

ESTRATEGIA JUDICIAL EQUIVOCADA FRENTE AL CONTROL DE CAMBIOS

La maraña legal que impide comprar moneda extranjera en la Argentina es un freno insoportable para el desarrollo económico. Pero no cualquier ataque sirve para desmontarla...

En la Argentina rige un estricto control estatal sobre el mercado de cambios; esto es, sobre la posibilidad de comprar y vender libremente moneda extranjera. En consecuencia, el Banco Central de la República Argentina debe aprobar toda compra de divisas.

Las razones que justifican la existencia de semejante restricción (y la existencia de una absurda entelequia llamada “Mercado Único y Libre de Cambios”, que no es un mercado, ni es único y mucho menos libre) quizás puedan explicarlas los economistas. Los abogados (por lo menos algunos) nos limitamos a señalar que es consecuencia de haber abandonado y destruido el régimen económico y rentístico que estableció nuestra sabia Constitución.

Una sociedad argentina, Pertek SRL, debía pagar una factura (de alrededor de un millón de dólares) recibida de su proveedor Shaoxing Jiajia Import & Export Co., Ltd.

El deudor decidió presentarse ante la justicia para pedir una medida cautelar que ordenara al Banco Central permitir el pago de lo adeudado, pues, de no poder hacerlo, “se cercenaría su derecho a trabajar y a ejercer

industria lícita, ambos garantizados por la Constitución Nacional”.

El 5 de mayo de 2022 un juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó al Banco Central que permitiera a Pertek adquirir los dólares necesarios para pagar lo adeudado a Shaoxing.

La decisión “suspendió la aplicación de la Comunicación A7030 y sus modificatorias, permitiéndose de este modo [a Pertek] el acceso al Mercado Único y Libre de Cambios para proceder –exclusivamente– al pago de la deuda pendiente [...] por importación de bienes”.

Como se trataba de una medida cautelar (es decir, como accesoria a una cuestión de fondo y dictada sin escuchar previamente al Banco Central) el juez obligó a Pertek a depositar una fianza.

El magistrado fundó su decisión en que “la verosimilitud del derecho invocado se encontraba suficientemente acreditada, toda vez que si bien [...] la peticionante no dio cumplimiento con los requisitos respectivos, de la prueba documental surgía que Pertek, por intermedio del Banco Itaú dio cumplimiento con los requisitos contenidos en [las

normas del Banco Central]”. (¡Buena sintaxis!)

El juez consideró que resultaba aplicable al caso “la jurisprudencia según la cual el cumplimiento de los requisitos establecidos para requerir la conformidad previa del Banco Central a efectos de proceder a girar divisas al exterior, –sin que éste se haya expedido, admitiendo o rechazando el pedido en tiempo oportuno– comportan, prima facie, una *vía de hecho administrativa* que afecta verosímilmente el derecho de defensa del particular por implicar una prohibición –aún temporaria– a la importación, sin sustento legal”.

Pero... ¿qué es una *vía de hecho administrativa*? Según entienden los expertos, todo hecho de la administración pública es, en principio, una actividad neutra, ni legítima ni ilegítima, *excepto* cuando lleva a cabo un obrar manifiestamente prohibido y que viola el orden jurídico. Eso son las “vías de hecho”: actos materiales (que incluso pueden recurrir al uso de la fuerza) que prescinden de las vías legales para imponer así un estado de cosas que carece de cobertura jurídica.

El juez entendió que la conducta del Banco Central había consistido precisamente en una *vía de hecho administrativa*, lo que constituía una violación de la ley, en cuanto ésta exige a la administración pública abstenerse “de comportamientos materiales [...] lesivos de un derecho o garantía constitucionales”.

El 3 de junio el Banco Central –mediante lo que técnicamente se llama un “pedido de revocatoria con apelación en subsidio”– pidió que esa medida fuera revocada. El 8 de junio la revocatoria fue rechazada por el juez, pero no así la apelación, por lo que la cuestión quedó en manos de la Cámara de Apelaciones.

Ésta resolvió la cuestión el 3 de noviembre de 2022¹, y *le dio la razón al Banco Central*, –al menos con relación a la subsistencia de la medida cautelar– con duras críticas a la sentencia anterior.

Veamos:

En primer lugar, la Cámara criticó que el juez hubiera exigido al Banco Central que, además de fundar las razones por las cuales presentó su revocatoria, fundara también su apelación, en contra de disposiciones expresas del Código Procesal.

Luego hizo notar que el Banco Central, en su defensa, había planteado que Pertek, *nunca, ni directa o indirectamente, había presentado pedido de permiso alguno para acceder al mercado de cambios*.

Como el Banco Central *es un banco de bancos y no atiende a particulares, sino a otros bancos*, aquél aclaró que quien debería haber “encauzado” el pedido de Pertek debió haber sido el banco comercial con el que esta empresa actuaba (en este caso, el Banco Itaú) y *que éste no había iniciado trámite alguno*.

Más aun: el tribunal hizo suyo el argumento del Banco Central acerca de que éste nada podía hacer con respecto al pedido de Pertek para acceder al mercado de cambios: el Ente Rector –magnífico epíteto con el que el Banco Central se llama a sí mismo– “no maneja ni opera con cuentas de particulares, y la relación entre las entidades financieras y sus clientes le son ajenas”.

Los jueces aceptaron la posición del Banco Central acerca de que éste no puede dar acceso al Mercado de Cambios, excepto cuan-

¹ In re “Pertek SRL c. Banco Central de la República Argentina”, CContAdm Fed (III), exp. 10160/2021, 3 noviembre 2022; *ElDial.com* XXV:6119, 27 enero 2023; AAD38C.

do se solicita su pedido de conformidad previa, “ausente en el caso de Pertek ya que no fue iniciado ante el Banco Central”.

La Cámara aceptó la posición del organismo gubernamental en el sentido de que el acceso al mercado de cambios debió haber sido realizado “exclusivamente por el Banco Itaú”, pues aquel trámite “no puede ser manejado por el Banco Central”.

Con esos argumentos, el tribunal parecería haber desplazado la cuestión hacia la determinación de quién era el verdadero responsable de pedir el acceso al mercado de cambios antes que centrar su decisión en las facultades del Banco Central de otorgar o negar ese acceso.

Al enfocar el tema desde ese ángulo, la Cámara pasó a considerar entonces si la cuestión podía ser objeto de una medida cautelar. Estas, como es sabido, deben ser admitidas sólo luego de apreciarse estrictamente si se dan los requisitos o presupuestos necesarios para ello.

Esos requisitos son, en primer lugar, la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita y luego el peligro en la demora, “que exige la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, efectivizarse”.

El primer presupuesto “debe entenderse como la posibilidad de existencia del derecho invocado y no como una incontrastable realidad”, que sólo podrá ser alcanzada al tiempo de dictarse la sentencia sobre el fondo del asunto. El segundo requisito (el peligro en la demora) trata de evitar “que el pronunciamiento judicial que reconozca el derecho del peticionario llegue demasiado tarde” e impedir “que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre la inicia-

ción del proceso y el pronunciamiento de la decisión final, sobrevenga cualquier circunstancia que imposibilite o dificulte la ejecución forzada o torne inoperantes sus efectos”.

El tribunal resaltó que “cuando la pretensión cautelar consiste en obtener la suspensión de los efectos de un acto estatal [...] los perjuicios invocados han de ser graves, de imposible reparación ulterior y que la verosimilitud explicitada precedentemente debe vincularse tanto con el derecho invocado como con la ilegitimidad argumentada, *respecto* de la cual han de existir indicios serios y graves al *respecto*”. (Otra vez: ¡buena sintaxis!)

Además, “para la concesión de la medida preliminar debe valorarse que no se produzca una afectación del interés público ni se generen efectos jurídicos o materiales irreversibles”.

Con un marco conceptual tan estricto, la Cámara entendió que el decreto del Poder Ejecutivo “por el que se adoptaron medidas transitorias y urgentes para regular con mayor intensidad el régimen de cambios y que, en ese contexto, facultó al Banco Central a establecer los supuestos en los que el acceso al mercado de cambios para las transferencias al exterior requeriría de previa autorización, distinguiendo si se trata de personas humanas o jurídicas” era válido.

Sentado ese punto, la Cámara pasó a enumerar los numerosos argumentos presentados por el Banco Central *para justificar su absoluta falta de participación en una posible negativa a vender moneda extranjera a Pertek*.

Entre ellos, que, según su base de datos, no se habían recibido presentaciones de Pertek ni de su banco “que involucre solicitud de acceso al Mercado de Cambios”; que el

Banco Itaú había mencionado “una serie de irregularidades y faltantes en los trámites relacionados a la empresa”; “la incompatibilidad de la información suministrada por Pertek con los datos existentes en el sistema *on line* del Banco Central”, el exceso de solicitudes de acceso por encima de “los límites normativos previstos para este tipo de transferencias”, el haber efectuado pagos por la importación de bienes “por un volumen mayor que el monto total por el ingreso de mercaderías informado por la Aduana”, etcétera.

Esos antecedentes llevaron a la Cámara a concluir que “resultaba evidente que para determinar la verosimilitud del derecho invocado, necesariamente habría que avanzar sobre los presupuestos sustanciales de la pretensión que, precisamente, constituyen el objeto de la acción que [Pertek] manifiesta que interpondrá” en un futuro próximo.

“Es decir” dijo el tribunal “habría que adelantar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión que será próximamente debatida, en caso de que [Pertek] deduzca esa acción”.

Por consiguiente, “el análisis exhaustivo de las relaciones que vinculan a las partes re-

sulta por completo ajeno e improcedente en el estado liminar del proceso, ya que su naturaleza y extensión han de ser dilucidadas con posterioridad”.

Por lo tanto, el tribunal concluyó que no se encontraba acreditada “la existencia de una verosimilitud en el derecho apta de justificar la concesión de la medida cautelar”. No debe sorprendernos semejante conclusión: una demanda dirigida contra el Banco Central por hacer algo que éste negó haber hecho era por demás frágil. En consecuencia admitió la apelación del Banco Central y dejó sin efecto la decisión del juez anterior.

Podría decirse que el tribunal “tiró la pelota afuera” para evitar tener que opinar, con los escasos elementos de prueba a su alcance –y con una demanda mal planteada–, la razonabilidad y licitud del control de cambios.

No tenemos otra información acerca de la demanda anunciada por Pertek más que la que surge de la sentencia. Sería muy útil (aunque de resultado más que dudoso) que se planteara un debate audaz, serio y técnicamente solvente acerca de las facultades estatales para restringir el derecho de los argentinos a comerciar con el extranjero.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**