóneos para la defensa del derecho conculcado. Acerca del derecho al trabajo efectúa cita doctrinal y jurisprudencial. Concreta en definitiva su pretensión, que es acceder a la información del Fisco y, una vez suministrada, si fuera falsa o encerrase una actitud discriminatoria, disponga el Tribunal la corrección de los datos, la cesación de la medida discriminatoria y, en caso de no existir información contraria al presentante el archivo de las actuaciones. A fs. 18 solicita se amplíen los puntos del informe en lo que atañe al nombre y apellido del funcionario al que se elevan las actas que se labran a sus clientes.

2. Que impuesto a la acción el trámite previsto por la ley 16.986, atento la falta de reglamentación del remedio constitucional, se la tiene por interpuesta. Se requiere así a la demandada la producción del informe que prescribe el art. 80 de dicho ordenamiento legal.

3. A fs. 71/84 la accionada, Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, representada por la abogada Sonia Gutiérrez de Gutiérrez, con el patrocinio del abogado Juan Rubén Pulcini produce el aludido informe, en el que solicita el rechazo de la demanda, con costas. Inicialmente realiza una reseña de los antecedentes del caso en lo referente a la acción. A continuación y acerca del informe requerido, hace saber al Tribunal que de acuerdo a los datos suministrados por la División Selección y Control de Fiscalización, la representación elabora el informe de que se trata. Previo a ello, estima conveniente efectuar una sucinta relación sobre el funcionamiento operativo de una Región del Interior de la AFIP. En tal sentido, señala que de acuerdo a la estructura organizativa de la Región Río Cuarto, establecida mediante disp. 37 de fecha 18/1/1999, dictada en el ejercicio de las atribuciones conferidas por las normas que cita, las Jefaturas de Región del Interior tienen, entre sus múltiples tareas, la de entender en la selección de contribuyentes, conforme planes y criterios para proceder a su posterior fiscalización. Asimismo, hace saber que trimestralmente se proyecta un plan de fiscalización que es elevado al Departamento de Programas y Normas de Fiscalización. Explica los presupuestos básicos de tal proceso. En este sentido, afirma que en la Región opera la División Selección y Control de Fiscalización, que entiende en la selección, asignación y control de los casos que serán sometidos a fiscalización externa e interna, de conformidad con las metas, planes, normas y procedimientos aprobados por la superioridad a nivel nacional. Entre sus funciones se encuentra la de selección de contribuyentes a fiscalizar. El operativo que obligadamente debe seguir esta dependencia comprende diversas etapas: a. Preselección, primera evaluación de con-

tribuyentes destinados a ser evaluados por los analistas de selección con el fin de detectar indicios de evasión y presunto interés fiscal en la conducta impositiva y provisional de los mismos; b. Selección -entre los cuerpos de preselección entregados por los analistas- de los contribuyentes que se presuman con interés fiscal; c. Asignación de los cargos a las divisiones de fiscalización correspondientes y d. Finalmente, seguimiento y control de los casos. En el desarrollo de estas etapas la división indicada debe observar pautas consideradas mínimas, sin perjuicio de las definidas en cada área en particular, no perdiendo de vista los objetivos contenidos en el plan estratégico de la AFIP. En cuanto se relaciona a la situación particular del amparista, relata que según Nota 1289/98 la División de Selección y Control solicitó al Colegio de Abogados de esta ciudad el detalle de veinte (20) profesionales que hubieren iniciado la mayor cantidad de juicios en los años 1997/1998, indicando nombres, apellidos, domicilio y CUIT de cada profesional. Al no ser evacuada tal información, fue reiterada dicha solicitud, ascendiendo en esta ocasión a treinta (30) el listado de que se trata. En esta oportunidad el Colegio de Abogados explicita su imposibilidad de suministrar dicho requerimiento. Al ser infructuosa la vía utilizada en forma reiterada se seleccionaron determinados profesionales para iniciar la investigación, haciendo referencia -aunque sin mencionar nombres- a diversos casos en que se investigara la situación patrimonial de distintos profesionales, confrontándolos con sus declaraciones juradas del impuesto a las ganancias. Señala que como es de práctica respecto de la generalidad de contribuyentes la División Selección y Control inició una tarea investigativa, haciendo presente que -en todos los casos para efectuar tal tarea- la Jefatura de Región aprobó y ordenó la iniciación de la

investigación. Posteriormente, el área interviniente consideró conveniente para la investigación la solicitud de información a terceros que tuviesen conocimiento de las operaciones del profesional, atribución contemplada en el art. 35 incs. a) y c) de la ley 11.683 (t.o. 1998). En su consecuencia, se impartieron órdenes de intervención interna a la División Fiscalización Externa de la Región, con el fin que se efectuara una actuación a determinados contribuyentes, a los que -por otra parte- se les había iniciado previamente actuaciones sumariales, es decir, estaban o fueron fiscalizados. Consigna por otra parte, que los aludidos contribuyentes habían sido patrocinados o asistidos por el accionante en actuaciones administrativas sobre las cuales la administración tenía conocimiento, por surgir de actuaciones administrativas labradas ante el Organismo o por haber sido parte en el proceso judicial. Dicha fuente de información resulta absolutamente confiable, por constituir instrumentos públicos emanados de esta administración o surgir de expedientes judiciales (sic). En consecuencia, se solicitó a dichos terceros que informaran quién o quiénes intervinieron en el asesoramiento legal para la defensa de actas de inspección labradas por la AFIP en la instancia administrativa o en la judicial, indicando nombre, apellido, N° de CUIT y monto de honorarios abonados, forma de pago y copia de los recibos otorgados.

Asimismo, hace conocer que fueron cargados para la verificación quince casos, de los cuales fueron terminados seis, cuya nómina menciona, destacando que cinco de ellos habían sido patrocinados por el actor. Finalizada las restantes actuaciones, en caso de detectarse inconsistencias con sus declaraciones juradas, se le iniciará al abogado actor una fiscalización. A continuación informa sobre los puntos requeridos por el actor detallados en el oficio cursado

a la accionada. En tal sentido y en relación al primero sobre actitudes hacia la persona del actor y si se trata del único abogado que recibe ese particular tratamiento, responde que tal situación no constituye sino: a. Haber preseleccionado AFIP a dicho profesional para ser investigado en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias; y b. Haber solicitado informaciones a terceros que puedan tener conocimiento de sus operaciones. Agrega que la circunstancia de hallarse bajo investigación -al igual que otros colegas, profesionales y contribuyentes en general- obedece al ejercicio de facultades expresamente conferidas. Además y de otro costado, la solicitud de información a terceros constituye una de las tantas fuentes de información que el área operativa puede utilizar, dependiendo en todo caso de las pautas de trabajo que resulte de la estrategia de fiscalización. Detalla diversos aspectos de tal tarea. En el sub lite el área operativa estimó necesario para la investigación preventiva solicitar información a clientes del accionante a efectos de conocer de sus operaciones y dicho método es muy común. Relata casos en los se requiere la información de terceros para obtener datos de interés. Apunta, asimismo, que la información se obtiene también de registros, de denuncias y de los medios de comunicación. Completando la última parte del interrogante que nos ocupa, manifiesta que en idéntica situación que el amparista se hallan otros profesionales. Al segundo punto sobre la finalidad de la investigación hace saber que ella consiste exclusivamente en el cruzamiento de la información obtenida de las declaraciones juradas presentadas por el contribuyente, con información de terceros y proceder su fiscalización en caso de existir diferencias. En relación al tercer interrogante acerca de los funcionarios que tomaron la decisión de investigar al actor, la accionada expone que si tal pregunta se refiere a la

preselección, ésta se enmarca dentro del presupuesto trimestral de fiscalización que proyecta la cantidad de casos sometidos a este proceso y es elaborado por la División Selección y Control de Fiscalización. Como complemento de ello, los agentes analistas comienzan a evaluar datos, actividades, personas: cumplida esta tarea se propone a Jefatura de Región el listado de contribuyentes preseleccionados y es ésta la que toma la decisión final consistente en individualizar al contribuyente que se fiscalizará. Si lo requerido se refiere al método investigativo utilizado -información de terceros- es la División de Selección y Control la que decide la estrategia conforme los instructivos impartidos por superioridad. Respondiendo a la cuarta pregunta sobre cantidad de clientes investigados hace saber que se han cargado para dicho proceso de verificación la cantidad de quince, de los cuales seis ya han sido finalizados. Por último, en lo que hace a dependencia y funcionario, con indicación de nombre y apellido al cual se elevan las actas, manifiesta que los legajos y actas confeccionadas se remiten a División Selección y Control de Fiscalización por ser el área destinada encargada de entender en la selección de casos que serán sometidos a fiscalización externa. Asimismo, agrega la composición de la aludida división y que ésta se encuentra a cargo del señor Jorge E. Richart. Concluidas las respuestas a los interrogantes propuestos por el amparista, se procede, previo a efectuar una negativa específica de cada uno de los hechos que sustenta la demanda, a rebatir la viabilidad de la acción intentada. Considera la improcedencia sustancial de la acción, para lo cual se apoya en doctrina y jurisprudencia que cita, tanto en relación al *habeas data* como al amparo planteado en subsidio. Ofrece prueba. Formula reserva del caso federal. Finalmente, pide el rechazo de la demanda, costas.

4. A fs. 86/90 se presenta el actor efectuando una serie de manifestaciones, las que se dispone tener presente para la oportunidad de resolver, si correspondiera.

5. A fs. 85 se pasan los autos a despacho para resolver. Seguidamente y a fs. 91 el tribunal -con el fin de completar datos y precisar aspectos relacionados a la cuestión litigiosa- dispone como «medida para mejor proveer» la ampliación del informe de la accionada y la recepción de testimonios. Se glosa a fs. 101/102 la ampliación del informe de la accionada presentado en tiempo y forma. En el mismo se reiteran conceptos ya vertidos y formula aclaración en relación a las discrepancias acerca de la cantidad de clientes utilizados como terceros informantes. Asimismo, se acompaña el original del Memo N° 08/99, el que fuera reservado en Caja de Seguridad de la Secretaría de Leyes Especiales. A fs. 105/108 se recepta la declaración de los inspectores actuantes en las actas que nos ocupan, señores Laura Alejandra Muelas, Claudia Renée Chanaday, Edgardo Orestes Pela y Laura Alejandra Tedesco quienes fueran interrogados a tenor del cuestionario glosado a fs. 104.

6. Cumplimentada la totalidad de la «medida para mejor proveer» a fs. 109 se dispone volver los autos a despacho, notificadas las partes, firme y consentido el decreto, queda la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I. Plataforma fáctica. Comparece ante la instancia jurisdiccional el abogado Roberto Lucas Vollenweider promoviendo la acción de *habeas data* prevista en el art. 43 de la Constitución Nacional y, subsidiariamente, acción de amparo en contra de la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva, con la finalidad de acceder a la información obrante en ese organismo fiscal y a él referida. Una vez obtenida la mis-

ma y si ésta resultara falsa o discriminatoria el tribunal disponga la corrección de los datos y la cesación de las medidas persecutorias. Funda su pretensión en razón que el ente recaudador se encuentra realizando procesos de fiscalización a clientes suyos a los que asesora profesionalmente en cuestiones tributarias contra la Dirección General Impositiva, tanto en sede administrativa como judicial. Tal actitud la considera discriminatoria por cuanto los restantes abogados del foro local no reciben idéntico trato. Las medidas practicadas son consideradas lesivas por atentar derechos de raigambre constitucional como la libertad de trabajo y el ejercicio del derecho a la defensa. Añade que la decisión de inquirir información de sus clientes configura un daño que ha comenzado a cristalizarse desde el momento que se ha visto obligado a renunciar a una defensa. Para el supuesto de no reunirse los requisitos exigidos que tipifiquen la acción constitucional de *habeas data*, subsidiariamente interpone amparo en los términos de la ley 16.986 por considerar el actuar administrativo viciado de arbitrariedad conforme la normativa de la materia, conculcando los derechos aludidos precedentemente.

La demandada por su parte, además de considerar no operativos al caso tanto el *habeas data* como el amparo, estima que ha actuado dentro del marco de atribuciones que le confiere la ley de procedimientos fiscales 11.683 (t.o. 1998), normas generales dictadas por la superioridad y especiales que producen cada organismo regional. En tal sentido, deja manifestado que el obrar discriminatorio que se le achaca no es tal por haberse respetado el procedimiento reglado y las facultades discrecionales que encuadran en el mismo. A su vez, manifiesta que la política del control tributario determina estrategias a seguir y que en el caso de la Región Rfo Cuarto se

realizan evaluaciones trimestrales a cargo de la División Selección y Control de Fiscalización. Dicha división se vale de analistas encargados de evaluar las conductas de los contribuyentes preelegidos y, para el caso que exista algún indicador de evasión y/o presunto interés fiscal, seleccionarlos. Determinada dicha circunstancia, la Jefatura de Región ordena la investigación con el objeto de constatar la veracidad de las declaraciones juradas de los contribuyentes por medio del cruzamiento de la información allí consignada con otros datos o informaciones, entre los que se encuentra la información de terceros, datos de registros y periodísticas. Para ello, se procede a la asignación de los cargos a las Divisiones de Fiscalización correspondientes y, por último, se efectúa el seguimiento y control de los cargos. En relación al *sub judice*, deja sentado que el accionante resultó preseleccionado conforme el procedimiento aludido y en virtud de ello se requirió la corroboración de datos a través del sistema de información de terceros. Todo ello a su entender no configura ni discriminación ni persecución, desde que no se trata del único profesional que se halla en esta circunstancia. Destaca que el procedimiento adoptado en relación al actor, lo fue en virtud de haber resultado infructuosa la información oportunamente solicitada al Colegio de Abogados de esta ciudad.

II. Acciones instauradas. Corresponde, seguidamente analizar si se configuran en la especie los presupuestos legales que tomen viable la acción de *habeas data* o, en su caso la de amparo. Pasará el suscripto a analizar la primera de las vías utilizadas.

II.A. Habeas data. El art. 43, tercer párrafo, de la nueva Constitución Nacional de 1994 dice «Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros

o bancos de datos públicos, o de los privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos...».

Considera el proveyente no reunidos en el subexamen los presupuestos que tornan viable esta novedosa acción incorporada al plexo constitucional con la reforma de 1994. Conforme la norma del art. 43, la acción está dirigida, fundamentalmente, a conocer los datos que «consten en registros o bancos de datos públicos o los privados, destinados a proveer informes...», de donde la acción estaría dirigida principal y sustancialmente, contra el administrador de la base de datos, que es quien finalmente pone en ejercicio el «poder informático» como distribuidor de la información. Va de suyo entonces que, tal vía no es de aplicación al caso, por no reunir el organismo demandado la calidad de ente recolector y productor de información a terceros. Más aún, los registros de datos de la accionada son de corte confidencial, es decir no se dan a conocer a otras personas o entidades. En consecuencia, se descarta el *habeas data* como medida protectora del derecho que se intenta tutelar. No apareciendo conveniente por razones de economía procesal extenderse en mayores consideraciones sobre el instituto referido, que recargaría en exceso y desviaría el curso de atención sobre lo que habrá de ser materia de decisión.

II.B. Amparo. Subsidiariamente al *habeas data*, deja el actor interpuesta la acción de amparo en los términos de la ley 16.986. En consecuencia, se impone analizar si se encuentran cumplidas en la especie las exigencias legales vigentes al respecto -ley 16.986-, tanto las establecidas en la ley de la materia, como la condición impuesta en el nuevo texto constitucional -art. 43 de la CN. A modo de síntesis de

los principales conceptos acuñados por doctrina y jurisprudencia con referencia al tema en cuestión, y que mantienen su vigencia a posteriori de la reforma constitucional, puede consignarse que para admitir la procedencia de la acción deben concurrir conjunta e imperativamente: la violación de un derecho o garantía de raigambre constitucional y que dicha violación sea manifiestamente ilegal o arbitraria, carente de fundamento.

II.B.1. Así, en primer lugar cabe destacar que se cumplimenta con lo dispuesto por el art. 20 inc. e) de la ley en cuanto establece para la procedencia formal de la acción, que ella sea instaurada en el término de quince días de conocido el acto que se estima arbitrario o ilegítimo, y en este sentido se advierte a simple vista que dada la fecha de presentación de la renuncia al patrocinio efectuada en autos: «Larrarte Nilda Renee *s/* recurso de apelación *c/* Resolución DGI», expte. SR 279/136-*c/*97 notificación de la res. 770/97-23/7/97- (v. FS. 4), efectuada el 9/3/99, el plazo legal ha sido respetado estrictamente por el actor, si se tiene en cuenta que la demanda se impetra el 30/3/99.

II.B.2. Legitimación: Aspecto primordial lo constituye el requisito de la legitimación procesal. Este punto no admite ninguna duda ya que tanto la ley de amparo como el art. 43 de la CN confieren tal atributo al «afectado», circunstancia esta última que se coloca en cabeza del letrado demandante.

II.B.3. Otro requisito formal a considerar y que, de tenerse por cumplimentado, permite continuar con el análisis del tema traído a decisorio, lo constituye el establecido en el inc. a) del art. 21 que refiere a la inadmisibilidad del amparo cuando existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho que se estima vulnerado, estos remedios no se presentan en

la especie. El actor -atento el tenor de la acción- se encuentra imposibilitado de transitar las vías regulares, so pena de tornar ilusorio el derecho que intenta tutelar. Se trata -entonces- de una hipótesis de «urgencia objetiva», que habilita sin duda alguna la vía del amparo.

No puede soslayar el proveyente advertir que, conforme la nueva normativa aplicable, al prescribir «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo», han sido descalificadas las vías administrativas como vía apta para transitar en defensa de derechos vulnerados. Y en orden a las vías judiciales que cumplirían con el requisito constitucional, tratándose como es el caso, de una cuestión tan puntual, rayana con las de puro derecho, no puede pensarse que un juicio contencioso -que tramita por la vía ordinaria- fuera el medio judicial más idóneo de que habla la ley.

II.B.4. Prosiguiendo, corresponde definir si se encuentra dada en la especie la arbitrariedad manifiesta que exige la norma y que expresamente invoca el amparista.

Y en este aspecto deviene imperioso recurrir a la inteligencia de la norma y al criterio que la doctrina y jurisprudencia han acuñado sobre el tema. Es así que la acción de amparo ha sido prevista contra «todo acto u omisión de autoridad pública que... lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional...» (art. 1º de la ley 16.986). El análisis literal del citado dispositivo legal permite concluir que la acción de amparo no está prevista para actos de la autoridad que no sean manifiestamente ilegales o arbitrarios, esto es manifiestamente opuestos a la ley, o que adecuados a una ley arbitraria, el acto es legal pero la norma en que se funda padece de ese vicio. De modo que «si el acto lesivo no padece de un vi-

cio palmariamente arbitrario, o ilegal, el amparo no será una ruta exitosa» (SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Acción de amparo*, Astrea, 1988, ps. 110/114; el mismo autor, «Amparo, *habeas data* y *habeas corpus* en la reforma constitucional», Rev. La Ley, año LVIII, N° 193; BIDART CAMPOS, en cita de OSVALDO GOZAÍNI, «El derecho de amparo creado por la CN», Rev. La Ley, año LIX, N° 224). Se ha establecido, asimismo, que «la arbitrariedad resultará o de la absurda interpretación de la norma o de la ausencia o irregular respeto de los elementos contenidos en el art. 70 de la ley de procedimiento administrativo» (BARRA, RODOLFO, «La acción de amparo en la Constitución reformada: la legitimación para accionar», Rev. La Ley, año LVIII, N° 218). La jurisprudencia ha recogido estos conceptos señalando que «... la acción de amparo no es el medio eficaz para dejar sin efecto una decisión de autoridad competente en ejercicio de sus atribuciones legales, toda vez que si el acto administrativo se adoptó mediante el ejercicio de facultades que son propias del ente que lo dicta, de acuerdo al encuadre normativo pertinente, no hay en principio arbitrariedad ilegítima manifiesta» (CNFed. Contencioso Administrativo, Sala II, 19/4/94, «Borgatti, Alejandro *c/* Estado Nacional - DGI»); en el mismo sentido «... para la procedencia del amparo, resulta condición esencial, que se haya configurado arbitrariedad o ilegalidad manifiesta» (CS, 10/8/93, diario La Nueva Provincia S.R.L.).

II.B.5. Previo el análisis concreto sobre el tema, es preciso recordar (parafraseando a MARIENHOFF en su *Tratado de derecho administrativo*, t. I, ps. 99 y ss.) que la actividad de la Administración da lugar a dos tipos de administración: la reglada o vinculada y la discrecional. Conforme la primera, «la Administración aparece estrechamente vinculada a la ley, que al respecto contiene reglas que

deben ser observadas». En tanto en el ejercicio de la actividad discrecional, la conducta de la Administración no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir: la actividad del Estado se encuentra señalada de un modo general en los ordenamientos legales que la rigen o determinan. En el primer caso, la Administración actúa de acuerdo a normas jurídicas, esto es normas legislativas. En ejercicio de la segunda, actúa de acuerdo a normas o criterios no jurídicos, es decir no legislativos, constituidos por datos que, en lo concreto, se vinculan a exigencias de la técnica o política y que representan el mérito, oportunidad o conveniencia del respectivo acto. Al emitir éste la Administración debe acomodar su conducta a dichos datos valorándolos, de ahí lo «discrecional» de su actividad.

En el marco de las potestades imperativas o de mando -esto es la facultad de la Administración de dar órdenes y de obligar a su cumplimiento-, también ellas pueden ser regladas o discrecionales. Es principalmente discrecional dada la amplia libertad de que dispone la Administración Pública para valorar las necesidades generales y la forma de satisfacerlas.

Es importante remarcar que el ejercicio discrecional de esas facultades, no significa que deban estar fuera de la juridicidad y de los principios de la legalidad administrativa (CNFed. Civil y Com., Sala I, 30/6/70); ha de realizarse sin vulnerar derechos adquiridos de los agentes que de la Administración dependen o que afecten el principio de seguridad jurídica o el derecho de defensa.

En el marco de la discrecionalidad la demandada informante señala que el control de la excepcionalidad que fundamenta el dictado y legitimidad de los decretos corresponde al Poder Legislativo. Y a este respecto debo aludir como introductorio, que uno de los soportes del equilibrio de

poderes en un sistema republicano de gobierno lo constituye la atribución del Poder Judicial de examinar los actos de gobierno de los otros poderes. Principio que se encuentra consagrado en el Preámbulo de nuestra Constitución cuando se precisó como objetivo «afianzar la justicia».

Por otra parte, resulta útil destacar que el contralor jurisdiccional, respetando la libertad de apreciación y de acción con que se desenvuelve la administración, debe ceñirse a comprobar si el acto cuestionado se muestra manifiestamente irrazonable, arbitrario o ilegítimo. Y amerita agregar que, en tanto la «oportunidad» o «conveniencia» tenidos en cuenta para la emisión del acto no son controlables por el poder judicial, si lo es en lo atinente a la efectiva existencia de los hechos o situaciones de hecho, es decir aquello que constituye la «motivación». Aspectos que se desarrollarán más adelante en el acápite que relacionará «el fondo de la cuestión litigiosa».

Y en este sentido, la única condición exigible para que el proceder administrativo no pueda ser revocado por el Poder Judicial, es que tenga un sentido de razonabilidad, de conveniencia, de justicia.

Sentados estos principios corresponderá determinar si los actos plasmados por el organismo demandado han excedido el marco de sus atribuciones regladas o las facultades discrecionales que de él emergen. Se deja la salvedad, y reforzando lo antedicho, que la discrecionalidad sólo es admisible cuando se presenta como alternativa optativa válida dentro de un proceso regido por normas expresas, que en el sub lite nacen de la propia ley de procedimientos fiscales, decretos del Poder Ejecutivo Nacional y resoluciones o reglamentos emanados de la propia representación fiscal. En concreto queda determinar si en el planteo incoado por el amparista, la Administración ha ejercido discrecionalmente las facultades que le confieren la normati-

va antes aludida, y respetado los requisitos necesarios para su validez respecto a la forma de los actos administrativos en general.

He aquí el meollo. La circunstancia de contar la accionada con un espectro amplio de facultades de verificación y fiscalización que se extrae de los arts. 33, 35 conec. y correlativos de la ley 11.683 (t.o. 1998), no excluye la necesidad de justificar el acto -motivación y justificación resultan términos coincidentes-, pues lo relacionado con la "motivación" se agudiza en materia de actos discrecionales, donde es mayor -con relación a los actos reglados- la necesidad de justificar la íntima correlación entre "motivo", «contenido» y «finalidad» del acto.

Debe agregarse que ha sido admitido por la jurisprudencia que la motivación puede ser acreditada en cualquiera de los dos momentos que integran o pueden integrar la «forma» del acto administrativo (en el proceso de formación o en el de expresión de la voluntad de la Administración). Pero en el sub lite no ha sido aportado ningún elemento, ni se ha mencionado actuación alguna que indique la procedencia de la decisión cuestionada.

Ello así, se presenta en la especie una particular situación que deviene decisiva a la hora de resolver, relacionada con la motivación que debe acompañar a la decisión de obrar administrativo, y cuya carencia convierte a dicho acto en arbitrario, como refiriera *supra* (BARRA, RODOLFO, artículo citado). Consecuentemente se impone recurrir a la norma específica que la regula, es decir, el art. 70 inc. d) de la ley 19.549 que consigna al respecto «ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inc. b) del presente artículo».

La exigencia de la motivación -que se agudiza en materia de actos discrecionales-

les-, aparece como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales, y responde a una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales: constituye un requisito referido a la razonabilidad (HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, Astrea, 1987, t. I, p. 159), y sirve para determinar si ha existido o no desviación de poder, esto es «ilegitimidad». «Es necesario un nexo causal entre el objeto del acto y su causa o motivos. La ilegalidad más grave es la que se oculta bajo una apariencia de legitimidad» (MARIENHOFF, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, ps. 446/447). Desde el punto de vista del particular o administrado, el requisito de la motivación «traduce una exigencia fundada en la idea de una mayor protección de los derechos individuales, ya que de su cumplimiento depende que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto» (*El acto administrativo*, CASSAGNE, JUAN C., p. 212). Esta exigencia responde -por otro lado- a que el poder administrador es parte en la relación jurídica que él crea por su voluntad.

Como resulta del propio informe elaborado por la accionada en cumplimiento de lo prescripto por el art. 80 de la ley de amparo, la causa a que alude el inc. b) del art. 70 citado, resulta ser las «razones de índole funcional» aducidas por la autoridad administrativa, como presupuesto necesario -previo a la decisión- de la emanación del acto. Y no puede pensarse que esta exigencia coincide con la motivación requerida al acto administrativo para su validez y que se encuentra prevista en el inc. e) de la norma, como lo pretende la accionada en dicho informe. En efecto, esta motivación es la determinante de la actuación del poder administrador, y la que a criterio

del proveyente, no se encuentra cumplida en la especie.

II.B.6. En orden a los derechos que el amparista considera vulnerados, estima el suscripto que -como lo sostiene el justiciable- la decisión asumida por los directivos del ente fiscal han lesionado derechos y garantías amparadas por el texto constitucional.

En concreto, la ley nacional menciona los siguientes aspectos de quehacer estatal (activo u omisivo), que dan pie al amparo: a) lesionar; b) restringir; c) alterar y d) amenazar, todos ellos en forma actual e inminente. En realidad los tres primeros podrían haberse unificado, puesto que la lesión comprende el daño o perjuicio de cualquier índole y, por tanto, incluye la restricción (reducción, disminución o limitación) y la alteración (cambio, modificación) de un derecho constitucional. Es importante remarcar que la ley 16.986 ha intentado cubrir tanto la amenaza como la lesión, sea parcial o total, a uno o más derechos constitucionales.

II.B.7. La lesión. Su actualidad. La doctrina subraya dos aspectos fundamentales de ese daño. En primer término, debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible. (LAZZARINI, *El juicio de amparo*, p. 243 y ss.). Se excluyen del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. El daño que se pretende reparar será, por tanto, cierto. En segundo término, la ley exige que la lesión sea actual, requisito que produce importantes consecuencias. El amparo no se da para juzgar hechos pasados sino presentes. Sintetizando, el comportamiento estatal que se analiza a través del amparo debe tener vigencia al tramitarse esta acción. Los hechos acaecidos antes de su promoción sólo importan en cuanto ellos, o sus efectos, persistan y se manifiesten durante el juicio; en "los amparos -como bien sostiene BIDART CAMPOS-, debe atenderse

a la situación del momento en que se decide...".

La amenaza. La acción de amparo atiende al pasado exclusivamente en función del presente. En principio el «puro futuro» tampoco interesa en el ámbito del amparo. La Corte Suprema así lo indicó en el conocido caso «India c// Caja de Previsión para Bancarios» en el que aseverara que si la acción versa sobre hechos del porvenir no es admisible. Hay sin embargo, «otro futuro», cuya conexión con el presente es íntima y sólida. Se trata de actos cuya comisión se verificará en un futuro inmediato y que, por ende pueden interesar al amparo.

La jurisprudencia nacional ha aceptado esta conclusión. El amparo trata de salvar en el presente y en el futuro los derechos vulnerados, procediendo cuando los actos o decisiones administrativas constituyen una amenaza de lesión cierta, actual e inminente, cuya identidad justifica el reclamo de tutela judicial. En resumen, el amparo actúa en principio ante la transgresión de un derecho constitucional; pero también, en circunstancias excepcionales, cuando hubiera contra tal derecho una amenaza ilegal de tal magnitud que lo pusiera en peligro efectivo e inminente.

El caso de autos comprende tanto la lesión actual como la amenaza. Este aspecto será desarrollado en el curso del presente resolutivo. Se anticipa que el daño actual se manifiesta a través de la forzada renuncia a un patrocinio letrado que, indudablemente ha de mantenerse en el futuro inmediato constituyendo una restricción o amenaza tangible al libre ejercicio de la actividad profesional.

Resta destacar anticipando opinión que -a criterio del proveyente- se advierte configurado -en un futuro inmediato- el daño a que alude el amparista.

III. Consideraciones generales. Aparece oportuno realizar algunas precisiones

sobre la temática que nos ocupa en este caso, específicamente sobre la actividad propia del órgano administrativo en la fiscalización y verificación, actividad discrecional y otros que estiman de interés.

III.A. Actividades de verificación y fiscalización. La Dirección General Impositiva posee las facultades y consecuentes obligaciones de verificar, fiscalizar y percibir los tributos. Para su efectivo cumplimiento dicho organismo ha sido munido de diferentes funciones, las que permiten indicar que goza de discrecionalidad técnica en su desarrollo. Es así que nuestra legislación instrumentó la forma de ejercer tales facultades, necesarias -por cierto- para el desempeño de su gestión tributaria. Por otra parte, la actividad que se efectúa en relación con la determinación y repetición de los tributos, es una actividad reglada. Actividad regulada por la ley que debe ser observada acorde a los requisitos legales que se establecen. El término fiscalizar comprende el control del correcto cumplimiento de las obligaciones y deberes formales que tienen los sujetos pasivos para con la Administración Fiscal. La potestad de verificación implica comprobar si se produjo, o no, el hecho imponible. Esta tarea puede realizarse en verificaciones internas o externas o solicitando a terceros que suministren información de la verdadera situación fiscal del contribuyente.

Acertadamente señala JARACH que todos los administrados tienen un deber general de colaborar con la Administración, de modo tal que ésta pueda cumplir con las funciones de interés público que le han sido encomendadas. Dicho deber, plasmado en las obligaciones de naturaleza formal impuesto a los particulares, tiene como contrapartida las correlativas facultades del ente administrativo para exigir su cumplimiento (JARACH, DINO, *Curso de derecho tributario*, Cima, 1980, p. 310).

III.B. Facultades discrecionales. El art. 35 de la ley de procedimiento tributario 11.6 (t.o. dec. 821/98) consagra la existencia de amplios poderes de verificación en cabeza del fisco. Haciendo uso de tales poderes, el ente de fiscalización podrá verificar el cumplimiento de los deberes impositivos de contribuyentes, responsables y terceros ajenos a la relación jurídico-tributaria.

Cabe destacar que estas facultades inquisitivas que posee el organismo fiscal posibilitan su accionar discrecional. Pero va de suyo que la inquisición fiscal debe ser limitada y razonable, manteniendo un adecuado equilibrio entre los objetivos y derechos del Fisco (actividad recaudatoria eficaz y certera) y de los responsables (resguardo jurídico con sustento en garantías constitucionales frente a pretensiones fiscales arbitrarias o desmesuradas). Coincidiendo con GRABOWER la misión de la autoridad administrativa consiste en mantener la legalidad y la igualdad, es decir, que el organismo tributario administre los gravámenes conforme a los límites que marca la ley (GRABOWER, ROLF, *Revisión impositivas - Tratado de finanzas de Gerioff - Neumark*, El Ateneo, 1961, ps. 379 y ss.).

Es de recordar que la circular 916 del 26/6/70 de la Dirección General Impositiva (Impuestos, t. 1970-482) regulaba diversos aspectos vinculados a la solicitud de información de terceros, constituyendo verdaderos límites que deberían circunscribir la actuación de los funcionarios administrativos. En lo que resulta de interés para el subexamen, tal circular, acerca de la información de terceros estableció que el requerimiento de información a los citados sujetos sólo debía efectuarse cuando la misma sea necesaria y útil a los fines de la verificación de la situación fiscal de contribuyentes y/o responsables de los tributos a cargo de la DGI. Atento las claras

preceptivas de la circular de marras, es de entender que los funcionarios deberían reimplantar su uso y ser respetuosos de todos los aspectos contemplados en la misma, evitando la generación de excesos que atenten contra la razonabilidad que debe primar en la relación Fisco-contribuyente.

Es criterio admitido que la libertad de actuación, característica del obrar administrativo, es una cualidad ingénita de la función discrecional. Dicha función implica la posibilidad de optar por soluciones diversas en mérito a apreciaciones de conveniencia y oportunidad (ver ROSENBUJ, TULLIO, «Apuntes sobre la discrecionalidad en materia tributaria» -Impuestos, t. 1972, p. 551-). Pero ese accionar de la Administración, resultará procedente siempre que no se vulneren derechos personales garantizados por la Constitución Nacional. En efecto, los actos administrativos deben ser razonables, esto es, causados y adecuados a la finalidad y objeto de la disposición que justifica su existencia.

Para BIELSA, lo discrecional es la libertad que la ley da al Fisco para que elija el camino, los medios y el momento de su acción, precisamente para la mayor satisfacción de la ley; en cambio lo arbitrario es lo que la autoridad hace, según su voluntad, prescindiendo del propósito de la autoridad.

En concreto, la restricción de los derechos de los particulares ha de ser razonable, limitada en el tiempo, sin constituir mutación la sustancia o esencia de un derecho adquirido (CS, 27/12/90, "Peralta Luis"), consagrándose de tal modo el principio de inalterabilidad de las normas supralegales.

III.C. Facultad de la DGI de requerir información. En virtud de lo dispuesto en el art. 107 de la ley 11.683 (t.o. 1998) la DGI está facultada para solicitar información a organismos y entes estatales y privados -incluidos bancos, bolsas y mer-

cados- estando estas entidades obligadas a suministrar los datos requeridos. Esta norma consagra la obligación de los llamados agentes de información, aquellos terceros ajenos a la relación jurídico-tributaria, que por su especial situación en relación al contribuyente pueden tener elementos útiles para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a cargo de la DGI. La situación podría tornarse confusa cuando nos encontramos con los poderes y facultades que el art. 35 de la ley 11.683 otorga a la DGI. En ejercicio de tales facultades el inc. b) de dicho artículo dispone que la Administración Federal de Ingresos Públicos podrá exigir de los responsables o terceros la presentación de todos los comprobantes y justificativos que se refieran al hecho señalado en el inc. a).

En cuanto al contenido del art. 35, éste establece las facultades que tiene la DGI en su tarea de verificación y fiscalización. El ejercicio de tales facultades está dirigido a controlar la veracidad de las declaraciones juradas presentadas por los contribuyentes responsables, tendiente a comprobar la realidad de los hechos impositivos declarados o la posible existencia de otros no declarados. Como se observa, lo fundamental es que la Administración tenga las potestades suficientes para comprobar la veracidad de la situación declarada por el contribuyente. Este aspecto no está de ninguna manera en discusión, atento considerar el proveyente que el organismo recaudador cuenta con un conjunto de normas que provienen de la ley y de sus resoluciones internas que la facultan a realizar la tarea de verificación y fiscalización con potestades amplias, que se justifican en aras del interés general en juego. Sin embargo, de ninguna manera enerva la posibilidad del control jurisdiccional de tal actividad cuando el marco discrecional se ejerce fuera de los límites que las atribu-

ciones regladas le confieren al funcionario actuante.

En ese orden de ideas lo establecido por la ley 11.683 permite afirmar que la DGI carece de las denominadas facultades investigativas para recabar información en abstracto, aspecto este último que nos acerca en cierta medida al caso que nos ocupa, en cuanto observamos el tenor del punto 1 del Memo N° 08/99 de fecha 2/2/1999 proveniente de la División Selección y Control por Orden de Jefatura de Región. Esto no significa que la DGI esté impedida de realizar tareas investigativas en cumplimiento de su poder de policía tributario. Sólo significa que para realizar tal tarea deberá respetar los procedimientos establecidos, desarrollando su labor en el marco de un procedimiento administrativo concreto, con un contribuyente (o contribuyentes) individualizado, donde se le haga saber los cargos e impugnaciones que se le formulan. Todos estos elementos hacen al debido proceso en sede administrativa. Aspectos que olímpicamente ha ignorado la demandada, incluyendo la falta de información al proveyente, que coloca la cuestión en un marco de ilegitimidad como habrá de exponerse en el curso de la presente sentencia.

La tarea de verificación fiscal está hoy en día enfocada a atacar las raíces del fraude fiscal, actuando como una nueva estrategia, lo que no admite crítica, a condición de que la misma responda a un molde dentro del derecho. Dicha actividad llamada antievasión, adquiere dimensión jurídica si en su proceder respeta los límites garantistas del administrado, y no se basa tan sólo en indicios subjetivos del funcionario de turno. Así, podrá existir un control de obligaciones instrumentales, control de obligaciones sustanciales y demás, en tanto y en cuanto se acomoden al principio de legalidad. Si esto último no se cumple, la vigencia de la seguridad jurídi-

ca en el accionar bajo examen seguirá conmoviendo las propias bases de la vida en sociedad. De ahí la importancia que adquiere en el tema el respeto hacia los derechos fundamentales por parte de la inspección tributaria en el ejercicio de sus atribuciones.

La seguridad jurídica es el impedimento que no permite a la Administración desprenderse de los límites legales reglados para cumplir sus tareas. Es imposible negar que la ley procedimental debe dotar al organismo fiscal de facultades para investigar los hechos impositivos buscando el descubrimiento de los que fueron ignorados por la Administración (DÍAZ, VICENTE OSCAR -Impuestos, t. 1986-B, p. 875-). Empero, esta última afirmación no significa justificar que mediante el ejercicio de las facultades procesales de los arts. 33, 35 y concs. de la ley 11.683, se haga de ellos un uso abusivo y arbitrario ajeno a la seguridad jurídica del administrado. No parece aceptable que en un país civilizado alguien pueda sostener que la tutela de los derechos fundamentales pierde consideración ante el sistema procedimental fiscal y que por ello se deje de lado la realización de la idea del Estado de derecho.

Si con el mecanismo preparatorio del art. 35 se obtienen evidencias de la justa cuantía de la verdadera situación tributaria del inspeccionado, existirá seguridad jurídica en tanto que dichas evidencias sean colectadas por funcionarios sin violación de las garantías básicas de los administrados, dado que lo contrario haría que las evidencias en cuestión carezcan del más mínimo valor. El ejercicio de las facultades del mentado artículo por parte de la DGI no puede sujetar su actividad de averiguación a criterios de oportunidad y conveniencia, en el supuesto contrario se estaría violando límites jurídicos precisos. Si bien la administración tiene la responsabilidad de determinar y percibir los impues-

tos, ello de ninguna manera supone olvidar que la dignidad de los individuos siempre debe ser respetada, atendiendo a que cada contribuyente representa una incuestionable prioridad.

Respetando los derechos de los administrados, y sin interferir en la vigencia de sus negocios mediante exigencias carentes de toda razonabilidad, la DGI está autorizada para poner en marcha el uso racional de las facultades inquisitorias. Si esto no se cumple, como trasluce en el sub lite, la seguridad jurídica entra en franca crisis. BALDASARRE SANTAMARÍA sostiene que si bien es un carácter común de la inspección tributaria el trato fuertemente autoritario, ello no es óbice para que rijan garantías plenas para el administrado (BALDASARRE SANTAMARÍA, *Le ispezioni tributario*, Guiffré Editore, Milano, 1993).

No se podrá decir, con fundamento válido, que la degradación del interés subjetivo del contribuyente está inserto en cánones procesales de legitimidad, desde el momento que tal degradación permitiría transformar en letra muerta expresas disposiciones constitucionales que el legislador ha tomado debido cuidado en afirmar, sin que ellas puedan ser interpretadas en la esfera oficial como una traba a la acción rápida de inspección. El exceso de poder o desviación de poder en el ejercicio de las atribuciones del art. 35 de la ley 11.683, aparece en un mundo organizado como la respuesta adecuada, en el sentido que no existe seguridad jurídica para el administrado. El conjunto normativo procesal examinado no acoge la flexibilidad jurídica del desplazamiento de la exégesis del art. 35 en especial. Los intentos que se puedan realizar en dicho alcance, son efímeros, habida cuenta que el control de legalidad del ejercicio de las mentadas facultades administrativas pertenece a la esfera judicial.

Si la inspección actúa sin un juicio de serenidad -munido de ofuscación o apasio-

namiento del funcionario fiscal- no podrá decirse que ello está en los moldes de un Estado de derecho. No obstante que la inspección actúe en el cauce procedimental -como en el caso de la actuación del órgano ante un tercero- tal circunstancia no autoriza a considerar que la inspección deba dejar de ser neutral al extremo, porque abandonar la neutralidad jurídica es abrazar la inseguridad y la arbitrariedad.

IV. Sobre el fondo del caso. A tenor del soporte fáctico sucintamente enunciado en el punto I. de estos considerandos, el abogado Roberto Lucas Vollenweider peticiona amparo judicial como medio para la obtención de la tutela que le asegure el derecho al trabajo y de defensa en juicio, frente al actuar del organismo recaudador al que atribuye prácticas discriminatorias hacia su persona. Postura que es rechazada por la accionada, al punto de sostener que el actor es objeto de investigación, al igual que otros letrados, por considerar que su conducta impositiva revela indicios de evasión e interés fiscal. Añade la accionada que ha utilizado las atribuciones conferidas tanto por la ley de procedimientos tributarios, como las reglamentaciones emanadas de la autoridad superior y las internas de la propia Región Rfo Cuarto.

Conforme explicita el informe de fs. 71/84 se solicita originariamente informes al Colegio de Abogados de esta ciudad sobre letrados con mayor cantidad de causas iniciadas en el año 1997/1998. Siendo infructuoso el resultado procede actuar conforme los instructivos que permiten planificar la actividad trimestral que implementa y lleva a cabo por medio de analistas de la División de Selección y Control de Verificación. Tal actividad está direccionada a obtener datos sobre personas o situaciones que revelen indicios de evasión fiscal y/o presunto interés fiscal. Como consecuencia de tal procedimiento y siguiendo el desarrollo del mentado in-

forme, resulta preseleccionado el abogado Vollenweider quien luego de la evaluación, fuera finalmente seleccionado. Circunstancia esta que hace que Jefatura de Región disponga su investigación, a cuyo fin instruye a la División de Fiscalización para obtener datos mediante el procedimiento de información de terceros. Es así que se confeccionan las actas que glosan a fs. 1, 2, 6, 7, 8, 9 y 10.

Tal procedimiento aparenta reunir los recaudos previstos en las normas procesales que reglan la cuestión. Mas ello se desvanece al momento de profundizar la correspondencia entre los hechos que revelan la exposición con los datos reales, que fueran extraídos del contexto general del tema. Ello permite anticipar opinión del resultado favorable a la pretensión del accionante.

El informe brindado por la demandada contiene un andamiaje estrictamente dogmático Y divaga sobre las diversas normativas que le otorgan facultades investigativas, de verificación y fiscalización. Ello no es otra cosa que una mera afirmación teórica, que inexplicablemente no tiene correlato en las formas en que debe plasmarse el actuar administrativo. No obstante aseverar categóricamente que el abogado Roberto L. Vollenweider resultó preseleccionado por los analistas de la División de Selección y Control de Fiscalización, posteriormente seleccionado e investigada su situación fiscal, no se aportaron elementos que demuestren que ello efectivamente ocurrió así. Advertida tal circunstancia por el tribunal, se dispuso como «medida para mejor proveer» la remisión de la totalidad de las actuaciones administrativas pertinentes, mereciendo la insólita respuesta que ello había sido ya informado en oportunidad de dar cumplimiento al art. 80 de la ley 16.986. Evidentemente no cabe otra alternativa que considerar inexistente la mentada preselección.

el procedimiento practicado para concluir en la selección como presunto evasor con interés fiscal y la orden de investigación generada en la Jefatura de la Región. Todo ello en razón de haberse anexado únicamente fotocopias de la normativa general emanada de la superioridad y referida al procedimiento de preselección, selección, asignación de cargos y seguimiento y control (ver fs. 59/66). Además, la asignación de cargos a los inspectores, las actas labradas y los descargos producidos por aquéllos. Fuera de esto nada. Circunstancia que no satisface mínimamente lo requerido, en virtud que la medida peticionaria apuntaba a actos administrativos concretos y de conocimiento necesario para la resolución de la presente acción. En efecto, no escapará a nadie que el proveyente debe conocer imperativamente el substrato que da origen a la cuestión planteada, ya que su existencia coadyuvará a inclinar la decisión en favor de una u otra de las posturas de los litigantes. La solicitud concreta era conocer si se habían cumplido las pautas del procedimiento reglado para la preselección, selección, asignación de cargos, control y descargo de los mismos, respecto del actor. Es decir, obtener la fuente informativa a través de los documentos que tornarían -en principio- legítimo el obrar administrativo y evitar de este modo caer en meras exposiciones o afirmaciones vacías de sustento documental.

Pero, lo concreto para dilucidar el caso es la imposibilidad de conocimiento sobre el procedimiento selectivo invocado en el informe. Este hecho produce la firme convicción en el proveyente que las verificaciones practicadas a terceros lo fueron por la única razón de ser el abogado investigado un letrado con activa participación en procedimientos administrativos y/o judiciales contra la AFIP. Además, también crean la convicción que la finalidad perseguida por el obrar administrativo estaba

direccionada a amedrentar, alarmar, atemorizar, coaccionar y, cualquier otro calificativo que quiera utilizarse y que representa la clara intencionalidad de desalentar al cliente del letrado. En otras palabras, la investigación se produce por el solo y simple hecho de ser el amparista litigante contra la DGI. Este aspecto queda claramente reafirmado desde el momento que se procede a analizar el insólito Memo N° 08/99 sin firma, aparentemente emitido por la División de Selección y Control, según orden de la Jefatura de Región (reservado su original en Secretaría y en fotocopia glosados a fs. 29, 36, 46, 52 y otras). El obrar ilegítimo de la accionada se consolida cuando en el punto 1 se lee: «Efectuar actuación ante el contribuyente a fin de que informe quién o quiénes han intervenido en el asesoramiento legal, para la defensa de actas de infracción labradas por esta AFIP, ante la instancia administrativa en División Jurídica o ante la instancia judicial con la disposición de clausura y/o aplicación de sanciones, indicando apellido y nombre, domicilio y N° de CUIT». Este innecesario instructivo revela el verdadero objeto de la investigación, esto es así por cuando el propio informe está reconociendo la innecesidad de tan peculiar modo de actuar al afirmar que «... Cabe confirmar por otra parte, que los aludidos contribuyentes habrían sido patrocinados o asistidos por el accionante, en actuaciones administrativas sobre las cuales la Administración tenía conocimiento por surgir de las actuaciones administrativas labradas ante el organismo o por haber sido parte en el proceso judicial. Dicha fuente de información resulta absolutamente confiable por constituir instrumentos públicos emanados de esta Administración o surgir de expedientes judiciales». (ver fs. 74). Lo que nos lleva a interrogarnos si la propia demandada contaba con la totalidad de los antecedentes como expresara y éstos constitu-

yen fuente de información «absolutamente confiable» por tratarse de instrumentos públicos emanados de la propia DGI o encontrarse en expedientes, judiciales. ¿Por qué razón se confeccionó el inconsistente Memorandum N° 08/99? ¿Qué otro dato diverso podría obtenerse si ya se contaba con la totalidad de la información? La respuesta, es una sola, dar apariencia de formalidad al trámite de solicitud de informes a terceros. Mas, tal actitud no ha servido sino para reafirmar el pleno convencimiento del suscripto acerca de la materialización de un acto de formalidad más aparente que real y dictado para encubrir su verdadera finalidad cual es discriminar al abogado Roberto L. Vollenweider por la exclusiva razón de litigar permanentemente en su contra.

Por otra parte, tal memorando además de inmotivado es formalmente inadmisibles por no cumplir recaudos mínimos para su validez como acto administrativo, refiriéndose en la especie a la falta de firma del funcionario responsable. Asimismo, el texto de tal memorando ha avanzado sobre las facultades discrecionales que pueden emerger del proceso reglado. Sobre ello, resulta claro lo establecido por la ley 11.683, que permite afirmar que la DGI carece de las denominadas facultades investigativas para recabar de terceros información en abstracto.

No sólo el informe brindado ha sido remiso en el aporte de datos; los testimoniales que como «medida para mejor proveer» dispusiera el Tribunal en la persona de los inspectores que labraron las actas en cuestión, han sido desdeñosas, superficiales y ligeras en sus apreciaciones. A pesar de ello, han sido contestes en dos aspectos: 1. Han ratificado que en sus intervenciones han actuado conforme el Memo N° 08/99, que sólo recabaron información de terceros asistidos profesionalmente por el doctor Vollenweider; y 2. Han reconoci-

do un procedimiento usual, el cual dicen conocer por dichos de otros o por comentarios de pasillo. Sin hesitación alguna se puede colegir que la información recabada a terceros sobre causas administrativas y/o judiciales contra la DGI lo fue en relación a la persona del actor. Y que en lo personal, no han intervenido en otras actuaciones vinculadas a otros profesionales, no obstante haber afirmado tratarse de un proceso usual el que sólo conocen por dichos de terceros, más no por vivencias propias, lo que descalifica el valor de sus dichos sobre este aspecto. Queda demostrado entonces el carácter discriminatorio al que es sometido el accionante, aspecto que el tribunal deberá hacer cesar en lo inmediato por haberse demostrado la existencia de una "urgencia objetiva" que da sólido sustento al amparo preventivo requerido.

Las conclusiones precedentes no importan en manera alguna, desconocer las amplísimas potestades que otorgan a la AFIP-DGI no sólo la ley de procedimientos tributarios, sino también las normativas generales y específicas emanadas de autoridad administrativa, en materia de verificación y fiscalización. Incluye esto, el reconocimiento de la facultad investigativa de la demandada sobre cualquier situación o contribuyente -hasta el propio actor- que merezca un verdadero y real interés fiscal. Todo en razón de la supremacía de los intereses generales en juego. No obstante ello, el obrar del ente recaudador como cualquier otro organismo o repartición debe quedar bajo el debido control jurisdiccional cuando el mismo transgrede los límites de las atribuciones que le reconoce la normativa sobre la materia. Igualmente y, aunque se admite pacíficamente determinada discrecionalidad, cuando ésta avanza por encima de la propia actividad reglada constituyéndose en instrumento de corrosión de la seguridad

jurídica en su relación con el administrado aparece como vía idónea la del amparo en sede jurisdiccional para restringir tal avance. Cuando el obrar excede los límites de la razonabilidad, se trasluce un claro abuso de derecho por desviación de poder del funcionario de turno, cuyo actuar con sesgo de marcada arbitrariedad lesiona, restringe o amenaza derechos constitucionales de rango superior o impide el ejercicio del derecho al debido proceso. Es obligación de la justicia en ejercicio de sus funciones de contralor poner freno a las conductas abusivas que, como las del caso de autos, están viciadas por manifiesta arbitrariedad.

En tal orden de ideas, ha quedado debidamente demostrado la veracidad de los dichos expuestos por el actor en su demanda. Como también que la cuestionada actuación administrativa ha afectado y amenaza continuar en tal línea el ejercicio de su actividad profesional de abogado, como asimismo se le ha conculcado el ejercicio del derecho de defensa.

V. Al resultar descalificado el proceder administrativo, corresponde el acogimiento de la demanda. En tal sentido, se habrá de ordenarse a la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva se abstenga de continuar con la utilización de la metodología implementada en relación al abogado Roberto Lucas Vollenweider. Al propio tiempo se ordenará dejar sin efecto el punto 1 del Memo N° 08/99 (DV SCRC) de fecha febrero 2 de 1999 dirigida a División Fiscalización Externa, cumplimentando orden de Jefatura de Región, ello por las razones extensamente explicitadas.

VI. Costas a la accionada vencida por no existir razones que permitan apartarse del principio objetivo de la derrota en juicio (art. 68 del Código Procesal). No existiendo base económica al honorario profesional de los patrocinantes del actor se re-

gularán conforme las pautas estatuidas por los arts. 6° y 8° de la ley 21.839. No se regularán honorarios a los letrados de la demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 20 de la ley mencionada.

Por todo ello y normas legales citadas, RESUELVO:

1. Rechazar la acción de *habeas data* por la razones expresadas en el Considerando II.A.

2. Acoger favorablemente la acción de amparo interpuesta por el abogado Roberto Lucas Vollenweider en contra de la Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva por los fundamentos que fluyen de los considerandos del presente decisorio.

3. Consecuentemente, ordenar a la demandada se abstenga de continuar con la

utilización de la metodología implementada en relación al abogado Roberto Lucas Vollenweider.

4. Asimismo, dejar sin efecto el punto I del Memo N° 08/99 (DV SCRC) de fecha febrero 2 de 1999 dirigido a División Fiscalización Externa, cumplimentando orden de Jefatura de Región.

5. Costas a la accionada. Regular los honorarios de los abogados Jorge Alberto Valverde y Diego Miguel Paschetta, en conjunto y proporción de ley. No regular honorarios a los letrados de la demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 20 de la ley 21.839.

6. Protocolizar la presente y hacerla saber, personalmente o por cédula.

Dr. Luis R. Martínez.