

Cobro De Pension En Moneda Extranjera Compra De Divisas Extranjeras Programa De Consulta De Operaciones Cambiarias

JURISPRUDENCIA

Cobro de pensión en moneda extranjera. Compra de divisas

extranjeras. Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias Se ordena admitir el acceso de la actora al mercado local de cambios para la formación de activos externos sin necesidad de ocurrir al Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), en los casos que aplique a la compra de billetes en moneda extranjera por los fondos resultantes del ingreso del cobro de su pensión percibida del exterior, hasta tanto se encuentren implementados los mecanismos específicos que determine la AFIP para el seguimiento, a los efectos fiscales, de los ingresos de divisas por cobros de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior.

Buenos Aires, 5 de febrero de 2015

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de fs. 143/147; y CONSIDERANDO: 1º) Que Gina Fiorita promovió una acción de amparo contra el Poder Ejecutivo Nacional y el Banco Central de la República Argentina (BCRA), con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las comunicaciones BCRA A 5236, 5264, 5318 y 5330 y de las resoluciones generales AFIP 3210/11 y 3356/12 y se le autorizara a percibir en la moneda de origen (dólares estadounidenses), los montos que le son enviados al país desde Italia en concepto de haber previsional (fs. 10/14 y vta). En oportunidad de contestar los respectivos informes circunstanciados, los demandados opusieron la inadmisibilidad formal de la vía elegida por la actora y defendieron la validez del régimen cambiario cuestionado, entre otros argumentos de hecho y de derecho. Por lo demás, el BCRA sostuvo que la actora nunca percibió su pensión en la moneda de origen, sino que siempre lo hizo en pesos; sin perjuicio de que las normas entonces vigentes permitían la adquisición simultánea de su equivalente en moneda extranjera (fs. 39/59 y 84/100). 2º) Que el fiscal de la instancia anterior opinó que debía ordenarse a los demandados que arbitren los recaudos a fin de que, en lo sucesivo, se autorice a la actora a adquirir el monto equivalente de su haber previsional en moneda extranjera. Fundó su dictamen en lo dispuesto por el art. 5º del Convenio Ítalo Argentino de Seguridad Social, aprobado por ley 22.861, que establece que los trabajadores que tengan derecho a prestaciones de la seguridad social por parte de uno de los dos Estados contratantes, las recibirán íntegramente y sin ninguna limitación o restricción, cualquiera sea el lugar de su residencia. Asimismo, destacó que el espíritu del art. 11 del referido convenio no es otro que garantizar el cumplimiento en especie de la prestación social otorgada por los Estados Parte y evitar que éstas puedan sufrir un menoscabo. En tal sentido, recordó el criterio adoptado por distintas Cámaras Federales de Apelaciones del interior del país (v. Mar del Plata y salas II y III de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata), en cuanto atribuyeron prevalencia a dicha norma con jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) respecto de las restricciones infra legales cuestionadas (fs. 137/141). 3º) Que el juez de grado rechazó la acción de amparo por entender que la actora no pudo demostrar la falta de idoneidad de las vías ordinarias, en la medida que el gravamen invocado reviste carácter eminentemente patrimonial. Asimismo, destacó la imposibilidad de dilucidar la cuestión sometida a debate en el estrecho marco de conocimiento de la excepcional vía elegida, circunstancia que obsta a la configuración de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta exigida para la procedencia de la acción (fs. 143/147). 4º) Que la actora interpuso recurso de apelación contra dicho pronunciamiento, oportunidad en la que destacó el carácter manifiesto de la arbitrariedad invocada, circunstancia que, dado el evidente carácter alimentario y asistencial del haber y su avanzada edad, debe determinarse mediante la expedita vía del amparo. En relación con el gravamen que le ocasionan las normas cuestionadas destacó el desfase entre el mercados oficial y paralelo de cambio (fs. 149/151). El recurso fue concedido (fs. 156) y el memorial fue contestado (fs. 160/164 y 168/178). 5º) Que el Fiscal General subrogante entendió que corresponde revocar la sentencia apelada con similares argumentos a los expuestos por el Fiscal de la instancia anterior (fs. 183/185). 6º) Que, antes de tratar la apelación, es necesario delimitar fáctica y jurídicamente el conflicto suscitado en autos de la manera más clara posible, dada la complejidad de la cuestión. En rigor, lo que la actora pretende es percibir la totalidad de sus haberes previsionales en la moneda de origen. El BCRA sostiene que su contraparte nunca percibió su pensión en la moneda de origen, sino en pesos; sin perjuicio de que las normas entonces vigentes permitían la adquisición simultánea de su equivalente en divisas, situación que -según sostiene- se habría modificado. 7º) Que así delimitado el contorno de la pretensión y de su oposición -a la luz del pronunciamiento de grado y el memorial-, corresponde distinguir tres cuestiones claramente diversas que exigen un tratamiento diferenciado: (i) la moneda en la que corresponde pagar la jubilación italiana de una residente argentina; (ii) el tipo de cambio que corresponde aplicar, en caso de que el pago sea en la moneda del país de residencia; (iii) la posibilidad de aplicar dichos fondos a la (re)compra de billetes en moneda extranjera al mismo tipo de cambio. 8º) Que, contrariamente a lo sostenido por el Ministerio Público de ambas instancias y los precedentes citados en sus dictámenes,

el peso es la moneda en la que corresponde pagar a una residente argentina la jubilación conferida en virtud de la legislación italiana.

Tal solución se encuentra expresamente prevista en el Convenio de Seguridad Social entre los Gobiernos de la República Argentina e Italiana y el Protocolo Adicional al citado Convenio, ambos suscriptos en Buenos Aires, el 3 de noviembre de 1981, aprobado por ley 22.861 (BO 29/7/83), cuyo art. 11, inc. 2º establece: "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" (énfasis añadido). Por su parte, el art. 31, inc. 1º, dispone: "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 en la moneda de su Estado?". Las partes son contestes en que la situación de autos se encuentra dentro del ámbito de aplicación de tal convenio, razón por la que admitir la pretensión de la actora exigiría declarar la inconstitucionalidad del art. 11, inc. 2º del Convenio de Seguridad Social entre los Gobiernos de la República Argentina e Italiana, que ciertamente tiene jerarquía superior a la ley (art. 75, inc. 22 Const. Nac.), pese a que aquel planteo no fue formulado en autos. Por lo demás, el examen de la validez constitucional del referido tratado exigiría una amplitud de debate y prueba mayor que la que ofrece el estrecho marco del amparo, circunstancia que tampoco permite un pronunciamiento de oficio del tribunal. En efecto, el máximo Tribunal ha aclarado que si bien el amparo no es excluyente de las cuestiones que requieren trámites probatorios, descarta a aquéllas que son complejas o de difícil acreditación y que, por lo tanto, exigen un aporte mayor de elementos de juicio que no pueden producirse en el breve trámite previsto en la reglamentación legal (Fallos: 307:178). La doctrina sobre el alcance de la acción de amparo y su carácter de vía procesal excepcional no ha sido alterada, sin más, por la inclusión en la reforma constitucional de 1994 del art. 43. Esta norma, al disponer que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo" mantiene el criterio de excluir la acción cuando por las circunstancias del caso concreto se requiere mayor debate y prueba y, por tanto, no se da el requisito de "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" en la afectación de los derechos y garantías constitucionales, cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 275:320; 296:527; 302:1440; 305:1878; 306:788; 319:2955 y 323:1825, entre otros). A mayor abundamiento, el Convenio Iberoamericano de Seguridad Social (aprobado por ley 22.146) establece: "Cuando las entidades gestoras de los Estados contratantes hayan de efectuar pagos por prestaciones en aplicación del presente convenio, lo harán en moneda del propio país" (art. 19). Igual solución se adoptó en el resto de los convenios de seguridad vigentes, suscritos entre Argentina y Portugal (aprobado por ley 17219), Chile (aprobado por ley 26525), Eslovenia (aprobado por ley 26.465), Francia (acuerdo ejecutivo celebrado 22/9/08), Grecia (aprobado por ley 23.501) y Mercosur (aprobado por ley 25.655). Ello es así, dado que -en rigor- no existe una remesa mensual de divisas desde el Istituto Nazionale della Previdenza Sociale a nombre que la aquí actora, sino una compensación de las prestaciones de la seguridad social (enfermedad, maternidad, prestaciones familiares, invalidez, vejez y supérstite, enfermedades de trabajo y enfermedades profesionales) que brinda la Argentina a los trabajadores italianos residentes en el país, con iguales prestaciones que otorga Italia a los trabajadores argentinos residentes en aquel país. En efecto, la característica de la seguridad social en las últimas décadas es la extensión extraterritorial de los derechos de esa naturaleza, otorgando a sus normas reciprocidad entre los países para el otorgamiento de las prestaciones, es decir, el principio de internacionalidad, que anula las barreras económicas formando mercados comunes, permitiendo la libre movilidad de la mano de obra, garantizando los derechos sociales de los trabajadores migrantes, brindando igualdad de trato para el derecho a las prestaciones, reconociendo el tiempo de servicio cualquiera sea el país en que se lo haya prestado, y admitiendo las cotizaciones cualquiera sea también el país en el cual se lo haya efectuado (Altamira Gigena, Raúl E, "La Seguridad Social en Latinoamérica como instrumento de unidad", DT 1983-B, 1411).

9º) Que el tipo de cambio que corresponde aplicar a la operación de pago de los haberes previsionales de la actora es el que surge del "Mercado Único y Libre de Cambios". En dicho ámbito se deben cursar todas las operaciones en divisas al tipo de cambio que sea libremente allí pactado, las que deben ajustarse a los requisitos y a la reglamentación que establezca el BCRA (conf. reglamento delegado aprobado por el decreto 260/02 en virtud de la ley 25.561 y sucesivas prórrogas hasta el 31 de diciembre de 2015 por leyes 26.204, 26.339, 26.456, 26.563, 26.729 y 26.896). La constitucionalidad de estas normas no ha sido cuestionada y, por las razones expuestas en el considerando anterior, tampoco serían pasibles de un pronunciamiento oficioso del tribunal sin el adecuado ámbito de conocimiento. El art. 31, inc. 2º, Convenio de Seguridad Social entre los Gobiernos de la República Argentina e Italiana dispone: "Si en uno o en ambos Estados Contratantes existiere más de un mercado de cambio o se dictaren medidas restrictivas en materia de transferencia de divisas, la Autoridad competente del Estado que se encontrare en alguna de esas situaciones 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" (énfasis añadido). En

nuestro país existe formalmente un 'Mercado Único y Libre de Cambios' en el que se debe realizar la operación. 10) Que, sentado lo expuesto, resta tratar la posibilidad de aplicar los fondos resultantes del ingreso del cobro de la pensión percibida del exterior a la (re)compra de billetes en moneda extranjera, al mismo tipo de cambio que surge del 'Mercado Único y Libre de Cambios'. Ello, en la medida que la percepción de los haberes previsionales convertidos a pesos a tenor de la cotización oficial no causaría ningún agravio a la actora si las demandadas le permitieran comprar dólares al mismo tipo de cambio oficial. Cabe reseñar que en virtud de lo prescripto por la Comunicación A 3625 (del 05/06/2002 y actualmente derogada por su similar 5264), el beneficiario de la jubilación o pensión concedida en el exterior podía, prácticamente en simultáneo, autorizar la compra de la moneda original con los pesos liquidados. Puntualmente, la norma citada disponía que 'Por las compras y ventas de cambio correspondientes a cobros y pagos de jubilaciones y pensiones que correspondan a transferencias efectuadas por organismos oficiales o privados de fondos de jubilaciones y pensiones o fondos compensadores de previsión, a personas físicas residentes en el país (compras de cambio) o en el exterior (ventas de cambio), se admitirán boletos globales diarios con firma autorizada de la entidad, debiéndose adjuntar al boleto, el detalle de los beneficiarios.' El 27/10/2011, la Comunicación A 5239 prescribió que las entidades autorizadas a operar en cambios deberían consultar y registrar todas las operaciones de venta de moneda extranjera a realizar con sus clientes alcanzadas por el 'Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias' implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Resolución General 3210/2011, que indicará si la operación resulta 'Validada' o 'Con inconsistencias' (punto 1, de la norma cit.). Asimismo, reconoció la existencia de algunas excepciones a tal requisito, entre las cuales no se encontraba la situación de la aquí amparista, hasta el dictado de la Comunicación A 5242, modificada y complementada por sus similares 5245 (pto. 2.e), 5256 y 5260. Allí se resolvió incorporar, como excepción, a las operaciones que realicen '...las personas físicas que apliquen a la compra de billetes en moneda extranjera, los fondos resultantes del ingreso del cobro de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior, con boletos de cambio concertados desde el 31.10.2011 inclusive' (conf. pto. 1 de la Comunicación A 5242), '...hasta tanto se encuentren implementados los mecanismos específicos que determinen la Administración Federal de Ingresos Públicos, para el seguimiento a los efectos fiscales, de los ingresos de divisas por cobros de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior' (conf. Com. A 5260). Sobre dicha base, este tribunal comparte la conclusión a la que arribó la sala III de esta Cámara en la interpretación de las normas transcritas en el marco de un caso análogo, en cuanto del análisis armónico de las Comunicaciones A 5239, 5242, 5256, 5260, 5264 y 5266, se evidencia que la actora se encuentra habilitada para acceder al mercado local de cambios para la formación de activos externos de residentes de libre disponibilidad; así como también que está exceptuada de ocurrir al 'Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias' implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos a través de la Resolución General 3210/2011 en los casos que aplique '... a la compra de billetes en moneda extranjera, los fondos resultantes del ingreso del cobro de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior, con boletos de cambio concertados desde el 31.10.2011 inclusive' (conf. pto. 1 de la Comunicación A 5242), '...hasta tanto se encuentren implementados los mecanismos específicos que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos, para el seguimiento a los efectos fiscales, de los ingresos de divisas por cobros de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior'. De modo que resulta determinante el hecho de que el Fisco Nacional no haya regulado procedimiento específico alguno, en los términos enunciados. A ello, debe agregarse que el BCRA, al dictar la Comunicación 5526, decidió derogar distintas normas que establecían excepciones a la exigencia de acudir al mentado Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias (cfr. Pto. III de la Com. cit), entre las cuales no se encontró la establecida por la Comunicación A 5239 (complementada por sus similares 5242, 5256 y 5260), por lo que continúa vigente y resulta enteramente aplicable al caso de autos (sala III, causa 5303/2014, 'FONZO, MADDALENA c/ EN-BCRA- Y OTROS s/AMPARO LEY 16.986', sent. del 4/11/14). En otras palabras, la actora puede aplicar los fondos resultantes del ingreso del cobro de la pensión percibida del exterior a la (re)compra de billetes en moneda extranjera, al mismo tipo de cambio oficial y sin validación fiscal. 11) Que, en cuanto a las costas de ambas instancias (art. 279 CPCCN), en el caso se verifican las circunstancias excepcionales que justifican un apartamiento del principio objetivo de la derrota, en atención al modo en que se resuelve y con fundamento en el carácter novedoso del tema y la complejidad de la cuestión, que pudieron razonablemente haberle generado la demandada la convicción de que le asistía el derecho (arg. art. 17 de la ley 16.986 y 68 segundo párrafo del CPCC y esta sala, 'Tartaglia Victoria Ines c/ EN - AFIP resol 3210/11 -COC- s/ habeas data', causa n° 48.859/11, res. del 4/3/13; y, causa N° 12.111/2012 'Bouilly Victor Enrique c/ EN - PEN - AFIP - resol 3210/11 - comunicación 5236 y otra s/ amparo ley 16.986', res. del 30/8/12; conf. también, sala III, 'UPSA c/ EN - PEN- BCRA - resol 3210/11 s/ amparo', res. del 20 de diciembre 2012; y sala V, 'Del Corro, Fernando José' citada precedentemente). Por todo lo expuesto, se RESUELVE: 1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la actora, revocar la sentencia apelada y condenar a las demandadas a permitir, en lo sucesivo, el acceso de la actora al mercado local de cambios para la formación de activos externos sin necesidad de ocurrir al Programa de Consulta de Operaciones Cambiarias implementado por la Administración Federal de Ingresos Públicos, en los casos que aplique a la compra de billetes en moneda

extranjera los fondos resultantes del ingreso del cobro su pensión percibidas del exterior, hasta tanto se encuentren implementados los mecanismos específicos que determine la Administración Federal de Ingresos Públicos para el seguimiento a los efectos fiscales de los ingresos de divisas por cobros de jubilaciones y pensiones percibidas del exterior. 2) Distribuir las costas de ambas instancias en el orden causado. Regístrese y notifíquese, al Fiscal General subrogante en su despacho. Oportunamente devuélvase.

JORGE EDUARDO MORÁN MARCELO DANIEL DUFFY ROGELIO W. VINCENTI

Correlaciones

[S., C. c/PEN y otros s/amparo](#) - Juzg. Fed. Mar del Plata - N° 4 - 16/05/2014

000236E