

Poder Judicial de la Nación

Neuquén, 14 de junio de 2013.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en los presentes caratulados: "**MARTIN, CARLOS MARÍA C/ ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS - ESTADO NACIONAL S/ AMPARO LEY 16.986**", Expte. N° FGR 21000257/2012, de los que

RESULTA: 1) Que a fs. 41/50 compareció el Sr. Carlos María Martín a promover acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos y contra el Estado Nacional a efectos de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución General N° 3210/11 de la AFIP, en particular de sus arts. 6 y 7, por medio de la cual se creó el "Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias", considerando que el mismo establece un sistema arbitrario, irrazonable e injusto en virtud del cual AFIP obstaculizó el ejercicio de su derecho constitucional a adquirir U\$S 125.000 destinados a cancelar una deuda preexistente pactada en dicha moneda extranjera, sin expresar los motivos de la negativa y pese a haber demostrado al organismo que está en condiciones económicas y financieras de comprar esa cantidad de divisa.

Relata a tales fines, como se reseñara a fs. 55/60, que se desempeña como Director de Calidad, Salud, Seguridad y Medioambiente para Latinoamérica de la firma Smith International Inc. S.A., percibiendo por dicha actividad un salario neto promedio mensual de \$ 80.000, incluyendo el bono anual.

Explica que el 13 de junio de 2011 adquirió una fracción de campo ubicada en el partido de Mar Chiquita, Prov. de Buenos Aires, en la suma de U\$S 325.000, de los cuales abonó U\$S 200.000 en efectivo al momento de la firma de la escritura y entrega de posesión, quedando un saldo remanente de U\$S 125.000 que se comprometió a cancelar en billetes de esa divisa en el plazo de un año a contar desde aquella fecha. Añade que en garantía del pago del saldo de precio, gravó a favor de su acreedor el campo adquirido con derecho real de hipoteca.

Expone que a principios de mayo de 2012, formuló consulta en la página web de AFIP para adquirir la cantidad de dólares necesarios para cancelar la obligación, siendo su

pedido rechazado por verificarse "inconsistencias" entre sus ingresos y el importe de divisas que pretendía comprar.

Considerando errónea la apreciación, expone, y a fines de recibir una explicación, concurrió a la agencia sede Neuquén el día 28 de mayo donde personal del organismo le indicó que de acuerdo a los datos que poseía la AFIP, se habría excedido en su capacidad para adquirir dólares.

Asegura que tal conclusión no es compatible con su situación económica, que la AFIP conoce plenamente por haber presentado y abonado en tiempo oportuno todas las Declaraciones Juradas de Impuestos que corresponden a su nivel de ingresos. Señala en este sentido que durante el periodo 2010 obtuvo una ganancia neta sujeta a impuesto de \$ 923.678,06 lo que le permitió en el 2011 adquirir el campo y prever una suma de dinero para hacer frente al compromiso adquirido para el año 2012, el que enfrentaría con sus haberes y con los ingresos que le generó una venta de granos.

Ensayó distintas hipótesis sobre los motivos que generaron el rechazo o las inconsistencias detectadas por AFIP, dando una detallada enunciación de los movimientos de fondos y bienes habidos en su patrimonio en los dos últimos años.

Así, asegura que durante los años 2009 y 2010 ha percibido, además de sus salarios, una gratificación excepcional al ser reorganizada la firma de la que es empleado, lo que le permitió percibir acciones en dólares en el exterior por un total de U\$S 338.822 que luego pesificó al ingresarlos al país. Explica que ese dinero fue el que utilizó para abonar la primera cuota del campo referido, todo lo que quedó plasmado en la DDJJ del Impuesto a las Ganancias y del Impuesto a los Bienes Personales de los periodos referidos.

Afirma haber procurado acercar toda esta información a la AFIP para que revisara su evaluación confeccionando a tales fines el 29 de mayo de 2012 el Formulario F 206/I "Multinota Impositivo" creado por Resolución General 3212/11 de la AFIP que se completa on line. Alega incluso haber impreso el mismo y haberlo llevado personalmente a la AFIP sede Neuquén, relatando que los

Poder Judicial de la Nación

funcionarios que lo atendieron se negaron a recibir el documento en la dependencia.

Adjunta documentación contable -recibos de haberes, declaraciones juradas de impuestos, saldos bancarios y facturas de venga de granos y de ganado- que estima suficiente para demostrar que generó ingresos disponibles (deducidos los consumos efectuados entre enero y mayo) por un total de \$ 859.195,64, los que a una cotización oficial de \$ 4,50, son suficiente para adquirir U\$S 190.932.

Señala que no existiendo prohibición legal de adquirir divisas, no se activa la cláusula segunda del contrato que habilita el pago en la moneda de curso legal (moneda nacional), por lo que el único camino que le queda de mantenerse la situación, para evitar incurrir en mora, es la de adquirir la moneda en el mercado "negro o paralelo" a una cotización que oscila entre \$ 5,85 y \$ 6,10 por cada billete de dólar, lo que lo obliga no sólo a afrontar un costo sensiblemente mayor para cancelar la obligación pendiente (que se incrementaría en casi un 30%, representativos de \$ 184.400 excedentes) sino además, a recurrir a un mercado "no oficial" (o ilegal).

Estima que la norma conculca su derecho de propiedad y coarta su derecho a cumplir las obligaciones válidamente asumidas, resultando contradictorias con los arts. 617 y 619 del Código Civil que permite contraer obligaciones dinerarias en moneda extranjera. Opina que una simple resolución de la AFIP no puede legítimamente derogar en la práctica aquellos dos preceptos del Código Civil.

Destaca que la compra y venta de dólares no está prohibida en nuestro país por lo que no puede la AFIP, en exceso de sus competencias, a través de la Resolución General N° 3210/11 AFIP, instalar un "cepo cambiario" disfrazado bajo un sistema de información, imponiendo restricciones a la venta de divisas.

Explica las razones por las que entiende configurados los recaudos de admisibilidad de la acción de amparo, para desarrollar luego los argumentos en los que reposa su planteo de inconstitucionalidad.

Comienza así sosteniendo que las facultades reglamentarias que el art. 7 del Decreto 618/97 atribuye a la

AFIP se limitan a las materias para las que está autorizada por ley a tales fines, excediendo el sistema de información diseñado las facultades del inciso 6 del art. 7 (emitir normas obligatorias sobre creación, actuación y supresión de agentes de retención, percepción e información), por cuanto el cuestionado puede arbitrariamente prohibir la adquisición de la moneda extranjera, lo que excedería el aspecto meramente informativo.

Objeta además que no se justifiquen los parámetros utilizados para realizar la evaluación sistémica que antecede a la declaración de que se presenta la inconsistencia.

Reseña finalmente los derechos que estima conculcados: de propiedad -porque le impide usar y gozar libremente del fruto de su trabajo, así como cumplir con las obligaciones contraídas-, a la intimidad -porque sin norma que le prohíba la compra de dólares lo obliga a ejercer una opción que no tenía en miras al momento de contratar-, el principio de legalidad -porque una resolución de la AFIP restringe la adquisición de moneda extranjera sin competencia para hacerlo-, el principio de razonabilidad -porque en su aplicación concreta la RG 3210/11 AFIP desconoce de manera irrazonable sus derechos fundamentales- el principio de seguridad jurídica -porque la vigencia del Estado de Derecho supone la facultad de ejercer los derechos y garantías reconocidos en todo el plexo normativo-, a la tutela judicial efectiva, a trabajar y a peticionar ante las autoridades.

Pide una medida cautelar -que otorgada a fs. 55/60, fue revocada por la Alzada a fs. 143/152-, ofrece prueba, hace reserva del caso federal y solicita que oportunamente, se haga lugar al amparo.

2) Habiéndose considerado prima facie admisible la acción, a fs. 55 se requirió a la AFIP y al Estado Nacional la presentación del informe previsto por el art. 8 de la ley 16.986.

Practicadas las notificaciones y antes de que aquellas cumplieran lo solicitado, la actora planteó a fs. 206/208 la inconstitucionalidad del punto II de la Comunicación A 5318 del Banco Central de la República Argentina dictada el 5 de julio de 2012, esto es, con posterioridad a la iniciación de la acción.

Poder Judicial de la Nación

Denuncia que a través de la misma el Estado Nacional pretende restringir y cercenar los derechos de los administrados impidiendo que toda una serie de sujetos no contemplados en la reglamentación puedan adquirir divisas pese a no existir en el país normas de fondo que prohíban realizar transacciones comerciales o constituir obligaciones en dólares estadounidenses.

Expone que la Comunicación A 5318 BCRA "blanquea" la situación de hecho verificada hasta su entrada en vigencia, consistente en la veda de adquisición de moneda extranjera para determinados fines específicos distintos de los admitidos por la reglamentación. En el caso, afirma, la adquisición de inmuebles era uno de los fines aceptados por la Comunicación A 5236 BCRA que fue suprimido en la nueva regulación.

Sostiene que una norma de rango inferior como la circular administrativa del BCRA no puede impedir el ejercicio de derechos reconocidas en los arts. 617 y 619 del Código Civil, infringiéndose así el art. 31 de la Constitución Nacional.

Opina además que la Comunicación A 5318 BCRA no puede aplicarse retroactivamente a relaciones jurídicas previamente constituidas, alterándose el principio de igualdad cuando ella permite la adquisición de la divisa para ciertos fines (turísticos por ejemplo) y no para otros.

Pretendió ampliar la demanda contra el Banco Central de la República Argentina, lo que no fue admitido por el Tribunal por entender extemporáneo el pedido (fs. 257). En el mismo decreto se confirió traslado a las accionadas del planteo de inconstitucionalidad de la Comunicación A 5318 BCRA formulado a fs. 206/208.

3) En este estado, la Administración Federal de Ingresos Públicos produjo el informe circunstanciado requerido, el que obra glosado a fs. 216/230.

Como cuestión previa solicita que se declare abstracta la acción de amparo intentada, estimando que a partir del dictado de la Comunicación A 5318 -que modificó el punto 3 del Anexo de la Comunicación A 5264 modificada por Comunicación A 5295- quedó excluida de la nómina de operaciones en el Mercado Único y Libre de Cambios permitidas

por el BCRA, la que pretende efectuar el actor, motivo por el cual, la sentencia a dictarse no sería de posible cumplimiento pues se modificó a partir de entonces el régimen de compra venta de divisas.

Alega que en función de ello, la AFIP carece de legitimación pasiva, por cuanto aun cuando se le ordenase habilitar al actor la compra de las divisas, el organismo no tiene a la fecha la posibilidad de realizar la validación.

En subsidio, "contesta traslado" (fs. 217 vta.) y observa la falta de cumplimiento a lo dispuesto por el art. 6 de la ley 25.344, lo que hace -señala- en coincidencia con una instrucción impartida a los Fiscales Federales por la Procuración General de la Nación -aspecto sin embargo que no fue mencionado en el dictamen de dicho Ministerio Público glosado a fs. 52-.

Tras ello, negó que el Sr. Martín haya concurrido a la AFIP el 28 de mayo de 2012 y que sus funcionarios se hubiesen negado a recibir la Multinota F206/I así como la existencia de un daño concreto.

Ataca la admisibilidad de la acción, sosteniendo que la pretensión debió ser previamente ventilada en la instancia administrativa mediante la articulación del reclamo previsto en el art. 7 de la RG 3210/11 y art. 2 de la RG 3212/11, siendo la decisión administrativa susceptible de ser recurrida por la vía establecida por el art. 74 del Decreto 1397/79. Opina que así lo exige el art. 30 de la ley 19.549. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que declaró inadmisibile un amparo ante la existencia de vías administrativas no agotadas.

Destaca que el actor no ha acreditado la ausencia de otros medios judiciales idóneos para tramitar su pretensión, que no se advierte actualidad o inminencia en la lesión y que no media arbitrariedad ni ilegalidad manifiestas, así como que las cuestiones de hecho a debatir exceden el marco de la acción.

Alega también que la acción es inadmisibile en el marco del art. 2 inc. c) de la ley 16.986, pues de prosperar, se obstaculizaría que la AFIP cumpla con la actividad esencial asignada por el ordenamiento jurídico al impedirle

Poder Judicial de la Nación

obtener la información necesaria para optimizar el control fiscal.

Expresa luego, y en lo que atañe a la fundabilidad de la acción, que la AFIP se ha limitado mediante la Resolución General 3210/11 a implementar -en el marco de las facultades otorgadas por el art. 7 del Decreto N° 618/97- un sistema de información cuya finalidad, explica, es la de detectar operaciones inconsistentes entre las transacciones cambiarias efectuadas y la capacidad económico financiera de los contribuyentes. Expone que con posterioridad, por decisión del Banco Central de la República Argentina (Comunicación A 5239) que es la autoridad monetaria del país, la validación de este sistema ha devenido en un requisito necesario para la consumación de las operaciones de compraventa de moneda extranjera.

En el supuesto de que la real capacidad económica y financiera del contribuyente no se concilie con la declarada ante la autoridad fiscal, añade, el contribuyente deberá adecuar su declaración jurada o brindar nueva información para subsanar las inconsistencias detectadas.

Aclara que el art. 7 de la misma Resolución General 3210/11 cuestionada prevé que el adquirente consulte los motivos de la respuesta que indica que existen inconsistencias, estableciendo el art. 2 de la Resolución General 3212 que cuando el motivo de la inconsistencia fuera "*insuficiente capacidad económica financiera*", el contribuyente podrá regularizar su situación presentando una nota acompañada de la documentación fehaciente que acredite el origen y cuantía de los fondos a utilizar para la compra de la moneda extranjera. La dependencia receptora, dispone la norma, procederá a evaluar el reclamo y a resolver sobre la procedencia de lo solicitado.

Señala que de obtener el contribuyente una resolución adversa, podrá interponer contra el acto administrativo de alcance individual el recurso de apelación previsto en el art. 74 del reglamento de la ley 11.683 - Decreto 1397/79- dentro de los quince días, tras lo cual podrá impugnar judicialmente en el marco del art. 23 de la ley 19.549 la decisión final de la administración.

Ofrece prueba, funda su derecho, hace reserva del caso federal y pide que oportunamente se rechace la acción de amparo intentada, con costas.

4) A fs. 235/256 obra glosada la presentación efectuada en el marco del art. 8 de la ley 16.986 por el codemandado Estado Nacional.

Pide también, como lo hiciera la AFIP, que se declare abstracta la cuestión debatida en razón de lo dispuesto por la Comunicación A 5318 del Banco Central de la República Argentina en su punto II, en el cual suspendió la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2. del anexo a la Comunicación A 5236, que regulaba las normas de comercio exterior y cambios, puntualmente cuando se trata de la formación de activos externos de residentes, sin la obligación de una aplicación posterior específica, es decir, con fines de atesoramiento.

Estima que la finalidad denunciada por el actor (cumplir un compromiso contractual que contiene una cláusula "que le permite" hacerlo en moneda extranjera) es asimilable al atesoramiento sin que encuadre en ninguno de los destinos específicos detallados por la Comunicación A 5318, por lo que la acción ha devenido a su juicio abstracta.

Luego niega que el actor perciba el salario denunciado, la existencia de la operación de compraventa inmobiliaria con garantía hipotecaria denunciada, que aquél hubiese formulado consulta para la adquisición de U\$S 125.000 a principios de mayo de 2012 en la página de la AFIP obteniendo como respuesta que mediaban inconsistencias, que se haya por ello acercado a la agencia local de la AFIP el 28 de mayo y se le hubiese informado entonces que estaba excedido en su capacidad para adquirir dólares, que al 28 de mayo de "2011" el Sr. Martín tuviese capacidad económica para comprar la cantidad de moneda extranjera pretendida, que hubiese presentado ante la AFIP las Declaraciones Juradas del Impuesto a las Ganancias y a los Bienes Personales en tiempo y forma y que haya explicado su situación patrimonial por Multinota completado on line el 29 de mayo de 2012, desconociendo la autenticidad de la totalidad de la prueba documental acompañada.

Poder Judicial de la Nación

Cuestiona la admisibilidad de la acción por no verificarse los recaudos referidos a la inexistencia de otro medio judicial más idóneo para proteger el derecho lesionado, al carácter manifiesto de la arbitrariedad o ilegalidad del acto u omisión y a la inminencia del daño, siendo necesario además en el caso, afirma, un mayor debate y prueba que el que la vía excepcional escogida autoriza.

Observa también, en el mismo sentido, que el actor ha obviado transitar la instancia administrativa previa prevista por el art. 7 de la Resolución General 3210/11 y por el art. 2 de la Resolución General 3212/11, lo que a su entender torna evidente que no se encontraba habilitado para iniciar la acción de amparo intentada. Cita jurisprudencia que avala ese criterio.

Para fundar la premisa referida a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, afirma que el Estado Nacional no ha incurrido en vías de hecho, y que para dilucidar si hubo o no arbitrariedad en el comportamiento de la AFIP, hubiese sido necesario conocer los motivos por los cuales ésta decidió que el actor carece de capacidad económica financiera para concretar la operación de cambio, *"información que se encuentra resguardada por el secreto fiscal y que el actor cuidó no revelar ante V.S. y terceros."*

Insiste en que ninguna conducta ilícita desplegaron las demandadas, pues la AFIP dictó, a su juicio dentro de su ámbito de competencia, la Resolución General 3210/11 por el cual creó un régimen de consultas de operaciones cambiarias para optimizar su acción fiscalizadora y el control del cumplimiento de las obligaciones fiscales y de lucha contra el lavado de dinero.

Sostiene que el amparo no es procedente cuando el perjuicio invocado es un eventual daño patrimonial, poniendo de resalto que no media una situación de urgencia objetiva.

Juzga que la normativa es razonable y afirma que *"si el contribuyente demuestra su capacidad económica no existe obstáculo en cuanto a su validación para la compra de moneda extranjera"*. (fs. 249 vta.)

Defiende su constitucionalidad, explicando que el sistema consiste en un programa de consulta de operaciones cambiarias en el que se establece la evaluación, en tiempo

real, de la situación fiscal y económico financiera del sujeto que la pretende realizar, siendo el bien jurídico protegido el interés estatal de asegurar el eficiente desenvolvimiento de la actividad administrativa.

Describe su funcionamiento, asegurando que *"nadie le impide al amparista la adquisición de dólares estadounidenses"* (fs. 250) -pese a que previamente sostuvo lo contrario a partir del dictado de la Comunicación A 5318 BCRA-.

Recuerda que de conformidad con la ley 25.246 modificada por ley 26.683, los sujetos obligados enumerados en los incisos 6 y 15 del art. 20 -entre los que se encuentra la AFIP- podrán dictar normas de procedimiento complementarias a las directivas e instrucciones emitidas por la Unidad de Información Financiera, estableciéndose el deber de colaboración del organismo fiscal para fortalecer el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y de la Financiación del Terrorismo.

Considera que existe una adecuada relación técnica entre medio y fin por cuanto la RG 3210/11 fomenta la protección del orden público económico y financiero evitando que fondos de origen ilícito entren en el circuito de la economía formal y adquieran apariencia de lícitos.

Tras ello, expone que la regulación de la actividad cambiaria y financiera tiene sustento en el art. 75 inc. 6, 18 y 32 de la Constitución Nacional, delegando el Congreso en el Banco Central de la República Argentina el dictado de la normativa y de los requerimientos puntuales tales como la protección del patrimonio de las entidades financieras como del público general, y requerimientos mediatos en cuanto éstos suponen el resguardo de la estabilidad monetaria (art. 2 ley 24.441) y la prosperidad de la actividad productiva. De ahí, sostiene, que en la actividad desplegada por el BCRA se encuentre presente el interés público, lo que -una vez más, a su juicio- justifica acabadamente las atribuciones conferidas a ese ente rector en el art. 29 inc. b) de la ley 24.144 (Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija).

En cumplimiento de este deber, agrega, el Banco Central dictó las distintas Comunicaciones que establecen

Poder Judicial de la Nación

cuando las operaciones eran sometidas al régimen de "Consulta" de la RG 3210/11 y cuándo estaban exceptuadas de él, cuyo contenido describe.

Asegura que no se ha conculcado ningún derecho constitucional del actor resaltando que el derecho a adquirir moneda extranjera no es un derecho humano ni tiene rango constitucional, y aunque lo fuera, no sería absoluto sino que su ejercicio estaría condicionado a lo que fijara la reglamentación. Asevera que el régimen de información atacado en ningún modo proyecta efectos sobre el patrimonio o renta de los contribuyentes.

Hace reserva del caso federal y pide el rechazo de la acción de amparo, con costas.

5) A fs. 261/270 el Estado Nacional contestó el traslado del planteo de inconstitucionalidad de la Comunicación A 5318 del BCRA que se le confiriera a fs. 257 solicitando su rechazo.

Alegó para ello que *"el Estado históricamente ha regulado intensamente tal actividad"* -sin mencionar cuál, pero refiriéndose presuntamente a la materia cambiaria- *"delegando"* -no aclara quién, aunque pueda suponerse que alude al Congreso de la Nación- *"en el B.C.R.A. el dictado de la normativa y de los requerimientos puntuales tales como la protección del patrimonio de las entidades financieras como del público en general, y requerimientos mediatos en cuanto estos suponen el resguardo de la estabilidad monetaria (Cfr. art. 2, ley 24.41) y la prosperidad de la actividad productiva"*, con cita de jurisprudencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal que así lo habría sostenido.

Recuerda que el derecho a la propiedad no es absoluto sino que se ejerce conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio que pueden limitarlo en función de algún interés público o social.

Alega que la medida cuestionada hace al fortalecimiento de la política económica y cambiaria logrando una mayor capacidad para ordenar el flujo de divisas y reducir el impacto de dicha variable macroeconómica.

Sostiene que más allá *"del desagrado o incomodidad que -subjetivamente- la norma le puede causar al Sr. Martín"*,

el sistema implementado responde a la finalidad objetivamente superior que gobierna las medidas de fiscalización cambiaria adoptadas que sería, asegura, la mayor transparencia y formalidad del patrimonio de los argentinos.

Recuerda que no existe un derecho constitucional a la compra de dólares.

En cuanto a la competencia del Banco Central de la República Argentina para el dictado de regulaciones en materia cambiaria, sostiene que legalmente le fue atribuida por el art. 2 de la ley 25.561 al Poder Ejecutivo, subdelegándola éste en el Banco Central a través del Decreto 71/02. Observa además que el art. 29 inc. b) de la ley 24.441 faculta a la entidad a "*Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija*".

Se explaya luego sobre diversos aspectos ajenos al punto específico del cual se le confiriera traslado a fs. 257 -planteo de inconstitucionalidad de la Comunicación A 5318 BCRA-, que serán por ello omitidos.

6) A fs. 272/274 contestó aquél traslado la AFIP, reiterando su posición en cuanto a que la cuestión devino abstracta por cuanto aunque el Tribunal entienda que corresponde habilitar al Sr. Martín a la compra de divisas, la AFIP no tiene a la fecha la posibilidad de realizar dicha validación.

En cuanto al planteo en sí, recuerda que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser considerada como la última ratio del orden jurídico siendo necesario que el interesado demuestre claramente de qué forma ella contraría la Constitución, y cuál es el agravio que ello le causa, lo que estima no cumplido por el amparista.

Opina que la norma fue dictada por el B.C.R.A. en ejercicio de sus funciones de registro y control en materia cambiaria, otorgadas por el art. 2 de la ley 25.561 y Decretos 260/02 y 616/2005, sin que el principio de igualdad se encuentre alterado ya que alcanza a todo el universo de contribuyentes.

Destaca que el Poder Judicial no debe atribuirse funciones que le corresponden a los otros dos Poderes, y que el sentenciante no se puede constituir en un súper

Poder Judicial de la Nación

legislador con facultades de derogar, modificar o anular actos normativos dictados por los otros poderes del Estado "en pleno uso de sus facultades constitucionales".

7) Ordenada a fs. 275 la producción de las medidas de prueba ofrecidas por la actora, se agregaron las siguientes: informativa al Citibank (fs. 287), a Smith International Inc. S.A. (fs. 314/315, 439/440, 468/579 y 610/628), al Banco Francés (fs. 317/363), a Stock Cross Financial Services (fs. 366/385) y a la Secretaría de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación (ONCCA) (fs. 390/395); prueba documental en poder de la AFIP requerida por la actora (fs. 298/310) y la pericial contable (fs. 413/414, 588/589 y 588/591), llamándose a fs. 631 AUTOS para dictar sentencia; y

CONSIDERANDO: I) Que el Sr. Carlos María Martín interpuso acción de amparo persiguiendo que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución General N° 3210/11 de la AFIP, en virtud de la cual AFIP obstaculizó la compra de U\$S 125.000 que pretendió concretar para cancelar una deuda preexistente pactada en dicha moneda extranjera, sin expresar los motivos por los cuales negó autorización para la operación y pese a haber demostrado al organismo que estaba en condiciones económicas y financieras de comprar esa cantidad de divisa.

La AFIP y el Estado Nacional, ambos demandados, señalaron primeramente que la cuestión había devenido abstracta porque la Comunicación A 5318 del BCRA, dictada el 5 de julio de 2012 -cuya constitucionalidad objetara la actora a fs. 206/208- eliminó el atesoramiento como uno de los fines específicos para los cuales se admite la compra de la moneda extranjera, de modo que aunque la Resolución 3210/11 de la AFIP fuese eliminada del mundo jurídico, de todas maneras el actor no podría lograr su propósito por impedirlo esta otra normativa. Cuestionaron luego la admisibilidad de la vía procesal escogida. Ambos defendieron el sistema creado por la Resolución General 3210/11 cuya finalidad, afirmaron, es la de detectar operaciones inconsistentes entre las transacciones cambiarias efectuadas y la capacidad económico financiera de los contribuyentes,

sin que el actor vea afectado ninguno de sus derechos constitucionales.

II. Previo a todo y en relación al planteo que introduce la AFIP vinculado con la falta de cumplimiento del art. 6 de la ley 25.344 (fs. 217 vta., Capítulo III), sólo cabe mencionar que dicha norma es inaplicable al trámite que nos ocupa en primer lugar, por haberse éste iniciado casi 12 años después de la entrada en vigencia de aquélla ley (sancionada en el año 2000), indicando expresamente la parte final del art. 6 citado que *"Para los juicios que se inicien a partir de la presente ley, regirá lo dispuesto en los artículos 8º, 9º, 10 y 11."*, en lugar de la comunicación que allí se mandaba a realizar respecto de los juicios en trámite a esa época. Y tampoco fue necesario cumplir con el procedimiento previsto por arts. 8, 9 y 10 de la ley 25.344 por que el art. 11 expresamente dispone que *"En los juicios de amparo y procesos sumarísimos no será de aplicación lo dispuesto en los artículos 8º, 9º y 10 de la presente ley."*.

Tramitando la presente por la vía del amparo, no era procedente exigir la previa comunicación a la Procuración del Tesoro de la Nación contemplada en el art. 8 de la ley, ni emitir decisión alguna sobre la habilitación de la instancia judicial.

Aclarado ello, razones metodológicas aconsejan analizar en primer lugar la admisibilidad de la acción, para luego, de considerarse que se reúnen los requisitos para así declararlo, examinar su fundabilidad, decidiendo de manera previa si la cuestión devino en abstracto ante el dictado de la Comunicación A 5318 del BCRA, como postulan las accionadas, para lo cual se ingresará en la misma ocasión a resolver sobre el planteo de inconstitucionalidad que a su respecto formuló el actor.

III. La fuerte oposición manifestada por el Estado Nacional y la AFIP a la admisibilidad del amparo incoado, parte de considerar que la pretensión debió ser previamente ventilada en la instancia administrativa mediante la articulación del reclamo previsto en el art. 7 de la RG 3210/11 y art. 2 de la RG 3212/11, siendo la decisión administrativa susceptible de ser recurrida por la vía establecida por el art. 74 del Decreto 1397/79.

Poder Judicial de la Nación

Destacan también ambas que el actor no ha acreditado la ausencia de otros medios judiciales idóneos para tramitar su pretensión, que no se advierte actualidad o inminencia en la lesión y que no media arbitrariedad ni ilegalidad manifiestas, así como que las cuestiones de hecho a debatir exceden el marco de la acción.

Para fundar la premisa referida a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, el Estado Nacional sostiene no haber incurrido en vías de hecho, y que para dilucidar si hubo o no arbitrariedad en el comportamiento de la AFIP, hubiese sido necesario conocer los motivos por los cuales ésta decidió que el actor carece de capacidad económico financiera para concretar la operación de cambio, *"información que se encuentra resguardada por el secreto fiscal y que el actor cuidó no revelar ante V.S. y terceros."*

Finalmente, la AFIP alega también que la acción es inadmisibile en el marco del art. 2 inc. c) de la ley 16.986, pues de prosperar, se obstaculizaría que la AFIP cumpla con la actividad esencial asignada por el ordenamiento jurídico al impedirle obtener la información necesaria para optimizar el control fiscal. Por su lado, el Estado Nacional advirtió que el amparo no procede cuando el perjuicio invocado es un eventual daño patrimonial.

III-A. Es doctrina reiterada de este Juzgado -sentada por ejemplo, en ***"LUDUEÑA DE FERREYRA, MARÍA ANGÉLICA C/ ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS -DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA S/ AMPARO"***, Expte. N° 255, Folio 390, Año 2004, SD del 8/11/2007- que tras la reforma constitucional operada en 1994, la existencia de remedios administrativos para tutelar el derecho afectado dejó de perjudicar la admisibilidad de la acción -como lo hacía con antelación a ella en función del art. 2 inc. a) de la ley 16.986-, pues conforme lo destaca Agustín Gordillo en su obra *"Tratado de Derecho Administrativo"*, 2da. Edición, Tomo 2, pág.XII-14, al dejarse sentado en el nuevo art. 43 que la acción de amparo es *"expedita"*, se eliminó la exigencia de todo recaudo previo a su interposición.

Así, sostuvo el autor citado que *"...La habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa vendrían a funcionar ... como una condición*

previa a la existencia de competencia judicial, lo cual es irrazonable y por ello es que el constituyente de 1994 dijo que podía acudir a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo previo...", conclusión a la que arriba la doctrina mayoritaria al interpretar el nuevo texto constitucional, que otorga "...acción expedita y rápida de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo..." contra todo acto u omisión de autoridad pública o particular.

Destaca en igual sentido Adolfo A. Rivas que el art. 43 produce un vuelco drástico y trascendente en el sistema vigente al consagrar "...la existencia de una 'acción' expedita, término que, cualquiera haya sido la opinión de los constituyentes, no puede tomarse sino como significando que la garantía obrará sin impedimentos ni otros condicionamientos que no sean los que el propio texto constitucional establece."

Y agrega: "Dicha expresión debe ser vinculada con la existencia de otro medio judicial idóneo ;...se han suprimido las referencias de la ley 16.986 a los recursos y remedios administrativos, cosa que importa permitir un directo acceso a la justicia, cumpliéndose así con un aspecto no escrito pero no por ello ajeno al derecho constitucional y al sentido esencial de la ley fundamental". ("El Amparo y la Nueva Constitución de la República Argentina", LL-1994-E-1330). En igual sentido se manifiesta Lino Enrique Palacio en "La pretensión de Amparo en la Reforma Constitucional de 1994", en LL-1995-D-1237, y Fabián Canda, en http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/12canda.pdf, con abundante cita jurisprudencial de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

La misma solución adoptó la Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social, sala I en "Bonino, Nanci D. c. Administración Federal de Ingresos Públicos" (20/05/2000), en solución aplaudida por Amanda Lucía Pawlowski de Pose en "La figura amparista y el agotamiento de la vía administrativa" (DT 2001-A , 342), con cita de María Angélica GELLI ("La silueta del amparo después de la reforma constitucional", La Ley, 1995-E, 978), donde sostuvo que

Poder Judicial de la Nación

resulta viable sostener que actualmente la posibilidad de deducir una acción de amparo no estaría subordinada al agotamiento de la vía administrativa.

Cierto es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tal como lo sostiene la AFIP, decidió en el pronunciamiento dictado en la causa N. 50. XXXIV.ORIGINARIO "Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ amparo" (3 de noviembre de 1998), que *"para que sea admitida la vía del amparo resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; sólo después de ello, de resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo."* Pero lo hizo remitiendo a la doctrina de Fallos: 312:1891, que data del año 1989, es decir, que fue emitida con antelación a la constitucionalización del amparo con la caracterización de que se trataba de una acción expedita, y en un caso aislado que no integra una corriente jurisprudencial que haya sido mantenida por el Tribunal en su actual composición -opinión ésta compartida por Fabián Canda en la nota 19 del artículo publicado en http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/12canda.pdf, donde destaca que el precedente no se encuentra publicado en la colección de Fallos-.

En definitiva, más allá de la indudable autoridad del precedente -que fue suscripto por dos de los siete miembros actuales del Alto Tribunal (Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi)-, estimo que su contenido no puede ser automáticamente traspolado a la acción de amparo en examen, pues también fue la Corte Suprema de Justicia de la Nación la que decidió que correspondía *"revocar la resolución que dispuso no dar curso a la demanda tendiente a obtener el amparo de los derechos de propiedad de trabajar y de comerciar, mientras no se haya cumplido el requisito de la previa reclamación administrativa establecido en las leyes 3952 y 11.634, pues se trata de una exigencia que no puede conciliarse con la protección constitucional de los derechos que se pretenden agraviados."* (S.A. Cía. Platense de Electricidad Siemens Schuckert c. Nación Argentina • 22/02/1946, Fallos Corte: 204:183).

Esta última interpretación sintoniza más armónicamente con las tendencias jurisprudenciales definidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración, destinadas a proteger con mayor intensidad al ciudadano frente a los avances del Estado. (Cfr. por ejemplo "Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986", 04/12/2012, LA LEY 2013-B, 219; disidencia Ministro Lorenzetti en Fallos Corte: 332:377; "Simón, Julio Héctor y otros", 14/06/2005, Fallos Corte: 328:2056, entre muchos otros).

En este mismo sentido, fue también la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien recordó que dado que el amparo procura una protección expeditiva y rápida que emana directamente de la Constitución, no puede recibir, por vía reglamentaria, un límite que destruya la esencia misma de la institución, cuando ésta requiere que se alcance la cima de la función judicial, como es el control de la constitucionalidad de normas infraconstitucionales. Agregó que a partir de la reforma de 1994, la Constitución Nacional exige que las personas cuenten con una acción judicial de amparo para plantear las transgresiones manifiestas de sus derechos, lo cual obliga a los tribunales a examinar si ello es así o no y, en tal caso, expedir las órdenes conducentes a la cesación del perjuicio denunciado, siendo esta la idea central que subyace a su artículo 43. (30/09/2008, Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción, publicado en: LA LEY 2008-F, 328 - Sup. Adm. 2009 -febrero, 13, con nota de Inés A. D' Argenio; LA LEY 2009-A, 385, con nota de Inés A. D' Argenio; Fallos Corte: 331:2119, Cita La Ley Online: AR/JUR/8288/2008).

Si a ello sumamos además que en "Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ amparo" el Alto Tribunal tuvo en cuenta que la actora había interpuesto un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio, encontrándose éste último pendiente de resolución al momento de incoarse la acción de amparo, supuesto ajeno al que nos ocupa, opino que en definitiva, es posible mantener en el presente la posición sustentada desde antiguo por este Juzgado, en el sentido de descartar que la existencia de remedios administrativos resulte un obstáculo para la

Poder Judicial de la Nación

admisibilidad de la acción de amparo, en atención al carácter "expedito" que la Constitución Nacional le otorgó.

III-B. Descartado entonces que fuere exigible a la actora transitar la vía administrativa para ejercer la acción de amparo incoada -atento el fuerte carácter tuitivo de tal remedio judicial-, y en lo que atañe a la omisión que las accionadas le atribuyen de demostrar la inexistencia de otros medios judiciales más idóneos -lo cual a su juicio, torna inadmisibile la acción-, corresponde en primer lugar señalar que la presencia o no de otras vías judiciales más idóneas que la elegida no configura a mi juicio una cuestión fáctica, sujeta a los principios de la carga probatoria (art. 377 CPCyC), como lo sugiere la demandada, sino un aspecto jurídico que cabrá dilucidar oficiosamente o frente al planteo concreto de la parte, sin necesidad de acudir a prueba alguna. Es que esbozados los términos del conflicto, y toda vez que el juez conoce el derecho, podrá evaluar -repito, ya sea de oficio, o ante el planteo de la parte- si existen otros remedios judiciales más idóneos que el amparo para ventilar el reclamo. No es un asunto que quede sometido a la demostración de ningún hecho -más allá de los que constituyen la pretensión-, sino al análisis que se lleve a cabo de las normas procesales en vigor.

Aclarado ello y puesta en la tarea, menester es recordar que no existe unanimidad doctrinaria sobre el alcance de la fórmula utilizada en el art. 43 de la Constitución Nacional ("*siempre que no exista un medio judicial más idóneo*").

Por un lado, algunos autores opinan que la acción de amparo mantiene el carácter subsidiario, residual, como vía excepcional y heroica, que se le atribuía en forma previa a la incorporación del instituto en la Carta Magna, tal como lo señalara el miembro informante de la Comisión, Convencional Díaz, en el seno de la Convención Constituyente -y lo sostiene con énfasis Néstor Pedro Sagués en "*Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (A propósito de la voluntad del constituyente)*", LA LEY 1995-D, 1517-. Por el otro, hay quienes sostienen que luego de 1994, el amparo es una acción-directa, utilizable siempre que sea la más idónea para lograr el reconocimiento de los derechos

afectados. (Cfr. Rivas, Adolfo A., "El amparo y la nueva Constitución de la República Argentina", LA LEY 1994-E, 1330). Pero aun para quienes adhieren a esta última tesis, la dificultad estriba en definir el concepto de "idoneidad".

Es que resulta claro que la acción de amparo no está destinada a sustituir o reemplazar los demás medios ordinarios para la solución de las controversias, y procederá solo cuando resulte ser más idónea que aquellos para la protección del derecho.

También, que la idoneidad no está necesariamente vinculada con la celeridad, pudiendo en ocasiones resultar más idónea la vía que permite una mayor amplitud de prueba y debate -conclusión ésta sobre la que existe un amplio consenso doctrinario (Cfr. Díaz, Silvia A., "El problema de la vía más idónea", LA LEY 1996-E, 1419).

Interesante son las reflexiones que brinda el doctor Ricardo Lorenzetti en su obra "Las normas fundamentales de derecho privado" (Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 298), donde recuerda que "El peticionante no debe probar el carácter subsidiario respecto del proceso ordinario. Debe demostrar el supuesto de hecho requerido por la norma, esto es, la idoneidad. De tal modo deberá presentar al juez una situación de urgencia tal, para la que la medida solicitada es el medio apto. La violación a que da lugar la acción debe ser manifiesta. Este requisito debe ser demostrado por el accionante, prima facie, y su falta de prueba autorizará al rechazo in límine de la acción". O sea que, tal como se señalara precedentemente, basta con que el accionante presente al Juez los hechos que constituyen la pretensión, y que de ellos derive el grado de urgencia en la necesidad de tutela y la manifiesta ilegalidad o arbitrariedad de la medida que provoca el daño -así como la afectación de un derecho nacido de la Constitución o de la ley- para que quede demostrada la procedencia de la vía, que como se observa, no requiere de prueba adicional alguna.

Agrega así el autor que "Mediante estos dos elementos de la subsidiariedad débil y la violación manifiesta se establecen límites que evitan la desnaturalización del instituto. No cabe caer en una "sumarización" total, generalizada, que sacrificaría valores

Poder Judicial de la Nación

o principios de rango superior (art. 18, Const. Nac.), ya que la Justicia requiere "siempre" de un tiempo propio, que si le es privado, produce consecuencias "irreparables" a los fines específicamente "de la justicia"...".

Habrán ocasiones en las cuales el proceso ordinario resultará ser la vía más idónea por brindar un marco de debate y producción de prueba que permita elaborar un análisis con la debida profundidad al no existir la nota de urgencia que caracteriza al amparo. Y otras en las cuales aquel no será necesario y la acción constitucional será admitida.

Volviendo con este marco al caso que nos ocupa, observo, tras la lectura detenida de los escritos constitutivos de la litis, que el meollo de la discusión radica en dilucidar si la negativa de la AFIP a validar la operación de compra de U\$S 125.000 -destinados a cancelar una deuda preexistente pactada en dicha moneda extranjera- propuesta por el actor en el marco de la Resolución General N° 3210/11 de la AFIP es -o no- manifiestamente ilegal y arbitraria, lo que demandará verificar si la Administración expresó los motivos de su proceder, en su caso, si ellos eran razonables, así como si quedó demostrado que el actor estaba en condiciones económicas y financieras de comprar esa cantidad de divisas. Será también necesario indagar también sobre la constitucionalidad de la Resolución General 3210/11 AFIP que avaló la conducta del organismo recaudador. Y obviamente la de la Comunicación A 5318 del BCRA, dictada en forma sobreviniente, que restringió el acceso al mercado cambiario para determinados destinos específicos, entre los que no se encuentra el perseguido por el actor.

¿Qué beneficio procesal adicional hubiese traído aparejada a la actora la utilización del proceso ordinario?

Estimo que ninguna, teniendo en cuenta que toda la prueba ofrecida ha sido admitida y producida.

Por lo demás, entiendo presente la urgencia característica del amparo a través de la necesidad imperiosa del actor de regularizar su situación contractual con su acreedor -toda vez que el 13 de junio de 2012 venció el plazo para cancelar la obligación a la que estaba destinada la moneda extranjera que el Sr. Martín no fue habilitado a

adquirir- y evitar los efectos de la mora, como lo manifesté al otorgar la medida cautelar, luego revocada por la Alzada.

El argumento se mantiene a mi juicio vigente por cuanto aunque se compartieran las disquisiciones que sobre la mora formularon -en abundancia- los Sres. Jueces que intervinieron a fs. 143/152 para negar la presencia del peligro en la demora, lo cierto es que tratándose la eventual ejecución hipotecaria o acción de cumplimiento contractual que se promueva, de un litigio claramente ajeno a su competencia -la que además fue prorrogada voluntariamente por instrumento público a favor de los tribunales ordinarios de primera instancia en lo civil y comercial de la ciudad de Mar del Plata (cláusula décima punto b, fs. 3 vta.)-, ellas no pasan de configurar una simple opinión -merecedora obviamente del respeto que infunde el cargo que ocupan quienes la emitieron- sin efectos prácticos ni jurídicos sobre la relación jurídica en crisis, en tanto no serán ellos los encargados de interpretar cuál fue la voluntad de las partes plasmada en las cláusulas segunda, tercera y cuarta del contrato de mutuo hipotecario (fs. 2 y 2 vta.), ni tampoco, cuáles serán las secuelas de la falta de entrega de la moneda extranjera en el plazo pactado.

En suma, haya incurrido o no en mora ante la situación objetiva de incumplimiento, lo cierto es que el Sr. Martín se verá envuelto en un potencial conflicto -judicial o no- con su acreedor, como consecuencia de una conducta estatal que reputa manifiestamente arbitraria e ilegítima y que le impide, tal como era su voluntad, respetar fielmente su compromiso, lo que lo coloca en una situación de vulnerabilidad -en términos económicos- que pretende evitar a través de la promoción de esta acción, lo que es indicativo, a mi juicio, de la presencia de la urgencia que la figura requiere.

Estimo así que la interferencia del Estado en el cumplimiento de una obligación válidamente contraída por dos sujetos, impidiéndolo a través de la modificación del plexo normativo vigente al momento de la celebración del contrato su normal ejecución, es susceptible de ser impugnada a través del remedio elegido a los fines de perseguir el inmediato cese del acto lesivo, considerando además el impacto que en

Poder Judicial de la Nación

el patrimonio del actor puede ocasionar una decisión judicial -improbable para la Alzada, pero posible- que considere imputable el incumplimiento (no sólo por la magnitud de la deuda sino también por la elevada tasa pactada en concepto de intereses punitorios -12% anual en una moneda de valor estable-).

No resulta razonable exigir a un ciudadano que acuda a un proceso de conocimiento para cuestionar un acto estatal que le impide -a su juicio de manera manifiestamente arbitraria e ilegal- cumplir con una obligación preexistente pendiente de pago, pues no luce verosímil que obtenga la respuesta judicial en tiempo útil -antes de que se resuelva su situación contractual de alguna otra manera-. El sentido común indica que el titular del crédito no se mantendrá pasivo y expectante a la definición de aquél pleito para activar alguna vía de cobro.

No observo entonces que exista otro medio judicial más idóneo que la acción de amparo para obtener la tutela jurisdiccional que el Sr. Martín requiere, ni que sea necesario un ámbito procesal que garantice mayor debate y prueba que el producido.

En el punto, estimo atinado acotar que la circunstancia de que el derecho afectado (a la adquisición de la moneda extranjera para cumplir una obligación contractual) no derive de manera directa de la Constitución Nacional, no afecta la admisibilidad de la acción, pues la reforma constitucional de 1994 incorporó expresamente dentro del elenco de los derechos tutelables por la vía amparista, a los reconocidos por los tratados y las leyes.

Explica Néstor Sagüés en "*Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma constitucional*" (LA LEY 1994-D, 1151-LLP 1994, 613) que existía una gran disputa en torno a la superficie de los derechos protegidos por la acción de amparo con antelación a 1994, ya que una parte de la doctrina, citando al art. 1º de la ley 16.986, lo restringía a los derechos constitucionales explícitos o implícitos, pero no a derechos emergentes, por ejemplo, de una ley, mientras que otro grupo de autores, entre los que se posicionaba el autor, optaba por una postura más amplia. Tras la reforma del art. 43 de la Constitución Nacional, expone, la duda subsiste

solo en torno a los derechos emergentes de un decreto, resolución ministerial u ordenanza municipal, entre otras normas diferentes a la Constitución, un tratado o una ley.

Pero en nuestro supuesto, el derecho afectado tendría como mínimo protección legal en los arts. 617 y 619 del Código Civil -que autorizan las obligaciones dinerarias en divisa extranjera-, de modo que es indudablemente uno de los protegidos por el art. 43 de la C.N.

E inclusive podría sostenerse que tiene tutela constitucional, si se recuerda *"Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva."*

Esa fue la opinión vertida en *"Club Atlético San Lorenzo de Almagro"* (17/03/2009, Fallos Corte: 332:377) por el Ministro Ricardo Lorenzetti en su voto en disidencia, ocasión en la cual agregó que *"Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 de la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es el supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 de la Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido del contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término "propiedad" desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener "que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera*

Poder Judicial de la Nación

que intente interrumpirlo en el goce del mismo" (Fallos: 145:307 y 172:21, disidencia del juez Repetto)."

De modo que el contenido patrimonial que pueda contener la pretensión no configura obstáculo para la procedencia de la vía siempre que se encuentren presentes la urgencia, la amenaza de daño cierto e irreparable y la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas.

Así lo destaca Agustín Gordillo al criticar un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contenciosoadministrativo Federal, sala I dictado el 18/4/1996 en "Méndez, Luisa E. c. Secretaría de Industria y Comercio -Ministerio de Economía-" ("El moribundo amparo", publicado en: LA LEY 1997-C, 843-DJ 1997-2, 792), ocasión en la cual, en un supuesto en el cual la administración había anulado por sí y ante sí un certificado de importación ya ejecutado y con el vehículo retenido en los depósitos fiscales de la aduana, violando con ello a juicio del autor los arts. 17 y 18 de la ley 19.549 y el principio de la estabilidad de los actos administrativos, vigente ininterrumpidamente desde el antiguo fallo Carman de Cantón, de 1936, privando a alguien, al mismo tiempo, del ejercicio de su derecho constitucional de propiedad, el Tribunal declaró inadmisibile el amparo alegando para ello que se trataba de una cuestión "*de incidencia estrictamente patrimonial*". Frente a ello, el autor citado puso de resalto que ni la Constitución ni la ley en ninguna parte establecen que la propiedad no es una de las garantías fundamentales de la Constitución Nacional, y como tal susceptible de obtener tutela por la vía del amparo.

Remata el autor su comentario afirmando que tal criterio "*Es como confundir el amparo con habeas corpus, un arma excepcional para defender derechos excelsos y no pretensiones ¿Pedestres? Como el mero derecho de propiedad ...*".

Comparto plenamente sus afirmaciones.

El art. 43 de la Constitución Nacional en modo alguno excluye del ámbito de aplicación de la acción de amparo a las cuestiones de índole patrimonial, quedando ellas supeditadas -como el resto- al cumplimiento de los demás recaudos que se exigen tanto en el texto constitucional como

en la ley 16.986, sin que corresponda distinguir donde la ley no lo hace.

III-C. Alegan también las demandadas, para cuestionar la viabilidad del remedio elegido, que no se advierte actualidad o inminencia en la lesión que denuncia el actor. Habiendo el nombrado explicado claramente cuál es el destino que pretende dar a la moneda extranjera cuya adquisición le es vedada -que no es el mero atesoramiento-, y el riesgo contractual que asume de no cumplir acabadamente su compromiso -entre el que enumeró la necesidad de acudir a otros mercados para la compra de la divisa, con un precio notoriamente superior-, el aserto de las accionadas aparece como una mera afirmación dogmática carente de fundamentación -en tanto, en todo caso, no se explicó el motivo por el cual pese a lo alegado por el Sr. Martín, el acto no le causa gravamen inminente-. Desde la mayor onerosidad que le ocasionará cumplir su compromiso -la que eventualmente podrá afectar la ecuación económica del contrato-, hasta la eventual rescisión, su situación contractual puede pasar por un sinnúmero de contingencias, todas gravosas en principio para el actor, como consecuencia de la posición de debilidad en la que quedó frente a su acreedor, lesión que estimo lo suficientemente inminente para habilitar la vía.

III-D. En lo atinente al recaudo de admisibilidad previsto por el art. 2 inc. c) de la ley 16.986 -que no afecte la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado- es menester dilucidar si tras la reforma constitucional de 1994, la disposición mantiene su vigencia.

En ocasión de similar debate doctrinario y jurisprudencial creado en torno a la vigencia del art. 2 inc. e) de la ley 16.986, que establece un plazo de caducidad de quince días para interponer la acción, Sergio Gustavo Fernández y Luis María Márquez señalaron en "*Jurisprudencia concordada sobre la caducidad en la acción de amparo - El artículo 2º, inciso e) de la ley 16.986 frente al nuevo texto constitucional*" (Publicado en: LA LEY 1999-C, 1140) que nuestra jurisprudencia ha interpretado que el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional no ha producido una derogación

Poder Judicial de la Nación

en bloque de las disposiciones de la ley 16.986, debiendo entenderse únicamente derogadas aquellas condiciones de admisibilidad de la acción que lo hubieren sido de modo expreso o que resulten incompatibles con el texto constitucional, de tal suerte que subsisten entonces los recaudos de admisibilidad establecidos por dicho precepto, mientras no se opongan a la letra y espíritu de la Constitución Nacional (conf. Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, sala I, 22/5/96, LA LEY, 1997-D, 694; íd: sala III, 18/3/95, "Pérez, A. c. Ministerio de Cultura y Educación" en LA LEY, 1996-E, 97, fallo N° 94.825).

En este sentido, se consideró compatible con el art. 43 de la C.N. la exigencia del art. 2 inc. e) de la ley 16.986 y por ello, de acuerdo al plenario de la Cámara Federal Civil y Comercial de Capital Federal dictado en autos "*Capizzano de Galdi, Concepción c/ Instituto de Obras Sociales*" (LL-1999-E-401), aquél mantiene su vigencia luego de sancionada la reforma constitucional de 1994. La mayoría de los integrantes de la Alzada también han sostenido en sentido coincidente que aquél recaudo es todavía exigible - con la disidencia del Dr. Barreiro, que ha opinado que tras la reforma constitucional de 1994, el requisito del art. 2 inc. e de la ley 16.986 no conserva su operatividad- (SI 15/2008). Y tal fue también la opinión vertida por la suscripta en "*ZUMOS TRADING S.A. C/ PODER EJECUTIVO NACIONAL -MINISTERIO DE ECONOMÍA, ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS- S/ AMPARO*", Expte. N° 338, Folio 333, Año 2003 (SD del 14/4/2008).

Sin embargo, como lo sostuve en "*MOBIL ARGENTINA S.A. C/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS - SECRETARÍA DE ENERGÍA-)* S/ AMPARO", Expte. N° 220, Folio 388, Año 2004, (30/6/2010) por aplicación de similar criterio -la ley 16.986 solo mantiene su vigencia en aquellos aspectos en los que no resulte incompatible en su espíritu o en su texto con el art. 43 de la Constitución Nacional-, en el supuesto del requisito específico que en la oportunidad se examina (art. 2 inc. c de la ley 16.986), ocurre lo contrario. Opiné allí que en la situación que se analizaba, la restricción legal aparecía

incompatible con el texto constitucional, en tanto limitaba el ejercicio de la vía expedita y rápida cuyo ejercicio se reconoció amplia y generosamente a toda persona afectada de manera manifiestamente arbitraria o ilegal en sus derechos, con daño actual o amenaza de sufrirlo de manera inminente. En este sentido, la cláusula legal prevé un impedimento para el ejercicio de la acción -cuando la intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad o eficacia de la prestación de un servicio público- no previsto por el texto constitucional e incompatible, en mi opinión, con su espíritu.

Útil es recordar que "...el art. 43 de la Constitución reformada... confirió al amparo el carácter de derecho constitucional expreso...", "...razón por la cual prevalece respecto de cualquier limitación o restricción contenida... en leyes nacionales o provinciales..." ("La pretensión de amparo en la reforma constitucional de 1994", Lino Enrique Palacio, LA LEY 1995-D, 1237-Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales Tomo IV, 339).

De aceptarse la tesis contraria -recogida por Osvaldo Gozaíni en "Derecho Procesal Constitucional -Amparo" (Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 297)- se admitiría, "por vía reglamentaria, un límite que destruya la esencia misma de la institución, cuando ésta requiere que se alcance la cima de la función judicial, como es el control de la constitucionalidad de normas infraconstitucionales", resultado al que, según señalara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente anteriormente mencionado (30/09/2008, "Comunidad Indígena Eben Ezer"), es menester evitar arribar.

Es que no puede dejar de tenerse presente que como bien lo señala Sagües, cualquier petición de amparo afecta, en la mayor parte de los casos, a una "actividad esencial" del Estado. Todo amparo, al menos en forma indirecta, puede "comprometer" la regularidad, continuidad (o al menos, la eficacia) en la prestación de un servicio público; o en su caso, el desenvolvimiento de "actividades esenciales" del Estado. Por esta razón, el autor citado ha considerado inconstitucional al inciso c) del art. 2 de la ley 16.986, celebrando que los tribunales no lo apliquen, iniciando una

Poder Judicial de la Nación

feliz desuetudo de la norma en cuestión (Cfr. SAGÜES, Nestor Pedro, Acción de amparo, Ed. Astrea, Buenos Aires, 4ª Edición, 1995, Pág. 554).

Pero además, cabe señalar que no advierto que en el supuesto en examen se encuentre en juego la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado, pues de accederse a la pretensión, sólo se exigirá a la AFIP que valide la operación de cambio que el actor pretende realizar, circunstancia que en modo alguno puede provocar aquéllos importantes efectos.

IV. Por último, se ha negado la presencia de la arbitrariedad o ilegalidad manifiestas en el actuar estatal que justifican la utilización de la acción de amparo, aspecto que en el caso, se vincula íntimamente con la fundabilidad de la pretensión, por lo que entraré de lleno al análisis de esta última.

Tenemos así que como fuera ampliamente reseñado por las partes, la Resolución General 3210/2011 creó un "Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias", con el objetivo de *"optimizar la acción fiscalizadora y el control de las obligaciones fiscales a cargo de este Organismo"*, así como la lucha contra el lavado de dinero, consistente en la evaluación, *"para las operaciones cambiarias, ... -en tiempo real- de la situación fiscal y económico-financiera del sujeto que la pretende realizar, a fin de adoptar las acciones de control y fiscalización que correspondan."*

La norma fue dictada por el Director de la AFIP en ejercicio de las facultades conferidas por el Artículo 7º del Decreto N° 618/97.

El "Programa" estableció que *"a los fines fiscales"* las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina deberán consultar y registrar, mediante el sistema informático que se establece, el importe en pesos del total de cada una de las operaciones de venta de moneda extranjera -divisas o billetes- en todas sus modalidades efectuadas por las entidades autorizadas, cualquiera sea su finalidad o destino en el momento en que la misma se efectúe. (arts. 1 y 2).

El potencial adquirente podrá consultar en forma previa a la realización de la operación cambiaria el resultado de la evaluación sistémica que realizará la Administración Federal, vía web.

Las operaciones cambiarias deben quedar registradas, siempre "a los efectos fiscales" (art. 4) asentándose la información detallada en el art. 5 (C.U.I.T., C.U.I.L. o Clave de Identificación -C.D.I.- o el tipo y número de DNI del sujeto que la realiza, tipo de moneda a adquirir y su destino y el importe en pesos de la operación y el tipo de cambio aplicado).

De acuerdo al art. 6, "Esta Administración Federal efectuará evaluaciones sistémicas, en tiempo real, sobre los datos ingresados y emitirá la respuesta correspondiente de acuerdo con la información obrante en las bases de datos del Organismo, a saber: a) Validado: Indica que los datos ingresados superaron los controles sistémicos, asignándose a la operación un número de transacción. b) Con Inconsistencias: Indica que no se han superado los mencionados controles, detallando el/los motivo/s correspondiente/s...".

"Ante la respuesta "Con Inconsistencias", el adquirente podrá consultar los motivos de las mismas ante la dependencia de este Organismo en la cual se encuentre inscripto. ..." (art. 7).

De acuerdo al art. 2 de la Resolución General 3212/2011, "En el supuesto previsto en el Artículo 7º de la Resolución General N° 3210, el sujeto que pretende adquirir moneda extranjera podrá concurrir a la dependencia competente de este Organismo, a los fines allí indicados."

"Cuando el motivo de la inconsistencia fuese "insuficiente capacidad económica financiera" podrá, asimismo, regularizar su situación presentando una nota conforme lo previsto en la Resolución General N° 1128, acompañada de los siguientes elementos: a) La impresión de la respuesta emitida por el sistema, en la cual conste dicho motivo, y b) la documentación fehaciente que acredite el origen y cuantía de los fondos a utilizar para el pago de la compra de la moneda extranjera, observada. La dependencia receptora evaluará los elementos presentados y resolverá

Poder Judicial de la Nación

sobre la procedencia de lo solicitado. Los demás motivos de inconsistencia podrán igualmente subsanarse ante la mencionada dependencia, regularizando los mismos en la forma que para cada caso corresponda."

Como se ve, esta última disposición nada agrega a lo que el sentido común de por sí indica: el interesado que no obtenga la validación podrá concurrir a formular la queja ante la AFIP acompañando la documentación que respalde su planteo, frente lo cual el organismo recaudador resolverá lo pertinente. No se fijan plazos para que la AFIP se expida ni se crea un mecanismo ágil y eficiente para la impugnación. Mucho menos se pone a cargo de la AFIP el deber de brindar explicación alguna al contribuyente sobre los motivos de su negativa.

En el art. 8 se instruye a las dependencias específicas sobre las acciones a seguir por cada una, encomendando el inc. c) a la Subdirección General de Auditoría Interna que audite *"la operatoria a que se refiere el Artículo 7°"* -consultas ante el organismo de los contribuyentes a los que no se valida la operación- *"y, en particular, las operaciones de venta de moneda extranjera ...reportadas por el sistema "Con Inconsistencias" que se concreten luego de la intervención de la dependencia..."*

De manera que la norma no impide ni prohíbe al contribuyente ni a la entidad bancaria o financiera que realice la operación, sino que solamente la clasifica de antemano de manera de prestarle atención para ser auditada a los fines de verificar el efectivo cumplimiento de las obligaciones tributarias.

En este marco teórico, la Resolución aludida no afectaría en principio derecho de rango constitucional alguno del Sr. Martín, en tanto efectivamente, como se alegó reiteradamente por el Estado Nacional y por la AFIP, esta se habría limitado a implementar -en el marco de las facultades otorgadas por el art. 7 del Decreto N° 618/97- un sistema de información cuya finalidad es la de detectar operaciones inconsistentes entre las transacciones cambiarias efectuadas y la capacidad económico financiera de los contribuyentes.

La AFIP ha señalado sin embargo que por decisión del Banco Central de la República Argentina (Comunicación A

5239) que es la autoridad monetaria del país, la validación de este sistema ha devenido en un requisito necesario para la consumación de las operaciones de compraventa de moneda extranjera.

La Comunicación aludida dictada el 28/10/2011, hizo saber a las entidades financieras que a partir del 31.10.2011, las entidades autorizadas a operar en cambios deberían consultar y registrar todas las operaciones de venta de moneda extranjera a realizar con sus clientes alcanzadas por el "Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias" implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Resolución General 3210/2011, que indicará si la operación resulta "Validada" o "Con inconsistencias". Agregó que en los casos de ventas de moneda extranjera *"por conceptos de formación de activos externos de residentes sin la obligación de una aplicación posterior específica, comprendidos en el punto 4. del anexo a la Comunicación "A" 5236 del 27.10.11, las entidades autorizadas a operar en cambios **sólo podrán dar acceso al mercado local de cambios a las operaciones con clientes que obtengan la validación en el sistema mencionado ... El requisito de validación en el sistema no será de aplicación para las ventas de cambio que se realicen **por otros conceptos** que no correspondan a la formación de activos externos de residentes sin aplicación a un destino específico, ..."***

La Comunicación A 5236 modificó el punto 4.2. de la Comunicación "A" 5198 que a su vez había reformado la Comunicación "A" 5085 del 7.06.10.

Ésta última reordenó el mercado local de cambios y dictó nuevas normas aplicables para el acceso a él para la formación de activos externos de residentes que no sean entidades autorizadas a operar en cambios, regulando en el punto 4 de su Anexo las Normas para el acceso al mercado local de cambios para la formación de activos externos de residentes, sin la obligación de una aplicación posterior específica. Previó en su punto 4.2. que los residentes en el país podrán acceder al mercado local de cambios para la compra de moneda extranjera para la formación de activos externos, sin la obligación de una aplicación posterior específica, en los siguientes casos: *"Las compras de billetes*

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

y divisas en moneda extranjera que realicen los fideicomisos constituidos con aportes del sector público nacional, las personas físicas residentes y las personas jurídicas constituidas en el país, ..., por el conjunto de los siguientes conceptos: inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas, otras inversiones en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas, compra para tenencias de billetes extranjeros en el país y compra de cheques de viajero, y donaciones; cuando se reúnan las siguientes condiciones: 4.2.1. Por el total operado por los conceptos señalados, no se supere el equivalente de dólares estadounidenses dos millones (US\$ 2.000.000) en el mes calendario y en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios; 4.2.2. Los fondos comprados en divisas no estén destinados a la compra en el mercado secundario de títulos y valores ...".

En sucesivas Comunicaciones el Banco Central de la República Argentina fue aumentando las situaciones en las que la validación del sistema creado por Res. Gral. 3210/2011 AFIP era necesario para que la entidad financiera pudiera dar acceso al mercado local de cambios (Comunicaciones "A" 5240 del 31.10.2011, "A" 5242 del 1.11.2011., "A" 5245 del 10/11/2011, "A" 5249 del 19/11/2011, "A" 5256 del 11/1/2012, "A" 5260 del 30/1/2012 entre muchísimas otras) hasta llegar a la Comunicación A 5318 del 5/7/2012 que en el punto II suspendió *"la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2. del anexo a la Comunicación "A" 5236."*

Con ello, automáticamente vedó a las entidades financieras otorgar acceso a los clientes al mercado local de cambio para la adquisición de divisas sin fines específicos, habilitándolas a hacerlo únicamente -y en la medida en que obtengan la validación de la AFIP- para los fines específicos taxativamente regulados, entre los que no se halla el previsto por el Sr. Martín (cancelación de obligaciones contraídas en moneda extranjera).

De manera que a la fecha, existe ciertamente un obstáculo legal para que el actor acceda al mercado de

cambios, pues la Comunicación A 5318 BCRA no le permite adquirir dólares para darle el destino pretendido.

Con anterioridad a ella, el Sr. Martín no pudo acceder a las divisas porque la AFIP no validó la operación, recaudo indispensable para que la entidad financiera le permita realizarla, según Comunicación A 5239 BCRA.

Pero después de su dictado, aunque la AFIP estime suficiente la capacidad económica del Sr. Martín para la compra de la moneda extranjera en la cantidad requerida, la entidad financiera no está autorizada a vendérsela.

En este sentido, la pretensión habría devenido abstracta, tal como lo sostuvieran la AFIP y el Estado Nacional al contestar el informe del art. 8 de la ley 16.986.

Pero no puede obviarse que el actor cuestionó a fs. 206/208, apenas cinco días después de su entrada en vigencia (el 10 de julio de 2012 según cargo fs. 208 vta.) la validez constitucional de aquella Comunicación, planteo que, de ser acogido, tornaría inaplicables a él sus disposiciones. De ser tal el caso, la pretensión mantendría su plena vigencia, pues el único obstáculo remanente para la adquisición de la moneda extranjera en el mercado libre y único de cambios sería la conducta de AFIP de no validar su pedido en el marco de la Resolución General 3210/11.

V. Será necesario entonces, en este estado, analizar el planteo de inconstitucionalidad que en torno a la Comunicación A 5318 BCRA efectuara el actor a fs. 206/208.

Al fundarlo, éste señaló que pese a no existir en el país normas de fondo que prohíban realizar transacciones comerciales o constituir obligaciones en dólares estadounidenses, el Banco Central ha emitido una norma reglamentaria que cercena los derechos de los administrados impidiéndoles a toda una serie de sujetos la adquisición de divisas para determinados fines específicos distintos de los admitidos por la reglamentación.

Afirma que la adquisición de inmuebles era uno de los fines aceptados por la Comunicación A 5236 BCRA que fue suprimido en la nueva regulación.

Sostiene en definitiva que una norma de rango inferior como la circular administrativa del BCRA no puede impedir el ejercicio de derechos reconocidos en los arts. 617

Poder Judicial de la Nación

y 619 del Código Civil, infringiéndose así el art. 31 de la Constitución Nacional.

El Estado Nacional defendió la validez de la norma alegando que la competencia del Banco Central de la República Argentina para el dictado de regulaciones en materia cambiaria, nace del art. 2 de la ley 25.561 -por medio del cual el Congreso la delegó en el Poder Ejecutivo- y del Decreto 71/02, a través del cual éste la subdelegó en el Banco Central. Observa además que el art. 29 inc. b) de la ley 24.441 faculta a la entidad a *"Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija"*, afirmando que el Estado históricamente ha regulado intensamente la actividad con base en lo dispuesto en el art. 75 inc. 6, 18 y 32 de la Constitución Nacional.

La AFIP añadió que las funciones de registro y control del BCRA en materia cambiaria provienen también de los Decretos 260/02 y 616/2005.

El art. 75 inc. 6 de la Constitución Nacional faculta al Congreso de la Nación a *"Establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda, así como otros bancos nacionales."*

El conocido inciso 18 contiene la llamada cláusula del "bienestar", donde el Congreso es facultado a *"Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo."*

Y el inciso 32, siempre del art. 75, le otorga atribuciones para *"Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina."*

En suma, más allá de la facultad para dictar normas sobre importación de capitales extranjeros que menciona el inciso 18, la única disposición del art. 75 que se relaciona específicamente con el asunto traído a decisión es la del inciso 6, que faculta al Congreso a establecer y reglamentar un banco federal con facultad de emitir moneda.

En tal marco, el Poder Legislativo creó el Banco Central de la República Argentina y sancionó su Carta Orgánica.

El texto actualmente vigente de la misma (ley 24.144) establece en su art. 4, como funciones y facultades del banco, la de "...f) *Ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación;...*".

En el art. 29, la norma señala que "El Banco Central de la República Argentina deberá: a) *Asesorar al Ministerio de Economía y al Honorable Congreso de la Nación, en todo lo referente al régimen de cambios y establecer las reglamentaciones de carácter general que correspondiesen; b) Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija.*"

El Banco Central puede entonces reglamentar todo lo referente al régimen de cambios y ejercer la fiscalización necesaria para su cumplimiento, pero de acuerdo al art. 4 de la misma ley, debe hacerlo "en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación" lo que en virtud del art. 31 de la Constitución Nacional, además, no podría tampoco ser de otra manera, ya que tratándose de normas de inferior jerarquía no podrían resultar contradictorias ni opuestas a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación.

¿Cuál es el marco legal vigente sancionado por el Poder Legislativo?

Por un lado, tenemos que a través de la ley 23.928 se modificaron en el año 1991 las previsiones de los arts. 617 y 619 del Código Civil, asignándoles a las obligaciones de dar moneda extranjera el carácter de obligaciones dinerarias, hasta entonces negado (a las obligaciones de dar moneda extranjera se les aplicaba hasta ese momento el régimen de las obligaciones de dar cantidades de cosas),

Poder Judicial de la Nación

decisión que fue acompañada por un régimen de convertibilidad de la moneda argentina con el dólar estadounidense - abandonado por la ley 25.561 en el año 2002- que exigía del Banco Central mantener reservas de libre disponibilidad en oro y divisas extranjeras por un valor equivalente a por lo menos el 100 % de la base monetaria -exigencia ésta última que recién fue abandonada por la ley 26.739 a fines del año 2012, en trámite ya el planteo-.

Ni la ley 25.561 -que dejó atrás la convertibilidad- ni la ley 26.739 -que hizo lo propio respecto del nivel de reservas exigible al BCRA- modificaron ni alteraron el régimen de las obligaciones de dar moneda extranjera, cuyo carácter dinerario mantuvieron.

En su nueva redacción, el art. 617 del C.C. estableció que *"Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiere estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero."*, agregando el art. 619 que *"Si la obligación del deudor fuese de entregar una suma de determinada especie o calidad de moneda, cumple la obligación dando la especie designada, el día de su vencimiento."* (principio nominalista).

A fines de 2001 y principios de 2002, con la crisis que desembocó en el sistema de retención y pesificación compulsiva de los depósitos bancarios y obligaciones en general, conocido como "corralito financiero", se dictó la ley 25.561 cuyo art. 1 declaró, *"con arreglo a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 31 de diciembre de 2004"*, -emergencia prorrogada por el art. 1 de la Ley N° 26.729 hasta el 31 de diciembre de 2013- *"con arreglo a las bases que se especifican seguidamente. 1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios. 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la*

reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º."

Por su art. 2, "El Poder Ejecutivo nacional queda facultado, por las razones de emergencia pública definidas en el artículo 1º, para establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias."

En el marco de tales delegaciones, el Poder Ejecutivo Nacional dictó los Decretos 71/2002 y 260/2002.

El primero de ellos previó en su art. 1 que "El BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA especificará mediante el dictado de las disposiciones pertinentes, las operaciones y transacciones que, sin excepción, quedarán comprendidas en el mercado oficial de cambios. Las operaciones de compra y venta de DOLARES ESTADOUNIDENSES que efectúe el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA en el mercado oficial de cambios, las realizará a la relación de cambio de PESOS UNO CON CUARENTA CENTAVOS (\$ 1,40) por cada unidad de DOLARES ESTADOUNIDENSES, quedando así establecida la relación de cambio entre el peso y la citada divisa extranjera, conforme las previsiones del artículo 2º de la Ley Nº 25.561, y sin perjuicio de las adecuaciones que en su caso corresponda efectuar."

Su art. 2 contempló que "Las operaciones de cambio de divisas extranjeras que no se realicen a través del mercado oficial, serán libremente pactadas."

Se vislumbró inicialmente la coexistencia de dos mercados cambiarios: el oficial y uno libre en el que las partes podrían libremente adquirir y vender divisas, sin regulación estatal.

Pero rápidamente el Decreto 260/2002 rectificó ese rumbo para establecer en su art. 1 "un mercado único y libre de cambios por el cual se cursarán todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto." (8 de febrero de 2002).

De acuerdo a su art. 2, "Las operaciones de cambio en divisas extranjeras serán realizadas al tipo de cambio que sea libremente pactado y deberán sujetarse a los requisitos y

Poder Judicial de la Nación

a la reglamentación que establezca el BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA."

Por su art. 3 se facultó al BCRA a reglamentar "todos los aspectos relacionados con las operaciones de compra y venta de divisas extranjeras mencionadas en los artículos 1º y 2º del presente decreto."

En función de ello el BCRA emitió la Comunicación A 3471 I del 08/02/02 haciendo saber a las entidades financieras que a partir del 11/2/02 operaría un Mercado Único y Libre de Cambios para todas las transacciones cambiarias, con las siguientes características: "1. El tipo de cambio resultará del libre juego de la oferta y la demanda. 2. Las operaciones de cambio sólo podrán ser efectuadas en las entidades autorizadas por el Banco Central para operar en cambios, que quedan facultadas para realizar todas las operaciones que se reglamenten por norma de aplicación, se trate de operaciones que requieran autorización previa del Banco Central o no, debiendo cumplir en todos los casos con los requisitos establecidos o que se establezcan para cada operación o concepto en particular. 3. Todas las operaciones que no se ajusten a lo dispuesto en la normativa cambiaria, se encuentran alcanzadas por el Régimen Penal Cambiario..."

Ahora bien: a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo al art. 76 de la Constitución Nacional, "Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. ...".

Explica la doctrina que a partir de 1994 se ha inaugurado un nuevo sistema que permite excepcionalmente la delegación legislativa, instituto que no se encontraba previsto en el texto original de la Constitución Nacional aunque había sido convalidado jurisprudencialmente dentro de ciertos parámetros.

Con el nuevo texto constitucional, el principio general se mantiene. Sigue prohibida la delegación, pero se admiten dos excepciones: a. cuestiones determinadas de administración y b. emergencia pública.

Javier Indalecio Barraza señala en "La delegación legislativa" (LA LEY 21/09/2011 , 1 • LA LEY 2011-E , 1002) que no resulta contradictorio partir de la prohibición para luego admitir excepciones porque lo que se intentó hacer es armonizar la tradición constitucional de la prohibición de la delegación legislativa con el principio de *"mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal"*, destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal" (Fallos Corte: 331:2406) en el Considerando 9.

De acuerdo a la norma constitucional, expresa el autor citado, el órgano legislativo debe fijar claramente la política legislativa, estándar inteligible, patrón discernible. Puede ocurrir, advierte, que las bases estén formuladas en un lenguaje genérico e indeterminado, en cuyo caso el onus probandi corresponde al interesado, quien debe demostrar que la disposición emitida por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate.

También debe existir un plazo para el ejercicio.

Por lo demás, de acuerdo al art. 100 inc. 12 de la Constitución Nacional el Jefe de Gabinete debe refrendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, *"los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente."* que sólo fue creada en el año 2006 por la ley 26.122.

Sin embargo, para el caso específico de las facultades delegadas por los arts. 1 y 2 de la ley 25.561, se creó, por el art. 20 del mismo texto legal, una *"Comisión Bicameral de Seguimiento la cual deberá controlar, verificar y dictaminar sobre lo actuado por el Poder Ejecutivo. Los dictámenes en todos los casos serán puestos en consideración de ambas Cámaras. ..."*. Dispuso su art. 21 que *"El Poder Ejecutivo Nacional dará cuenta del ejercicio que hiciere de las facultades que se le delegan al finalizar su vigencia y mensualmente, por medio del Jefe de Gabinete de Ministros en oportunidad de la concurrencia a cada una de las Cámaras del Congreso, conforme a lo previsto en el artículo 101 de la Constitución Nacional."*

Poder Judicial de la Nación

Al dictarse la ley 26.122, estas facultades fueron absorbidas por la nueva Comisión, manteniendo la Comisión Bicameral de Seguimiento creada por el artículo 20 de la Ley 25.561 únicamente la competencia prevista por el artículo 4° de la Ley 25.790 (la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el artículo 9° de la Ley 25.561).

A todo ello debe agregarse, para completar el panorama jurídico en lo que atañe a los recaudos que debe cumplir la delegación legislativa para resultar válida, que de acuerdo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cfr. YPF S.E. c. Esso SAPA s/proceso de conocimiento, Expte. N° Y-18-2009- Tomo 45, 03/07/2012, LA LEY 2012-E,38), *“las atribuciones especiales que el Congreso otorga al Poder Ejecutivo para dictar reglamentos delegados, pueden ser subdelegadas por éste en otros órganos o entes de la Administración Pública, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (Fallos: 318:137; 330:1855). Sin embargo, y en esto asiste razón a las apelantes, no resulta suficiente invocar una ley genérica o poco específica para justificar que la subdelegación se encuentra permitida. En este punto, cabe recordar que el instituto de la delegación es de interpretación restrictiva, tanto cuando ocurre entre órganos de la administración (artículo 3° de la ley 19.549), como cuando se trata de delegación de facultades de un Poder del Estado a otros, en particular, cuando se delegan facultades legislativas en órganos del Poder Ejecutivo, en tanto se está haciendo excepción a los principios constitucionales de legalidad y división de poderes (Fallos: 326:2150, 4251).”*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también se expidió sobre el punto en “Colegio Público de Abogados de Capital Federal c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional” (04/11/2008, Fallos 331:2406).

En tal ocasión, la Corte consideró que la letra del texto constitucional en sus artículos 99.3 y 76 refleja sin ambigüedades *“la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y,*

por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar, siendo la definición de la regla general y de los casos excepcionales en el mismo texto constitucional, así como el procedimiento que finalmente se adoptó para asegurar el adecuado funcionamiento de ambos, el correlato de dos objetivos básicos que rigieron la deliberación constituyente, cuales son la atenuación del presidencialismo y la mayor eficacia en el funcionamiento del gobierno federal."

Opinó que "la delegación sin bases está prohibida y que, cuando las bases estén formuladas en un lenguaje demasiado genérico e indeterminado, la actividad delegada será convalidada por los tribunales si el interesado supera la carga de demostrar que la disposición dictada por el Presidente es una concreción de la específica política legislativa que tuvo en miras el Congreso al aprobar la cláusula delegatoria de que se trate."

Al comentar el pronunciamiento, María Angélica Gelli destaca que no obstante la veda del art. 76 de la C.N. de efectuar una delegación legislativa sin bases, puede ocurrir que ésta se disponga "de manera extremadamente amplia e imprecisa". Expone la autora que si la ley delegante establece bases de delegación generales y amplias pero no fija un "lineamiento inteligible", se abren ante los tribunales dos caminos a fin de resolver impugnaciones fundadas en el uso excesivo por parte del Poder Ejecutivo de facultades delegadas de manera indeterminada por el Congreso: por un lado, podría anularse esa ley —declararse inconstitucional— o, por el otro, interpretarse muy restrictivamente la eficacia de la delegación, es decir, limitar las posibilidades de que el decreto delegado encuentre apoyatura en la ley delegante.

Entiende que este segundo camino es el que siguió la Corte Suprema en "Colegio Público de Abogados", pues sin descalificar la ley de emergencia pública 25.414, interpretó el significado de la finalidad de ésta, enunciada en el art. 1º —acerca de la necesidad de aumentar la eficacia de la administración— y, dado sus lindes difusos, en cambio de admitir la procedencia de cualquier medio para cumplimentar ese objetivo, exigió la demostración de que la medida elegida

Poder Judicial de la Nación

por la administración constituyera la concreción de la política delegante del Congreso.

Destaca que la Corte no examinó las disposiciones del decreto delegado en términos de control de razonabilidad de las medidas cuestionadas, pero empleó el criterio de relación entre fines y medios establecidos en las disposiciones normativas a partir de una regla de limitación que podría enunciarse del siguiente modo: a mayor generalidad e imprecisión en las bases de delegación menor posibilidad de que el decreto delegado sea validado, excepto que la administración alegue y pruebe que la norma que dicta es una concreción de la específica política legislativa del Congreso.

Opina que de esta regla se deriva *"una presunción, a lo menos, de invalidez de los decretos delegados en materias determinadas de administración o de emergencia pública sostenidos por la administración en bases de delegación muy generales. Aunque esta presunción admite prueba en contrario. Según lo entiendo, este criterio constituye una interpretación minorada de la que a su turno sostuvo la jueza Argibay en "Massa". En efecto, en su voto, la ministra efectuó un estricto control del decreto 214/02 – cuestionado en esa controversia sobre pesificación de los depósitos bancarios– sosteniendo que la prohibición de dictar disposiciones legislativas que pesa sobre el presidente de la Nación reviste a esas normas –autorizadas sólo por excepción– de presunción de inconstitucionalidad, presunción que deberían desvirtuar quienes dictaron esas normas"*. ("Control estricto en la delegación legislativa. En el caso "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"", publicado en: Sup. Const. 2008, diciembre, 38, LA LEY 2009-A, 161).

Volviendo con este marco normativo, jurisprudencial y doctrinario al caso que nos ocupa, tenemos que el Poder Legislativo delegó en el Poder Ejecutivo Nacional, a través del art. 2 de la ley 25.561, la facultad de *"establecer el sistema que determinará la **relación de cambio** entre el peso y las divisas extranjeras, y dictar regulaciones cambiarias."*

Las bases dentro de las cuales esas facultades debían ser ejercidas las hallamos en el art. 1 de la misma ley, que declaró *"con arreglo a lo dispuesto en el artículo*

76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, delegando al Poder Ejecutivo nacional las facultades comprendidas en la presente ley, hasta el 10 de diciembre de 2003, con arreglo a las bases que se especifican seguidamente: **1. Proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios.** 2. Reactivar el funcionamiento de la economía y mejorar el nivel de empleo y de distribución de ingresos, con acento en un programa de desarrollo de las economías regionales. 3. Crear condiciones para el crecimiento económico sustentable y compatible con la reestructuración de la deuda pública. 4. Reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido en el artículo 2º."

Tal como se reseñó, la norma representó el fin del sistema de convertibilidad implementado por la ley 23.928 que rigió durante diez años, durante el cual se multiplicaron las operaciones en divisas extranjeras.

Y como también se recordó, esta ley -25.561- mantuvo **vigente** la caracterización de las obligaciones de dar moneda extranjera como obligaciones dinerarias que debían ser cumplidas entregando la cantidad y calidad de moneda pactada al día del vencimiento -y no su equivalente en pesos a esa época- (arts. 617 y 619 del C.C.).

En consecuencia, la facultad delegada por el Congreso permitía al Poder Ejecutivo organizar el mercado cambiario (como lo hizo a través del Decreto 71/02 primero y por el Decreto 260/02 unos días después), y establecer la relación entre el valor de la moneda nacional y la extranjera, dictando regulaciones cambiarias.

Pero en modo alguno autorizó el Congreso al Poder Ejecutivo Nacional a **suprimir o a restringir** el mercado cambiario, en un escenario en el cual las operaciones en divisas extranjeras se siguen considerando obligaciones dinerarias. De hecho, la circunstancia de que la delegación haya sido para establecer dicha "relación de cambio" presupone que las operaciones continuarán siendo admitidas, pues de haber sido la intención del legislador suprimir o achicar el mercado cambiario, no hubiese sido necesario que

Poder Judicial de la Nación

alguien estableciera cuál sería la relación de cambio adecuada. Cabe recordar además el contexto en el que dicha delegación legislativa fue dictada (en el cual durante diez años había regido legalmente una relación de cambio de \$ 1 por U\$S 1 garantizada por el Estado).

Es evidente entonces que entre las bases dentro de las cuales debían ser ejercidas las facultades delegadas para reorganizar el mercado cambiario, o para dictar regulaciones sobre el mismo, no se incluyó la posibilidad de eliminar las operaciones cambiarias ni la de limitarlas para ciertos especialísimos fines que el Poder Ejecutivo decida. Ésta es una decisión que atañe al órgano facultado constitucionalmente para hacerlo (el Congreso), y no es posible interpretarlas incluidas dentro de la delegación efectuada, conforme los parámetros otorgados para regular el mercado de cambios, y considerando además que ello es incompatible con otras disposiciones de jerarquía legal que la misma ley 25.561 mantuvo incólumes (arts. 617 y 619 del C.C.). No surge en definitiva ni del texto ni del espíritu de la ley 25.561 -ni del contexto histórico en el que ella fue dictada, que aparece con absoluta claridad sintetizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Massa..." (Fallos 329:5913)- que el legislador haya previsto la posibilidad de eliminar ni reducir las operaciones de compraventa de divisas, sino solo la de modificar y regular el valor de la moneda extranjera, aspecto éste último que dejó encomendado al Poder Ejecutivo Nacional.

En este orden de ideas exponen Javier Salerno y Juan Manuel Gesuiti en "Normas cambiarias" (LA LEY 24/01/2013, 1 • LA LEY 2013-A , 671) que ninguna de las normas de restricción cambiarias dictadas por el BCRA y la AFIP hace referencia a situación coyuntural de excepción o de crisis económica alguna que justifique la modificación del régimen cambiario. *"Tampoco el PEN ha dictado decreto alguno referido a dichas normas ni ha intentado relacionar las mismas con la emergencia pública prevista en la ley 25.561."*

En esa inteligencia, destacan, la propia Carta Orgánica del BCRA, entidad autárquica del Estado Nacional, establece en su art. 4º que dicho ente está facultado para *"f) Ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con*

la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación" y que "En el ejercicio de sus funciones y facultades, el banco no estará sujeto a órdenes, indicaciones o instrucciones del Poder Ejecutivo nacional, ni podrá asumir obligaciones de cualquier naturaleza que impliquen condicionarlas, restringirlas o delegarlas sin autorización expresa del Honorable Congreso de la Nación".

Opinan por ello que las normas de restricción cambiarias no sólo contrarían abiertamente los preceptos establecidos en los arts. 617 y 619 del Código Civil, sino que también modifican el régimen cambiario sin una ley del Congreso que autorizare ello, *"por lo cual existen argumentos de peso para atacar su validez y constitucionalidad"*.

Este resultaría un primer obstáculo a la validez constitucional de la Comunicación A 5318 del BCRA, aun aceptando que resulta admisible la subdelegación de facultades que el Poder Ejecutivo concretó a su favor a través del Decreto 71/02.

El segundo, se encuentra vinculado al considerable lapso de tiempo transcurrido desde que la emergencia pública que justificó la delegación de facultades del art. 2 de la ley 25.561 fue declarada.

En efecto, una de las exigencias constitucionales para admitir la delegación legislativa es que ésta se otorgue con un plazo determinado de vigencia.

El establecido por el art. 1 de la ley 25.561 era originalmente de casi dos años (hasta el 10 de diciembre de 2003), pero fue prorrogado por distintas leyes hasta el 31 de diciembre de 2013 (leyes 25.820, 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563 y 26.729).

De modo que la Comunicación A 5318 BCRA, dictada en el ejercicio de las facultades subdelegadas por el Poder Ejecutivo Nacional por Decreto 71/02, en virtud de la delegación que el Congreso le hiciera a aquél mediante el art. 2 de la ley 25.561, fue emitida más de diez (10) años después de declarada la emergencia pública que dio fundamento a la delegación.

Así lo reseñan Javier Salerno y Juan Manuel Gesuiti en "Normas cambiarias" (LA LEY 24/01/2013, 1 • LA LEY 2013-A, 671) donde recuerdan que la última delegación legislativa

Poder Judicial de la Nación

al PEN fue efectuada en la Ley 25.561 con motivo de la crisis económica del año 2001 y ha tenido sucesivas prórrogas venciendo la próxima el 31/12/13 (Ley 26.729). *"Dicha situación excepcional se ha tornado de plazo indeterminado, lo cual incumple con el art. 76 de la CN."*, concluyen.

Citan para ello a Alejandro Pérez Hualde, (*"La permanente invocación de la emergencia como base de la crisis constitucional"*, LA LEY, 2006-A, 872), quien sostiene que *"La delegación debe comprender un plazo limitado para su ejercicio... En la República Argentina el tratamiento de las emergencias, no obstante su contemplación expresa en el texto constitucional, transita por fuera de la juridicidad por cuanto lo hace con ausencia de todo límite y control. La sola invocación de hecho de la emergencia se ha convertido en resorte y comienzo de la verdadera emergencia nacional que es la crisis del Estado de Derecho. Crisis construida por el hecho de la permanente reiteración de procedimientos inconstitucionales que ya amenazan con configurar un verdadero Estado de no juridicidad... En lugar de estado de emergencia la situación deviene en estado de excepción, de excepción de constitución... Zaffaroni y Lorenzetti propician con claridad que se "tienda a poner premiosamente fin al estado de emergencia, cuya prolongación representa en sí misma, el mayor atentado a la seguridad jurídica. Ponen énfasis en que la legislación de emergencia debe tener un plazo para que se produzca su propia extinción, pero su prórroga y su reiteración han inutilizado los mecanismos de autodestrucción y han alimentado los que permiten su conservación. De tal modo, la excepción se ha convertido en regla, y los remedios normales han sido substituidos por la anormalidad de los remedios... Concluyen los ministros en que "el derecho es experiencia y ella nos enseña de modo contundente que la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad"...."*

El autor no indicó la fuente de la cual obtuvo la cita de Zaffaroni y Lorenzetti.

Pero éste último formuló tales reflexiones en su voto en disidencia en "Club Atlético San Lorenzo de Almagro" (17/03/2009) (Fallos Corte: 332:377) cuando señaló *"Que la protección de la propiedad realza el valor de la seguridad*

jurídica y protege a los ciudadanos en sus contratos y en sus inversiones, lo cual es esencial para la concreción de un Estado de Derecho. El ahorro que hace el ciudadano para resguardarse frente a las inclemencias del futuro o para aumentar su patrimonio, debe ser protegido por los jueces, sin que interese cuáles son sus propósitos individuales, salvo que se constate alguna ilicitud. Esta regla es la base de la tranquilidad que todos tenemos que gozar en una sociedad organizada, es el fundamento del respeto recíproco y es el principal impulsor del crecimiento económico que sólo puede ser realizado dentro de instituciones estables."

"El resguardo de la posición contractual del acreedor fortalece la seguridad jurídica y es una sólida base para la economía de mercado. La historia de los precedentes de esta Corte muestra que hubo una postura demasiado amplia respecto de las restricciones admisibles (ver la referida causa "Massa", ampliación de fundamentos del juez Lorenzetti), que es necesario corregir porque sus efectos institucionales han sido devastadores."

"La excepción se ha convertido en regla, y los remedios normales han sido sustituidos por la anormalidad de los remedios. Esta fundamentación de la regla de derecho, debilita el compromiso de los individuos con las leyes y los contratos, ya que la emergencia permanente destruye todo cálculo de riesgos, y restringe el funcionamiento económico."

Sostuvo entonces "Que el derecho es experiencia y la misma nos enseña de modo contundente que **la emergencia reiterada ha generado más emergencia e inseguridad y que es necesario volver a la normalidad.**", agregando "Que la Constitución y la ley deben actuar como mecanismos de precompromiso elaborados por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra la previsible tendencia humana a tomar decisiones imprudentes. Quienes redactaron nuestra Constitución sabían lo que eran las emergencias ya que obraron en un momento en que la Nación misma estaba en peligro de disolución, pero decidieron sujetarse rígidamente a una Carta Magna con el propósito de no caer en la tentación de apartarse de ella frente a necesidades del momento. Un sistema estable de reglas y no su apartamiento por

Poder Judicial de la Nación

necesidades urgentes es lo que permite construir un Estado de Derecho."

Entiendo que las elucubraciones que por su claridad y contundencia se transcribieron, son plenamente aplicables en la especie. En nuestro supuesto, el Poder Ejecutivo Nacional hizo uso (a través del BCRA) de facultades delegadas por el Congreso de la Nación para sortear una situación de emergencia que si no está concluida -la vigencia de la ley 26.729 impediría aseverarlo-, al menos, mutó su naturaleza. Adviértase que desde el mismo Poder Ejecutivo se difunde la idea de que el período transcurrido entre 2003 y 2013 es una "década ganada", para sintetizar la mejora en los indicadores económicos y sociales lograda (cfr. página web oficial www.decadaganada.gov.ar).

Obsérvese que ya en el año 2005, al dictarse el Decreto 616/2005 citado por AFIP, el Poder Ejecutivo Nacional alegó como fundamento de lo que allí disponía, en el primer Considerando, *"Que a más de TRES (3) años de la crisis producida a fines del año 2001, luego de la mejora sustancial en la situación macroeconómica general y en la evolución del mercado cambiario en particular, y fruto de la mayor confianza generada en la evolución futura de la economía, se registra una importante afluencia de capitales externos bajo distintas modalidades."*, lo que da cuenta -al menos- de una modificación sustancial del estado de situación vigente al delegarse las facultades en cuestión.

Todo ello me lleva a concluir que resultó inválido el ejercicio que el Poder Ejecutivo de la Nación hizo, diez años después, de las facultades delegadas por el art. 2 de la ley 25.561, en un sentido -restricciones cambiarias- ajeno además al contenido específico de las bases a las que fueron acotadas por el Poder Legislativo.

Queda por verificar entonces, si el BCRA estaba facultado por su Carta Orgánica (ley 24.144) a imponerlas, considerando que su art. 29 inc. b) prevé que aquél organismo deberá *"Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización que su cumplimiento exija."*

Explican Marcelo Villegas y Lucas A. Piaggio en "Reforma de la Carta Orgánica del Banco Central" (LA LEY

14/05/2012 , 1 • LA LEY 2012-C , 790) que entre las mayores funciones y facultades que se le han acordado al BCRA a través de la ley 26.739 está la ampliación de sus atribuciones regulatorias. Así, el BCRA será el que regule casi en su totalidad el funcionamiento del sistema, puesto que se le ha delegado un amplísimo poder de policía en materia bancaria y financiera, mayor al poder normativo que tenía hasta este momento.

Pero también aquí observan que la facultad para "*Dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios...*" asignada es sumamente amplia, e importa la delegación de facultades legislativas dejando al arbitrio del BCRA la regulación de todos los aspectos vinculados con la actividad financiera y cambiaria, sin mayores precisiones, pautas o directrices, por lo que apuntan, la misma podría ser objetable a la luz del artículo 76 de la Constitución Nacional, que solamente autoriza, y en determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo Nacional, pero no en otros cuerpos o entes administrativos, como sería el caso del BCRA.

Advierten sobre el punto que algún sector de la doctrina autoral considera que el artículo 76 de la Constitución Nacional tiene como destinatarios al Poder Ejecutivo en sentido amplio, es decir, que comprende la cabeza de la Administración y los diferentes entes sometidos a las potestades jerárquicas y de tutela -vgr. entes reguladores- (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 151). Pero añaden que otro no menos calificado sector doctrinario considera que el destinatario de las delegaciones legislativas efectuadas en los términos del artículo 76 de la Carta Magna debe ser el Poder Ejecutivo, que en sentido estricto no es otro que el Presidente de la Nación, según el artículo 87 de la Ley Fundamental (Cfr. MANILI, Pablo L., "Continúan las delegaciones legislativas. A propósito de la Ley 25.645", ADLA 2002-D, 5066; y TORICELLI, Maximiliano, "Control de las facultades legislativas delegadas", LA LEY, 2008-F, 566, entre otros), posición ésta última que no queda descartada por la asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en YPF S.E. c. Esso SAPA s/proceso de conocimiento,

Poder Judicial de la Nación

Expte. N° Y-18-2009- Tomo 45 (03/07/2012, LA LEY 2012-E,38) -ya citado-, por cuanto en éste se consideró válida la subdelegación que el Poder Ejecutivo efectúa, de las facultades que el Congreso le delegó, a otro órgano de la administración, y no la delegación directa del Congreso a un organismo autárquico.

Además de ello, acotan, la validez constitucional de la delegación está subordinada, según esa misma previsión, a que se fije un plazo para su ejercicio y se establezcan precisamente las bases de la delegación, como ya quedara reseñado, recaudos que no estarían cumplidos en los términos previstos en la nueva Ley.

Para finalizar, cabe señalar que tal como lo invoca el Estado Nacional, la jurisprudencia ha admitido la delegación en el Banco Central del llamado poder de "policía bancario o financiero", con las consiguientes atribuciones para aplicar un régimen legal específico, dictar normas reglamentarias que lo complementen y ejercer las funciones de fiscalización que resulten necesarias (Fallos: 303:1776). Así lo recordó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Revestek S.A. c. Banco Central de la República Argentina y otro" (15/08/1995, LA LEY 1996-E , 678 • DJ 1996-2 , 1327 • Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira , 1131. Fallos: 318:531). Pero destacó que *"en su actuación, el Banco Central se debe ajustar a las directivas generales que en materia de política económica, monetaria, cambiaria y financiera dicte el Gobierno Nacional (art. 4º ley 20.539). Por lo demás, es la propia Constitución Nacional (art. 75, incs. 6, 18 y 32) la que da la base normativa a las razones de bien público que se concretan en la legislación financiera y cambiaria (Fallos: 256:241, considerando 5º)."*

En el caso, las directivas emanadas del Congreso de la Nación no lo autorizaban a implementar las severas restricciones cambiarias aplicadas.

Sumado a lo expuesto, cabe traer a colación otro aspecto señalado en la demanda que mellaría la constitucionalidad de la Comunicación cuestionada. A él alude Andrés Gil Domínguez en *"Las operaciones de venta de moneda extranjera"* (LA LEY 09/11/2011 , 1 • LA LEY 2011-F , 1352).

Es el referido a la selección del destino que se dará a la divisa extranjera como método para discernir si se autorizará o no la compra, que trae aparejada la obligación que se impone al interesado de explicitar aquel destino, lo que el autor considera que configura una injustificable intromisión estatal en el ámbito de la privacidad o plan de vida de las personas (por cuanto cada persona puede elegir hacer lo que quiera lícitamente con dicha suma sin tener que rendirle cuentas al Estado, como tampoco lo hace respecto de su vestimenta, forma de pensar, aspecto personal, etc.), razonamiento que tiene entidad en tanto implica un avance estatal, un nuevo sacrificio personal que se requiere en pos de un bienestar común que no está debidamente explicitado.

Sostiene el autor que si el Estado utilizara el destino explicitado por las personas compradoras de divisas como un elemento determinante implícito —propiciando una escala o jerarquía secreta en donde una opción "valga más" que otra— para validar o invalidar las operaciones cambiarias, esto derivaría en una nueva expresión de los funestos "corralito" y "corralón", pero mucho más desigualitaria que aquéllos (en la medida que éste es selectivo y discrecional y los otros tuvieron un alcance general que afectó a toda la comunidad por igual).

Reflexiona por ello que presente la capacidad económica y financiera para adquirir divisas, la operación cambiaria no puede ser desautorizada por la AFIP por más exótico que sea el destino que se le quiera dar a dicha suma. *"De lo contrario" —concluye— "se estaría violando la libertad de intimidad en términos de construcción biográfica, el derecho de propiedad vinculado con la tutela del valor de aquello que se tiene y la libertad empresarial proyectada en la garantía de poder desarrollar una actividad lícita con lo que se tiene como propiedad."*

Todo ello conducirá a declarar la invalidez constitucional de la Comunicación A 5318 BCRA que limitó los destinos específicos para los cuales autoriza la adquisición de divisas, eliminando la posibilidad de hacerlo para la cancelación de obligaciones pactadas en moneda extranjera, lo que la hará inoponible al actor.

Poder Judicial de la Nación

Resultando así inoponible su contenido al actor, la cuestión planteada conserva su plena vigencia, pues el único obstáculo que actualmente le impide acceder a las ansiadas divisas es la respuesta dada por AFIP en el marco de la Resolución General 3210/11 en el sentido de que median inconsistencias que impiden habilitar la compra, que de lo contrario, se encontraría autorizada en el marco de la Comunicación A 5236.

VI. Volviendo entonces, tras la digresión necesaria para descartar que la cuestión haya devenido abstracta, al análisis de la fundabilidad de la acción, cabe destacar que el actor demandó que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución General 3210/2011 que creó el sistema de validación previa de su capacidad económica, que es requerida por la Comunicación A 5239 para que las entidades del sistema financiero o agencias de cambio le permitan el acceso al mercado local de cambios, pero sin cuestionar esta última disposición, cuya validez no fue atacada. De modo que el actor no se agravia de la circunstancia de que el BCRA supedite la operación de compraventa a la certificación de su buen comportamiento fiscal y solvencia, sino que objeta la actuación de la AFIP en relación al sistema implementado para otorgar tal certificado, impugnando concretamente la respuesta dada a su pedido.

Obsérvese que la regulación cambiaria emitida por el BCRA no incide -al menos, teóricamente- en la respuesta que la AFIP emite al contribuyente tras la consulta que el mismo efectúa en el marco de la Resolución General 3210/2011, por la sencilla razón de que ésta última no contempla, entre los factores o parámetros a tener en cuenta para validar o no la operación, la observación de si se trata o no de una de las operaciones permitidas por el BCRA.

El mecanismo implementado es el inverso: si se trata de una operación autorizada por el BCRA -siempre que sea necesaria la consulta previa, porque para algunas, no lo era- la agencia de cambio consulta a la AFIP si el cliente está o no validado para realizar esa operación en particular, y si lo está, lo habilita a acceder al mercado local de cambio. En el marco reglamentario analizado, no es la AFIP la que decide si la operación está o no comprendida dentro de

las permitidas por el BCRA, sino la entidad financiera a quien le están dirigidas las Comunicaciones de esta entidad.

Por eso, no se entiende por qué la AFIP sostiene a fs. 217 vta. segundo párrafo que *"aunque V.S. entienda que corresponde habilitar al actor a la compra de divisas..esta Administración Federal no tiene a la fecha **la posibilidad de realizar la validación.**"*

Salvo que incurra en una evidente, grosera y confesada desviación de poder -en la cual la AFIP aplique el sistema creado por la Resolución General 3210/2011 para limitar el acceso al mercado de cambios a operaciones que en el marco de las reglamentaciones del BCRA vigentes, pueden hacerlo-, no se advierte de qué manera lo que el BCRA decida pueda influir sobre la validación que la AFIP otorgue, que se declara destinada a evaluar la capacidad económica del contribuyente para realizar la operación.

Es que aunque en realidad, la Resolución General 3210/2011 no aclara ni detalla cuáles son las pautas que se examinarán para dilucidar si la operación es válida o no, se presume que ellas están vinculadas únicamente con los elementos objetivos que permiten evaluar la situación financiera, económica y fiscal del contribuyente.

El art. 6, cuyo texto ya se transcribiera, sólo alude a una *"evaluación sistémica, en tiempo real, sobre los datos ingresados"* que se realizará *"de acuerdo con la información obrante en las bases de datos del Organismo"*. No precisa ningún parámetro para definir cuándo la operación puede ser validada y cuando no. Cuáles son los márgenes de ganancias que el contribuyente debe haber obtenido para obtener la autorización, como sí lo hicieron las Comunicaciones del BCRA destinadas a limitar las operaciones autorizadas a las entidades financieras respecto de ciertos clientes para operaciones de determinados montos.

Por ejemplo, la citada Comunicación A 5085 del BCRA, señaló en el punto 4 de su Anexo que los residentes en el país podrán acceder al mercado local de cambios para la compra de moneda extranjera para la formación de activos externos, sin la obligación de una aplicación posterior específica, en los siguientes casos: *"4.1. ...4.2. Las compras de billetes y divisas en moneda extranjera que realicen los*

Poder Judicial de la Nación

USO OFICIAL

fideicomisos constituidos con aportes del sector público nacional, las personas físicas residentes y las personas jurídicas constituidas en el país, excluidas las entidades autorizadas a operar en cambios y gobiernos locales, por el conjunto de los siguientes conceptos: inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas físicas, otras inversiones en el exterior de residentes, inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas, compra para tenencias de billetes extranjeros en el país y compra de cheques de viajero, y donaciones; cuando se reúnan las siguientes condiciones:

4.2.1. Por el total operado por los conceptos señalados, no se supere el equivalente de dólares estadounidenses dos millones (US\$ 2.000.000) en el mes calendario y en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios;

4.2.2. Los fondos comprados no estén destinados a la compra en el mercado secundario de títulos y valores ...4.2.3. Cuando el monto adquirido en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios supere a lo largo del año calendario el equivalente de dólares estadounidenses doscientos cincuenta mil (US\$ 250.000), la entidad interviniente deberá constatar que los montos adquiridos sean compatibles con los bienes declarados impositivamente como inversiones en activos financieros locales y tenencias en efectivo, y en su caso, la existencia de hechos posteriores que justifican la disposición patrimonial de activos que generaron los fondos que son aplicados a la compra de moneda extranjera, y/o que el cliente cuenta con ingresos en el año calendario que justifiquen la tenencia de los fondos utilizados. A estos efectos, la entidad deberá al menos tener en la carpeta del cliente la siguiente información: a. Para personas físicas: a) copia de la última declaración jurada de bienes personales con fecha de presentación de la declaración vencida; b) declaración jurada del cliente sobre los hechos posteriores a la fecha de referencia de la declaración de bienes personales presentada, **que justifiquen la disposición de los fondos por montos superiores al total declarado como bienes en el país en activos financieros y tenencias en**

efectivo, y/o de ingresos en el año que justifiquen en su caso, la disponibilidad de fondos por montos superiores a dichas tenencias declaradas, y sobre el domicilio real actualizado del cliente; c) copia de documentación presentada por el cliente como respaldo de la declaración jurada. b. Para personas jurídicas que son sujetos del impuesto a las ganancias: copia de la última declaración de impuesto a las ganancias con fecha de declaración vencida y del balance contable cerrado y auditado correspondiente a dicha declaración impositiva, en la medida que sea aplicable. c. Para personas jurídicas que no son sujetos del impuesto a las ganancias: balance contable cerrado y auditado y declaración jurada sobre el origen de los fondos aplicados a la compra en el mercado de cambios. Este requisito no será de aplicación cuando las compras en el mes calendario en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios, no superen el equivalente de dólares estadounidenses cinco mil (US\$ 5.000).

4.2.4. Se cuenta con la declaración jurada del cliente de que no registra deudas vencidas e impagas con el exterior por servicios de capital e intereses de deudas de todo tipo. Este requisito no será de aplicación para las compras de billetes y cheques de viajero por montos que no superen el equivalente de dólares estadounidenses diez mil (US\$ 10.000) por mes calendario, en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios. A los efectos de los requisitos establecidos en este punto se entenderá que: i. las obligaciones financieras y comerciales con el exterior sin vencimiento, se considerarán como deuda vencida a partir de los 365 días corridos de la fecha en que fueron contraídas; ii. en el caso de deudas por importaciones de bienes, no se considerarán como operaciones vencidas e impagas, aquellas en las que no hayan trascurrido 365 días corridos de la fecha en la cual según la condición de compra pactada se considere cumplida la obligación de entrega del bien del exportador al importador, cualquiera sea la fecha de vencimiento."

La tediosa transcripción se efectúa a los fines de ejemplificar el nivel de detalle que es razonable utilizar para que el destinatario de la norma pueda conocer con exactitud en qué casos procede y en cual no otorgar la

Poder Judicial de la Nación

autorización. Y es imprescindible para evitar la arbitrariedad de quien la aplica.

Máxime cuando la misma reglamentación releva a la Administración de la necesidad de emitir un acto administrativo que cumpla, aunque sea someramente, con las condiciones del art. 7 de la ley 19.549.

Obsérvese que el art. 6 prevé que *"Esta Administración Federal efectuará evaluaciones sistémicas, en tiempo real, sobre los datos ingresados y emitirá la respuesta correspondiente de acuerdo con la información obrante en las bases de datos del Organismo, a saber: a) Validado: Indica que los datos ingresados superaron los controles sistémicos, asignándose a la operación un número de transacción. b) Con Inconsistencias: Indica que no se han superado los mencionados controles, **detallando el/los motivo/s correspondiente/s**. Las funcionalidades generales del sistema y los modelos de respuesta constan en el Anexo que se aprueba y forma parte de la presente."*

Los modelos de respuesta aprobados para las operaciones con inconsistencias destinan un espacio de tres renglones para detallar *"los motivos correspondientes"*, con leyendas preestablecidas tales como: *"Inconvenientes con el domicilio fiscal declarado"*, *"La CUIT registraría inconvenientes con su comportamiento fiscal"* o *"La CUIT/CUIL/CDI presentaría insuficiente capacidad económica para realizar la operación cambiaria ingresada"*.

Esa es toda la motivación que el sistema informático admite y de hecho, este último cliché es el utilizado en la ocasión para el Sr. Martín (fs. 25), fundamento sólo aparente que no alcanza ni mínimamente para comprender la causa del rechazo. Configura una afirmación dogmática carente de toda base que le dé sustento, lo que impide considerar con ello configurado el recaudo del art. 7 inc. e) de la ley 19.549.

La norma, entonces, exime a la AFIP de fundar su decisión, sin que ello sea tampoco exigido por la Resolución 3212/2011 para el momento en que el organismo recaudador se expida sobre el reclamo del interesado (art. 7 Res. Gral 3210/2011 y art. 2 Res. Gral 3212/2011).

Ahora bien: no puede a este estado de las cosas dejar de mencionarse que durante el curso del proceso, que insumió un año, la Resolución General 3210/2011 que se aplicara al actor ha sido abrogada por el art. 8 de la Resolución General 3356/2012 de la AFIP, que a su vez fue abrogada por el art. 12 de la Resolución General 3421/2012, publicada en el B.O. 26/12/2012.

Ésta última estableció en su art. 1 *"un régimen de información y registración correspondiente a la actividad financiera, que deberá ser cumplido por los sujetos obligados en cada uno de los anexos que se detallan en este artículo, respecto de las operaciones indicadas en cada caso y con sujeción a los requisitos, formas, plazos y demás condiciones que se disponen en la presente resolución general."*, incluyéndose en el inciso f) *"ANEXO VI - OPERACIONES CAMBIARIAS."*.

El Anexo VI menciona como sujetos obligados a las entidades autorizadas a operar en cambios por el Banco Central de la República Argentina, definiendo a las operaciones alcanzadas como todas *"1. Las operaciones de venta de moneda extranjera –divisas o billetes– efectuadas por las entidades autorizadas, en todas sus modalidades y cualquiera sea su finalidad o destino, ..."*.

En el punto D del Anexo VI, se establece que *"En el supuesto que las operaciones de compra de moneda extranjera requieran, conforme a las normas del Banco Central de la República Argentina, la validación del "Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias", el potencial adquirente deberá consultar en forma previa a la realización de la operación cambiaria el resultado de la evaluación que realizará esta Administración Federal. A los fines de dicha evaluación podrá solicitarse el suministro de información relativa a la operación cambiaria que pretende realizar, como también el aporte de la documentación y/o datos adicionales que se estimen pertinentes. Para efectuar la consulta se deberá acceder al servicio denominado "Consulta de Operaciones Cambiarias" a través del sitio "web" de este Organismo (<http://www.afip.gob.ar>) mediante "Clave Fiscal", con Nivel de Seguridad 2 como mínimo, ..."*.

Poder Judicial de la Nación

Y agrega el punto E: "*DISCONFORMIDAD. En caso de disconformidad con la respuesta obtenida, el adquirente podrá presentar ante la dependencia de este Organismo en la cual se encuentre inscripto o, en el caso de sujetos no inscriptos, ante aquella correspondiente a la jurisdicción de su domicilio, una nota en los términos de la Resolución General N° 1.128, exponiendo los motivos de aquélla y, en su caso, acompañando la documentación que respalde su presentación.*"

Aunque a través del otro medio legal, entonces, en lo sustancial el sistema se conserva con idénticos vicios, lo que mantiene la actualidad del planteo, pues es evidente que el interés del Sr. Martín de obtener la validación para su operación cambiaria no ha sido satisfecho, aunque haya perdido actualidad el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Resolución General 3210/2011.

Pero se mantiene la necesidad del actor de obtener la validación de la operación que bajo aquélla normativa le fue denegado.

Volviendo al caso, entonces, tenemos que fue justamente la ausencia de ambos recaudos -la enumeración de parámetros en base a los cuales decidir si la operación se valida o no, así como la exigencia de dar la razones de la respuesta que se da al contribuyente- lo que condujo a que, tramitado este litigio, el Sr. Martín y este Tribunal aún ignoren los motivos por los cuales su pedido no fue validado.

Cierto es que aunque invocó haberlo hecho sin conseguir que ningún funcionario de la AFIP le recibiera el reclamo, el actor no probó haber acudido a la sede de la agencia local acompañando la documental adicional que alega haber intentado acercar con la multinota que obra a fs. 18/23, extremo fáctico negado por las demandadas, y que no ha quedado comprobado.

Pero aunque ello haya impedido a la AFIP fundar su decisión en el ámbito administrativo, no le obstaculizó hacerlo en esta sede.

Obsérvese en este sentido que el organismo recaudador no destinó ni una sola oración de su responde para explicar el punto, al extremo de no haber ni siquiera negado el hecho constitutivo de la pretensión conforme al cual el Sr. Martín exhibe capacidad económica y financiera para

solventar la compra de divisas en la cantidad requerida. Sí negó que aquél hubiese concurrido a la sede de la AFIP para acompañar documentación adicional para justificar su pedido. Pero **no desconoció** que aquél estuviese en condiciones de adquirir los dólares.

Y mucho menos explicó cuál era la inconsistencia detectada.

Estructuró su defensa en base a argumentos de carácter formal, objetando la admisibilidad de la acción y trasladando hacia el Sr. Martín la carga de demostrar la arbitrariedad en su actuar.

El Estado Nacional, advertido tal vez de la falencia, introdujo a fs. 247 la cuestión. Señaló al respecto que para dilucidar si hubo o no arbitrariedad en el comportamiento de la AFIP, hubiese sido necesario conocer los motivos por los cuales ésta decidió que el actor carece de capacidad económico financiera para concretar la operación de cambio, *"información que se encuentra resguardada por el secreto fiscal y que el actor cuidó no revelar ante V.S. y terceros."* (fs. 247).

A su juicio, entonces, la información no fue revelada por la AFIP porque se encuentra resguardada por el secreto fiscal, argumento que no resiste el menor análisis desde que sabido es que la previsión del art. 101 de la ley 11.683 tiende a resguardar la información que proporciona el contribuyente a la AFIP del daño que le puede provocar su conocimiento por terceros, situación por completo ajena a la que nos ocupa. Se trata de afianzar el concepto del respeto de la reserva en los negocios para asegurar a los responsables que el cumplimiento de sus obligaciones fiscales no les ocasionará compromisos de otro orden (Cfr. Carlos M. Giuliani Fonrouge y Susana Camila Navarrine, "Procedimiento Tributario y de la Seguridad Social", Undécima edición actualizada y ampliada, Editorial Abeledo Perrot, pág.506). Pero no puede ser invocado por la Administración para ocultar al contribuyente y al Tribunal ante el cual éste ventiló su reclamo, los motivos de una decisión que es adversa a su pedido.

Poder Judicial de la Nación

Ni en sede administrativa ni en sede judicial la AFIP dio razón de los motivos de su decisión de considerar la solicitud del actor "con inconsistencias".

En cuanto a la versión del Estado Nacional según la cual el actor se "cuidó" de no revelar al Tribunal cuáles fueron esas razones, no resulta atendible en tanto omite considerar que verosímilmente el Sr. Martín las desconoce, a tenor de la ausencia de fundamentación que se reitera, exhibe la actuación de la AFIP tanto en sede administrativa como judicial. Así lo ha sostenido además el nombrado a lo largo de toda su presentación -en particular, a fs. 42/43-, sin que ello fuera negado por la accionada.

Pero la Resolución General 3210/2011 no sólo omitía exigir la motivación para la respuesta que la AFIP emita (art. 7 inc. e de la ley 19.549) sino que además, permitía que el contribuyente se viera privado de ejercer un derecho (a disponer de su propiedad adquiriendo moneda extranjera) por una "actuación" que no reunía -ni lo hace en el sistema de la Resolución General 3421/2012 vigente- ni mínimamente los recaudos del acto administrativo, sin que a la Administración le esté permitido expresar su voluntad de manera diversa -excepción hecha del supuesto de negativa tácita en caso de silencio-, sin caer en las vedadas vías de hecho.

En efecto, tanto la anterior norma como la vigente autorizan a la AFIP a decidir sobre el destino de la operación que pretende realizar el Administrado sin cumplir con ninguna de las formalidades del acto administrativo, a través de una modalidad que no permite que el contribuyente conozca ni siquiera el nombre del funcionario que realizó la evaluación y tomó la decisión, que parece así adoptada por un objeto (sistema informático) de manera automatizada en función de parámetros desconocidos previamente establecidos -no se sabe por quién- en un sistema digital.

En suma, el Estado y la AFIP pueden y deben establecer sistemas de control de la información para prevenir delitos tributarios y de lavado de dinero. Pero en la medida en que tales mecanismos representan un avance sobre la libertad de los particulares, deben adoptar los recaudos necesarios para hacerlo de una manera que el cumplimiento de

aquél régimen informativo no obstaculice al ciudadano el ejercicio de sus derechos.

Y para ello, si la respuesta que el contribuyente obtiene no es acorde con la que esperaba, la AFIP **debe poner en su conocimiento** cuáles son las objeciones concretas que la llevaron a considerar que el nombrado posee insuficiente capacidad para realizar la operación pretendida, para que éste pueda rebatirlas adjuntando la documentación que en concreto demuestre su extremo. Pero no cumple tal objetivo una respuesta estándar según la cual, "*La CUIT/CUIL/CDI presentaría insuficiente capacidad económica para realizar la operación cambiaria ingresada*", pues para revertir la situación, el interesado se verá obligado a acercarse al organismo recaudador la totalidad de la documental que justifica su patrimonio, apuntando ciegamente a subsanar una falencia que no se identifica.

Es menester pues que la AFIP señale al perjudicado cuál es el rubro objetado o que le informe cuál fue la evaluación misteriosamente realizada en virtud de la cual arribó a una conclusión.

De otro modo, su actuar es -como en el caso* **manifiestamente arbitrario**, pues a través del artilugio de considerar "con inconsistencias" el pedido, le vedó el acceso al mercado de cambios para el cual, por reglamentación del BCRA, la operación debía estar previamente validada ante la AFIP.

Y reitero, la AFIP no ha dado una sola razón para justificar su posición de que el Sr. Martín carece de capacidad económica suficiente para la operación, como indicó a fs. 25, ni ha negado ni siquiera el extremo, sostenido en la demanda.

En este marco, estimo innecesario evaluar la prueba producida para definir si la tiene o no, pues lo cierto es que si el Estado restringe un derecho del contribuyente invocando como fundamento una supuesta inconsistencia entre la capacidad económica exhibida frente al Fisco con la operación que pretende realizar, es aquél el que debe demostrar que la inconsistencia existe para mantener la restricción.

Poder Judicial de la Nación

Más allá de eso, observo que el Sr. Martín logró demostrar que los recibos de haberes adjuntados al escrito inicial son auténticos (fs. 314), como también lo eran los resúmenes bancarios (fs. 287 y 317/363). Probó que en el año 2011 recibió 3870 acciones de la firma Schlumberger, de las cuales vendió 1300 primero y 2570 después transfiriendo electrónicamente el dinero resultante al Banco Citibank (fs. 370) y probó la existencia de la operación de venta de granos (fs. 390/395) denunciada.

Y en función de todo ello, el perito contador determinó a fs. 413 vta. que el actor tiene capacidad económica y financiera para adquirir la cantidad de U\$S 125.000.

¿Tenía la AFIP la información necesaria para arribar a idéntica conclusión?

El perito contador señaló a fs. 413 vta. que ello no surge de las Declaraciones Juradas de impuesto presentadas, de las cuales es posible derivar que tiene solvencia para abonar la deuda contraída (fs. 590 vta.) pero no si tiene o no liquidez para adquirir los dólares (fs. 591).

La Resolución General 3210/11 y la que la sustituyó tienen por finalidad declarada evitar la evasión tributaria y profundizar la lucha contra el lavado de dinero.

Si ello es así, la demostración de que el contribuyente tiene capacidad económica (aunque no esté demostrada su liquidez en el preciso momento de la compra de la divisa) debe ser suficiente para que la AFIP valide la operación, desde que reitero, estamos frente a un Estado que avanza sobre la libertad del particular de invertir su dinero donde le plazca, obstaculizando su accionar al imponerle recaudos administrativos previos para acceder a ciertos bienes y servicios -en el caso, moneda extranjera-.

Harina de otro costal será si la autoridad que regula la política cambiaria permite o no la compraventa de divisas, aspecto que en el caso, ha quedado ya resuelto.

Pero a los fines fiscales, es más que suficiente con que el contribuyente denuncie la operación que realizará, de modo de permitir que AFIP fiscalice lo que estime pertinente para aclarar sus inconsistencias. Y si las

advierte, puede reclamar del contribuyente, de manera fundada y a través de un acto administrativo emitido con los recaudos del art. 7 de la ley 19.549, que las subsane en forma previa a validar la operación.

De otro modo, es fácil que el sistema sea utilizado, con notoria desviación de poder, para apoyar una política cambiaria determinada.

Sintetizando, concluyo que el art. 6 de la Resolución General 3210/11 violaba una norma de superior jerarquía (art. 7 ley 19.549), en infracción al art. 31 de la Constitución Nacional, al prever que la Administración Federal de Ingresos Públicos emita una decisión que para los contribuyentes tiene una gran trascendencia patrimonial -en cuanto les facilitará o vedará el acceso al mercado libre de cambios- sin los recaudos esenciales de un acto administrativo, privando al particular de conocer los motivos de la decisión así como la identidad del funcionario que la adopta, todo lo cual le impide ejercer una adecuada defensa de sus derechos. Y que en la ocasión, la AFIP actuó además de manera manifiestamente arbitraria, porque en el marco de una reglamentación que le dejaba tan amplio margen de discrecionalidad, debió extremar los recaudos para explicar los motivos de las inconsistencias detectadas, lo que no hizo, omisión que conducirá a considerar inválido su accionar.

Todo ello conduce a considerar presente la manifiesta arbitrariedad e ilegalidad en el actuar de la AFIP que el art. 43 de la Constitución Nacional exige para admitir la procedencia de la acción de amparo.

Como lo sostuvo Andrés Gil Domínguez en *"Las operaciones de venta de moneda extranjera"* (LA LEY 09/11/2011 , 1 • LA LEY 2011-F , 1352), *"Es constitucionalmente razonable que el Estado, con el objeto de prevenir y evitar el lavado de dinero proveniente de actividades ilícitas y ejercer la potestad tributaria, adopte medidas que persigan establecer el origen de los fondos destinados a realizar operaciones cambiarias. ..."*. Pero *"La constitucional atribución estatal de conocer fidedignamente el origen de los fondos en las operaciones cambiarias no es un argumento válido, si se utiliza como fundamento de un*

Poder Judicial de la Nación

mecanismo que posibilita la interferencia estatal en los planes de vida, la propiedad y el desarrollo económico de las personas. Sólo basta con observar nuestro reciente pasado y recordar sus consecuencias para evitar repetir las dolorosas experiencias que sufrieron las personas y el sistema de derechos."

Procederá entonces declarar la inconstitucionalidad del punto II de la Comunicación A 5318 del Banco Central de la República Argentina, declarar abstracto el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la abrogada Resolución General 3210/2011 AFIP y hacer lugar a la acción de amparo incoada, ordenando a la Administración Federal de Ingresos Públicos que valide la operación cambiaria denunciada por el actor mediante formulario obrante a fs. 24, en el plazo de CINCO (5) días y bajo apercibimiento de aplicarle astreintes.

Las costas del proceso serán solidariamente soportadas por el Estado Nacional y la Administración Federal de Ingresos Públicos perdidosas.

Sin perjuicio de advertir que no se encuentra acreditada la condición de cada profesional frente al Impuesto al Valor Agregado en el modo exigido por la Resolución General 689/99 de la AFIP y por razones de economía procesal, se procederá igualmente en este estado a regular los honorarios de los profesionales intervinientes según la actuación cumplida por cada uno, dejando aclarado que sólo corresponderá adicionar el 21% del Impuesto al Valor Agregado de aquellos profesionales que acrediten su condición de Responsables Inscriptos ante aquél Tributo.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO: 1) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del punto II de la Comunicación A 5318 del Banco Central de la República Argentina, **DECLARAR ABSTRACTO** el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 6 y 7 de la Resolución General 3210/2011 de la Administración Federal de Ingresos Públicos y **HACER LUGAR** a la acción de amparo incoada por el Sr. CARLOS MARÍA MARTIN contra la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS y contra el ESTADO NACIONAL, ordenando al organismo recaudador que valide la operación cambiaria denunciada por el actor mediante formulario obrante a fs. 24

-tendiente a la adquisición de U\$S 125.000-, en el plazo de CINCO (5) días de quedar firme la presente y bajo apercibimiento de aplicarle astreintes.

2) Con costas a las demandadas, que las soportarán solidariamente (arts. 68 y 75 CPCyC y 14 de la ley 16.986). Tomando en consideración las pautas del art. 6 de la ley 21.839, y sin perjuicio de considerar que el proceso carece de monto, en el marco de la doctrina sentada por el Superior en su SI 29/2012, procedo a regular los honorarios de los profesionales intervinientes considerando las pautas de los incisos b) a f) de aquella disposición legal teniendo en cuenta para hacerlo la significación económica que el pleito encierra. Así, atendiendo a la trascendencia del pleito, su extensión y complejidad, y al resultado obtenido para la parte (inc. b, c y f del art. 6) regulo los honorarios de la Dra. MARINA E. BRIONGOS, actuando como patrocinante del actor hasta fs. 206 y a partir de allí, como apoderada del mismo, en la suma de pesos XXXXXXXXX (\$ XXXXX) y los de la Dra. MARIANA V. LESCHEVICH, patrocinante del actor hasta fs. 279, actuando a partir de allí en doble carácter, en la de pesos XXXXXXXXXXXX (\$ XXXXXXXX). (arts. 6, 9, 10 y 36 ley 21.839). En lo atinente a los honorarios de las Dras. Gisela Rey Fabr , Marcela Andrea Chiappe, Flavia Karina Reyes y Marisa de las Mercedes Caruso, encontrándose en vigencia el art. 7 del Decreto 1204/2001, no corresponde regular los mismos.

Igualmente, regulo los honorarios del perito contador JORGE ARIEL DIOMEDI en la suma de pesos XXXXX (\$ XXXXX) y los del consultor técnico de la actora -que integran las costas del proceso (Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D • Banco Piano S.A. c. IBM Argentina S.A. • 22/02/2011 • DJ 17/08/2011 , 78 • AR/JUR/9269/2011)-, ELVIO DANILO CAYUL, en la suma de pesos XXXXX (\$ XXXXX).

Los honorarios regulados precedentemente devengarán, en caso de mora, un interés a la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina, hasta el efectivo pago.

3) Abonen las demandadas, dentro del plazo de cinco días de quedar firme la presente, la tasa judicial que se

Poder Judicial de la Nación

fija en la suma de \$ 69,67, bajo el apercibimiento previsto por el art. 11 de la ley 23.898.

Regístrese y notifíquese.

María Carolina Pandolfi
Juez Federal

USO OFICIAL