

## Campana Promocional Juegos De Azar Loteria Nacional Pago De Tasas Decreto 588 98

### JURISPRUDENCIA

Campana promocional. Juegos de azar. Lotería Nacional. Pago de

tasas. Decreto 588/98 Se revoca la sentencia apelada por las codemandadas, y se rechaza la demanda que persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del decreto 588/98 y de los arts. 5, 6 - inc. f), 9 y 12 de la resolución 157/98 de Lotería Nacional; por entender que no se trata aquí del requerimiento de tasas sin respaldo legal, sino del pago de un precio que deriva del hecho de que el particular obtiene un beneficio: la posibilidad de incrementar las ventas (o el conocimiento público) de sus productos mediante una operatoria promocional particular, que implica incursionar incidentalmente en el ámbito de los juegos de azar.

En Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los veintiún días del mes de abril de dos mil quince, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver los recursos de apelación interpuestos en la causa ?Farmacity S.A. C/ PEN- Dto. 588/98 y otro S/ Proceso de Conocimiento?, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? El Juez de Cámara, Dr. Jorge F. Alemany, dijo: I.- Que por medio de la sentencia de fs. 676/682 la Jueza de primera instancia hizo parcialmente lugar a la demanda interpuesta por la empresa Farmacity S.A. contra el Estado Nacional y Lotería Nacional S.E., y declaró la inconstitucionalidad del artículo 5 del decreto 588/98 y de los artículos 5º, 6º, inciso f), 9º y 12º de la resolución 157/98 de la Lotería Nacional; y desestimó la demanda en lo relativo al cuestionamiento del artículo 15 de esta última. Asimismo, impuso las costas del proceso en el orden causado, y reguló los honorarios del perito contador Víctor Nicolás Ortiz en 3.100 pesos. Para resolver en esos términos, en primer lugar, recordó que en el artículo 5 del decreto señalado, el Poder Ejecutivo facultó a Lotería Nacional S.E. a fijar porcentajes de distribución con fines de asistencia social en los concursos, sorteos o competencias de carácter promocional, y, en esos términos, esa sociedad del estado dictó la resolución 157/98, mediante la cual se dispuso la obligación de solicitar autorización para realizar concursos, sorteos o competencias de tipo promocional o propagandístico, tal como las realizadas por la demandante, que se efectúen por medios masivos de comunicación, en la que la resolución de los ganadores se determine total o parcialmente a través del azar. Además, se dispuso que para contar con dicha autorización, se debía pagar ... pesos en concepto de ?derecho? para la tramitación de cada solicitud, y un ?arancel? de ... pesos en concepto de gastos y fiscalización por cada operatoria comercial que se lanzare al mercado. Por otra parte, también se dispuso que el 5% de lo recaudado debe ser destinado a fines de asistencia social, y que todo premio asignado que no fuera retirado por el ganador dentro del plazo determinado en las bases del concurso, debería ser transferido por el organizador a la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación. Con fundamento en lo resuelto por la Sala IV de ésta Cámara en los autos ?Nestlé Argentina S.A. y otros c/ EN- PEN- Dto. 588/98 s/ Proceso de Conocimiento?, del 3 de septiembre de 2002, sostuvo que ese régimen normativo impugnado por la demandante no se refería a competencias propias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y tampoco se hallaba en pugna con las facultades conferidas a la Secretaria de Comercio de la Nación por la ley 22.802. Sin embargo, sostuvo que, sin perjuicio de las facultades conferidas a Lotería Nacional S.E. para ejercer el poder de policía en materia de juegos de azar, por medio de esas normas se habían establecido verdaderos tributos a cargo de la empresa actora, en violación al principio de legalidad que rige en materia tributaria, que concretamente surge de los artículos 4, 17, 52 y 75, inciso 22 de la Constitución Nacional. Ello así, toda vez que la disposición de un porcentaje del total de lo obtenido en un programa de premios con destino a un fin social, constituye un impuesto, y que la obligación de pagar ?derechos? o ?aranceles? en virtud del cumplimiento de una actividad estatal determinada constituía una ?tasa?, es decir, otra especie de obligación de naturaleza tributaria. Por tales motivos, y en atención a que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal que así lo disponga, ordenó la devolución de las sumas ingresadas, más los intereses que se devengaran hasta el efectivo pago, calculados a la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina. Por último, y toda vez que a criterio del magistrado no se había acreditado en estas actuaciones la transferencia de premios que hubiesen sido asignados y no reclamados por los ganadores de los concursos promocionales realizados por la demandante, en favor de la Secretaria de Desarrollo Social, tal como se establecía en el artículo 15 de la resolución 157/98, sostuvo que en el caso no se configuraba un ?caso? o ?causa? en los términos del artículo 2 de la ley 27 que habilitara el control judicial de esa estipulación normativa. II.- Que Lotería Nacional S.E. y el Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social apelaron y expresaron agravios a fs. 726/730 y 731/737, respectivamente, y fueron replicados en una misma presentación por la contraria a fs. 761/769vta. Por su parte, la empresa Farmacity S.A. apeló y expreso agravios a fs. 738/746, los que fueron replicados a fs. 756//758 y 759/760 por las contrarias. A fs. 711 el perito contador apeló los honorarios regulados en estas actuaciones por

bajos. III.- Que, en primer lugar, la demandante se agravia de la tasa de interés aplicada en la sentencia, pues sostiene que la tasa pasiva no cumple con la función resarcitoria que tienen los intereses. Sostiene que en la actualidad macroeconómica, la tasa reconocida se encuentra por debajo de los índices inflacionarios, lo que no permite compensar la imposibilidad de disponer de los fondos que fueron exigidos sin causa, ni la pérdida de valor adquisitivo de los valores reconocidos en la sentencia. Por otra parte, se agravia del modo en que fueron impuestas las costas, puesto que no se condice con el resultado de la causa, en atención a que su parte resultó sustancialmente vencedora en el pleito. Por su parte, las demandadas se agravian de la sentencia apelada por cuanto en ella se sostiene que Lotería Nacional no resulta competente para disponer la creación de derechos y tasas. En tal sentido, señalan que en la ley 18.226, artículo 5º, se autorizó expresamente a la ex Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos (antecesora de la actual Lotería Nacional. Sociedad del Estado) a fijar derechos y tasas inherentes a las explotaciones a cargo del organismo, y que las normas cuestionadas en estas actuaciones, es decir, el decreto 588/98 y la resolución 157/98, fueron dictados en el marco de la competencia atribuida a ese organismo con el objeto de organizar, dirigir, administrar y explotar los juegos de azar y de apuestas mutuas y actividades conexas. En ese sentido, sostienen que los derechos percibidos por Lotería Nacional S.E. no tienen naturaleza tributaria, sino que configuran un precio del cual deben hacerse cargo las empresas que voluntariamente organizan premios, sorteos o promociones sujetas a su control y fiscalización. Destacan que la decisión de organizar ese tipo de premios, depende exclusivamente de la voluntad de la empresa, quien no se encuentra obligada a emplear procedimientos aleatorios y, por tanto, sujetos a la habilitación y el control de la Lotería Nacional S.E. Por ello, toda vez que ese organismo presta un servicio que comprende la realización de tareas administrativas y de control, sostienen que resulta razonable que quien insta y recibe la prestación de un servicio sea quien se haga cargo del costo que dicha actividad implica. Por otra parte, señalan que la empresa actora no se encuentra legitimada para impugnar el régimen jurídico cuestionado, pues al momento de solicitar la autorización para realizar los concursos y sorteos sometido a la fiscalización de Lotería Nacional S.E., había aceptado y consentido ese régimen sin ningún tipo de reservas. En este sentido, señalan que el acto mediante el cual el organismo demandado autoriza al organizador a realizar los concursos o sorteos como los que tuvieron lugar en la especie constituye un acto administrativo bilateral en su formación, y que por ello, se requiere no solo la voluntad de la entidad emisora, sino también la del administrado; en consecuencia, sostienen que la pretensión impugnatoria deducida en estas actuaciones resulta contradictoria con la conducta desarrollada anteriormente por el demandante. Por todo ello, solicitan que se haga lugar a su recurso de apelación, se revoque la sentencia apelada, con costas de ambas instancias a la accionante.

III.- Que a fs. 771/774 el señor Fiscal General Subrogante dictaminó sobre las inconstitucionalidades planteadas respecto del decreto 588/98 y la resolución 157/98. IV.- Que, en tal sentido, en atención a los extremos sostenidos en la sentencia de primera instancia, y a las expresiones de agravios deducidas por las partes demandadas, a los fines de resolver el fondo de la causa, corresponde determinar la naturaleza jurídica de los derechos, tasas, y de la obligación de ingresar un porcentaje de lo recaudado, fijados por la demandada Lotería Nacional S.E. en los artículos 5º, 6º y 12º de la resolución 157/98, es decir, si tienen naturaleza tributaria o no, para determinar si dicho organismo cuenta con facultades suficientes para imponer por sí sola el pago de tales obligaciones, o, en su caso, si se excedió en el ejercicio de sus competencias. V.- Que, en primer término, corresponde reseñar las normas que determinan las competencias de Lotería Nacional Sociedad del Estado. En tal sentido, cabe señalar que por medio de la ley 18.226 se le otorgó a Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos, dependiente del Ministerio de Bienestar Social de la Nación, la explotación, manejo y administración de la lotería nacional y de los casinos y salas de juego de azar a su cargo. En virtud de esa misma norma, se le otorgó a la Junta de Administración de esa entidad, la facultad de fijar derechos y tasas inherentes a las explotaciones a cargo del organismo (cfr artículos 1º, 3º, y 5º, inciso c), de la ley 18.226). Por medio de la ley 22.868, se cambió la denominación del organismo a Lotería Nacional, y, posteriormente, en ejercicio de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo Nacional por la ley 23.696, por medio del decreto 598/90 se dispuso transformar al organismo Lotería Nacional en la empresa Lotería Nacional Sociedad del Estado, regida por la ley 20.705. Por medio de ese decreto, no solo se aprobó el estatuto de la nueva sociedad, sino que también se le asignaron todas las atribuciones, derechos y obligaciones que correspondían a sus antecesoras. En el Estatuto, entre otras previsiones, se determinó que la sociedad tiene por objeto la organización, dirección, administración y explotación de juegos de azar y de apuestas mutuas y actividades conexas (Artículos 2º y 3º del decreto 598/90, y artículo 4º del Anexo I de ese decreto), y, además, se amplió el ámbito de actuación fijado en la ley 18.226, puesto que se le atribuyó también el contralor de los juegos de azar, rifas, tómbolas y otras actividades conexas (cfr. el artículo 6º del Anexo I, citado; y esta Cámara, Sala IV, Nestlé Argentina S.A. y otros c/ EN - PEN dto. 588/98 s/ Proceso de Conocimiento?, del 3 de septiembre de 2002). En ese marco, por medio del decreto 588/98, y en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 99, inciso 1, de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo dispuso que todo concurso, sorteo o competencia que implique una participación directa o indirectamente onerosa o promocional que conlleve una elección aleatoria para determinar el ganador, que se efectúe mediante la utilización de un medio de comunicación de carácter masivo, ya sea gráfico, radial o televisivo, deberá contar

con la previa autorización de Lotería Nacional Sociedad Del Estado?. También, se dispuso que ?de las sumas provenientes de la recaudación obtenida de los concursos, sorteos o competencias directa o indirectamente onerosos (...), se destinará como mínimo, un treinta y cinco por ciento (35%) para la asignación de premios, facultándose a Lotería Nacional Sociedad del Estado a establecer los demás porcentajes de distribución que correspondan teniendo en cuenta fines de asistencia social? (artículo 1º y 5º). En tal sentido, por la resolución 157/98, y sus modificatorias, Lotería Nacional S.E. reglamentó el procedimiento para autorizar la organización de esos premios. En cuanto aquí interesa, en los artículos 5º y 6º, se determinaron los requisitos exigidos para tramitar la autorización para efectuar las campañas promocionales descriptas anteriormente, entre los que se encuentra la necesidad de contar con el ?recibo de pago por la suma de pesos ... (\$ ...) en concepto de Derecho de tramitación de la solicitud?; y, en el artículo 9, se dispuso que ?con el objeto de solventar los gastos que demanden los controles y fiscalización que fuere menester realizar, se deberá abonar un arancel de pesos ... (\$ ...) por cada operatoria promocional que se lance al mercado? (el resaltado no es del original). Asimismo, en el artículo 12 se dispuso que cuando se realicen esas campañas promocionales, ?el organizador deberá destinar como mínimo el cinco por ciento (5%) de la suma que resulte del total del programa de premios que se haya establecido para dicha promoción, el que se asignará a los fines de asistencia social?, y que, según se dispone en el artículo 13, deberán ser depositadas en una cuenta a la orden de la Secretaria de Desarrollo Social. Cabe destacar que por medio de la resolución 17/11 (B.O. 21/02/2011), Lotería Nacional S.E. derogó el régimen establecido por la resolución 157/98, y sus modificatorias, sustituyéndolo por uno similar en el cual se mantuvieron los puntos cuestionados por la empresa demandante y se actualizaron los valores de esos, así denominadas, ?derechos? y ?aranceles?. VI.- Que, en primer término, cabe recordar que la tasa ha sido definida como una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, con estructura jurídica análoga al impuesto y del cual se diferencia únicamente por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que en este caso consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar el pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en el mismo, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50, 222; 312:1575; 323:3770 y 326:4251; 331:1942). Sin embargo, en atención a la similitud que a priori puede existir entre estos tipo de ingresos de derecho público respecto de aquellos de derecho privado desde una óptica financiera, resulta indispensable para la solución del pleito, determinar ante todo la naturaleza jurídica de las prestaciones que la actora debe abonar a Lotería Nacional por la autorización para organizar premios o sorteos, y por los servicios vinculados al ejercicio de facultades de control y fiscalización, pues la cuestión de fondo dependerá sustancialmente según se considere que la fuente de esas obligaciones resultan una imposición coactiva del Estado con las características de las tasas, o por el contrario, se trata de precios que el Estado fija de modo uniforme y obligatorio para todos los usuarios. Sin perjuicio de ello, cabe destacar que el problema de la discriminación de las tasas respecto de aquellos ingresos de derecho privado, es uno de los más delicados del derecho tributario (Giannini, A.D., Istituzioni di Diritto Tributario, Giuffrè, Milano, 1968, pág. 64). Concretamente, el criterio se sustenta en la naturaleza de la relación o vínculo jurídico que existe entre el ente público que realiza la actividad estatal y la persona en quien se individualiza; es decir, ?tratándose de una relación contractual, basada en la libertad de las partes, habría ingreso de derecho privado; en cambio si aquella nace en virtud de la ley, con prescindencia del particular (a lo sumo, en ciertos casos, éste pondría en acción al mecanismo legal), entonces nos hallaríamos frente a la tasa? (Giuliani Fonrouge, Carlos M., Derecho Financiero, Vol. II, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 1076). Sin embargo, dicho autor italiano también ha señalado que, no existe un elemento material distintivo al que se le pueda atribuir una influencia decisiva y constante sobre el carácter jurídico de la relación en cuestión, y que ese carácter debe ser deducido, esencialmente, del tratamiento legislativo al que se encuentra sometido ese vínculo jurídico, teniendo especialmente en cuenta su desarrollo histórico (Giannini, A.D., obra citada, pág. 68). VII.- Que sentado ello, y con respecto a la naturaleza jurídica del ?derecho de tramitación de solicitud? y del ?arancel? para solventar los gastos que demandan los controles y fiscalización previstos por los artículos 6º y 9º de la resolución 157/98, cabe señalar que la obligación de su ingreso no tiene origen en una ?relación contractual? basada en la libertad de las partes, sino en una norma de carácter general emitida por una Sociedad del Estado en ejercicio de competencias legalmente atribuidas (cfr. leyes nro. 18.226 y 22.868, y decretos 598/90 y 588/98). En efecto, y tal como se señaló, por el decreto 588/98 se dispuso que ?todo concurso, sorteo o competencia que implique una participación directa o indirectamente onerosa o promocional que conlleve una elección aleatoria para determinar el ganador, que se efectúe mediante la utilización de un medio de comunicación de carácter masivo, ya sea gráfico, radial o televisivo, deberá contar con la previa autorización de Lotería Nacional Sociedad Del Estado?. Ello así, toda vez que el Poder Ejecutivo Nacional consideró indispensable regular las diversas modalidades de juegos de azar y orientar el producido de aquellas para atender a los requerimientos de la sociedad. De los considerandos de ese decreto, surge que ?corresponde al Estado, ejerciendo una facultad indelegable e irrenunciable, hacer uso del poder de policía en la materia, evitando que la explotación de juegos de azar se constituya en una fuente indiscriminada de lucro para los particulares y que, a la vez, asegure la transparencia en la modalidad y práctica de los

mismos?. Para cumplir con dichos objetivos, se indicó que "corresponde establecer los requisitos, condiciones y obligaciones que deberán cumplir y observar las personas que de cualquier modo intervengan en la organización, administración o explotación de tales juegos" (considerandos 1º, 2º y 3º). En tal sentido, cabe destacar que si bien la decisión de organizar y realizar campañas promocionales introduciendo juegos de azar constituye una decisión empresarial voluntaria del demandante, no cabe duda que la actividad estatal que se pone en marcha una vez realizada la solicitud de la autorización para poder realizarla, es decir, las tareas de control y fiscalización a cargo de Lotería Nacional, y la relación que se genera entre el organismo y el solicitante, tiene origen en un vínculo jurídico normativo que cuya finalidad radica en la satisfacción de un interés público y no del particular, es decir en regulación y el control de la explotación de juegos de azar; por ello, los "derechos y aranceles" en cuestión, deben ser consideradas tasas, sujetas al principio de reserva legal. Es del caso señalar, que no resulta óbice para esa calificación el hecho de que para poner en marcha esa actividad estatal, sea necesario una exteriorización de la voluntad del particular, toda vez que al mediar su requerimiento y ponerse en ejecución la correspondiente actividad administrativa, se crea una relación obligatoria que determina el pago de la tasa (v. Giannini, pág. 61; y Giuliani Fonrouge, pág. 1074). Ello así, toda vez que si excluyéramos de esas categorías tributarias a aquellas obligaciones en las que la decisión voluntaria del particular resulta necesaria para que se ponga en marcha la actividad estatal, la "tasa de justicia" creada por la ley 23.898 o la "tasa de estadística" dispuesta por la ley 22.415, por ejemplo, no revestirían el carácter de tasa, toda vez que interponer una demanda o la importación o exportación de una mercadería, constituyen actos voluntarios del particular que puede o no realizar, y, en ese caso, no debería ingresarla. Por otra parte, no es posible considerar que los importes en cuestión puedan ser calificados como "precios públicos", es decir, de recursos no tributarios, ya que son exigidos de manera coactiva por una sociedad estatal que ejerce el monopolio en materia de regulación y control de los juegos de azar (cfr. Tribunal Constitucional español, sentencia 185/1995, del 14 de diciembre de 1995).

VIII.- Que, por otra parte, y con respecto a la previsión dispuesta en el artículo 12º de la resolución 157/98, es decir, la obligación de destinar como mínimo el 5% de la suma que resulte del total del programa de premios que se haya establecido a fines de asistencia social, cabe recordar que los "impuestos" configuran una obligación pecuniaria, exigida por el Estado u otro ente público en virtud de una ley formal, surgida por la producción de los hechos imposables realizados por el sujeto pasivo. Los "impuestos" se caracterizan por ser tributos no vinculados, es decir, que su nacimiento no se encuentra relacionado a una actividad estatal individualizada en, requerida por o prestada al sujeto que realiza el hecho imponible, tal como si ocurre en las tasas o las contribuciones especiales, sino que los impuestos tienen como antecedente la realización de una hipótesis de incidencia (Ataliba, Gerlado, Hipótesis de Incidencia Tributaria, Instituto Peruano de Derecho Tributario, Lima, 1987, pág.162), que refleja una manifestación de capacidad contributiva del particular (Jarach, Dino, El Hecho Imponible, Abeledo Perrot, 2004, págs., 85/86). Cabe añadir en tal sentido, que no existe acuerdo alguno de voluntades entre el Estado y los individuos sujetos a su jurisdicción con respecto al ejercicio del poder tributario implicado en sus relaciones; los impuestos no son obligaciones que emerjan de los contratos sino que su imposición y su fuerza compulsiva para el cobro son actos de gobierno y de potestad pública (Fallos: 152:268; 218:596, 223:233; 318: 676; 332:2872, entre otros). Teniendo ello en cuenta, es que corresponde señalar que por medio de aquella resolución, a partir de la autorización que surge del artículo 5º del decreto 588/98, Lotería Nacional S.E. estableció que el organizador debería destinar como mínimo el 5% de la suma que resulte del total del programa de premios a fines de asistencia social, y que ese porcentaje debe ser depositado a la orden de la Secretaría de Desarrollo Social. Es decir, que por medio de los artículos 5º del decreto 588/98, y 12º de la resolución 157/98 se dispuso la obligación de ingresar a cuenta de una dependencia del Estado Nacional, un porcentaje del total de los ingresos obtenidos por los organizadores de aquellos premios o sorteos sometidos al régimen de esas normas. En tal sentido, y en función de lo expuesto, resulta razonable concluir que la obligación establecida por el artículo 12 de la resolución 157/98, posee características similares a aquellas de naturaleza tributaria. Ello así, pues la norma define un presupuesto de hecho que, al verificarse en la realidad del caso concreto, da origen a la obligación de ingresar al erario público una suma de dinero, en las condiciones establecidas por ella; y la obligación tiene por fuente un acto unilateral del Estado y su cumplimiento se impone coactivamente a los particulares afectados, cuya voluntad carece, a esos efectos, de toda eficacia (arg. Fallos: 318:676, considerando 8º; 332:2872).

IX.- Que, en este entendimiento, es preciso recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta categórica en cuanto a que los principios y preceptos constitucionales prohíben a otro Poder que el legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas" (Fallos: 321:366 y sus citas), y concordemente con ello ha afirmado que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales, esto es, válidamente creada por el único poder del Estado investido de tales atribuciones (Fallos: 316:2329; 318:1154; 319:3400 y sus citas, entre otros). En este sentido, se ha afirmado que "el primer principio fundamental del Derecho Tributario Constitucional, lo que podríamos llamar la "partida de nacimiento" del Derecho Tributario, es el principio de legalidad,...llamado también principio de reserva de ley (Jarach, Dino: Curso de Derecho Tributario, Ediciones Cima, 1980, p. 75)" (Fallos 323:3770, del dictamen del

procurador al que se remitió íntegramente la Corte). De la doctrina precedentemente reseñada surge que ni un decreto del Poder Ejecutivo ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear válidamente una carga tributaria ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo (conf. sobre esto último la doctrina del citado precedente de Fallos: 319:3400, en especial, su considerando 9º; 326:4251).

X.- Que si bien en el artículo 5 de ley 18.226, se autorizó expresamente a la ex Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos (antecesora de la actual Lotería Nacional) a "fijar derechos y tasas inherentes a las explotaciones a cargo del organismo", corresponde determinar cuáles son aquellas explotaciones respecto de las cuales ese organismo conserva las tales facultades. Como ya se señaló, en el artículo 1 de esa ley se estableció que ese organismo tiene la explotación, manejo y administración de la lotería nacional, y de los casinos y salas de juego de azar que están su cargo, y, a su vez, en el artículo 13 se prohibió "en la Capital Federal y territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la introducción por cualquier medio y con fines de expendio, al igual que el anuncio, propaganda, circulación y venta, de toda otra lotería, además de la emitida por la Lotería de Beneficencia Nacional y Casinos, como asimismo la exhibición, reproducción y circulación de extractos correspondientes a las mismas. Queda también prohibida la venta en la vía pública de billetes de lotería, rifas y tómbolas, bonos de contribución y demás participaciones de juegos de azar, no autorizados especialmente". En tal sentido, del texto de la ley surge que Lotería Nacional solo se encontraba habilitada para fijar "derechos y tasas" respecto de las explotaciones que se hallaban a su cargo, es decir, aquellas enunciadas en el artículo 1 de la ley, que eran las únicas permitidas en el ámbito de los territorios nacionales. No obstante, en ejercicio de las atribuciones previstas en los artículos 5, y 6 de la ley 23.696, mediante el decreto 598/90 el Poder Ejecutivo dispuso transformar al organismo Lotería Nacional en la empresa Lotería Nacional Sociedad del Estado y, además, amplió su objeto legal, es decir, modificó el ámbito de actuación fijado en la ley 18.226, atribuyéndole también el contralor de los juegos de azar, rifas, tómbolas y de las otras actividades conexas (cfr. el - artículo 6º del citado Anexo I, citado; y esta Cámara, Sala IV, "Nestlé Argentina S.A. y otros c/ EN - PEN dto. 588/98 s/ Proceso de Conocimiento", del 3 de septiembre de 2002); entre ellas, los sorteos y concursos de índole promocional, con fines propagandísticos, en los que interviene el azar, que en consecuencia y a partir de ese momento quedaron sujetos a las tasas en cuestión. En tales condiciones, y debido a que la delegación de atribuciones legislativas debe ser interpretada con criterio restrictivo (Fallos 326:2150, 4251; y 335:1227), no es posible concluir que la habilitación legislativa inicial de "fijar derechos y tasas inherentes a las explotaciones a cargo del organismo", contenida en el artículo 5 de la ley 18.226, comprende no solamente a las explotaciones que están a cargo del organismo, o que son objeto de una concesión o licencia específica, sino a todas las modalidades de sorteos, concursos, rifas, o actividades similares, en las que interviene el azar, que son organizados por los particulares con fines promocionales o propagandísticos, que requieren de la previa autorización de Lotería Nacional Sociedad del Estado, en virtud de lo establecido al respecto en el decreto 588/98. Por ello, las obligaciones tributarias objeto de estas actuaciones han sido creadas en exceso de la habilitación legislativa prevista en la ley 18.226, y por ello, carecen de base legal suficiente, por lo que corresponde rechazar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y confirmar la sentencia apelada en cuanto fuera materia de agravios.

XI.- Que con respecto a la tasa de interés aplicada en la sentencia apelada, cabe destacar que en el artículo 622 del Código Civil de la Nación, se establece que resulta facultad de los jueces determinar la tasa de interés que debe abonar el obligado a dar sumas de dinero; en tales condiciones, y toda vez que no resultan aplicables la previsiones de la ley 11.683, deberá aplicarse la tasa pasiva promedio publicada periódicamente por el B.C.R.A., reconocida en la sentencia, hasta el momento efectivo pago (cfr. artículo 10 del decreto 941/91; y Fallos 334:376, considerando 12º; y sus cita; además, esta Sala, en la causa "Mergoza, Ariel c/ EN-PJN-Mº Justicia s/ daños y perjuicios", del 5.03.2013; y "Ramón, Víctor Andrés c/ En - Mº Justicia - Servicio Penitenciario s/ Daños y Perjuicios", del 4.06.2013).

XII.- Que con respecto a la imposición de costas en la anterior instancia, cabe señalar que si bien en el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se establece el principio objetivo de la derrota, no es menos cierto que la complejidad de la cuestión debatida y el modo en que se resuelve justifican que las costas sean impuestas por su orden (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

XIII.- Que con relación al recurso interpuesto por el perito contador con respecto a la regulación de sus honorarios, corresponde confirmar el monto fijado en la sentencia apelada, toda vez que es ajustada a derecho, de acuerdo con la base regulatoria y las tareas efectuadas (artículo 3 del decreto-ley 16.638/57 aplicable al caso de autos). Por todo lo expuesto, corresponde: 1) Rechazar los recursos interpuestos por las codemandadas Lotería Nacional S.E. y Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social, y confirmar la sentencia en cuanto fuera materia de agravios; 2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la empresa actora, y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada en cuanto fuera materia de recurso. 3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el perito contador, y, por consiguiente, confirmar la regulación de honorarios de fs. 682. 4) Imponer las costas de esta instancia por su orden, en atención a la complejidad de la cuestión debatida y el modo en que se resuelve (art. 68, segundo párrafo, del CPCCN).

ASI VOTO.- El Juez de Cámara, Dr. Pablo Gallegos Fedriani, dijo: I.- Que en cuanto al relato de los antecedentes de la causa me remito en un todo al voto del vocal preopinante. II.- Que en cuanto al fondo

del asunto se refiere me remito en un todo, habida cuenta la similitud existente, a lo resuelto, conjuntamente con el vocal Guillermo F. Treacy, en la causa n° 19.017/2000 - sentencia del 27/9/11 - ¿La Salteña SACIFIA c/ PEN DTO 588/98 s/ Proceso de conocimiento?, debiéndose agregar copia de la misma como parte integrante de este voto. Como así también me remito a lo expuesto por el suscripto en la sentencia del 16/10/08 en la causa ¿Lotería Nacional SE c/ Asociación de Promoción Agraria de Chacabuco s/proceso de conocimiento?; en lo pertinente. II. Que por los argumentos allí desarrollados corresponde, hacer lugar a los agravios de fs.726/729 de la Lotería Nacional SE y de fs. 731/737 del Ministerio de Desarrollo Social y rechazar los agravios de Farmacity SA formulados a fs. 738/746. Por lo antes expuesto es que corresponde revocar la sentencia en cuanto admitió parcialmente la demanda entablada y declaró la inconstitucionalidad del art. 5 del Decreto 588/98 y de los arts. 5, 6 inciso f, 9 y 12 de la Resolución LNSE N° 157/98; como así también la devolución de las sumas adeudadas con más sus intereses. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado en atención a lo dificultoso de la cuestión en debate y lo contradictorio de la jurisprudencia considerada. (arg. Art. 68, in fine CPCCN). IV.- Que respecto de la regulación de honorarios del perito contador Víctor Ortiz, SE FIJAN en la suma de \$ ... en atención a las tareas realizadas, la importancia de la cuestión en debate y el monto en disputa. ASI VOTO.- El Juez de Cámara, Dr. Guillermo F. Treacy, dijo: I.- Que en cuanto a los antecedentes del caso, me remito al voto del Dr. Alemany. II.- Que las cuestiones planteadas en el sub lite resultan sustancialmente análogas a las analizadas en la causa ¿La Salteña SACIFIA c/ PEN- Dto. 588/98 s/ proceso de conocimiento? (Expte N° 19.017/2000), sentencia del 27 de septiembre de 2011. En el caso de autos, el thema decidendum se refiere a la validez constitucional de disposiciones normativas que enmarcan la actividad de LOTERIA NACIONAL SOCIEDAD DEL ESTADO. Específicamente, aquellas relativas a la organización de cierto tipo de promociones que incluyen la realización de procedimientos aleatorios y a la naturaleza tributaria que, según se sostiene en la sentencia de grado, tendrían las prestaciones que tal normativa impone a los organizadores de algunas operatorias promocionales, alcanzadas por el Decreto N° 588/98. Señalado ello, cabe destacar que la actora es una empresa que ¿[o]pera las farmacias denominadas ¿FARMACITY?, que se encuentran abiertas al público las 24 horas del día, y que brindan un servicio para la salud pública, es decir que, la más importante de las funciones que cumple Farmacity S.A, es la de ofrecer un servicio íntegro y completo para prevenir y también para cooperar con todos aquellos que padecen alguna enfermedad o malestar? (v. escrito de demanda de fs. 36/49, especialmente fs. 37). Resulta claro que, para ella, introducir un juego de azar como forma de promover sus productos constituye una decisión empresarial plenamente voluntaria, que puede desarrollar en la medida en que se adecue a las normas que regulan la actividad, específicamente el Decreto N° 588/98 y la Resolución LNSE N° 157/98 (y sus modificatorias). En tal contexto, la voluntariedad de la empresa al acogerse al régimen estructurado a partir del Decreto N° 588/98 (y sus normas complementarias) resulta incompatible con la formulación simultánea de reservas. Es cierto que la actora abonó bajo protesto los aranceles que reglamentariamente se le exigían y formuló reserva de derechos, por estimar que tales prestaciones económicas eran inconstitucionales. Si bien ello impide a las demandadas oponer que su contraria se ha sometido voluntariamente al régimen general previsto (con arreglo a la doctrina de Fallos: 325:1922; 322:523; 149:137; 170:12; 175:262; entre muchos otros), ello sólo significa que es posible para la actora impugnar las normas pertinentes. Pero debe advertirse que no la eximen de demostrar que las prestaciones exigidas son inconstitucionales. En este caso, las reservas formuladas carecen de virtualidad. En efecto, no se trata aquí del requerimiento de tasas sin respaldo legal, sino del pago de un precio que derivaba del hecho de que el particular obtenía un beneficio: la posibilidad de incrementar las ventas (o el conocimiento público) de sus productos mediante una operatoria promocional particular, que implica incursionar incidentalmente en el ámbito de los juegos de azar. Falta aquí la nota de coerción que caracteriza a las tasas, donde la prestación es exigible desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, aunque éste no haga uso de aquél, pues los servicios tiene en mira el interés general aunque puedan concernir especialmente a una persona determinada (Giuliani Fonrouge, Carlos M.; Derecho Financiero, vol. I; Buenos Aires, Depalma, 1984, pág. 265). En cambio, en el caso de autos existió una voluntad de la actora en realizar una operatoria comercial que, de otro modo, le hubiera estado vedada. Por consiguiente, la demandante tenía la opción de realizar la operatoria regida por el Decreto N° 588/98 o no hacerlo, pero realizada la opción, debía aceptar los cargos, derechos o aranceles que la reglamentación pertinente preveía. Para ello no median óbices de orden constitucional: tratándose de una decisión voluntaria, la actora era libre de evaluar si los beneficios que le reportaba tal operatoria superaba los costos que para ella implicaban las erogaciones reglamentarias previstas. De este modo, ningún valor puede atribuirse a las reservas de derechos que invoca, ya que se trataba de derechos patrimoniales renunciables. En definitiva, la actora adhería a un régimen, siempre que satisficiera los recaudos reglamentarios establecidos por el organismo competente, entre ellos el pago de los precios de las actividades que el ente debía realizar a fin de controlar la actividad que la empresa actora pretendía realizar en forma incidental a las actividades principales que desarrollaba. En consecuencia, los servicios que LOTERIA NACIONAL SOCIEDAD DEL ESTADO prestaba a la actora eran consecuencia de un requerimiento voluntario efectuada por esta última, lo que permite claramente diferenciarlos de una tasa. III.-

Que en lo relativo a la apelación incoada por el perito contador a fojas 711 contra la regulación de sus honorarios profesionales efectuada a fojas 682, adhiero al voto del Dr. Gallegos Fedriani. IV.- Que por lo expuesto, en concordancia con el voto que antecede, corresponde hacer lugar a las apelaciones interpuestas por las codemandadas, revocar la sentencia de grado y rechazar la demanda. Las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, en virtud de la complejidad de la cuestión debatida (art. 68 del CPCCN). En atención a lo expresado, deviene insustancial el análisis del recurso interpuesto por la parte actora (aplicación de la tasa pasiva del BCRA). ASÍ VOTO.- En virtud de lo decidido en el acuerdo que antecede, por mayoría, SE RESUELVE: 1) Hacer lugar a las apelaciones interpuestas por las codemandadas Lotería Nacional S.E. y Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social, revocar la sentencia de grado, y, en consecuencia, rechazar la demanda interpuesta. 2) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el perito contador, modificar el monto determinado, y fijarlos en la suma de \$ ... (pesos ...). 3) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en virtud de la complejidad de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Jorge Federico Alemany (en disidencia) Pablo Gallegos Fedriani Guillermo F.

Treacy

002562E