

Suprema Corte:

—I—

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que, a su turno, había rechazado la acción de amparo entablada por el señor Moyano Nores contra la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, “AFIP”) y el Banco Central de la República Argentina (en adelante, “BCRA”), y, en consecuencia, había denegado al actor la autorización para adquirir dólares estadounidenses con el fin de cancelar obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios (fs. 208/213 de los autos principales, a los que me referiré de ahora en más, salvo aclaración en contrario).

Para así decidir, el *a quo* relató que la AFIP implementó, a través de las resoluciones 3210/11 y 3212/11, un sistema informático de consulta y registración de operaciones de venta de moneda extranjera. Luego, apuntó que el BCRA, mediante las comunicaciones “A” 5239, 5318 y 5330, dispuso que las entidades cambiarias deben utilizar ese régimen informático, previó la consecuencia de la falta de validación de las operaciones por parte de ese sistema fiscal, e introdujo regulaciones en el mercado cambiario con relación a la adquisición de moneda extranjera con fines de atesoramiento.

El tribunal señaló que en ese marco una entidad cambiaria — el Banco de la Ciudad de Buenos Aires— denegó al actor la compra de moneda extranjera en los términos de las resoluciones 3210/11 y 3112/11 y de la comunicación “A” 5239. Expuso que ante esa circunstancia el accionante no agotó las vías previstas por las resoluciones dictadas por la autoridad fiscal para demostrar que

disponía de capacidad económica para realizar la operación. Consideró que la existencia de una vía alternativa obsta a la procedencia de la acción de amparo.

Por otro lado, adujo que el actor no probó la existencia de un daño de gravedad tal que sólo pueda ser eficazmente reparado a través de la acción entablada. Al respecto, puntualizó que no demostró que no pudo cumplir sus obligaciones de acuerdo con las cláusulas contractuales previstas en los mutuos hipotecarios. Enfatizó que el actor previó contractualmente el cumplimiento de sus obligaciones en moneda de curso legal frente a la imposibilidad, por cualquier razón que no le sea imputable, de entregar moneda extranjera. Agregó que el accionante no acreditó que el acreedor lo haya intimado a cumplir sus obligaciones o haya promovido ejecución en su contra.

Finalmente, con relación al planteo de inconstitucionalidad de las citadas resoluciones de la AFIP y de las comunicaciones del BCRA, sostuvo que la declaración de invalidez constitucional de una norma es la *ultima ratio* del orden jurídico, por lo que sólo cabe acudir a ella cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional, lo que —en opinión del tribunal— no sucede en el caso.

—II—

Contra esa decisión, el actor dedujo recurso extraordinario (fs. 216/236), que fue denegado (fs. 268), lo que motivó la presente queja (fs. 57/61 del cuaderno respectivo).

En lo sustancial, el actor plantea la inconstitucionalidad de las disposiciones dictadas por la AFIP —resoluciones 3210/11, 3212/11 y

concordantes— y por el BCRA —comunicaciones “A” 5239, 5318 y 5330—, que le impiden adquirir moneda extranjera a fin de cumplir sus obligaciones contractuales.

Por un lado, sostiene que la AFIP y el BCRA no tienen facultades para impedir, prohibir u obstaculizar la compraventa de moneda extranjera. Manifiesta que se trata de una facultad del Congreso de la Nación prevista en el artículo 75, inciso 11, de la Constitución Nacional, que no fue delegada a esos organismos ni podría haberlo sido. Puntualiza que las normas impugnadas tampoco fueron dictadas en ejercicio de facultades reglamentarias en tanto el Congreso de la Nación no estableció una política legislativa que requiera reglamentación y que se dirija a prohibir la compraventa de moneda extranjera. Agrega que las normas de emergencia —la ley 25.561 y los decretos 71/02 y 260/02— autorizaron al Poder Ejecutivo Nacional a regular el mercado de cambios, pero no a prohibir las operaciones de cambio. Por último, aduce que los artículos 617 y 619 del Código Civil permiten la celebración de contratos en moneda extranjera.

Por otro lado, se agravia de que las regulaciones impugnadas afectan su derecho de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal, que se encuentran amparados por los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional, y en los tratados internacionales. Argumenta que las causales para permitir o restringir la compra de moneda extranjera que establecen las normas impugnadas implican una discriminación en su contra.

A su vez, el actor tacha de arbitraria la sentencia. Sostiene que la acción de amparo es admisible en tanto la falta de cumplimiento de los mutuos hipotecarios puede causar la pérdida de su vivienda. Afirma que la cuestión debatida es de puro derecho, por lo que no requiere mayor debate o prueba. Sostiene que la

decisión recurrida valoró erradamente los contratos acompañados en tanto de ellos no surge la posibilidad de cumplir sus obligaciones en pesos argentinos.

Finalmente, asevera que el dictado por parte de la AFIP y del BCRA de las disposiciones normativas cuestionadas implicó la comisión de delitos penales, y se agravia de que los fiscales actuantes en las instancias anteriores hayan omitido efectuar las denuncias pertinentes.

–III–

La resolución impugnada, aun cuando fue dictada en el marco de una acción de amparo, reviste el carácter de sentencia definitiva en los términos del artículo 14 de la ley 48, toda vez que es susceptible de provocar un agravio de imposible o tardía reparación ulterior (“Asamblea Parque Pereyra Iraola y otros /c Poder Ejecutivo Nacional y otros /s amparo”, S.C. A. 577, L. XLVIII, sentencia del 24 de septiembre de 2013, entre muchos otros). En el *sub lite*, el tribunal no se limitó a rechazar formalmente la acción de amparo, sino que también se expidió sobre las inconstitucionalidades planteadas (cf. “Federación Argentina de Colegios de Abogados”, S.C. F. 75, L. XLIV, sentencia del 10 de abril de 2012, dictamen del Procurador General de la Nación, Sección III, al que se remitió la Corte Suprema). Ello, sumado a la trascendencia institucional de las cuestiones debatidas (Fallos: 307:1994) y a que el accionante invoca que su derecho a la vivienda podría ser puesto en riesgo en el caso de tener que reeditar el conflicto a través de las vías ordinarias (Fallos: 329:4741; 330:5201; 335:794), permite otorgar carácter definitivo a la sentencia recurrida.

Además, en el recurso extraordinario bajo estudio se cuestionan la inteligencia y aplicación de normas federales —resoluciones de la AFIP

y del BCRA—, así como del derecho de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal consagrados en los artículos 14, 16, 17 y 19 de la Constitución Nacional. La decisión del tribunal superior de la causa es contraria al derecho que el actor funda en dichas cláusulas (artículo 14, incisos 1 y 3, de la ley 48).

–IV–

En el presente caso, se encuentra controvertida la constitucionalidad de las resoluciones 3210/11 y 3212/11 y concordantes dictadas por la AFIP, y de las comunicaciones “A” 5239, 5318 y 5330 dictadas por el BCRA, en cuanto le impiden al actor acceder, sin la conformidad previa del BCRA, al mercado local de cambios para adquirir dólares estadounidenses a fin de ser aplicados al cumplimiento de sus obligaciones emergentes de mutuos hipotecarios. En lo sustancial, el recurrente plantea que los citados organismos no tienen facultades para dictar las mencionadas disposiciones, y que esas regulaciones constituyen una violación a sus derechos constitucionales de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal.

A los efectos de analizar la controversia planteada, así como su actualidad, estimo útil repasar el marco regulatorio cuestionado y los hechos comprobados de la causa.

–V–

El 28 de octubre de 2011, la AFIP dictó la resolución 3212/11, por la cual implementó el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias con el fin de controlar el cumplimiento de las obligaciones impositivas, y prevenir la evasión fiscal y el lavado de dinero. Ese programa informático consiste en un sistema de consulta y registro, a los fines fiscales, que todas las entidades cambiarias deben

utilizar en las operaciones de venta de moneda extranjera, cualquiera sea su finalidad o destino (artículos 1 y 2). A través de él, las entidades cambiarias informan la identificación tributaria del potencial adquirente, el tipo de moneda a adquirir y su destino, y el importe en pesos de la operación y el tipo de cambio aplicado (artículo 5). Ante ello, el sistema realiza, en tiempo real, una evaluación fiscal y económico-financiera del potencial adquirente para concretar la operación, e informa si, a los fines fiscales, la operación resulta “validada” o “con inconsistencias” (artículo 6).

Además, el programa prevé que el adquirente puede efectuar, en forma previa, la consulta pertinente y, ante la respuesta “con inconsistencias”, puede consultar los motivos ante la dependencia de la AFIP en la que se encuentre inscripto (artículos 3 y 7). Luego, la resolución 3212/11 puntualiza que, si el motivo de la inconsistencia es “insuficiente capacidad económico financiera”, el contribuyente puede regularizar su situación, y acreditar el origen y la cuantía de los fondos a utilizar en la operación cambiaria (artículo 2).

El mismo 28 de octubre de 2011, el BCRA dictó la comunicación “A” 5239. A través de ella dispuso que las entidades cambiarias deben consultar y registrar las operaciones de venta de moneda extranjera a través del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias, implementado por la AFIP. A su vez, ordenó que la validación fiscal es un recaudo necesario para el perfeccionamiento de ciertas operaciones, a saber, las realizadas sin la obligación de una aplicación posterior específica, en los términos del punto 4 del Anexo de la comunicación “A” 5236.

En el mes de mayo de 2012, el señor Moyano Nores se presentó ante una entidad cambiaria a los efectos de adquirir dólares estadounidenses

(fs. 2/5 y 7/22). El actor declaró que el destino de la moneda extranjera sería la cancelación de obligaciones emergentes de dos contratos de mutuo. La entidad respectiva denegó la realización de la operación cambiaria en los términos de la comunicación "A" 5239, dado que el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias informó que la operación no resultó validada a los fines fiscales. Ello motivó que el actor realizara una presentación ante la dependencia fiscal, quien reiteró que, de acuerdo a la documentación aportada, la capacidad económica-financiera del contribuyente era insuficiente para concertar la adquisición de moneda extranjera solicitada (fs. 21). Ante esa circunstancia, el señor Moyano Nores promovió la presente acción de amparo contra la AFIP a los efectos de que se declare la inconstitucionalidad de las normas descriptas y se lo autorice a adquirir dólares estadounidenses.

Con posterioridad, el 5 de julio de 2012 y el 26 de julio de 2012, el BCRA dictó las comunicaciones "A" 5318 y 5330, que modificaron ciertas regulaciones para el acceso al mercado de cambios para la compra de moneda extranjera. Ante esas modificaciones, la AFIP dictó la resolución 3356/12, por la que se adecuó al nuevo marco regulatorio, y derogó las resoluciones 3210/11 y 3212/11. Sin embargo, mantuvo el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias creado por el artículo 1 de la resolución 3210/11 (artículo 8, resolución 3356/12). Finalmente, a través de la resolución 3421 del 20 de diciembre de 2012 unificó y sistematizó ese régimen de información y registración con el resto de los sistemas de esa especie correspondientes a la actividad financiera. En suma, el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias se encuentra vigente y las entidades cambiarias deben utilizarlo en las operaciones de venta de moneda extranjera, en todas sus modalidades y cualquiera sea su finalidad o destino. Sin embargo, la determinación de

los supuestos en los que la falta de validación del sistema fiscal configura un obstáculo para el perfeccionamiento de la operación cambiaria es regulada por la normativa del BCRA.

Por su parte, el aquí actor amplió la demanda (fs. 91/3), y pidió que se citara al BCRA como demandado —lo que fue favorablemente acogido— y que se declarara la inconstitucionalidad de las comunicaciones “A” 5318 y 5330, que le impiden adquirir moneda extranjera, sin la conformidad previa del BCRA, en supuestos distintos y en condiciones diversas a las previstas en la normativa impugnada.

A los efectos de comprender el contenido de las disposiciones aquí cuestionadas, cabe recordar, brevemente y en lo pertinente, las regulaciones cambiarias vigentes a ese entonces. De hecho, las comunicaciones “A” 5318 y 5330 vinieron a integrarse en un régimen que reglamenta, cuantitativa y cualitativamente, el acceso al mercado local de cambios y, en particular, los fines a los que son aplicadas las divisas extranjeras. Concretamente, las comunicaciones impugnadas modifican ciertas disposiciones de la comunicación “A” 5236, que sistematizó las diversas comunicaciones vigentes sobre el acceso al mercado cambiario.

La comunicación “A” 5236 está estructurada sobre el principio general de acuerdo al cual se requiere la conformidad previa del BCRA para la realización de operaciones cambiarias, salvo los casos expresamente previstos y en las condiciones allí establecidas. Con relación a esas autorizaciones previstas, la comunicación “A” 5236 regula, en primer término, la compra de moneda extranjera para su aplicación a destinos específicos en activos locales (punto 2 del Anexo). Por ejemplo, se prevé la adquisición de moneda extranjera, sin límite de monto, para la

suscripción de títulos públicos emitidos por el Gobierno Nacional en esa moneda (punto 2.1 del Anexo), y la adquisición de moneda extranjera, sin límite de monto, por parte de la empresas públicas para depositar en cuentas destinadas a garantizar el pago de importaciones (punto 2.4 del Anexo). En segundo término, la comunicación prevé la compra de divisas para la formación de activos externos para su posterior aplicación a destinos específicos. En este sentido, dispone que las personas jurídicas residentes pueden acceder al mercado local de cambios para constituir depósitos en el exterior para su posterior aplicación al pago de deudas con acreedores externos, al pago de importaciones, al pago de utilidades y dividendos, y a la realización de inversiones directas en el exterior. Al respecto, dispone que mientras que los montos destinados a las importaciones de bienes no tienen, en principio, límite; los restantes destinos tienen limitaciones específicas (puntos 3.1.2.1, 3.1.2.2., 3.1.2.3. y 3.1.2.4. del Anexo).

Finalmente, en lo que aquí interesa, la comunicación "A" 5236 prevé el acceso al mercado de cambios para la formación de activos externos sin la obligación de una aplicación posterior específica. Ello es comúnmente denominado adquisición de moneda extranjera con fines de atesoramiento. Las condiciones y, en particular, los montos de acceso al mercado cambiario a esos fines han ido variando constantemente. Al respecto, el punto 4.2 del Anexo de la comunicación "A" 5236 establece que las personas físicas y jurídicas residentes pueden adquirir, sin la conformidad previa del BCRA, hasta un total de U\$S 2.000.000 en el mes calendario con destino a la tenencia de billetes extranjeros en el país, donaciones, inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior, inversiones de portafolio y otras en el exterior (punto 4.2.1. del Anexo). Se especifica que, cuando el monto adquirido a lo largo del año supera la cifra de U\$S 250.000, las entidades cambiarias deben efectuar un control

de la situación fiscal y comercial del adquirente, y deben guardar la documentación de respaldo pertinente a disposición del BCRA (punto 4.2.3. del Anexo).

El 5 de julio de 2012, el BCRA dictó la comunicación "A" 5318, que suspendió la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2 del Anexo de la comunicación "A" 5236, que prevén el acceso al mercado local de cambios, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento.

De este modo, los sujetos interesados en adquirir moneda extranjera en supuestos y en condiciones distintas a las expresamente previstas en el marco regulatorio deben petitionar la conformidad del BCRA. Tal como se expondrá más extensamente al analizar la razonabilidad de esa disposición, el fin perseguido es, frente a un contexto de severa crisis internacional, atender en forma prioritaria los usos de las divisas extranjeras que estén vinculados a la satisfacción de intereses generales de la población, esto es, pagar las importaciones de bienes y servicios, cancelar los intereses y las amortizaciones de la deuda pública y privada, y acumular reservas internacionales que permitan sostener el esquema de flotación administrada del tipo de cambio.

Además, la comunicación "A" 5318 modificó las regulaciones existentes relativas a los egresos de moneda extranjera, y mantuvo el requisito de la validación del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias, implementado por la AFIP, a los efectos del perfeccionamiento de compra de moneda extranjera en concepto de turismo y viajes (punto 3.3.). A su vez, la comunicación "A" 5318 modificó el punto 3 de la comunicación "A" 5326 relativo a la adquisición de moneda extranjera para su aplicación a fines específicos. En ese sentido, dispuso que las personas físicas pueden adquirir, hasta el 31 de octubre de 2012, moneda extranjera

para la cancelación de créditos hipotecarios a largo plazo, otorgados por entidades financieras, para la compra de vivienda. Sin embargo, ese supuesto no es aplicable al aquí actor en tanto los mutuos acompañados no fueron otorgados por entidades financieras ni fueron destinados a la adquisición de su vivienda.

Con posterioridad, la comunicación “A” 5318 fue modificada por la comunicación “A” 5330, entre otras. Esa disposición mantuvo la suspensión de la adquisición de moneda extranjera, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento. Además, modificó las normas del punto 3 del Anexo de la comunicación “A” 5236 y admitió la compra de moneda extranjera para su aplicación a destinos específicos por parte de las empresas dedicadas al transporte internacional de cargas.

En *sub lite*, en atención a las modificaciones regulatorias que se sucedieron desde el inicio del presente, el conflicto actual sobre el que la Corte Suprema debe decidir se ciñe a la constitucionalidad de la comunicación “A” 5318, en cuanto requiere que el actor obtenga la autorización previa del BCRA para adquirir dólares estadounidenses para un fin distinto y en condiciones diversas a las previstas por el marco regulatorio; y, eventualmente, a la constitucionalidad de la resolución 3421 de la AFIP en cuanto mantiene la implementación del Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias. En este sentido, cabe recordar la doctrina de la Corte Suprema según la cual sus sentencias deben atender a la situación existente al momento de decidir (Fallos: 311:870; 329:5913), así como al marco normativo existente en ese entonces (Fallos: 329:2897; 330:5).

-VI-

El principal agravio del recurrente consiste en que el BCRA carece de facultades para dictar la comunicación "A" 5318. A fin de tratar esta cuestión, cabe considerar las misiones y las facultades que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye al BCRA, y determinar si ellas fueron ejercidas en el marco de las políticas legislativas establecidas por el Gobierno Nacional en materia cambiaria. En este análisis, no pueden dejar de ponderarse los intereses colectivos que subyacen en las regulaciones que tienden a administrar el ingreso, egreso y uso de divisas extranjeras.

La creación de un banco federal con facultad de emitir moneda se encuentra prevista en el artículo 75, inciso 6, de la Constitución Nacional. En particular, el BCRA es una entidad autárquica del Estado Nacional, creada en 1935, a través de la ley 12.155.

En la actualidad, de acuerdo con los términos de su Carta Orgánica (ley 24.144, modificada por las leyes 25.562 y 26.739, entre otras), las misiones del BCRA son promover la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional (artículo 3). Históricamente, la misión central que ha sido confiada al BCRA es la conservación del valor de la moneda.

A fin de cumplir sus cometidos, la Carta Orgánica prevé una multiplicidad de facultades propias del BCRA, que conforman, en definitiva, el poder de policía financiero, bancario y cambiario que el Congreso de la Nación ha puesto a

su cargo, tal como lo entendió la Corte Suprema en diversos precedentes (Fallos: 310:203; 334:1241; entre otros).

De acuerdo con el artículo 4 de la Carta Orgánica, el BCRA está facultado para “regular la cantidad de dinero y las tasas de interés y regular y orientar el crédito” (inciso *b*); “concentrar y administrar sus reservas de oro, divisas y otros activos externos” (inciso *a*); “ejecutar la política cambiaria en un todo de acuerdo con la legislación que sancione el Honorable Congreso de la Nación” (inciso *f*); “regular, en la medida de sus facultades, [...] toda otra actividad que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria” (inciso *g*); y “proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros y a la defensa de la competencia, coordinando su actuación con las autoridades públicas competentes en estas cuestiones” (inciso *h*).

En particular, con relación al régimen de cambios, el artículo 29 dispone que el BCRA deberá asesorar al Ministerio de Economía y al Congreso de la Nación en todo lo referente al régimen de cambios, y establecer las reglamentaciones de carácter general que correspondiesen (inciso *a*); así como también dictar las normas reglamentarias del régimen de cambios y ejercer la fiscalización de su cumplimiento (inciso *b*).

De este modo, la Carta Orgánica prevé numerosas facultades, que son propias del BCRA, a los efectos de intervenir y regular el mercado cambiario, esto es, la oferta y la demanda de moneda extranjera.

En numerosos precedentes, la Corte Suprema ha recordado que, en nuestro ordenamiento normativo, el Banco Central ejerce el 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: 310:203; 334:1241; entre otros).

En el precedente “Cambios Teletour SA” (Fallos: 310:203), la Corte apuntó que “el conjunto de normas que otorga facultades al Banco Central en materia cambiaria y que completa e integra la regulación de la actividad financiera que se desarrolla en el país convierte a esta entidad autárquica en el eje del sistema financiero, concediéndole atribuciones exclusivas e indelegables en lo que se refiere a política monetaria y crediticia [...]” (considerando 7°).

La actividad cambiaria está caracterizada por su complejidad, dinamismo, y tecnicismo. La naturaleza esencialmente dinámica de la actividad financiera, monetaria y cambiaria, así como también la especialidad técnica de la materia, han llevado a atribuir al BCRA amplias facultades regulatorias de esas actividades. En efecto, se requiere un organismo que pueda responder en forma ágil y eficiente a la dinámica cambiante y a la complejidad de la actividad financiera y cambiaria. Ello ha llevado a nuestro ordenamiento jurídico y a los del derecho comparado a atribuir a los bancos centrales amplias atribuciones (v. facultades del Banco Central Europeo y del Sistema Europeo de Bancos Centrales, previstas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, artículos 127 a 133, 138 y 282, y en el Protocolo nro. 4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo; de la Reserva Federal de los Estados Unidos previstas en la Ley de la Reserva Federal, sección 2.A; del Banco Central de Brasil, ley 4.595, artículo 3; y del Banco Central de Chile, ley 18.840, artículos 3, 27 a 57; entre otros).

Más importante aún, la actividad cambiaria está caracterizada por su trascendencia: en efecto, en la regulación de la oferta y la demanda de moneda

extranjera están fuertemente involucrados intereses colectivos de carácter económico y social. Las divisas ocupan un rol fundamental en la satisfacción del bienestar general de la sociedad en la esfera económica y social por dos cuestiones centrales.

Por un lado, el valor de nuestra moneda local está determinado, principalmente, por el valor de las divisas extranjeras o, dicho de otro modo, por su poder adquisitivo para la compra de otras monedas aceptadas internacionalmente. Por ello, la oferta y la demanda de moneda extranjera no sólo determinan el valor de esa moneda sino que también inciden, en definitiva, en el valor de la moneda local. No hace falta decir que la preservación del valor de nuestra moneda juega un papel significativo en el desarrollo de nuestra economía y, en definitiva, del bienestar general. A su vez, en un mundo globalizado, la determinación del precio de la moneda extranjera incide en diversas variables económicas, como la determinación de precios internos de productos relacionados directa o indirectamente con la importación o exportación de bienes.

Por otro lado, las divisas extranjeras son indispensables para el crecimiento económico de nuestro país. En el mundo actual, las economías dependen del comercio internacional para su desenvolvimiento. Para intervenir en ese comercio internacional, y especialmente para importar los bienes y servicios necesarios, se requiere la tenencia de monedas aceptadas internacionalmente.

En suma, existen intereses colectivos involucrados en el ingreso, egreso y uso de las divisas extranjeras, lo que ha justificado la regulación estatal del mercado cambiario en aras de promover un adecuado equilibrio entre ellos.

En el precedente registrado en Fallos: 310:203, la Corte Suprema recordó que la propia Constitución Nacional —en su actual artículo 75,

incisos 6, 18 y 32— establece la base normativa de las razones de bien público que se concretan en la legislación reguladora y ordenadora de la actividad financiera. Más concretamente, el Tribunal ha destacado que en la determinación de la política monetaria y cambiaria se encuentran involucrados vastos intereses económicos y sociales (Fallos: 310:203, considerando 8°).

–VII–

En el marco interpretativo expuesto, entiendo que el BCRA dictó la comunicación “A” 5318 en ejercicio del poder de policía cambiario y, más específicamente, de las atribuciones previstas en los artículos 4, incisos *b*, *d*, *f*, *g* y *h*, y 29 de la Carta Orgánica. A través de esa disposición suspendió la vigencia del punto 4.2 del Anexo de la comunicación “A” 5236, que prevé el acceso al mercado local de cambios, sin la conformidad previa del BCRA, con fines de atesoramiento y por un monto determinado. De este modo, los sujetos interesados en adquirir moneda extranjera para esos fines deben petitionar la autorización del BCRA.

En efecto, se trata de una disposición que reglamenta el acceso al mercado cambiario (artículo 29, ley 24.144). Al respecto, cabe recordar que las regulaciones cambiarias emanadas del BCRA son dictadas en ejercicio de una facultad reglamentaria propia y autónoma, y no en ejercicio de un poder delegado. A su vez, la comunicación en cuestión está estrechamente vinculada con la función del BCRA de concentrar y administrar las reservas de oro, divisas y otros activos externos (artículo 4, inciso *d*); regular la cantidad de dinero (inciso *b*); ejecutar la política cambiaria (inciso *f*); regular toda operación que guarde relación con la actividad financiera y cambiaria (inciso *g*); y proveer a la protección de los derechos de los usuarios de servicios financieros (inciso *h*). La necesidad de establecer regulaciones

cambiarías para concentrar y administrar las reservas de divisas —que es una de las funciones principales del BCRA— ha sido destacada por la Corte Suprema en el citado precedente “Cambios Teletour SA”.

A su vez, en atención al rol que tienen las divisas extranjeras en la satisfacción del bienestar general, no puede perderse de vista que el BCRA actuó en el marco de sus misiones esenciales establecidas por el Congreso de la Nación, a saber, preservar el valor de la moneda y procurar el desarrollo económico con equidad social. Ello hace aplicable el criterio recordado por la Corte Suprema en Fallos: 310:203, de acuerdo al cual el sentido de las normas debe ser desentrañado a la luz del principio que hace prevalecer la interpretación que favorece los fines que persigue la norma, y no la que los dificulta.

Con respecto a la extensión de las facultades regulatorias, la Corte Suprema ha dicho que “[...] tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida [...] Y ello, habida cuenta de que, en tales supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2º), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo” (Fallos: 246:345, considerando 8º; en igual sentido, ver Fallos: 148:430).

De este modo, la validez del ejercicio de facultades regulatorias a través de la comunicación “A” 5318 debe juzgarse, en consonancia con la citada doctrina de la Corte Suprema y con lo dispuesto por el artículo 31 de la Constitución Nacional y el artículo 3 de la Carta Orgánica, por las características de la materia que se reglamenta, el uso que haya hecho el Poder Legislativo de la misma facultad, y los límites establecidos al determinarse la política legislativa.

En el caso, a fin de desentrañar la política legislativa establecida por el Gobierno Nacional en materia cambiaria, cabe recordar que desde el año 1991 hasta el 2001 imperó en nuestro país el régimen de convertibilidad dispuesto por el Congreso de la Nación, que se caracterizó por la vigencia de un tipo de cambio fijo, de acuerdo al cual un peso argentino equivalía a un dólar estadounidense (ley 23.928). Bajo ese sistema monetario, se dictaron diversas medidas tendientes a desregular el mercado de cambios. Así se dejó sin efecto el mercado oficial de cambios y se suspendió la obligatoriedad del ingreso y la negociación en el mercado de cambios de las divisas provenientes de la exportación, que había sido dispuesta por el decreto 2581/64 (decreto 530/91). En este contexto, las funciones del BCRA se encontraban restringidas, dado que la sanción de la ley 23.928 implicó, de hecho, una renuncia a la utilización de las políticas monetarias y cambiarias como instrumentos macroeconómicos.

A raíz de la severa crisis desatada en el año 2001 —cuyas características y envergadura fueron expuestas por la Corte y mis antecesores en la Procuración General de la Nación, especialmente en los pronunciamientos registrados en Fallos: 329:5913 y 330:855—, se dispuso la derogación del régimen de convertibilidad monetaria (artículo 3, ley 25.561), y se puso fin al régimen de desregulación cambiaria (decretos 1570/01 y 1606/01, y ley 25.561). En este sentido,

se restableció la vigencia del decreto 2581/64, que dispone la obligatoriedad del ingreso y la negociación de las divisas provenientes de la exportación en el mercado local cambiario. El Congreso de la Nación dictó la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (ley 25.561), por la que declaró la emergencia en materia financiera y cambiaria, y facultó al Poder Ejecutivo Nacional para reordenar el sistema financiero, bancario y del mercado de cambios; para establecer el sistema que determinará la relación entre el peso y las divisas extranjeras; y para dictar regulaciones cambiarias. A su vez, a través de la ley 25.562 el Congreso de la Nación modificó la Carta Orgánica del BCRA, y le atribuyó a ese organismo mayores funciones y facultades en consonancia con el abandono de la convertibilidad y del restablecimiento del uso de instrumentos monetarios y cambiarios.

En ejercicio de esas facultades otorgadas por la ley 25.561, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 71/02, por el que estableció un mercado oficial de cambios y un mercado libre de cambios. Luego, ese sistema fue modificado por el decreto 260/02, que estableció nuestro régimen actual denominado Mercado Único y Libre de Cambios (en adelante, MULC), a partir del cual todas las operaciones de cambio se cursan a través de ese mercado, y se encuentran sujetas a los requisitos y a la reglamentación que establezca el BCRA (artículo 2 del citado decreto). A su vez, la ley 19.359 contiene el Régimen Penal Cambiario, que sanciona toda negociación de cambio que se realice sin intervención de una institución autorizada para efectuar operaciones cambiarias, así como todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios (artículo 1, incisos *a* y *f*).

En el MULC, el tipo de cambio no es fijo, como el imperante durante el sistema de convertibilidad monetaria, sino libre o flotante. En la práctica, el tipo de cambio ha sido administrado por el BCRA en aras de promover la estabilidad

monetaria y el desarrollo económico con equidad social (artículo 3, ley 24.144, tal como fue modificado por la ley 26.739), y en ejercicio de las facultadas previstas en el artículo 3 de la ley 23.928, modificada por el artículo 4 de la ley 25.561, para vender y comprar divisas en el mercado cambiario (artículo 10, inciso *j*, ley 24.144).

En ejercicio de facultades legislativas delegadas, el Poder Ejecutivo instó al BCRA a regular las particularidades y pormenores del acceso al mercado cambiario en ejercicio de sus facultades propias (artículo 2, decreto 260/02; artículo 29, ley 24.144). De igual modo, el Congreso de la Nación animó al BCRA a dictar las regulaciones cambiarias, cuya violación da lugar a la aplicación del Régimen Penal Cambiario (artículo 1, inciso *f*, ley 19.359).

Tal como surge del relato efectuado en la sección anterior, la comunicación "A" 5318, aquí impugnada, se insertó en un marco que regla, cualitativa y cuantitativamente, el acceso al mercado local de cambios (ver comunicaciones "A" 3722, 3794, 3826, 3845, 3894, 3909, 3944, 4079, 4086, 4128, 4178, 4306, 4349, 4385, 4515, 4603, 4685, 4724, 4764, 4786, 4803, 4822, 4850, 4864, 4867, 4871, 4887, 4896, 4950, 5020, 5085 y 5236, entre otras). De hecho, la comunicación "A" 3722 del 6 de septiembre de 2002 estableció, como regla, que se requiere contar con la conformidad previa del BCRA para adquirir moneda extranjera con fines de atesoramiento o análogos. Luego, previó, como excepción, la posibilidad de acceder al mercado de cambios por dichos conceptos por hasta un monto máximo mensual de U\$S 100.000. Esa suma que fue objeto de sucesivas modificaciones y, de acuerdo a la comunicación "A" 5236, ascendía a U\$S 2.000.000.

En cuanto aquí interesa, la comunicación "A" 5318 introdujo una modificación a un régimen que ya reglaba el acceso al mercado cambiario, y

efectuaba distinciones en atención a los usos y aplicaciones de las divisas. Históricamente, y tal como surge de la descripción efectuada de la comunicación “A” 5236, los usos a los que es aplicada la moneda extranjera son relevantes para la regulación cambiaria, lo que se refleja en las diversas reglamentaciones, montos y condiciones previstas para cada caso. En efecto, la reglamentación existente, sistematizada en la comunicación “A” 5236, priorizaba algunos usos vinculados a la satisfacción de intereses colectivos —en este sentido, son un claro ejemplo las aplicaciones a la importación de bienes y servicios vinculados al desarrollo de nuestra economía—. La comunicación aquí impugnada profundizó esa preferencia en atención a una situación de deterioro de la economía internacional, que se desarrollará en la sección siguiente.

Finalmente, tal como advirtió la Corte Suprema en numerosos precedentes, a los efectos de juzgar la validez del ejercicio de las facultades reglamentarias cabe considerar las características de la materia que es objeto de regulación. En efecto, cuando esa materia presenta contornos o aspectos peculiares, distintos y variables, que impiden al legislador prever anticipadamente la concreta manifestación que tendrá en los hechos, corresponde reconocer amplias facultades al órgano regulatorio (Fallos: 148:430; 246:345).

De este modo, tanto la dinámica del mercado cambiario, como la especialidad técnica de la materia, requieren reconocer facultades regulatorias suficientes al BCRA para administrar y controlar el ingreso, egreso y uso de divisas a los efectos de concretar eficazmente la política legislativa y a los fines de procurar un equilibrio entre los vastos intereses económicos y sociales que se encuentran involucrados en la oferta y la demanda de divisas extranjeras.

En suma, la comunicación impugnada fue dictada en ejercicio de las facultades previstas en la Carta Orgánica del BCRA y se enmarca dentro de la política legislativa constituida por la ley 25.561 y el decreto 260/02, que puso fin al sistema de convertibilidad y de desregulación cambiaria y que, en atención a la naturaleza de la materia, instó al BCRA a reglamentar el acceso al mercado cambiario. Para más, ese organismo actuó en el marco de sus misiones esenciales establecidas por el Congreso de la Nación en la reciente reforma a su Carta Orgánica, a saber, preservar el valor de la moneda y procurar el desarrollo económico con equidad social (ley 26.739, publicada en el Boletín Oficial del 28 de marzo de 2012).

Por último, la comunicación impugnada no contradice las políticas legislativas reflejadas en los artículos 617 y 619 del Código Civil, en tanto que esa comunicación no tiene por objeto reglar las relaciones entre particulares, sino únicamente administrar el ingreso, egreso y uso de divisas a los efectos de satisfacer los cometidos legales específicos del BCRA y en ejercicio del poder de policía a su cargo. La comunicación impugnada no determina que las partes no puedan pactar obligaciones en moneda que no sea de curso legal, sino que únicamente dispone que el contratante requiere la conformidad previa del BCRA para acceder al mercado local de cambios y aplicar las divisas extranjeras a un fin diverso a los expresamente autorizados en el marco regulatorio en el que se insertó la comunicación "A" 5318.

-VIII-

Sentado que el BCRA actuó dentro de sus facultades al dictar la comunicación "A" 5318, cabe tratar los restantes agravios del impugnante dirigidos a demostrar que esa disposición constituye una violación a sus derechos

constitucionales de propiedad, a ejercer el comercio, a la igualdad y a la autonomía personal.

En mi opinión, el accionante no ha acreditado que la comunicación impugnada le cause una restricción de sus derechos. En el *sub lite*, el actor acompañó dos mutuos hipotecarios, de donde surge que recibió, en préstamo, una suma de dólares estadounidenses y se comprometió a devolverlos en la misma moneda. Sin embargo, tal como entendieron el juez de primera instancia y el tribunal *a quo*, el accionante no probó carecer de medios alternativos de cumplimiento, ya sea que surjan de los contratos celebrados (ver cláusula tercera de ambos contratos, agregados a fs. 7/19) o de las previsiones contenidas en las normas pertinentes. Sin perjuicio de que no corresponde dirimir en estos autos —donde el acreedor no fue citado como parte— la relación contractual existente entre las partes, cabe puntualizar que el actor no ha demostrado que su acreedor se haya negado a recibir moneda de curso legal.

En concreto, el régimen cambiario actual, que fue modificado por la comunicación “A” 5318, requiere que el actor obtenga la conformidad previa del BCRA a los efectos de adquirir dólares estadounidenses a ser aplicados a fines distintos y en condiciones diversas a las previstas en la reglamentación.

En este sentido, tal como expuse anteriormente y como ha dicho la Corte Suprema en otros casos (Fallos: 310:203, considerando 8°), la intervención estatal en la oferta y la demanda de divisas extranjera se funda en los vastos intereses colectivos de índole económica y social que se encuentran involucrados. La conservación del valor de la moneda local y el desarrollo de la

economía con equidad social dependen, en parte, del valor de las monedas extranjeras y de su disponibilidad.

En el caso, la pretensión del accionante no ha examinado los intereses colectivos amparados por la regulación cuestionada, que, como tales, abarcan a su propio interés.

Más específicamente, con respecto a los intereses colectivos protegidos por la comunicación “A” 5318, cabe considerar la presentación de fs. 117/126 del BCRA, donde se remite al informe macroeconómico y de política monetaria de julio de 2012 elaborado por esa entidad (información pública disponible en [www.bcra.gov.ar](http://www.bcra.gov.ar)).

Allí el organismo destaca la existencia y la evolución de una grave crisis internacional iniciada en el año 2007, y la necesidad de tomar medidas que protejan a nuestro país de las repercusiones negativas de esa crisis, que conlleva una reversión de los flujos de capitales y una desaceleración de los volúmenes del comercio mundial. El BCRA afirma que la incertidumbre existente en el ámbito internacional, la disminución en la demanda de exportaciones como consecuencia de la desaceleración de la economía mundial y el déficit de la balanza comercial energética demandan la implementación de una política cambiaria que se dirija a administrar las reservas existentes y a regular los flujos de capitales.

En este escenario, donde el deterioro de la economía internacional obliga a administrar adecuadamente las reservas locales de divisas extranjeras, la aplicación o destino de las divisas cobra más relevancia de la que habitualmente tiene. De este modo, el BCRA explica que la comunicación “A” 5318 regula el acceso al mercado local de cambios con fines de atesoramiento, dando

preferencia a la aplicación de las divisas existentes a los usos más eficientes desde el punto de vista de los intereses generales de la población en el plano económico. De acuerdo a su criterio, esos fines son: pagar las importaciones de bienes y servicios; cancelar los intereses y las amortizaciones de la deuda pública y privada; y acumular reservas internacionales que permitan sostener el esquema de flotación administrada del tipo de cambio. El BCRA afirma que el atesoramiento privado de divisas extranjeras, en el contexto de la crisis internacional, puede afectar el bienestar general de la población.

La entidad concluye afirmando que “[e]sta medida [la comunicación “A” 5318] se integra así al marco normativo de regulación prudencial ya existente a los efectos de asignar el excedente de dólares según criterios que prioricen el mayor impacto económico y social de esas divisas, propendiendo a que cada dólar usado maximice su efecto multiplicador en términos de crecimiento” (informe citado, pág. 9).

En síntesis, los fines concretos perseguidos por la comunicación aquí impugnada son administrar los flujos y los usos de las divisas extranjeras a los efectos de contrarrestar los efectos negativos de la crisis internacional y a fin de priorizar las aplicaciones de las divisas que se vinculan más directamente con la satisfacción del bienestar general de la población. Para alcanzar esos fines, el marco regulatorio del mercado cambiario, integrado por la comunicación “A” 5318, permite la adquisición de divisas, sin la conformidad previa del BCRA, para su aplicación a fines específicos, mientras que requiere el consentimiento previo de ese organismo para otros propósitos, como el atesoramiento.

De lo expuesto se desprende que, en el caso, el Estado ha justificado en forma suficiente la validez de la restricción examinada, mientras que ninguno de estos argumentos ha sido considerado por el impugnante.

En efecto, mientras que el BCRA ha demostrado que la restricción contenida en la comunicación "A" 5318 atiende a fines colectivos de gran envergadura, y tiene una relación razonable y proporcionada con esos propósitos, el actor se ha limitado a oponerse en forma dogmática a la regulación, sin efectuar aportes concretos dirigidos a mostrar la falta de razonabilidad de la medida.

Por ello, entiendo que el accionante no ha demostrado que la comunicación impugnada le cause una carga desmedida e inequitativa, máxime considerando que su interés en la adquisición de divisas extranjeras no puede ser ponderado con prescindencia del impacto que puede tener en los intereses colectivos amparados por la comunicación "A" 5318 del BCRA, esto es, la estabilidad monetaria y el desarrollo económico con equidad social.

En este marco, cabe recordar que el análisis de los derechos o intereses legalmente protegidos invocados por el accionante no puede realizarse en abstracto o desde un plano netamente individual, desatendiendo que ellos se integran e interrelacionan necesariamente con los derechos e intereses de los demás miembros de la sociedad, que son, a su vez, igualmente merecedores de protección.

La Corte Suprema ha dicho, invariablemente, que los derechos consagrados en los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional no son absolutos (Fallos: 311:1565), sino que se encuentran sujetos a la reglamentación de su ejercicio (artículos 14 y 28 de la Constitución Nacional). A su vez, ha entendido que las limitaciones son válidas siempre que sean razonables, esto es, cuando los medios

arbitrados son proporcionalmente adecuados a los fines perseguidos (Fallos: 248:800; S.C. A. 402, L. XLV, “Agroveterinaria del Sud SRL y otros c/ SENASA s/ acción declarativa de certeza”, dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte remitió en Fallos: 333:2179; S.C. E. 45, L. XLVI, “El Brujo SRL c/ EN”, dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte remitió en Fallos: 335:1650).

Por otro lado, con relación a la autonomía personal, cabe recordar que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría una cláusula de la Constitución Nacional y qué gravamen le causa, y debe probar, además, que ello ocurre en el caso concreto. Es insuficiente el planteo de inconstitucionalidad efectuado en términos genéricos mediante la mera invocación de garantías constitucionales supuestamente vulneradas, sin efectuar el desarrollo necesario para demostrar tal afectación (Fallos: 330:3400). Esta carga no ha sido cumplida por el aquí recurrente, lo que obsta al ejercicio de la función que esa Corte ha calificado como la más delicada que se le ha encomendado y un acto de suma gravedad que debe considerarse como última ratio del orden jurídico.

Por último, entiendo que tampoco es procedente el agravio vinculado al artículo 16 de la Constitución Nacional. La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato igualitario a quienes se hallan en idénticas circunstancias, empero, no impide que se contemple en forma distinta situaciones diferentes, esto en la medida en que tales distinciones no revelen criterios arbitrarios (Fallos: 245:221; 329:5567; en igual sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003). De tal modo, es dirimente comprobar no sólo la existencia de un trato distinto, sino también la falta de

razonabilidad del criterio y el propósito seguidos por el legislador para efectuar la distinción de situaciones y de trato.

Pues bien, en el presente caso, las regulaciones en materia cambiaria históricamente han efectuado distinciones sobre la base de la aplicación de la moneda extranjera. Tal como fue explicado, mientras ciertos destinos están vinculados a la consecución de intereses colectivos de índole económica y social, otros se relacionan directamente con la satisfacción de intereses individuales. De este modo, en el caso, la disparidad en el trato no luce arbitraria sino que atiende fines legítimos.

En conclusión, estimo que el planteo de inconstitucionalidad de la comunicación "A" 5318 dictada por el BCRA no puede prosperar. En atención a la solución que propicio, entiendo que es innecesario adentrarse al tratamiento de las restantes cuestiones planteadas por el apelante.

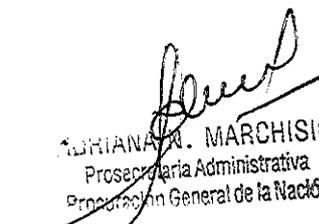
-IX-

En virtud de todo lo expuesto, considero que corresponde declarar admisible la queja, rechazar el recurso extraordinario y confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 27 de diciembre de 2013.

ES COPIA

ALEJANDRA GILS CARBO

  
MARIANA M. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación