

# Derecho Administrativo

REVISTA DE DOCTRINA, JURISPRUDENCIA,  
LEGISLACIÓN Y PRÁCTICA

DIRECTOR

Juan Carlos Cassagne

SECRETARIO GENERAL

Pablo Esteban Perrino

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro Aberastury (h)

Alberto B. Bianchi

Julio R. Comadira

Pedro J. Coviello

Beltrán Gambier

Agustín Gordillo

Ricardo M. Ortiz

María Jeanneret de Pérez Cortés

Daniel F. Soria

Guido S. Tawil

SECRETARIOS DE REDACCIÓN

Julio C. Durand

Fernando J. Lima

Marisa L. Panetta

Gerónimo Rocha Pereyra

Alejandro Rossi

Estela B. Sacristán

Carlos A. Zubiaur

Jorge I. Muratorio



LexisNexis™

Depalma

2002

#39

## UNA CUESTIÓN FEDERAL PERFECTA

por ESTELA B. SACRISTÁN

### I. PLANTEO

Los interrogantes que genera el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal en autos "Industrias Cas SRL v. EN, PEN, dec. 1570/2001 s/amparo ley 16.986", del 21/1/2002, podrían transitar por diversos derroteros —todos ellos de elevado interés—, tales como el derecho constitucional a la salud, el derecho de ejercer toda industria lícita, el derecho de disponer libremente de la propiedad, los alcances mismos de lo que la doctrina norteamericana denomina derechos de la propiedad o *property rights*, los límites a los poderes en situaciones de necesidad y urgencia.

Preferimos, sin embargo, destacar un aspecto de sesgo constitucional: se trata de aquel que se relaciona con la libertad de efectuar transferencias al exterior. Este tema guarda, a su vez, relación con los inversores extranjeros amparados por convenios de promoción y protección recíproca de inversiones (*bilateral investment treaties*, o *BITs*), que nuestra Nación celebrara intensamente en la década del '90, con la debida aprobación por ley del Congreso, reflejo de una política tendiente a la captación de capitales extranjeros. En virtud de dichos convenios, la República Argentina, sobre bases de reciprocidad, se obliga a proteger las inversiones de los nacionales del Estado signatario en nuestro país<sup>1</sup>, y esa protección, como veremos *infra*, incluye la libre transferencia de las ganancias que los inversores extranjeros obtengan aquí. Nótese que la norma cuya suspensión se solicitaba en el caso que comentamos —el inc. b) del art. 2º del dec. 1570/2001— prohíbe, como regla, las transferencias al exterior, salvo que se concrete alguna de las excepciones que dicha norma prevé.

<sup>1</sup> Entre estas inversiones se incluyen, ciertamente, las de las empresas extranjeras prestadoras de servicios públicos: véase TAWIL, Guido S., "Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria". ED, 28/7/2000, ps. 1 y ss., esp. p. 7.

## II. EL CASO

Como se desprende de la sentencia, la empresa actora solicitó una medida cautelar a fin de que se ordenara la suspensión de la precitada disposición, art. 2º, inc. b) del dec. 1570/2001, en cuanto le prohibía efectuar transferencias al exterior. La firma que requería la medida se dedica a la fabricación de guías de hemodiálisis, que son empleados por la población de pacientes crónicos renales que necesitan la realización periódica de dicha práctica<sup>2</sup>, y aquella norma le impedía efectuar las operaciones comerciales del caso y cumplir con los compromisos asumidos con las pertinentes transferencias<sup>3</sup> a sus proveedores extranjeros de los diversos insumos empleados en aquella industria.

La norma específica aplicable, comunicación "A" 3382 del Banco Central de la República Argentina, aparecía, según dicho ente, como el medio legal puesto a disposición del actor para realizar la cancelación de las operaciones financieras, previa autorización de aquella entidad. No obstante ello, el tribunal, dado el carácter delicado y urgente del rubro comprometido, y considerando, entre otros argumentos, el derecho constitucional a la salud involucrado, resolvió confirmar la sentencia de la instancia anterior, que había hecho lugar a la suspensión solicitada.

## III. EL CONFLICTO DE NORMAS

Ahora, detengámonos en el contenido de la norma cuya suspensión se requería. El art. 2º, inc. b) del dec. 1570/2001<sup>4</sup> establece: "Prohíbense las siguientes operaciones: ...b) Las transferencias al exterior". Seguidamente enumera las excepciones: "con excepción de las que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso, sujeto a que las autorice el Banco Central de la República Argentina". El decreto que incluye esta prohibición y sus excepciones fue —según surge de sus considerandos— dictado en uso de las facultades emergentes del art. 99, incs. 1º, 2º y 3º, por lo que tipifica como reglamento autónomo, de ejecución y de necesidad y urgencia.

El conflicto constitucional se presenta, como adelantáramos, para el inversor extranjero amparado por un tratado de promoción y protección recíproca de inversiones. En efecto, tales tratados, aprobados por ley del Congreso argentino, suelen incluir una cláusula de libertad de transferencias monetarias;

<sup>2</sup> Vide consid. II, párr. 8º.

<sup>3</sup> Vide consid. I.

<sup>4</sup> BO, 3/12/2001, p. 1.

por ejemplo, el tratado celebrado con los Estados Unidos, aprobado por ley 24.124<sup>5</sup>, prevé en el art. que V “cada Parte permitirá que todas las transferencias relativas a una inversión que se envíen a su territorio o que salgan de él se realicen libremente. Dichas transferencias comprenden: a) las ganancias...”. Ello significa que la transferencia de las ganancias de los inversores extranjeros en nuestro país están expresamente permitidas por decisión congresional<sup>6</sup>. Empero, se hallan vedadas por el dec. 1570/2001, como vimos en el párrafo precedente.

He aquí la cuestión federal, entonces: el conflicto entre una disposición de un decreto —autónomo, de ejecución, de necesidad y urgencia— y una norma contenida en una ley del Congreso; aquél, prohibiendo las transferencias al exterior y no previendo entre sus excepciones la transferencia de ganancias obtenidas por los inversores extranjeros; ésta, permitiendo esta clase específica de operación.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La sentencia que motivó estas líneas involucraba transferencias al exterior para afrontar el pago de insumos necesarios para la fabricación, en lo principal, de guías para hemodiálisis, y obtuvo favorable acogida en dos instancias judiciales.

El conflicto de normas que señalamos en la sección anterior, de cara a los inversores extranjeros, está desprovisto de connotaciones de derecho a la salud o de derecho a ejercer toda industria lícita. Empero, anida en él un rasgo trascendente, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista económico: el de los compromisos internacionalmente asumidos y la imposibilidad de dejarlos sin efectos unilateralmente —en tanto aprobados por ley del Congreso— mediante un decreto. Ello, toda vez que un convenio internacional para la promoción y protección recíproca de inversiones es un acuerdo de voluntades entre Estados, suscripto por el Estado nacional a través de un funcionario competente, aprobado posteriormente por ley del Congreso y ratificado, siendo, a su vez, esa ley de aprobación del tratado, una norma de derecho federal.

<sup>5</sup> ADLA, LII-D-3864.

<sup>6</sup> Véanse, asimismo, los convenios aprobados por ley 24.098, suscripto con la República Federal de Alemania (ADLA, LII-C-2859, esp. art. 5º, b); por ley 24.100, con la República Francesa (ADLA, LII-C-2868, esp. art. 6º, a); por ley 24.122, con la República de Italia (ADLA, LII-D-3855, esp. art. 6º, b); por ley 24.125, con el gobierno de Canadá (ADLA, LII-D-3869, esp. art. VIII, 1); por ley 24.184, con el gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña (ADLA, LII-D-4061, esp. art. 6º), entre otros.

Como lo estableciera nuestra Corte Suprema en el precedente “Ekmekdjian”, del año 1992<sup>7</sup>, se trata de un acto complejo federal<sup>8</sup>, que involucra no sólo al Poder Ejecutivo nacional, sino también al Congreso de la Nación, y que, en el actual régimen constitucional, posee jerarquía superior a la de las leyes<sup>9</sup>.

Dada esta caracterización, entonces, sus disposiciones —específicamente, las que permiten la libre transferencia de las ganancias o dividendos originados en una inversión extranjera en nuestro país— no podrían, por razones de jerarquía de normas, ser modificadas mediante un decreto.

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO  
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA DE FERIA  
Causa 149/2002, “Industrias CAS SRL v. EN, PEN, dec. 1570/2001  
s/amparo ley 16.986”

Buenos Aires, 21 de enero de 2002.

*Vistos y considerando:*

I. A fs. 37/42, el juez *a quo* hizo lugar a la medida cautelar solicitada por Industrias CAS SRL y, previa caución juratoria, ordenó la suspensión del inc. b) del art. 2° del dec. 1570/2001 en cuanto prohíbe transferencias al exterior. Para así resolver, estimó que: a) el dec. 1570/2001 se ha motivado en los términos que da cuenta su considerando y goza de presunción de validez y ejecutoriedad; b) la ley 25.466 consagró la intangibilidad de todos los depósitos; c) de los términos del considerando del dec. 1570/2001 podría inferirse que las medidas adoptadas son, a juicio del Ejecutivo, las adecuadas para evitar que se ponga en riesgo esa intangibilidad y constituyen la expresión concreta de las razones que determinaron a la Administración a actuar como lo hizo; d) la presunción de validez y ejecutoriedad de los actos administrativos opera, a los efectos de la exactitud en la apreciación de los requisitos de admisión de la suspensión de sus efectos, cuando el órgano del que emanan actúa dentro del ámbito normal de su competencia; e) los decretos de necesidad y urgencia, como regla general, adolecen de nulidad absoluta e insanable, por lo que la presunción se invierte, quedando a cargo del Poder Ejecutivo probar los presupuestos fácticos que las hacen provisoriamente viables; e) en el caso, es del giro habitual de la empresa actora realizar las operaciones que se impiden, y el cumplimiento por parte de ella de los compromisos asumidos exigen la realización de las transferencias vedadas por el inc. b) del art. 2° del dec. 1570/2001; f) la inadmisión de esas transferencias acarrearía peligro para la subsistencia de la empresa, eventualidad no deseada por el decreto cuestionado; g) la restricción impuesta no ob-

<sup>7</sup> “Un tratado internacional constitucionalmente celebrado es orgánicamente federal, pues el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados, el Congreso nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales... y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional”, *Fallos*, 315:1492, consid. 11, tesis propiciada en BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, T. I, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 249.

<sup>8</sup> Fallo cit. en nota anterior, donde se menciona el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Véanse, asimismo, *Fallos*, 317:1282; 318:2148 (voto de los Dres. Nazareno y Moliné O'Connor y del Dr. Bossert); 321:1226, entre otros.

<sup>9</sup> Art. 75, inc. 22, ap. I, de la CN: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

serva los recaudos exigidos como condición de validez y razonabilidad: plazo determinado y proporcionalidad, y el dec. 1570/2001 consigna que las medidas que instrumenta se adoptan por el tiempo que duren las operaciones de reducción de la deuda pública previstas por el dec. 1387/2001, decisión que en los hechos ha perdido vigencia dadas las públicas declaraciones de no pago de la deuda externa.

A fs. 61/62 se presenta y apela la representación del Banco de la Provincia de Buenos Aires, fundando su recurso.

A fs. 68/87 se presenta y apela la representación del Estado nacional. Ministerio de Economía.

A fs. 93/99 se presenta y apela la representación del Banco Central de la República Argentina.

II. El juez *a quo* tuvo por acreditados los recaudos que establece el art. 230 del CPCC para el dictado de la medida requerida.

Para tener por verosímil el derecho, ponderó, entre otros extremos, la circunstancia de que la restricción impuesta en el inc. b) del art. 2° del dec. 1570/2001 no contaba con plazo determinado y proporcionalidad, y que se habría operado un cambio en las circunstancias fácticas tenidas en cuenta para el dictado de la medida.

La representación del Banco de la Provincia de Buenos Aires, en sus agravios, no ataca las razones expuestas por el magistrado, sino que se ciñe a que la medida decretada crearía una discriminación arbitraria e ilegítima entre los depositantes (fs. 62).

La representación del Estado nacional — Ministerio de Economía — afirma, con sustento en el fallo de la Corte Suprema "Peralta", *Fallos*, 313:1513, que las limitaciones impuestas limitan temporal y razonablemente el uso y goce del derecho de propiedad de ciertos bienes y que la limitación en el tiempo no sólo está dada por el plazo en que se concluya la reestructuración de la deuda pública, sino también "que dichas restricciones podrán ser disminuidas si se advierte un aumento en el nivel de depósitos respecto del que tenía al cierre del 30 de septiembre de 2001" (fs. 70). Sin embargo, no ataca el argumento empleado por el *a quo* — consistente en que el dec. 1570/2001 consigna que las medidas que instrumenta se adoptan por el tiempo que duren las operaciones de reducción de la deuda pública previstas por el dec. 1387/2001, decisión que en los hechos habría perdido vigencia dadas las públicas declaraciones de no pago de la deuda externa —, afirmando que el decreto cuestionado tiende a "evitar una verdadera cesación de pagos" (fs. 80).

El primer considerando de dicho decreto, en relación al elemento temporal de la medida, expresa que "hasta que se completen las operaciones previstas en el dec. 1387/2001 con relación a la deuda pública, es previsible que continúe existiendo una marcada volatilidad en las cotizaciones de los valores públicos, afectando el nivel de las tasas de interés de la economía" y que "mientras ello ocurre se puede generar estabilidad en el nivel de los depósitos en el sistema financiero, que ponga en riesgo su intangibilidad, con el alcance que le fuera reconocida por la ley 25.466" (BO, 3/12/2001, p. 1).

Si bien la temporaneidad que caracteriza a las medidas de emergencia, como que resulta de las circunstancias mismas, no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses (*Fallos*, 313:1513, consid. 46, y su cita de *Fallos*, 243:449), más allá de la ausencia de plazo determinado para la aplicación del dec. 1570/2001, aquellas declaraciones públicas, así como la suspensión de la ley 24.466 (art. 15, ley 25.557, BO, 7/1/2002), y las estrategias adoptadas por los inversores extranjeros, cuyas acreencias en bonos argentinos representan una porción significativa de los 140 miles de millones adeudados (Carter, Terry, "Argentina's foreign investors unite", *American Bar Association Report*, 18/1/2002, en [www.abanet.org](http://www.abanet.org)), permiten inferir un cambio en las circunstancias que dieron lugar a la medida instrumentada por la norma atacada, habiéndose concretado la situación que se pretendía evitar. Dicha modificación conduce, *prima facie*, a tener por configurado el extremo de verosimilitud en el derecho, por lo que cabe confirmar la sentencia anterior en tal aspecto.

La representación del Banco Central de la República Argentina alega que la medida dictada aparece manifiestamente improcedente pues la actora contaría con un medio legal — comunica-

ción "A" 3382— para realizar transferencias para la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos previa autorización del BCRA.

La actora, como surge de la presentación liminar, es una empresa que fabrica, utilizando insumos de origen extranjero, tubuladuras, guías de suero, agujas para fístulas y diversos *kits* de uso en hemodiálisis (fs. 2), y manifiesta que las trabas a las transferencias en moneda extranjera — en un rubro delicado y urgente, tal el de los pacientes crónicos renales que necesitan la realización de la práctica— de conformidad con el inc. b) del art. 2° del dec. 1570/2001 imposibilitaría la producción de las necesarias guías hemáticas, llevando a 2.000 pacientes crónicos renales irremediamente a la muerte (fs. 36).

El BCRA, en su apelación, no refuta los argumentos del actor en relación a tan delicada materia de salud, y se limita a invocar el régimen de la premencionada Comunicación, reglamentación de un acto cuyas circunstancias fácticas determinantes han sido objeto de análisis precedentemente. El BCRA —al igual que los demás apelantes— no se hace cargo de las particulares circunstancias del caso, aun cuando:

Ha sido reconocido un derecho constitucional a la salud ("Asociación Benghalensis", *Fallos*, 323:1339, secc. X del dictamen de Procuración, a cuyos términos se remite la Corte Suprema).

La Corte Suprema ha hecho mérito, en el restringido marco de una pretensión cautelar, por razones humanitarias, de particularísimas circunstancias, y adoptó soluciones de excepción aun ante situaciones de emergencia económica declaradas por ley ("Banco Río de la Plata SA s/solicitud intervención urgente en autos: 'Ulloa, Patricia M. v. PEN dec. 1570/2001 s/amparo ley 16.986', sentencia del 15/1/2002", y su cita de "Iachemet", *Fallos*, 316:779).

III. La fijación de la contracautela es, en principio, facultad privativa del juez de grado (cfr. art. 199 del CPCC, esta sala, "Compañía de Perforaciones Río Colorado SA", del 4/3/1996, entre muchas otras).

Si bien es cierto que su finalidad responde a la responsabilidad por los daños y perjuicios que deriven de la traba de la medida cautelar, en el caso los apelantes no invocan razón que pueda tornar inadecuada la fijada por el juez *a quo*. Siendo de señalar que es criterio de apreciación, para graduar la calidad y monto de la caución, la mayor o no verosimilitud del derecho y las circunstancias del caso (cfr. art. 199, 3er. párr. del CPCC).

Por lo tanto, se rechazan los recursos de apelación de fs. 61/62 —Banco de la Provincia de Buenos Aires—, fs. 68/87 —Estado nacional, Ministerio de Economía—, y a fs. 93/99 —Banco Central de la República Argentina—, confirmándose en todas sus partes, y con sus alcances, la sentencia de primera instancia en cuanto suspende la aplicación, a Industrias CAS SRL, del inc. b) del art. 2° del dec. 1570/2001.

Regístrese y notifíquese, con habilitación de día y hora inhábil.

Marta Herrera

Jorge Esteban Argento

Carlos Manuel Grecco