

# *Poder Judicial de la Nación*

Expte. N°:106359/2012

## **SENTENCIA INTERLOCUTORIA N° 85567 JFSS 2 SALA II**

En la ciudad de Buenos Aires, 12 de marzo de 2015 reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Cámara Federal de la Seguridad Social para dictar sentencia en estos autos: “CICCONETTI ALBERTO C/PODER EJECUTIVO NACIONAL Y OTRO S/AMPAROS Y SUMARISIMOS”; se procede a votar en el siguiente orden:

### **EL DOCTOR LUIS RENE HERRERO DIJO:**

Para resolver los recursos de apelación interpuestos por el Banco Central de la República Argentina a fs. 53/59 y por la Administración Federal de Ingresos Públicos – Dirección General Impositiva a fs. 77/85 contra la resolución de fs. 28/29 de fecha 28/12/12, que hizo lugar a una medida cautelar solicitada por el actor en la demanda.

A fs. 67 la señora jueza subrogante concede el recurso de apelación interpuesto por el Banco Central con efecto “suspensivo” y a fs. 92 el señor juez titular hace lo propio con el recurso interpuesto por la Administración Federal de Ingresos Públicos.

El señor juez a-quo hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por el actor en su demanda y ordenó “suspender los efectos de las Comunicaciones “A” N°5.236, 5.264, 5.318 y 5.330 del Banco Central de la República Argentina y la Resolución N° 3.356/2012 de la AFIP, a fin de que el actor perciba su jubilación italiana en la moneda de origen (EURO), debiendo las demandadas (Poder Ejecutivo Nacional y Banco Central de la República Argentina) abstenerse de aplicar las mismas durante el trámite de la presente acción de amparo.”

Ahora bien, el actor promovió su demanda de amparo “... en defensa de los derechos constitucionales y legales propios, frente a la intempestiva pesificación obligatoria de dichos haberes, solicitando se ordene la habilitación plena de dichos derechos para recibir en la moneda de origen (EURO) los montos que le son enviados [desde la República de Italia].”

Afirma el juez de grado que la finalidad de la medida cautelar peticionada es asegurar provisoriamente el cumplimiento de la sentencia definitiva y evitar un perjuicio irreparable al derecho que se pretende asegurar, considerando que “... la tutela cautelar integra la garantía de la tutela judicial efectiva, conforme lo establecen los arts. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.”

## *Poder Judicial de la Nación*

Asimismo, el señor magistrado estima acreditados los presupuestos del “peligro en la demora” por el carácter alimentario y urgente de la pretensión previsional incoada en la demanda, y el de la “verosimilitud del derecho” en virtud de lo normado por en el art. 11 inc. 2° de la ley 22.861, que aprobó el Convenio de Seguridad Social y el Protocolo Adicional, suscripto por la República Argentina y la República de Italia, especialmente en la parte que dispone que “el titular de una jubilación, pensión o renta debida en virtud de la legislación de uno solo de los Estados Contratantes, como también sus familiares, que residan o habiten en el territorio del otro Estado, tienen derecho a recibir las prestaciones en especie de la institución de este último Estado” ( v. fs. 28 vta.).

El Banco Central de la República Argentina se agravia por lo siguiente:

a) La acción del actor está prescripta, pues la Comunicación “C” 35372 del Banco Central que regula la operatoria que pretende realizar el actor, data del 26 de junio de 2002 y éste jamás la impugnó. Esta Comunicación es la que dispone que todas las transferencias que ingresen del exterior serán “pesificadas” (la AFIP piensa lo contrario: fs. 81 vta.), es decir, jubilaciones, divisas provenientes de exportaciones de bienes y servicios, rentas e inversiones directas, deudas financieras, etc. Las disposiciones “A” que el actor impugna sólo prohíben la compra de divisas con fines de atesoramiento.

b) No existe peligro en la demora: “teniendo en cuenta la coyuntura actual definida por las restricciones al acceso al Mercado Único Libre de Cambios y las circunstancias que motivaron la promulgación de las normas impugnadas –concluye el apelante- no aparece justificada la excepción que el sentenciante otorgó a la actora cautelarmente. Y menos aún se justifica la decisión, atendiendo a la proyección de la medida cautelar hasta tanto dure el proceso, período en el cual necesariamente, deberá subsistir y cubrir sus necesidades alimentarias básicas en pesos, lo que constituye el ejercicio de su derecho a gozar de los beneficios de la seguridad social.”

c) La decisión del a-quo es arbitraria, al omitir aplicar el derecho vigente y sustituirlo por su propio criterio, como también porque no existen razones de interés público que justifique el dictado de una medida cautelar como la de autos, y porque lo decidido “importa un anticipo de jurisdicción ya que coincide con el fondo de la cuestión en debate. Es –concluye- una sentencia anticipada.”.

d) El apelante omitió referirse al Convenio de Seguridad Social suscripto entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República de Italia, ni a la ley 22.861 que lo ratificó expresamente, en los cuales el a-quo fundó su decisorio.

## *Poder Judicial de la Nación*

La Administración Federal de Ingresos Públicos, a su vez, se agravia por lo siguiente:

a) El fuero de la seguridad social es incompetente para conocer de estas actuaciones que versan sobre operaciones cambiarias y capacidad tributaria de los contribuyentes, materia que compete al fuero contencioso-administrativo federal.

b) La Resolución General de la AFIP N° 3356/12 impugnada por la actora, sólo tenía por objeto la validación de la compra de moneda extranjera para efectuar viajes al exterior y no la aprobación de la compra de moneda extranjera que ha ingresado al país proveniente del exterior en concepto de jubilaciones, como ocurre en autos; procura el establecimiento de un sistema de información tendiente a optimizar el control fiscal y contribuir a la lucha contra el lavado de dinero.

Esta resolución –agrega- no prohíbe a la actora acceder a su beneficio jubilatorio, sino que tan solo convierte el mismo en moneda nacional (contradice al BCRA: v. fs. 53 vta.)

c) No existe “verosimilitud del derecho” ni “peligro en la demora”. En cuanto al primer presupuesto, cuestiona la falta de fundamento de la decisión (“... cabe señalar –dice el juez- que la normativa citada y la documentación acompañada, acreditan la verosimilitud del derecho invocado.”), y la confusión en la que incurre al confundir el derecho del actor a percibir su jubilación y el derecho a percibirlo en EUROS.

En cuanto al segundo de los presupuestos señalados, afirma que tampoco se encuentra acreditado, pues el peligro en la demora exige demostrar la posibilidad de un daño irreparable, no cualquier daño.

### I. Medidas cautelares. Alcance

Se trata en el presente caso de una medida cautelar cuyo objeto procura –como es por todos sabido- el aseguramiento de un derecho en riesgo de sufrir un daño grave durante el transcurso del proceso, no el anticipo favorable de la jurisdicción o de la sentencia definitiva, la cual consiste – como lo estatuye la ley procesal- en: “La decisión expresa positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley , declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte”, eventualidad jurídica que no se cristaliza en ninguna medida cautelar

Muy lejos el fondal derrotero de la sentencia, del austero y ritual contenido y extensión de cualquier providencia cautelar.

## Poder Judicial de la Nación

Se echa de ver con claridad los diferentes objetos que distinguen a sendas decisiones judiciales (una procura asegurar el derecho en riesgo –como se señaló- mientras que la otra lo declara, condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, según el caso). Representa una contradicción lógica y jurídica, por lo mismo, sostener que en algunos supuestos suele confundirse el objeto específicos de la demanda –o de su correlato sentencial- con el de la providencia cautelar.

Con fundamento en este error hermenéutico, se rechazan en las acciones de amparo contra actos u omisiones presuntamente arbitrarios o ilegales de la autoridad pública o de un particular, medidas cautelares que persiguen el aseguramiento de derechos humanos o garantías constitucionales y convencionales en riesgo de sufrir un daño irreparable, tutelados por la Constitución Nacional, un Tratado o un ley (C.N. art. 43).

El maestro Roland Arazi señaló en un reciente artículo de doctrina titulado “Procesos Urgentes”, publicado en el blog de la Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI) que preside, lo siguiente<sup>1</sup>: “Es necesario terminar con la errónea interpretación [que obviamente conduce a una decisión desestimatoria] según la cual el objeto de la medida cautelar no puede identificarse con el objeto del proceso al cual accede.”<sup>2</sup>

Esta exégesis es la única que se ajusta al requerimiento legal de acreditar la “verosimilitud del derecho” que se invoca en la demanda (“fumu boni iuris”), para la procedencia de cualquier medida cautelar (aunque en algunas –cuando se trata de derechos alimentarios, guarda e internación de personas, entre otros casos- sólo basta la demostración de la situación de peligro o de daño inminente sobre estos últimos<sup>3</sup>), pues si mediante estas medidas provisionales e instrumentales se pudiera obtener un “anticipo de sentencia o de jurisdicción favorable” –como se predica<sup>4</sup>- ya no sería suficiente por exigencia constitucional<sup>5</sup> y bajo pena de nulidad<sup>6</sup>, la mera “verosimilitud del

---

<sup>1</sup> Durante largos años hemos sostenido en soledad que cuando el juez concede el goce provisorio de un derecho por vía cautelar para evitar su menoscabo irreparable [prótesis, prestación dineraria, cobertura de salud, disponibilidad de un depósito bancario –“corralito dixit”- etc.] no anticipa la jurisdicción a través de una “sentencia anticipatoria”, ni se pronuncia sobre el objeto demandado, como se predica, sino simplemente lo “asegura” de una manera distinta a las usuales (p. ej. el embargo, inhibición general de bienes, no innovar, prohibición de contratar, etc.). Ergo, una cosa es “asegurar” un derecho mediante una mera decisión cautelar y otra muy distinta “condenar” o “absolver” a través de una sentencia de mérito o definitiva.

<sup>2</sup> v. <http://fundesiblog.blogspot.com.car>, publicado el 01/08/2014. Cabe la posibilidad que el Dr. Arazi considere viable la confusión de objetos entre la petición cautelar y la demanda –lo cual nosotros rechazamos- pero si ello fuese así, la cuestión quedaría reducida a una nimia discordancia terminológica y no sustancial o de fondo, pues lo que realmente importa en estos supuestos específicos –que muchos denominan “anticipos de jurisdicción favorable”- es que el citado maestro considera que el aseguramiento del derecho que se procura reviste naturaleza meramente cautelar, objetando por errónea la interpretación que sostiene –como lo señala en el texto anotado- que “... el objeto de la medida cautelar no puede identificarse con el objeto del proceso principal”, (obviamente para desestimarla)

<sup>3</sup> Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente- Ed. Rubinzal Culzoni, t. 5° pág. 38

<sup>4</sup> CSJN, “Camacho Acosta, Máximo c/ Grafi Graf S.R.L. y otro”, sentencia del 07/08/97, Fallos: 320-1633

<sup>5</sup> C.N. art. 17: “La propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de *sentencia* fundada en ley.”

<sup>6</sup> C.P.C.C.N. art. 34 inc. 4

## *Poder Judicial de la Nación*

derecho” del peticionario y la consecuente comprobación por parte del juez de este presupuesto (CPCCN, art. 35 inc. 4°), para la exacta determinación y calificación jurídica de las pretensiones del actor y demandado conforme a la ley y a las pruebas de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos en que se fundan (v. CPCCN, art. 163 inc. 6).<sup>7</sup> Ergo, para materializar una declaración de de esta envergadura, se requeriría transitar íntegramente un proceso judicial.

Por tal orden de razones, apunta Lino E. Palacio que “... la fundabilidad de la petición que constituye el objeto del proceso cautelar, no puede depender de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un conocimiento periférico o superficial encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido en dicho proceso.”<sup>8</sup>

Es que el carácter instrumental que ostenta cualquier medida cautelar, obliga al juez a escrutar –como señala Palacio- la probabilidad de éxito de la pretensión principal; es lo que Calamandrei denomina “instrumentalidad hipotética”, la cual presupone –según el jurista florentino- “un cálculo de probabilidades que formula el juez acerca del contenido de la sentencia definitiva, procurando asegurar la eficacia práctica de la misma, en la hipótesis que esta tenga un contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles.”<sup>9</sup>

Este juicio de probabilidad o hipotético sobre el contenido de la sentencia definitiva, por lo demás, opera también sobre el derecho subjetivo que invoca el peticionario de la medida; juicio que subsistirá –como lo destaca el citado autor- hasta la sentencia, porque: “El día que la existencia del derecho no sea ya una hipótesis –concluye- sino una certeza jurídica, la providencia cautelar habrá agotado su cometido.”<sup>10</sup>

De ello se infiere que cualquier objeción contra este proceder del juez no se ajustaría a derecho, ni respondería a la esencia de la tutela cautelar, pues como bien señala Francesco Carnelutti: “La tutela cautelar [además de su “instrumentalidad hipotética” con relación a la sentencia definitiva y al derecho subjetivo invocado por el cautelante en la demanda] tiene la función de dar a la litis una sistematización de hecho, en cuanto relación provisorio constituida por

---

<sup>7</sup> Germán J. Bidart Campos al respecto señala lo siguiente: “El derecho a la jurisdicción no consiste solamente ni se agota con el mero acceso al órgano judicial, sino que requiere, además, que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo meollo radica en el derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante la *sentencia, que debe ser oportuna en el tiempo, debidamente fundada y justa.*”, v. Manual de la Constitución Reformada, Ed. EDIAR, 1997, t. II pág. 289

<sup>8</sup> Lino E. Palacio, Derecho Procesal, Ed. Abeledo Perrot, t. VIII, pág. 32

<sup>9</sup> Piero Calamandrei, “Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares”, Ed. El Foro –Serie Clásicos del Proceso Civil- Buenos Aires, 1966, pág. 76 nota n° 4

<sup>10</sup> Piero Calamandrei, ob. cit. pág. 78

## Poder Judicial de la Nación

ella en previsión de su coincidencia con la relación sustancial, cuya certeza todavía no está declarada.”<sup>11</sup>

Esta construcción teórica conjetural previa al despacho de cualquier medida cautelar, no apunta a concretar un anticipo de jurisdicción favorable -o de la sentencia definitiva- como se predica habitualmente, sino a legitimar su admisibilidad y procedencia.

Corresponde, pues, analizar en esta instancia de alzada si el derecho subjetivo invocado por el actor en la demanda de amparo podría eventualmente tener acogida favorable en la sentencia definitiva (“instrumentalidad hipotética”), y si se tipificaría en autos los presupuestos exigidos para la procedencia de la medida cautelar.

### II. Agravios del Banco Central:

Con relación a los agravios vertidos por el Banco Central de la República Argentina, se advierte una grave falencia técnica que tornaría legítima la decisión de declarar desierto el recurso impetrado por esta parte.

En efecto, como se señaló precedentemente, el quejoso omitió referirse al fundamento jurídico sustancial que utilizó el juez a-quo para declarar admisible la medida cautelar solicitada en la demanda, esto es, la ley 22.861 que en su art. 11 inc. 2º, aprobó el Convenio de Seguridad Social y el Protocolo Adicional, suscriptos por la República Argentina y la República de Italia, en el cual el actor fundó su demanda y la petición cautelar.

Dicha omisión no sólo importa incumplir la carga procesal que le impone al quejoso los art.s. 265 y 266 del C.P.C.C.N., sino también consentir implícitamente los fundamentos medulares del decisorio apelado (“*Nemo auditur propiam turpitudinem alegans*”).

El maestro Lino E. Palacio – máximo procesalista argentino- puntualiza que las citadas normas adjetivas –reiteradas en los códigos procesales de cuatro provincias argentinas- “ ... exigen señalar las motivaciones esenciales de la sentencia apelada que no fueron eficazmente rebatidas por el apelante, reafirmando el requisito de fundamentación que deben reunir las sentencias definitivas e interlocutorias.”<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Francesco Carnelutti, Lezioni, II, pág. 86

<sup>12</sup> Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente- Ed. Rubinzal Culzoni, t. VI pág. 406

## *Poder Judicial de la Nación*

Sin perjuicio de esta grave falencia técnica, como se señalara, y en mérito a la evidente trascendencia pública y social que reviste el presente caso, propongo analizar el recurso de apelación deducido por la codemandada Banco Central de la República Argentina.

Cuatro agravios –como se puntualizó precedentemente- esgrime el organismo rector del sistema financiero argentino y responsable de la política monetaria del país:

a) la pretensión del actor estaría prescripta

b) no existiría peligro en la demora si se para mientes en la coyuntura actual definida por las restricciones al acceso al Mercado Único Libre de Cambios y la proyección de la medida cautelar mientras dure el proceso, período en el cual el actor deberá subsistir y cubrir sus necesidades alimentarias básicas en pesos ;

c) el decisorio en crisis es arbitrario, no existirían razones de interés público que justificaran la medida cautelar; y

d) porque lo decidido “importaría un anticipo de jurisdicción ya que coincidiría con el fondo de la cuestión en debate. Sería –en opinión del quejoso- una sentencia anticipada.”.

En cuanto a la presunta prescripción de la acción deducida por el actor en estos autos, el quejoso afirma que la Comunicación “C” 35372 del Banco Central de la República Argentina (que prohíbe la compra de moneda extranjera en el país) y que regula la operatoria que pretende realizar el actor, que no impugno en su demanda, data del 26 de junio de 2002. Esta Comunicación es la que dispuso –según el quejoso- que todas las transferencias que ingresen del exterior serán “pesificadas”.

El actor en la demanda sostiene –lo cual tampoco fue desmentido por el apelante en su memorial de agravios- que hasta el mes de julio de 2012 los beneficiarios de jubilaciones italianas cobraban la cantidad de EUROS que les remitían desde esta país sin sufrir conversión cambiaria alguna; a partir del mes de agosto de ese año dejaron de percibir en la moneda de origen y se vieron afectados por una “pesificación” forzosa.

Ahora bien, mediante la Comunicación A-5318 del 05/07/12, el Banco Central de la República Argentina suspendió la vigencia del art. 4.2 de la Comunicación A 5198 del 04/04/11 que autorizaba comprar divisas a las personas físicas residentes en el país. Hasta ese momento las jubilaciones y pensiones otorgadas y sufragadas por países extranjeros –según el actor- también estaban exceptuadas del “Programa de Consultas de operaciones Cambiarias” para su “validación”

## *Poder Judicial de la Nación*

o rechazo por “inconsistencia”, implementado por la AFIP a través de la Resolución General N° 3210/2011 (v. excepciones del art. 2.e.).

Es decir –según el actor y no desmentido por el quejoso- hasta el dictado de la Comunicación A-5318 los beneficiarios de estas prestaciones provenientes de países extranjeros, no sólo las percibían en la moneda de origen (en el caso en EUROS), sino que también sus titulares tenían libre acceso a la compra de divisas en el mercado cambiario, si así lo deseaban.

Esta concreta restricción contra la cual se agravió el accionante en la demanda, tendría su origen –como se acaba de ver- en la comunicación del Banco Central “A” -5318 del 05/07/12 y no en la comunicación “C” -35372 del 26/06/02, como lo sostiene el quejoso, por lo que la acción deducida por aquel se hallaba expedita al tiempo de deducir la demanda.

Este agravio, pues, debe ser desestimado.

Ahora bien ¿La Comunicación A-5318 del Banco Central restringiría en forma arbitraria e ilegal los derechos previsionales del accionante al impedirle percibir su beneficio en la moneda de origen?

Los derechos previsionales del actor provendrían de una fuente convencional, estarían regulados por el Derecho Internacional Público, sus preceptos prevalecerían sobre los de cualquier norma interna que se le opusiera y, por lo tanto, una ley de derecho interno –cuanto más una norma de inferior jerarquía- sea anterior o posterior al Convenio, no podría derogarlos o restringirlos.<sup>13</sup>

La obligatoriedad de estos Convenios supranacionales sería análoga a la de cualquier Tratado Internacional, siempre que se hallaren debidamente aprobado conforme al mecanismo que establece la Constitución de cada Estado signatario.

Los derechos adquiridos por los beneficiarios de prestaciones obtenidas al cobijo de estas normas reguladas por el Derecho Internacional Público, ostentarían señalada protección convencional, al grado de vedarse la aplicación estricta del principio de territorialidad de las normas nacionales sobre Seguridad Social –especialmente con relación al pago de tales prestaciones- una vez adquirido el derecho a las mismas.

Veamos. La ley 22.861 (B.O. 26/07/83), aprobatoria del Convenio de Seguridad Social suscripto por los Gobiernos de la República Argentina e Italiana y el Protocolo Adicional al citado

---

<sup>13</sup> Biasutti, Alexandra, “Convenios Internacionales de Seguridad Social, D.T. 2011 (marzo) p. 651



## *Poder Judicial de la Nación*

Convenio, rubricado en la ciudad de Buenos Aires el 3 de noviembre de 1981, establece al respecto lo siguiente:

Artículo 5°:

“Salvo lo dispuesto en este Convenio, los trabajadores que tengan derecho a prestaciones de seguridad social por parte de uno de los Estados contratantes, LAS RECIBIRÁN INTEGRAMENTE Y SIN NINGUNA LIMITACIÓN O RESTRICCIÓN, CAUQUIERA SEA EL LUGAR DE SU RESIDENCIA”

Artículo 11:

1. “El titular de una jubilación, pensión o renta debida en virtud de la legislación de ambos Estados Contratantes, como también sus familiares, TIENEN DERECHO A RECIBIR LAS PRESTACIONES EN ESPECIE POR PARTE DE LA INSTITUCIÓN DEL ESTADO DONDE RESIDAN O HABITEN Y A CARGO DE ÉSTA”

2. “El titular de una jubilación, pensión o renta debida en virtud de la legislación de uno solo de los Estados Contratantes, como también sus familiares, que residan o habiten en el territorio del otro Estado, tienen derecho a recibir las prestaciones EN ESPECIE de la institución de este último Estado de acuerdo con la legislación que ella aplique. Las prestaciones otorgadas serán reembolsadas por la institución del estado deudor de la jubilación, pensión o renta a la institución que las ha otorgado”

A su vez, el citado Convenio internacional ratificado por esta ley nacional prescribe en su artículo 31 lo siguiente:

Artículo 31:

1. La Institución de uno de los Estados contratantes, deudora de prestaciones que corresponda abonar en el otro Estado en virtud del presente Convenio, se libera válidamente de tales obligaciones mediante el PAGO DE LA MONEDA DE SU ESTADO”

2. “Si en uno o en ambos Estados contratantes existiera más de un mercado de cambios [lo que no sucede en la República Argentina, en la cual existe un solo mercado de cambios] o se dictaran MEDIDAS RESTRICTIVAS EN MATERIA DE TRANSFERENCIA DE DIVISAS, la autoridad competente del Estado que se encontrara en alguna de esas situaciones [en nuestro país la Subsecretaría de Seguridad Social del Ministerio de Acción Social, según el art. 2° de la ley 22.861] se obliga a intervenir ante la autoridad correspondiente, a fin de que se establezca un régimen que

## *Poder Judicial de la Nación*

permita la transferencia de los haberes de las prestaciones al tipo de cambio más favorable para los beneficiarios.”

El beneficio previsional del accionante otorgado por un Estado extranjero revestiría linaje extranacional –en virtud de lo cual no sería aplicable en este caso, como se señalara, el principio de territorialidad- conforme a dicho Convenio Internacional, el cual lo reconocería en forma expresa y salvaguardaría con idéntico tenor la inalterabilidad de su goce y poder adquisitivo en el país extranjero de residencia de su titular, como asimismo inhibiría cualquier intento de este último de lesionarlo, restringirlo o vulnerarlo por conducto de normas locales o administrativa de inferior jerarquía. El principio de supremacía constitucional y convencional de yerguería en este supuesto como su clípeo protector inexpugnable frente a cualquier intento o secuela de esta índole.

Como bien señalaba el recordado maestro Germán J. Bidart Campos antes de la reforma constitucional de 1994: “El principio de supremacía se vincula con la teoría del “poder constituyente” y con la tipología de la constitución “escrita y rígida”. La constitución es establecida por un “poder constituyente”; el “poder constituido” o poder del estado no puede ni debe sublevarse contra la constitución que deriva de un poder constituyente, formalmente distinto y separado del poder constituido. Si ese poder constituyente ha creado una constitución escrita y rígida, fijando para la reforma de la misma un procedimiento distinto al de las leyes ordinarias, ha sustraído a la constitución de las competencias y formas propias de los órganos del poder constituido. Todo acto contrario a la constitución [o a cualquier Instrumento Internacional con análoga jerarquía] implica, de hecho, y por esa sola alteración, una reforma a la constitución, llevada indebidamente a cabo fuera del mecanismo que ella ha arbitrado para su enmienda. Por consiguiente –concluye el citado maestro- para salvar incólume a la constitución rígida, los actos que se le oponen deben reputarse privados de validez.”<sup>14</sup>

Pues bien, y como se anticipara recién, la ley 22.861 ratificatoria del referido Convenio Internacional establece en su artículo 5° que los trabajadores que tengan derecho a prestaciones de seguridad social por parte de uno de los Estados contratantes, “las recibirán íntegramente y sin ninguna limitación o restricción”, cualquiera sea el lugar de residencia.

A su vez, el art.11, primer párrafo, establece que titular de una jubilación, pensión o renta debida en virtud de la legislación de ambos Estados Contratantes, como también sus familiares, residan o habiten en el territorio de otro Estado, tienen derecho a recibir las prestaciones en “especie” por parte de la institución del Estado donde residan o habiten, a cargo de ésta.

---

14 Germán J. Bidart Campos, Tratado Elemental de Derecho Constitucional, Ed. EDIAR, 1989, t. I pág. 79

## *Poder Judicial de la Nación*

Y en su acápite 2° (que alcanzaría al supuesto de autos), dicha norma prescribe que el titular de una jubilación, pensión o renta debida en virtud de la legislación de uno solo de los Estados Contratantes, como también sus familiares, que residan o habiten en el territorio de otro Estado, tienen derecho a recibir las prestaciones en especie de la institución de este último Estado “de acuerdo con la legislación que ella aplique”. Las prestaciones otorgadas serán REEMBOLSADAS por la institución del estado deudor de la jubilación, pensión o renta a la institución que las ha otorgado.

Ahora bien, ¿qué naturaleza revestiría una deuda de dinero extranjero para la legislación argentina, teniendo en cuenta que el citado art. 31 de la ley 22.861 establece que “la institución de uno de los estados contratantes, deudora de prestaciones que corresponda abonar en el otro Estado en virtud de a presente Convención, se libera de tales obligaciones mediante el pago en la moneda de su Estado.”?

Sabemos que para el Código de Vélez la moneda extranjera no era dinero, sino simplemente cosas (C.C. art. 2311); por lo cual las obligaciones en moneda extranjera se cumplían pagando en moneda nacional el equivalente del valor de esas cosas; no le era aplicable el régimen de las obligaciones de dinero, sino de las obligaciones de cantidad (art. 617 antiguo). Es más, y como lo recuerda Guillermo A. Borda, se consideraban sin valor alguno las cláusulas contractuales que imponían la obligación de pagar en la misma moneda prometida, sin poder desobligarse si la pretendía pagar en pesos.<sup>15</sup>

Esto varió sustancialmente con la ley 23.928 que modificó el citado artículo 617 del Código Civil en estos términos –aún vigente–: “Si por el acto por el que se ha constituido la obligación, se hubiera estipulado dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar sumas de dinero.”

Es decir que en virtud nueva redacción de esta norma y en especial de lo normado en el art. 619, el deudor que se ha obligado a pagar en determinada moneda extranjera, sólo podría liberarse entregando esa especie prometida.<sup>16</sup>

Esta situación no ha variado hasta el día de la fecha, es más, la Comisión Redactora de la reforma al Código Civil mantuvo y profundizó la tesis nominalista de Vélez, al proponer la siguiente redacción al art. 766 (ex 619): “El deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada, tanto si la moneda tiene curso legal en la República como si no lo tiene.”

---

15 Guillermo A. Borda, Tratado de Derecho Civil –Obligaciones- Ed. La Ley, 2008, t. I pág. 398

16 Jorge J. Llambías y otros, Manual de Derecho Civil –Obligaciones- Ed. Perrot, 11° edición, Buenos Aires, 1997, p. 255

## *Poder Judicial de la Nación*

Sabemos que el proyecto del Poder Ejecutivo modificó sustancialmente esta norma, proponiendo la siguiente redacción: “... Si por el acto por el que se ha constituido la obligación se estipuló dar moneda que no sea de curso legal en la República, la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor puede liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal, de conformidad con la cotización oficial”.

También vinculado con el examen imperativo que debe practicarse sobre la verosimilitud del derecho invocado por el actor, reviste no menor importancia el hecho destacado por el vocal Jorge Ferro en los autos “Diorio, Pacual c/PEN y otro s/amparo” en un caso análogo al de autos, a saber: “Nos encontramos ante un asunto que pertenece al ámbito de la seguridad social como lo es la jubilación que goza el Sr. Diorio y el goce del beneficio que se traducía en el cobro de una suma de dinero periódica que le pagaba el gobierno de Italia, con fondos propios y en la moneda del curso legal en este país; por lo tanto –continúa el Dr. Ferro- al no afectarse las reservas monetarias de nuestro país, ni violar el régimen denominado “cepo cambiario”, ni procurar el actor el ahorro en moneda extranjera vedado en la actualidad, su pretensión de que se le abone en la misma moneda que le es solventada por el gobierno de Italia con esa finalidad específica –jubilación ordinaria- se halla protegida por diversas normas tales como la Constitución Nacional (art. 17, 14 bis) y la ley Convenio 22.862, por lo que las restricciones que impone el BCRA y la AFIP, con un valor jerárquico normativo inferior, son arbitrarias e irrazonables al pretender retener tal divisa extranjera y abonársele la jubilación patada originariamente en EUROS, en pesos argentinos ...” (CFMP, Sentencia de fecha 4 de julio de 2013).

Refuerza todavía más la verosimilitud del derecho esgrimido por el accionante en la demanda, el hecho que la Sala II de la CFMP haya decidido por mayoría en idéntico sentido en los autos “Castellano, Josefina c/ Estado Nacional y otro s/ amparo”, mediante sentencia de fecha 6 de agosto de 2013, fallo que quedó firme al haber desestimado el Alto Tribunal de la Nación el recurso extraordinario interpuesto por el Banco Central de la República Argentina, mediante decisorio de fecha 17 de diciembre de 2013.

Por las consideraciones precedentemente expuestas, considero que se halla acreditado con creces el presupuesto de la “verosimilitud del derecho” invocado por el cautelante.

Ahora bien, con relación al restante presupuesto del “peligro en la demora”, va de suyo que la del actor (77 años), y el carácter alimentario que ostenta la prestación que percibe y cuya intangibilidad e integridad resguardan la Constitución Nacional (arts. 14 bis, 16, 17, 75 inc. 23, entre otros), y diversos Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (v. Declaración

## *Poder Judicial de la Nación*

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. XVI; Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 22 y 25; Pacto Internacional de Derechos económicos, Sociales y Culturales, art. 9, 11 y 12; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 26, entre otros), acreditan con holgura el referido presupuesto cautelar.

En cuanto a los agravios esgrimidos por la codemandada Dirección General Impositiva, estimo que no pueden tener favorable recepción, al quedar alcanzados por los argumentos expuestos precedentemente, más allá que las ostensibles deficiencias técnicas que exhiben –especialmente en lo tocante a la incompetencia del fuero de la seguridad social [planteo absolutamente extemporáneo] y al presupuesto del “peligro en la demora”- lindan con la deserción del recurso.

Ergo, una interpretación razonable, sistemática y contextualizada de las normas involucradas en este caso –Convenio Internacional entre la República Argentina y la República de Italia, ley nacional aprobatoria, legislación interna del país receptor, etc.- persuade que la pesificación al tipo de cambio oficial de todas las transferencia o divisas extranjeras que ingresaran al país se operó por conducto de la Comunicación “C” N° 35372 del Banco Central de la República Argentina, de fecha 26 de junio de 2002, la cual rige hasta el día de la fecha.

Ahora bien, los destinatarios o acreedores de estas divisas o transferencias en concepto de prestaciones de la seguridad social, pago de exportaciones de bienes y servicios, rentas, inversiones directas, deudas financieras, etc., una vez pesificadas al tipo de cambio oficial, tenían la libertad de convertirlas en la moneda extranjera de su elección, hasta que se dictó la Comunicación “A” N° 5318 del 5 de julio de 2012, que suspendió la vigencia de la Comunicación “A” N° 5198 de fecha 4 de abril de 2011, que autorizaba esta libre operación cambiaria.

Al vedarse de esta suerte la libre adquisición de divisas por parte de esta comunicación del organismo rector de la política cambiaria (“cepo cambiario”), como asimismo requerirse la validación previa de cualquier operatoria de esta índole al organismo recaudador, los beneficiarios de las jubilaciones o pensiones otorgadas por los países extranjeros habrían sufrido una “restricción” o mengua de sus derechos previsionales vedada en forma expresa por el citado Convenio Internacional de Seguridad Social con la República de Italia, el Protocolo Adicional y la ley aprobatoria del mismo N° 22.861.

Por lo tanto, y mientras dure el actual proceso de amparo, debe suspenderse de inmediato la aplicación de cualquier Comunicación del Banco Central de la República Argentina y/o resolución de la Administración Federal de Ingresos Públicos, que le impida al titular de autos la percepción del beneficio otorgado por la República de Italia en la moneda de origen, conforme a la “cotización

## *Poder Judicial de la Nación*

oficial” vigente al momento de cada operatoria –o a la más favorable en el supuesto que existiera más de un tipo de cambio- sin ninguna restricción y/o validación previa o posterior por parte del organismo recaudador.

A tales efectos, deberá oficiarse con las formalidades de ley al presidente del Banco Central de la República Argentina y al titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que den cumplimiento inmediato a la presente medida cautelar.

Por lo expuesto, corresponde confirmar en todo cuanto fue materia de agravios la decisión apelada.

En consideración al irrazonable tiempo transcurrido desde que se dictó esta medida cautelar (28/12/12), a la elevada edad del actor (77 años), a la protección supranacional que ostentan sus derechos previsionales presuntamente restringidos, al carácter ejecutorio que inviste toda medida cautelar por mandato legal<sup>17</sup>, a lo normado en el art. 2º, acápite 2º y 5º, segundo párrafo, de la ley 26.854 (B.O. 30/04/13), y ley “especial” 26.153 (promulgada el 25/10/06), disponer que el señor juez de grado deberá comunicar la presente resolución mediante oficio de estilo al señor Presidente del Banco Central e la República Argentina y al señor titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que se dé cumplimiento inmediato y efectivo a la presente medida cautelar,<sup>18</sup> Con costas a la vencida.

En mérito a lo expuesto, oído que fuera el representante del Ministerio Público Fiscal, **propongo:** I) Confirmar en todo cuanto fue materia de agravios la resolución apelada; II) Comuníquese con las formalidades de ley la presente resolución al presidente del Banco Central de la República Argentina y al titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que den cumplimiento inmediato a la misma; III) Imponer las costas a los apelantes vencidos; IV) Remitir los presentes autos al juzgado de origen a los fines previstos en los arts. 198, primer párrafo, y 258, primer párrafo, del C.P.C.C.N.); Notifíquese.

### **EL DOCTOR EMILIO LISANDRO FERNÁNDEZ DIJO:**

---

17 Lino E. Palacio señala al respecto en su Tratado lo siguiente: “Las medidas cautelares no sólo se cumplen sin audiencia de la otra parte (art. 198, apartado primero del CPN), sin también sigilosamente y sin más trámite. “Las actuaciones –dispone el art. 197, apartado cuarto del CPN- permanecerán reservadas hasta tanto se ejecuten las medidas, debiendo tramitar por expediente separado ...”; y el art. 198, apartado primero (segundo párrafo), del mismo ordenamiento agrega, colocándose en la hipótesis de que la parte afectada llegue a toma conocimiento de la resolución, que “ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento.” (v. Derecho Procesal Civil –Procesos cautelares y voluntarios- Ed. Abeledo Perrot, t. VIII, pág. 71)

18 Carlos R. Tribiño, en su libro “La Corte Suprema: Competencia y Vías de Acceso” (Ed. Abeledo Perrot, pág. 459), señala al respecto lo siguiente: “Cuando se ha dictado una medida cautelar en cualquiera de las instancias previas a la Corte Suprema, ella conserva su efectividad, no obstante la interposición del recurso extraordinario, hasta tanto el Máximo Tribunal se expida sobre él”.

## *Poder Judicial de la Nación*

La República Argentina, de forma voluntaria, deliberada y conforme a sus instituciones, a partir de la vigencia de la ley 19865 (B.O. 11.01.1973) asumió la obligación internacional de no invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados).

Con posterioridad diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y con anterioridad a la reforma constitucional habida en 1994 ratificaron dicho deber, entre ellos “Ekmekdjian c/Sofovich Gerardo y Otros (E.64 XIII, 07/07/1992, T. 315 P.1492). En igual sentido, “La aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado, además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas.” (cfr. C. 572. XXIII.; Cafés La Virginia S.A. s/ apelación, 13/10/1994, T. 317, P. 1282 Corte Suprema de Justicia de la Nación).

La Constitución argentina contempla en el art. 75 inc. 22 que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.

Sobre el escenario jurídico descrito la amparista manifiesta, en su demanda, que la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora se justifican ante las vías de hecho en que incurre la República Argentina cuando desconoce las obligaciones a su cargo emergentes del convenio Social entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Italiana aprobado por la ley 22861 del 26 de julio de 1983.

Denuncia, por inconstitucionales, que el obrar antijurídico del Gobierno Argentino se apoya y ejecuta sobre la base de las disposiciones “A” 5236, 5264, 5318, 5330 y cc del Banco Central de la República Argentina. Mediante ellas, se restringe y desnaturaliza la libre disponibilidad del haber de pensión que percibe de fuente exclusiva y excluyente de la República de Italia que ésta liquida y transfiere en Euros. El perjuicio a sus intereses se perfecciona cuando, al momento del pago en territorio argentino, la autoridad de gobierno convierte el monto a pesos argentinos... De igual forma, objeta la Res. 3356 de la Administración Federal de Ingresos Públicos (t.o. 07.08.12).

El B.C.R.A. alega, en su memorial recursivo, que las normas de aplicación al caso no surgen de las Comunicaciones “A” suspendidas por el pronunciamiento en crisis, sino que la percepción en la República Argentina de una jubilación que proviene de un país extranjero se encuentra reglada por la Comunicación “C” 35.372 que dispone que todas las transferencias que ingresan del exterior son pesificadas. Sostiene que esta metodología no sólo abarca al concepto de jubilación, sino también a toda transferencia recibida del exterior la cual debe liquidarse en pesos.

## *Poder Judicial de la Nación*

Descripto el agravio que motiva la queja de los apelantes y la cita de las normas que sustentan el daño, corresponde definir el marco jurídico de aplicación para esclarecer la integridad del derecho que se alega. En ese entendimiento, ante lo dispuesto por los arts. 31 y 75 incs. 22 de la Constitución Nacional, y la obligación internacional asumida en la ley 19865, carecen de entidad jurídica para ser aplicadas al caso a resolver la serie de disposiciones dictadas por la autoridad monetaria y vacían de contenido los planteos de la demanda. Como corolario, a mi ver, se torna insustancial, vinculado al caso de autos, efectuar un análisis de las disposiciones emanadas de los órganos estatales demandados, pues lo que en realidad se encuentra en pugna es su validez en relación a la jerarquía que les compete respecto de la Constitución Nacional y demás normas imperantes.

A mayor abundamiento, resulta inatendible el agravio del órgano estatal pues la Comunicación “C” 35.372 de la que intenta valerse para sustentar su postura, no sólo es de fecha muy posterior al convenio internacional que fuera ratificado por esta Nación mediante Ley 22.861, sino que el argumento defensivo que intenta, conculca directamente los artículos 5<sup>a</sup> y 31<sup>a</sup>inc. 2 de la referida norma. Por el primero se garantiza que la prestación se **“recibirá íntegramente y sin ninguna limitación o restricción...”** y por el segundo **la autoridad competente del Estado ... se obliga a intervenir ante la autoridad correspondiente, a fin de que se establezca un régimen que permita la transferencia de los haberes de las prestaciones al tipo de cambio más favorable para los beneficiarios”.**

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal es pacífica al afirmar que “...El art. 31 de la Constitución Nacional establece que los tratados internacionales poseen jerarquía superior a las leyes nacionales y a cualquier norma interna de jerarquía inferior a nuestra Ley Fundamental, aspecto que fue reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994 al sancionar el art. 75, inc. 22, en su actual redacción, consagrándose así en el propio texto de la Constitución tal principio así como también, de manera expresa, la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos...”(cfr. S. 1767. XXXVIII, 14/06/2005, T. 328, P. 2056).

La controversia, entonces, debe ser resuelta conforme a las normas de la Constitución Nacional, la ley 19865 y la ley 22.861.

Por esta última la República Argentina, se obligó en el marco de la relación sustancial establecida entre la aquí actora –beneficiaria de una pensión de fuente italiana- y la República de Italia, a ser un mero intermediario o agente pagador, sin ninguna otra connotación o interés que ese solo carácter del haber jubilatorio que el estado italiano transfiere en pago a la amparista. El deber



## *Poder Judicial de la Nación*

a satisfacer por el gobierno argentino es, lisa y llanamente, el contemplado en el art. 619 del Código Civil “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”.

Entender que el gobierno argentino - en los límites jurídicos que prefijan una convención internacional y la jerarquía constitucional que nuestro ordenamiento reconoce a ésta - se encuentre legitimado para interferir en la relación entre la actora y la república de Italia alterando la integridad de las cosas que debe entregar, en el caso el monto jubilatorio expresado en euros, comportaría un despojo inadmisibles en abierta vulneración al derecho de propiedad.

En consecuencia, considero plenamente acreditado el derecho invocado y el consiguiente peligro en su reconocimiento, razón por la cual adhiero a la solución que propicia el votante preopinante y comparto el fundamento expresado respecto de las restantes cuestiones que introdujeran los apelantes.

ASI LO VOTO.

### **LA DOCTORA NORA CARMEN DORADO DIJO:**

Disiento con mis colegas preopinantes. La parte actora inicia acción de amparo (fs. 12/22), con el objeto de obtener la declaración de inconstitucionalidad de las Res. “A” N° 5236, 5264, 5318 y 5330 del BCRA y Res. 2256/12 de la AFIP, por medio de las cuales se dispone convertir a moneda nacional, el haber jubilatorio que percibe en moneda extranjera (euros) como consecuencia del beneficio de pensión que le abona la República de Italia. Dentro de la misma acción, también introduce una solicitud de medida cautelar innovativa, a fin de obtener con carácter previo a la tramitación de la acción de amparo, la suspensión de los efectos de la normativa cuestionada.

El juzgado de grado, mediante resolución obrante a fs. 28/9 dispone hacer lugar a la medida cautelar solicitada, disponiendo suspender los efectos las Comunicaciones “A” Nros. 5.236; 2.64; 5.318 y 5.330 del BCRA., y Resolución n° 3.356/12 de la AFIP. Contra la resolución en cuestión, se presenta a fs. 53/59 el Banco Central de la República Argentina y a fs. 73/85, la Administración General de Ingresos Públicos, interponiendo sendos recursos de apelación. De su análisis, surge que el Banco Central cuestiona la sentencia apelada, por considerar que la misma implica un anticipo de jurisdicción ya que coincide con el fondo de la cuestión en debate. Por su parte, la AFIP cuestiona la competencia asumida por el a quo para resolver la acción intentada, considerando que en lo que respecta a la normativa impugnada (Resoluciones de la AFIP y Comunicaciones del BCRA) resulta competente e razón de la materia el fuero Contencioso Administrativo Federal.

## *Poder Judicial de la Nación*

Por su parte, el titular de autos interpone recurso de apelación a fs. 69 vta., agraviándose de la resolución de grado de fs. 67, que concede con efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el Banco Central a fs. 53/9 contra la resolución de fs. 28/9.

Así las cosas, estimo que asiste razón al planteo incoado por la Administración Federal de Ingresos Públicos, en su recurso de fs. 73/85. Para ello, tengo en cuenta que los argumentos vertidos por el órgano fiscal se condicen con lo resuelto recientemente por el Alto Tribunal de la Nación en la causa “Scursi, Juan y otros c/ Banco Central de la República Argentina y otro s/ personal militar y civil de las ffaa y de seg.” el 3/2/2015 en la que declaró la competencia de la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, para la resolución de la misma, con idéntico objeto al tramitado por la presente acción de amparo.

Dada la solución que propicio, deviene abstracto el tratamiento de los recursos de apelación formulados por el Banco Central de la Nación a fs. 53/9, y por la parte actora a fs. 69 vta, los que deberán ser analizados por el Tribunal competente aquí declarado.

En virtud de lo expuesto habré de propiciar declarar la incompetencia de este Tribunal para entender en la resolución de los presentes obrados, disponiendo remitir los mismos por ante Justicia nacional en lo Contencioso Administrativo Federal a fin de que asuma la intervención que le compete. Así lo voto.

En virtud de lo que surge del acuerdo de la mayoría y, oído que fuera el representante del Ministerio Público Fiscal, **el TRIBUNAL RESUELVE:** I) Confirmar en todo cuanto fue materia de agravios la resolución apelada; II) Comuníquese con las formalidades de ley la presente resolución al presidente del Banco Central de la República Argentina y al titular de la Administración Federal de Ingresos Públicos, a fin de que den cumplimiento inmediato a la misma; III) Imponer las costas a los apelantes vencidos; IV) Remitir los presentes autos al juzgado de origen a los fines previstos en los arts. 198, primer párrafo, y 258, primer párrafo, del C.P.C.C.N.).

Regístrese, Notifíquese y oportunamente devuélvase.

EMILIO LISANDRO FERNÁNDEZ  
JUEZ DE CÁMARA

LUIS RENÉ HERRERO  
JUEZ DE CÁMARA

*Poder Judicial de la Nación*

NORA CARMEN DORADO

JUEZ DE CAMARA

Ante mí:

AMANDA LUCIA PAWLOWSKI

Secretaria de Cámara