

Mar del Plata,

07 de Agosto de 2012.-

**AUTOS Y VISTOS:** Estos caratulados "A., E. A. Y OTRA C/ AFIP S/ AMPARO" Expediente N° 8.368, de trámite por ante éste Juzgado Federal N° 4, Secretaría "AD-HOC", traídos a despacho a los fines de dictar sentencia definitiva y de los que:

**RESULTA:** I) Que a fs. 12/16 se presentan E. A. A. y M. L. B., por su propio derecho y con patrocinio letrado, promoviendo acción de amparo en los términos del artículos 43 de la Constitución Nacional contra la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (AFIP), a fin de que la misma otorgue la correspondiente autorización o bien se abstenga de restringirle la compra de dólares estadounidenses dieciséis mil (U\$S 16.000), destinados a cubrir parte de la operación de compra de su vivienda única.-

Relatan los antecedentes del caso, indicando su deseo de comprar un inmueble sito en Sierra de los Padres valuado en la suma de U\$S 86.000, contando a tal fin con un crédito pre-acordado del Banco de la Nación Argentina por la suma de \$ 310.000, ahorros personales y con la suma de \$ 18.400 producto de un préstamo personal.-

Manifiestan que la martillera les transmitió que el vendedor solo aceptaría dólares y que habiendo efectuado la pertinente consulta a la AFIP vía Internet, fueron considerados "inconsistentes" pese a probar con distintos montos. Señalan que el 02 de Junio del corriente presentó una multinota ante la AFIP explicando su situación, donde se les informo extraoficialmente que la orden era no autorizar la compra de divisa extranjera por ninguna cantidad ni circunstancia.-

Consideran vulnerados los arts. 14 y 19 de nuestra Carta Magna, que constituyen la piedra angular del sistema liberal adoptado y son la expresión y consagración del respeto a la libertad y dignidad de la persona, el art. 14 bis en lo atinente a la protección de la familia y el acceso a vivienda digna, y el art. 17 en cuanto al derecho de la propiedad.-

Entiende que la restricción de la AFIP no es fundada en ley ni suficientemente explicitada, desconociéndose los parámetros que utiliza. Plantea la inconstitucionalidad de la Resolución General 3210/11.-

Ofrece prueba, funda en derecho, peticiona el dictado de una medida cautelar y solicita que oportunamente se haga lugar a la acción de amparo, con costas.-

II) Que a fs. 30/56 se presenta la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS – DIRECCIÓN GENERAL IMPOSITIVA (AFIP/DGI) a través de letrado apoderado, contestando el informe circunstanciado requerido.-

Precisa que todas las manifestaciones de los actores son dogmáticas carentes de sustento probatorio. Cumple con el imperativo legal de negar en forma particular los hechos allí expresados.-

Destaca que los amparistas no agotaron la vía administrativa previa, prevista en la RG AFIP N° 3212 complementaria de la RG AFIP N° 3210, sino que se limitaron a presentar la multinota F.206 y sin dejar pasar siquiera tres días hábiles,

USO OFICIAL

procedieron a instar la presente acción de amparo, sin presentar pronto despacho alguno ni valerse de los demás recursos administrativos.-

Alega la necesidad de una mayor amplitud probatoria que excede el marco del amparo, ya que para destruir la presunción de legitimidad de que gozan legalmente los actos administrativos tributarios, se requiere una amplitud de prueba y debate que resulta ajena a esta instancia. Cita fallos en apoyo a su postura.-

Sostiene que lo pretendido importa una cuestión que reviste gravedad institucional en los términos acuñados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto el cuestionamiento del accionar del Fisco se traduciría en un menoscabo de sus facultades, que tienden a optimizar el control fiscal y contribuir a la lucha contra el lavado de dinero.-

Afirma que no existe ningún acto ilegítimo que le sea imputable y que la RG 3210 se encuentra dentro de la esfera de sus atribuciones, no encontrándose vulnerado los principios de razonabilidad, igualdad, no discriminación y el derecho de propiedad.-

Detalla los antecedentes y fundamentos del régimen legal aplicable, transcribiendo al efecto la Comunicación "A" 5239 del Banco Central de la República Argentina, la Resolución General Nº 3210 y sus complementarias. Explica en que consiste el secreto fiscal y que el sistema se nutre de datos, los cuales surgen de las declaraciones presentadas por los propios contribuyentes.-

Cita jurisprudencia que considera aplicable, introduce el caso federal y peticiona que oportunamente se dicte sentencia rechazando la acción, pero dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponderles con independencia del amparo.-

III) A fs. 58/82 la demandada denuncia hecho nuevo, poniendo de resalto que la autoridad competente en materia de regulación cambiaria (BCRA) mediante la Comunicación "A" 5318 ha dispuesto suspender la compra de dólares para atesoramiento, razón por la cual la AFIP carece de injerencia al respecto y de legitimación pasiva, tornando la cuestión en abstracta, más aun cuando el supuesto de autos no encuadra en el apartado 3.2 de la referida comunicación, que regula taxativamente la compra de moneda extranjera para adquisición de vivienda con crédito hipotecario.-

IV) Es así que a fs. 83 quedan estos obrados en condiciones de dictar el pronunciamiento definitivo, por lo que se llama AUTOS PARA DICTAR SENTENCIA, providencia que a la fecha se encuentra firme y consentida.-

**Y CONSIDERANDO:** I) Que mediante la presente acción de amparo instaurada por E. A. A. y M. L. B, contra la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (AFIP), se persigue obtener la correspondiente autorización o el cese de la restricción a la compra de dólares estadounidenses dieciséis mil (U\$S 16.000), destinados a cubrir parte de una operación de compraventa inmobiliaria.-

Preliminarmente, en torno a la excepción de falta de legitimación pasiva deducida por el accionado, cabe recordar que esta acción de corte netamente constitucional

tiene como fin primordial la tutela de una manera urgente e inmediata de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución, los Tratados y las Leyes (*art. 43 CN y art. 1 Ley 16.986*). Constituyendo una herramienta fundamental de nuestro ordenamiento jurídico para que toda persona pueda obtener “*sin demora alguna*” una pronta normalización de los derechos lesionados o amenazados por un acto u omisión de la autoridad pública o de particulares.-

De ahí que entiendo que las cuestiones procesales -como la planteada por la demandada- resultan tributarias de dichos fundamentos y no al revés.-

Es que es función indeclinable de los jueces el resolver las causas sometidas a su conocimiento, teniendo como norte el asegurar la efectiva vigencia de la Constitución Nacional, sin que puedan desligarse de este esencial deber, so pretexto de limitaciones de índole procesal. Esto es especialmente así, si se tiene en cuenta que las normas de ese carácter deben enderezarse a lograr tal efectiva vigencia y no a turbarla (*Fallos: 313:1513*)-.

Máxime teniendo en cuenta que la judicatura no puede caer en excesos rituales manifiestos (CSJN, “*Colalillo, Domingo c/ Cía. de Seguros España y Río de la Plata*”, *Fallos: 238:550*), como así también los principios de economía y celeridad procesal.-

En esa sintonía, la propia ley 16.986, que regula el régimen del amparo en el orden nacional, veda a las partes la articulación de cuestiones de competencia, excepciones previas e incidentes.-

Consecuentemente, considero improcedente la defensa esgrimida por la AFIP, quien pretende sustraerse del conocimiento del presente, pese a formar parte activamente de este proceso de reforma cambiaria, ya sea dictando normas sobre la materia o implementando las directrices brindadas por el BCRA.-

Asimismo, si bien la demandada niega las circunstancias de hecho planteadas por los amparistas, su conducta resulta auto contradictoria en virtud de que simultáneamente pone de manifiesto la multinota presentada por los mismos, cuyo contenido no fue oportunamente negado, como así tampoco ofreció prueba a fin de desacreditar la documental acompañada en la acción, no requiriéndose en consecuencia, la producción de ningún otra prueba, deviniendo por ello, la cuestión controvertida en un planteamiento de derecho y no sobre los hechos.-

II) Adentrándome al fondo de la cuestión, tenemos que la presente acción de amparo se enmarca en el contexto del complejo y cambiante plexo normativo dictado recientemente en nuestro país que, a través de un gran número de Comunicaciones del Banco Central de la República Argentina y Resoluciones de la Administración Federal Pública, vino a modificar en forma sustancial la regulación del Mercado Libre Cambios, como así también los controles fiscales en la materia.-

Conjunto normativo que día tras días va sufriendo nuevas reformas y cada una de las cuales no puede ser omitida, toda vez que las decisiones en los juicios de amparo

deben atenerse a la situación existente al momento de dictadas (*Fallos: 298:33; 301:693; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555 y 891, entre muchos otros*), como así también a las modificaciones introducidas sobre las diversas normas objeto de esta litis, en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (*Fallos: 308:1489; 312:555; 315:123, 326:417*).-

Coincido plenamente con el principio de que al Poder Judicial le está vedado ingresar en el análisis de la oportunidad, mérito y conveniencia de las decisiones políticas, como así también con el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos (*art. 12 ley 19.549*).-

Así también lo ha sostenido la Excma. Cámara Federal de Apelaciones local, recientemente en los autos "*Duran Julio c/ AFIP s/ Amparo*" (sentencia del 02.07.12 registrada al T° 28 F° 5547), donde se discutía el mismo régimen legal que nos ocupa, afirmando que "*...esta Alzada participa de la corriente doctrinaria y jurisprudencia elaborada en torno a las facultades del Poder Judicial para el control de los actos de los otros Poderes del Estado, regulados por la CN, en el sentido de que no se puede relegar el control de constitucionalidad sobre la legalidad de tales actos y su sometimiento al artículo 28 CN, en punto a la razonabilidad de los mismos para evitar que incurran en arbitrariedad; lo que no implica que se pueda analizar so pretexto de ello razones de oportunidad, merito o conveniencia de los actos administrativos. Y es en ese marco limitativo, impuesto por el principio republicano de la división de poderes, que se examinara la cuestión traída a juzgamiento...*".-

Entiendo que los Jueces, en determinados supuestos y dadas ciertas condiciones, deben poner coto a situaciones que denoten un ejercicio arbitrario del poder legítimo que ostenta la Administración, siempre y cuando sus decisiones resulten irrazonables, arbitrarias y atentatorias del bien común de la Nación o de derechos y garantías amparadas por la Carta Magna.-

Sobre el punto, nuestro Máximo Tribunal también señaló que no resulta competencia del Poder Judicial pronunciarse sobre la eficacia o ineficacia de las leyes bajo su concepto puramente económico o financiero, apreciando si éstas pueden ser benéficas o perjudiciales para el país (*Fallos: 150:89; 332:1572*). Ni tampoco juzgar el mérito de las políticas económicas decididas por otros poderes del Estado, sino ponerles un límite cuando violan la Constitución (*Fallos: 332:1572*), declarando si repugnan o no a los principios y garantías contenidos en la misma.-

Siempre, teniendo presente que, en el Sistema Constitucional Argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la medida que no se altere o restrinja su esencia.-

III) Ahora bien, el proceso de transformación de las reglas cambiarias que motiva esta contienda y que se acentuó a pasos agigantados en estos últimos meses, tuvo sus comienzos a mediados del año 2010 con la Comunicación "A" 5085 que endureció las normas relativas a la "*formación de activos externos de residentes*" creando un régimen de

control especial para la compra de billetes y divisas en moneda extranjera que superen la suma de U\$S 250.000 en el año calendario, entre otras medidas. Controles que fueron extremados a fines del año 2011 mediante la Comunicación "A" 5236 (ver *Fernández Madero Nicolás, "La presión sobre el dólar. Nuevo paquete de medidas económico – financieras dictado por el Gobierno Nacional", La Ley Online*).

A su turno, en el mes de Octubre del año 2011 la Comunicación "A" 5239 introdujo una importante reforma en el sistema vigente y estableció que las entidades autorizadas a operar en cambios deberán consultar y registrar todas las operaciones de venta de moneda extranjera a realizar con sus clientes alcanzados por el "*Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias*" implementado por la AFIP a través de la Resolución General 3210/11, que indicara si la operación resulta "*valida*" o "*con inconsistencias*". Y en los casos de venta de moneda extranjera ya sean divisas o billetes, por conceptos de formación de activos externos de residentes sin obligación de una aplicación posterior específica, comprendidos en el punto 4 del anexo a la Comunicación "A" 5236, las entidades aludidas solo podrán dar acceso al mercado local de cambios a las operaciones con clientes que obtengan la validación en el sistema mencionado.-

A su vez, fijó excepciones expresas al régimen de consultas instaurado y aclaró que 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 sin la aplicación a un destino específico*", sin perjuicio de la verificación de las restantes normas cambiarias aplicables.-

Por su parte, la citada RG 3210 de la AFIP dispuso la forma de implementación del sistema aludido, precisando que "*a los fines fiscales*" las entidades autorizadas a operar en cambio por el Banco Central de la República Argentina deberán consultar y registrar, el importe en pesos del total de las operaciones de venta en moneda extranjera –divisas o billetes- en todas sus modalidades, cualquiera fuere su finalidad o destino (arts. 1 y 2). Y que *la evaluación se efectuara 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. Siendo complementada por la Resolución General 3212/11 que reguló el trámite administrativo a seguir en los supuestos de "*inconsistencias*".-

Con el correr de los días, se fueron agregando nuevas excepciones al régimen previsto por la Comunicación 5239 (*Comunicaciones "A" 5240, 5241, 5242*), que fueron compiladas en la Comunicación "A" 5245. Se continuó, delimitando las ventas en concepto de turismo y viajes (*Comunicación "A" 5261*), y fijando normas en materia de egresos de divisas (*Comunicación "A" 5264 y 5295*) y compra venta de valores (*Comunicación "A" 5314/12*). Asimismo se reguló los retiros de moneda extranjera con el uso de tarjetas de débito locales desde cajeros automáticos ubicados en el exterior (*Comunicación "A" 5294*).

En el ínterin, en Mayo del 2012, la AFIP dictó la Resolución General 3333/12 que instauró un régimen de información previo a fin de atender gastos en concepto de viajes al exterior, por razones de salud, estudios, congresos, conferencias, gestiones comerciales, deportes, actividades culturales, actividades científicas y/o turismo.-

Del juego armónico de las citadas disposiciones del Banco Central de la República Argentina y de la Administración Federal de Ingresos Públicos, vemos que se puso en manos de un órgano netamente recaudador (*ver Decreto 618/1997, Leyes 11.683, 22.091, 22.415 y 24.447*) la facultad de controlar la operaciones de venta de moneda extranjera, en los casos expresamente enumerados. Quien mediante la información obrante en las bases de datos propias, validaba o no la operación. Teniendo como supuesta finalidad la optimización del control fiscal y la lucha contra el lavado de dinero.-

Según la terminología empleada por las propias comunicaciones y resoluciones transcritas, parecía que nos encontrábamos frente a un sistema de control creado exclusivamente a los fines fiscales, que solo buscaba cotejar la capacidad económica del solicitante con los registros internos de la Administración y de esta manera evitar el lavado de dinero, evasiones impositivas o en su caso activar todo el aparato estatuido por las leyes 11.683 y 24.769. Previéndose inclusive una trámite administrativo para demostrar la verdadera capacidad económica del contribuyente para adquirir las divisas en el mercado formal, en los casos de “inconsistencias”.-

Sin embargo, con el correr de los días, la realidad del mercado de cambios argentino nos enseñó un panorama totalmente distinto.-

Lo que llevo a la distinguida magistrada Dra. Carolina Pandolfi, titular del Juzgado Federal N° I de la ciudad de Neuquén, a señalar que constituiría un hecho de público y notorio conocimiento, al que se puede acceder mediante la simple lectura de cualquier medio informativo, que el sistema ideado para afianzar los controles fiscales, vendría siendo utilizado como herramienta de control cambiario, es decir, con fines distintos de aquellos para los cuales fue implementado (*Cfr. autos “M., C. M. c/ Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y otro s/ Acción de Amparo”; 12.06.2012*).-

En rigor de la verdad, ocurrió que, en un primer momento, la AFIP autorizaba ciertas operaciones y otras no, con el transcurso de los días y las sucesivas modificaciones, en la práctica se fue reduciendo paulatinamente el límite permitido para la compra de divisas extranjeras para ahorro y regulando y restringiendo las ventas en otros supuestos específicamente delimitados por la normativa. Hasta llegar al punto de una virtual denegación a todas las operaciones de atesoramiento bajo el fundamento de “inconsistencias”, por carecer supuestamente el interesado de suficiente capacidad económica para llevar adelante la operatoria. No validándose inclusive la venta ni de montos totalmente irrisorios.-

Esta tendencia también se vio reflejada en las diversas modificaciones que atravesó la página de web de la propia AFIP, creada por la citada Resolución General 3210/11.

En la citada, durante el mes junio del 2012, se eliminó la opción “*compra de dólares para ahorro*”, dejando subsistente la opción viajes, compra de inmuebles y otros destinos (vehículo automotor, motovehículos, maquinaria agrícola, maquinaria industrial, aeronave, embarcación, instrumental médico, equipamiento científico, laboratorio). A los pocos días se volvió a permitir dicha operatoria, al sumar la opción “*otros no especificados*”, pero con la novedad que los pedidos de autorización ya no eran respondidos automáticamente bajo el rotulo de “*inconsistencias*”, sino todo lo contrario, los mismos quedaban “*en estudio*”, pero con la particularidad que la AFIP no emitía pronunciamiento alguno pese al transcurso de los días, quedando el pedido sin resolverse (Diario La Nación, Publicaciones del 15, 16, 19 y 20 de Junio y 03 de Julio del 2012, fuentes: <http://www.lanacion.com.ar/1482313-la-afip-elimino-la-opcion-de-comprar-dolares-para-ahorro>; <http://www.lanacion.com.ar/1482471-la-afip-puso-otro-obstaculo>; <http://www.lanacion.com.ar/1483357-cepo-al-dolar-la-afip-ahora-vuelve-a-permitir-la-opcion-de-ahorro-de-la-divisa>; <http://www.lanacion.com.ar/1483528-la-afip-ahora-deja-anotarse-para-comprar-divisas>; <http://www.lanacion.com.ar/1487320-cepo-al-dolar-la-afip-no-aprueba-los-pedidos-de-ahorro-de-la-divisa>).

USO OFICIAL

Todo este intrincado marco normativo, en ese momento, implicó en los hechos una *prohibición arbitraria, discriminatoria y discrecional a la compra de divisas o billetes extranjeros*. Constituyendo una burla a los derechos de los habitantes de nuestro país.-

Arbitraria, por que no existía una norma jurídica en sentido material o formal, emitida por la autoridad competente en la materia, que establezca una expresa prohibición en ese sentido, violándose manifiestamente el art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto nadie puede ser obligado hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ley no prohíbe.-

Discriminatoria, en cuanto frente a situaciones prima facie iguales, como sería la de cualquier habitante de la República Argentina que intenta adquirir moneda extranjera, la legislación que estableció las restricciones al mercado cambiario hacia distinciones sin fundamentos fácticos ni legales alguno, según se tratase de adquirir una casa, un auto, una embarcación, maquinaria, viajar o simplemente ahorro, entre muchos otros. Ello, en franca contraposición al derecho de igualdad consagrado en el art. 16 de ley fundamental.-

Y discrecional, porque el mayor inconveniente de este régimen de “*inconsistencias*” fue que en la práctica el contribuyente nunca sabía cuáles eran los motivos exactos por los cuales la AFIP lo consideraba sin suficiente capacidad económica para celebrar la operatoria de compra de divisas. Es decir, que el interesado debía conformarse con una simple leyenda que aparecía en el sistema informático implementado

por la AFIP, sin recibir ningún otro tipo de información al respecto y en franca violación a su derecho de defensa.-

Más aun, cuando la legislación creadora del “Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias” no consagra ningún tipo de parámetro a tener en cuenta o a respetar por parte del Organismo, para emitir su pronunciamiento, validando o no la operación. Limitándose solamente a indicar de manera genérica que se valdrá de la información existente en sus bases de datos. Cuya conformación, obviamente tampoco es conocida por los interesados.-

Y es justamente en este ámbito de la actividad administrativa, donde la motivación se hace más necesaria, ya que el carácter discrecional de las facultades involucradas no puede constituir un justificativo de la conducta arbitraria, puesto que es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicha exigencia (*Fallos 305:1489; 306:126*).-

Dentro de ese orden de ideas, tampoco debemos olvidar que el control que ejerce la AFIP es siempre *ex post* y no *ex ante*.-

Luego de ese arduo recorrido normativo, a principios del mes de Julio el Banco Central de la República Argentina volvió a dictar otra importante y nueva normativa en materia cambiaria, más precisamente la Comunicación “A” 5318 (levemente modificada por la reciente Comunicación “A” 5330), a fin de seguir delimitando la legislación cambiaria en materia de egresos de divisas y la compra de moneda extranjera para la aplicación a destinos específicos.-

De esa forma, dispuso expresamente la suspensión de la vigencia de las normas contenidas en el punto 4.2. del anexo a la Comunicación “A” 5236, que regulaban el acceso al mercado local de cambios para la formación de activos externos de residentes, sin la obligación de una aplicación posterior específica. En otras palabras, suspendió la compra de divisas extranjeras para atesoramiento personal. Y especificó, que las personas físicas podrán hasta el 31 de Octubre de 2012 inclusive, acceder al mercado local de cambios para la compra de billetes en moneda extranjera por los montos correspondientes a créditos hipotecarios que no sean de corto plazo, para la compra de vivienda y que estén preacordados a la fecha de emisión de la presente por las entidades financieras locales, y en la medida que los fondos adquiridos sean aplicados en forma simultánea al pago de la compra de vivienda.-

Dicha suspensión, también se encuentra teñida de arbitrariedad en tanto suspende *sine die* la compra de divisas para atesoramiento personal, sin especificar plazo de duración alguno, ni posibilidad de prórroga, estableciendo en consecuencia, en los hechos, una prohibición encubierta que atenta contra el art. 19 de la CN. Ello, sin perjuicio que el Banco Central tiene facultades y competencias para subsanar, modificar o completar la deficiente normativa.-

No expidiéndome en este caso por no ser parte del *thema decidendum* la cuestión relativa a la legalidad de la actuación del BCRA, en cuanto sí la delegación de facultades propias del Poder Legislativo recae sobre el mismo en forma directa o deber ser a través del PEN.-

Cabe agregar, que el 03 de Agosto la AFIP ha dictado la Resolución General N° 3356 que, sin perjuicio que recién entra en vigencia el 13 de Agosto del corriente, resulta oportuno referenciarla ya que deviene otra muestra de las sucesivas modificaciones que diariamente sufre la materia, pero siempre bajo la misma premisa, es decir, manteniendo una regulación sumamente vaga y ambigua que a la postre se constituye en una herramienta más de la Administración, para continuar actuando en forma discrecional y contraria a derecho.-

La Corte ha dicho que: “...*Cuando las disposiciones de una ley, decreto u ordenanza resulten claramente violatorias de alguno de los mencionados derechos, “la existencia de reglamentación no puede constituir obstáculo para que se restablezcan de inmediato a la persona en el goce de la garantía fundamental vulnerada, porque de otro modo bastaría que la autoridad recurriera al procedimiento de proceder su acto u omisión arbitrarios de una norma previa –por mas inconstitucional que éste fuese- para frustrar la posibilidad de obtener en sede judicial una oportuna restitución en el ejercicio del derecho esencial conculcado...Esta doctrina, corresponde subrayarlo muy especialmente, ha sido enunciada por el Tribunal con un inequívoco sustento constitucional, no obstante que haya encontrado motivo en la interpretación y aplicación de la ley 16.986. En efecto, el amparo procura una protección expeditiva y rápida “que emana directamente de la Constitución” (Conf. “Kot”, Fallos: 241:291, 298), por manera que no podría recibir, por vía reglamentaria, un límite que destruyera la esencia mismo 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...” (CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ Provincia de Salta – Ministerio de Empleo y la Producción s/ Amparo”, 30.09.08, C.2124. XLI).-*

IV) En el caso que nos ocupa, los amparistas pretenden obtener autorización a los fines de poder adquirir un inmueble sito en Sierra de los Padres valuado en la suma de U\$S 86.000, contando a tal fin con ahorros personales, un crédito hipotecario para vivienda pre-acordado denominado “*Nación Casa Propia*” del Banco de la Nación Argentina por la suma de \$ 310.000 (con fecha de acuerdo del 22 de Mayo del 2012 y que en original luce glosado a fs. 2) y con la suma de \$ 18.400 producto de un préstamo personal otorgado por Telefónica Móviles Argentina S.A. a uno de ellos y cuyo contrato también se encuentra anexado a las presentes actuaciones (ver fs.10/11).-

Quedando fehacientemente demostrado en autos, que a tales efectos, los accionantes instaron los carriles legales previstos en la normativa cambiaria referenciada “ut supra”-

Así, a fs. 3 y 4 tenemos impresiones de la página web oficial de la AFIP, de distintas fechas (30/05/12 y 05/06/12) donde surge la calificación de “INCONSISTENTES” de ambos actores, por presentar insuficiente capacidad económica para realizar la operación cambiaria ingresada, pese haber intentado con montos irrisorios de U\$S 500 y U\$S 1000 respectivamente.-

Asimismo, a fs. 5 obra copia de la presentación de la correspondiente Multinota ante la Administración Federal de Ingresos Públicos, con fecha de recepción 07 de Junio del 2012, donde se explica detalladamente el origen de la totalidad de los fondos y el motivo del pedido de autorización, adjuntándose copia de los recibos de sueldo, del pre-acuerdo del mutuo hipotecario y del mutuo personal.-

Sin embargo, a la fecha de este decisorio y habiendo transcurrido más de dos meses desde el pedido de autorización, no surge de las presentes actuaciones ni de los dichos vertidos por la propia AFIP a lo largo de la litis (ver informe circunstanciado de fs. 30/56 y hecho nuevo denunciado a fs. 79/82), que los accionantes hayan recibido una respuesta fundada a su reclamo. Muy por el contrario su pedido nunca fue contestado en sede administrativa y en autos solamente existen enunciaciones genéricas que no abordan en lo absoluto y conforme a derecho la situación particular de los accionantes. Configurándose claramente una vía de hecho de la Administración que la magistratura no puede avalar.-

El hecho administrativo en sí es una actividad neutra, no es en principio legítima ni ilegítima, a menos que se trate de “vías de hechos administrativas” que comporten un obrar manifiestamente prohibido y lesivo al orden jurídico. En el cumplimiento de las actividades propias de la función administrativa, también se presentan este tipo de acontecimientos. Pero en este caso a la prescindencia del procedimiento legal en dicha actuaciones se le suma una lesión a los derechos constitucionalmente garantizados. Ese desapego al orden jurídico administrativo se puede originar en la inobservancia del procedimiento para ejecutar el acto que le daría sustento o por la carencia de tal acto, de modo que falta el elemento que asegure que la actividad administrativa ha tenido oportunidad de ajustarse a derecho. Debe provocar, o tener la virtualidad de hacerlo, un agravio a los derechos individuales, en todo su espectro, teniendo en cuenta la amplitud de la protección que le dispensa la Constitución (arts. 14, 16, 18, 19, 33, 36, 42, 75 inc. 22) (*Conf. Dromi Roberto, Derecho Administrativo, 9 Edición Actualizada, 2001*).-

Nótese que nos encontramos ante un supuesto de adquisición de divisas extranjeras para la compraventa de un inmueble destinado a vivienda y cuya autorización fue denegada bajo el único fundamento de “INCONSISTENTE”. Negativa que fue emitida por el Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias y que ni siquiera cumple con los requisitos propios de un acto administrativo.-

Un acto administrativo para ser considerado tal, debe satisfacer los requisitos esenciales previstos por la ley 19.549, a saber: a) dictado por autoridad competente; b) sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el

derecho aplicable; c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible; d) cumplir con los procedimientos esenciales y sustanciales previstos al efecto; e) **deberá ser motivado**; f) cumplir con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados (art. 7).-

Además, debe ser escrito y contener la firma de la autoridad que lo emite, solo excepcionalmente podrá utilizarse una forma distinta (art. 8 ley 19.549).-

Consecuentemente, al no existir un acto administrativo propiamente dicho en los términos de la 19.549, no resiste mayor análisis la defensa de previo agotamiento de la vía administrativa planteada por la AFIP. Aunque, en el sub examine, los actores instaron la misma con la presentación de la correspondiente multinota, sin obtener respuesta alguna a su reclamo.-

De lo expuesto, vemos que se han configurado vías de hecho de la Administración, quien no solo omitió dictar un acto debidamente fundado violándose los derechos de los administrados, sino que también con su actuar le está vedando a los amparistas en forma arbitraria el acceso al mercado cambiario a los fines de adquirir una vivienda digna, futuro asiento de su hogar.-

El acceso a la vivienda digna constituye un derecho consagrado constitucionalmente en el art. 14 bis. A su vez, resulta una obligación para el Estado Nacional, quien por imperio del inc. 19 del art. 75 de la CN debe diseñar políticas públicas para garantizar su acceso, proveyendo lo conducente para el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social. No pudiéndose restringir o menoscabar su acceso.-

Entiendo que se evidencia en autos un obrar por demás arbitrario de la Administración, quien valiéndose de diversos artilugios, en los hechos, impide que los amparistas puedan gozar plenamente de sus derechos, todo lo cual torna procedente la presente acción de amparo.-

Cuando la vía de hecho de la Administración trae aparejada la violación de un derecho constitucional, el amparo aparece como el procedimiento adecuado para restaurar el derecho conculcado. Esta afirmación se apoya no sólo en la naturaleza del derecho violado, sino también en la ilegitimidad manifiesta del proceder de la Administración, la cual puede ser determinada en el estrecho marco cognoscitivo del amparo (Conf. *Alí Joaquín Salgado – Alejandro Cesar Verdaguer, “Juicio de Amparo y Acción de Inconstitucionalidad”, Editorial Astrea*).-

V) En ese mismo orden de ideas, no caben dudas que todas estas falencias apuntadas, repercuten gravemente en el derecho de defensa del contribuyente, que como es sabido tiene raigambre constitucional (art. 18 CN). Resultando absolutamente arbitraria e ilegítima la negativa genérica que el interesado es inconsistente por carecer de capacidad económica suficiente para realizar la operación y violatoria de su derecho de defensa.-

La garantía de defensa en juicio es, desde luego, aplicable al procedimiento administrativo, dada la naturaleza profundamente axiológica y fundamental

de este principio constitucional, cuya plena vigencia es la base esencial del goce de los restantes derechos individuales. Por lo demás, este principio tiene su fundamento en el derecho natural (*Conf. Cita de Tomas Hutchinson en "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19.549", Comentada, Anotada y Concordada", Editorial Astrea*).

Asimismo, considero que también se encuentran comprometidos los derechos de los usuarios y consumidores, que gozan de la protección brindada por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional. El texto constitucional contiene una referencia específica a los mismos, consagrando la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno, e imponiendo a las autoridades la protección de esos derechos.

Dicho razonamiento, encuentra sustento no solo en los derechos constitucionales aludidos sino también en el principio de tutela judicial efectiva, que refuerza tal protección y resulta fundamental para la prestación de un adecuado servicio de justicia.

Y en la seguridad jurídica, que tiene su fuente en la Constitución Nacional en el art. 31 referido al orden normativo, y en el 76 de prohibición de 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 (art. 99, inc. 3). Que a su vez está asegurada por una justicia independiente (arts. 108, 109, 114, 116, 117, 99 inc 4 y 120) y por los principios de razonabilidad y racionalización. Este último, es una opción entre el bien-estar general" y "el "mal-estar común", por el acoso del reglamentarismo y del burocratismo. La eficacia de la Administración hace a la seguridad jurídica. De lo contrario, aquella se convierte en un ruinoso "máquina de impedir" solo fiel al "código del fracaso" que dice: no se puede; en caso de duda, abstenerse; si es urgente, esperar; siempre es más prudente no hacer nada. Hoy es un "reto al rito" dar batalla por la eficacia del Estado (*Conf. Dromi Roberto, en obra citada*).

Por todos los fundamentos vertidos, corresponde hacer lugar a la presente acción de amparo, declarando en este caso en particular la inaplicabilidad de las restricciones a las operaciones cambiarias, sin perjuicio de los controles fiscales en la materia.

Consecuentemente, la demandada deberá otorgar inmediatamente la correspondiente autorización para la adquisición de las sumas necesarias, de la divisa extranjera, para la adquisición del inmueble objeto de autos, ello siempre y cuando se encuentre regularizada la situación fiscal de los amparistas. En caso de no ser así, deberá emitir resolución debidamente fundada y conforme a derecho en ese sentido, en tiempo real o en el término de un (1) día hábil si la complejidad del caso así lo exigiere, explicitando los motivos de su pronunciamiento y los parámetros empleados. Bajo apercibimiento de pasar los antecedentes a la justicia penal en caso de desobediencia.

## *Poder Judicial de la Nación*

Sin perjuicio de ello, en cumplimiento de la obligación legal que pesa sobre todo magistrado, deberá remitirse copia certificada de los autos de marras a sede penal federal, con motivo de la posible comisión de delitos que surgieren de las presentes actuaciones, tales como abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público. A tal efecto por Secretaria deberán extraerse las fotocopias pertinentes debidamente certificadas, librándose el respectivo oficio a los fines ordenados.-

VI) Como colofón de lo expuesto, estimo menester destacar que recientemente la Administración ha dado una nueva muestra de las reiteradas vías de hecho en las que está incurriendo en materia de restricciones cambiarias. Ya que desde el 31 de Julio del corriente, en los casos de viajes al exterior por turismo, trabajo, actividades académicas, etc, a través de acciones ilegítimas y arbitrarias volvió a cercenar los derechos de los ciudadanos que tenían validada la adquisición de divisas por el monto discrecional que fijaba el organismo, negando simultáneamente a través de las entidades financieras o cambiarias la aplicación de su propia autorización, circunstancia de público y notorio conocimiento, conforme registros periodísticos de esas fechas, radiales, televisivos, gráficos, etc. Donde se recogieron diversos testimonios de las personas que padecieron esas circunstancias y que fueron identificados con nombre y apellido. Constituyendo dicha práctica una conducta impresa de cinismo, impropio de la actuación estatal y que se encuentra fehacientemente acreditado con las pruebas aludidas. Todo ello sin norma jurídica alguna que lo permita y más aún, sin brindar ningún tipo de explicación o información pública, advirtiendo a los ciudadanos afectados por esta práctica dual e irrazonable del organismo, rayana en la mala praxis gubernativa o administrativa, hechos que en ningún momento fueron desmentidos por la AFIP.-

VII) En cuanto al orden de las costas, no caben dudas que las mismas deberán ser soportadas por la demandada, toda vez que la misma formo parte activa y determinantemente de este proceso arbitrario, ya sea dictando normas sobre la materia o implementando las directrices brindadas por el BCRA. Y a través de las vías de hecho referenciadas precedentemente, dio motivo a la interposición de la presente acción de amparo.-

Por todo ello, con fundamento en la legislación, doctrina y jurisprudencia indicada, es que, **FALLO:**

I) HACER LUGAR A LA ACCION DE AMPARO INSTAURADA POR E. A. A. y M. L. B., CONTRA LA ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (AFIP).-

II) DECLARAR PARA ESTE CASO EN PARTICULAR, LA INAPLICABILIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LAS OPERACIONES CAMBIARIAS, SIN PERJUICIO DE LOS CONTROLES FISCALES EN LA MATERIA.-

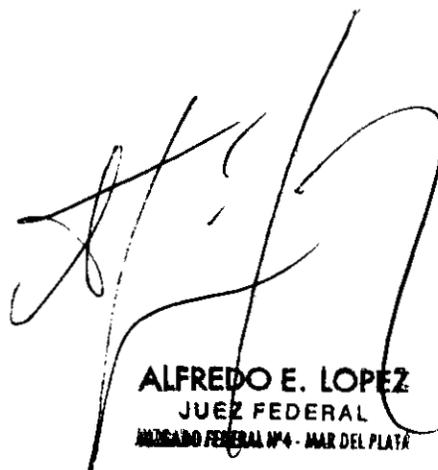
III) ORDENAR A LA DEMANDADA QUE OTORGUE INMEDIATAMENTE LA CORRESPONDIENTE AUTORIZACION PARA LA

ADQUISICION DE LAS SUMAS NECESARIAS, DE LA DIVISA EXTRANJERA, PARA LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE OBJETO DE AUTOS, ELLO SIEMPRE Y CUANDO SE ENCUENTRE REGULARIZADA LA SITUACION FISCAL DE LOS AMPARISTAS. EN CASO DE NO SER ASI, DEBERA EMITIR RESOLUCION DEBIDAMENTE FUNDADA Y CONFORME A DERECHO EN ESE SENTIDO, EN TIEMPO REAL O EN EL TERMINO DE UN (1) DIA HABIL SI LA COMPLEJIDAD DEL CASO ASI LO EXIGIERE, EXPLICITANDO LOS MOTIVOS DE SU PRONUNCIAMIENTO Y LOS PARAMETROS EMPLEADOS.-

IV) REMITIR COPIA CERTIFICADA DE LOS AUTOS DE MARRAS A SEDE PENAL FEDERAL, CONFORME CONSIDERANDO VI). A TALES EFECTOS, EXTRAIGANSE POR SECRETARIA LAS COPIAS PERTINENTES Y LIBRESE OFICIO DE ESTILO

V) IMPONER LAS COSTAS A LA DEMANDADA (art. 68 CPCCN)-

VI) **REGISTRESE, NOTIFIQUESE POR SECRETARIA -con  
habilitación de días y horas inhábiles- y OPORTUNAMENTE ARCHIVASE.-**



ALFREDO E. LOPEZ  
JUEZ FEDERAL  
JUDICADO FEDERAL Nº4 - MAR DEL PLATA

En fecha \_\_\_\_\_ se libraron dos cédulas de conformidad a lo  
ordenado precedentemente. CONSTE.-