

Voces: EGRESO DE DIVISAS ~ INGRESO DE DIVISAS ~ CONTROL DE CAMBIOS ~ ACTIVIDAD CAMBIARIA ~ MERCADO DE CAMBIOS ~ MONEDA EXTRANJERA

Título: Ingreso y egreso de divisas.

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 31/07/2006, 31/07/2006, 1 - LA LEY2006-D, 1266

Cita Online: AR/DOC/2238/2006

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. — II. Análisis del sistema de control de cambios vigente. — III. La Ley Penal Cambiaria. — IV. Conclusión.

I. Introducción

Quitándole la razón a Borges, los países latinoamericanos, salvo honrosas excepciones, persiguen con pertinaz fatalismo la llamada doctrina de los ciclos o del eterno retorno (1). Renegando de las lecciones de la historia, magister vitae, "émula del tiempo, depósito de las acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo por venir"(2), parecemos ensimismados en desconocer los dramas prodigados por el populismo decadente que signaron gran parte del último siglo (3), e intentamos repetir con encono, fundamentalmente en lo político y económico, las "recetas" y "fórmulas mágicas" que tantos males nos causaron (4). Las versiones son variopintas y entre ellas se destacan ex militares golpistas, hoy supuestos demócratas conversos, líderes indígenas representantes de una bizarra mezcla entre tradiciones ricas y profundas (que remontan al mismísimo Tahuantisuyo) (5) y un estilo de gobierno entre atrevido e inocente. Nuestra patria no es precisamente una excepción a esa regla. Todo lo contrario, sigue con ahínco desde los oscuros días finales del 2001 la nueva tendencia populista reciclada y adaptada al siglo XXI bajo el mote de progresismo (6).

La propuesta del no tan novel modelo es una economía basada en una fuerte intervención estatal, el mercado interno y la supuesta redistribución de ingresos, lo que erróneamente (o adrede) identifican con keynesianismo, para darle un manto de ilustración (7), dejando de lado la estabilidad institucional, la seguridad jurídica y el orden en las finanzas públicas, verdaderos pilares para un desarrollo económico de largo plazo, serio y sustentable. Una de sus herramientas distintivas es lo que se conoce como "control de cambios", que no es ni más ni menos que la regulación (o la restricción) de la libre movilidad de los capitales. Su uso no es nuevo en la Argentina y se remonta a 1931, cuando tras el primer y fatídico golpe de Estado, el gobierno de Uriburu dispuso, en palabras de Prebisch, "en medio de la improvisación y la inexperiencia" el control de cambios (8). Lo siguió Perón (9) e Illia lo aplicó en 1964; fue derogado por el Decreto N° 530/91 (Adla, LI-B, 1817) bajo el gobierno de Menem, reinstaurado luego de diez años y en medio de una de las crisis más profundas de nuestra historia a través de los Decretos N° 1570/01 (Adla, LXII-A, 65) y 1606/01 (Adla, LXII-A, 74) y reforzado, si se quiere, bajo una nueva modalidad, a través de los Decretos N° 285/03 y N° 616/05 ya en tiempos de Kirchner.

Los Controles de Cambio. Concepto, Tipos y Finalidades

Concepto

En su versión moderna (10), la globalización se caracteriza por cuatro componentes fundamentales: el aumento del comercio internacional, consecuencia del desarrollo tecnológico, la baja de los costos de transporte y la reducción de las barreras al comercio, la internacionalización de la producción que desdibuja la distinción entre productos "nacionales" e "importados" a partir de un sistema de producción globalizado (11), una mayor armonización de las instituciones económicas internacionales a través de la creación de organismos tales como la Organización Mundial de Comercio y, finalmente, un incremento de los flujos internacionales de capital debido a la mayor libertad o laxitud de las restricciones para su movilidad (12).

Los controles de cambio son un mecanismo extremo para restringir este último componente, es decir, la libre movilidad de los flujos de capital, buscando aislar la economía ecuménica en el entendimiento de que mediante la exclusión se la protege de los vaivenes de la economía internacional. El principal argumento que se utiliza a su favor es que los flujos de capitales internacionales son esencialmente inestables, abundan en tiempos de bonanza pero huyen en pánico en épocas de vacas flacas, causando enormes perjuicios a nivel macroeconómico (13). En el otro extremo, están quienes argumentan que las ventajas de una profundización del comercio internacional de bienes y servicios son perfectamente extensibles al libre movimiento de los capitales (14). La posición intermedia, que favorece el libre movimiento de capitales acompañado de un sistema financiero sólido, disciplinado, con políticas de supervisión que eviten la acumulación excesiva de créditos de corto plazo que puedan en tiempos de crisis llevar a una estampida de capitales es, en nuestra opinión, la postura correcta (15). No se trata de aplicar mecanismos o paliativos extremos que por buscar la protección lleven al aislamiento, haciendo perder los beneficios que significa la inversión extranjera. Tampoco confiar sin más en el libre juego de la oferta y la demanda. Si se garantizan instituciones estables, seguridad jurídica, finanzas claras y un sistema bancario sólido y correctamente supervisado, las oportunidades de inversión en un país atraerán fundamentalmente capitales no especulativos.

Tipos de Control de Cambios en general y existentes en la Argentina

Hay básicamente dos tipos de control de cambios: aquellos destinados a restringir el egreso de capitales de un país y aquellos otros que tienen por fin limitar su libre ingreso. Modernamente, países como Chile

impusieron controles al ingreso durante un plazo y otros, como Malasia, lo hicieron al egreso. Lo que difícilmente se encuentra es un país con los dos tipos de controles, esto es, aplicados al ingreso y al egreso simultáneamente, lo que solo ha tenido lugar, hasta donde conocemos, en Argentina. Una vez más y como casi siempre en nuestra historia, hemos implementado un cambio de política económica súbitamente y hasta el extremo, pasando de un régimen de total libertad en el movimiento de capitales a otro en el que existe un doble control. Lo paradójico es que por un lado, ministros del gobierno nacional de turno viajan por el mundo manteniendo rendez vous con posibles inversores, promoviendo y buscando inversiones, y por el otro se imponen cerrojos a la entrada y salida de capitales.

Como ya se expresara, los controles al egreso de divisas en Argentina son de larga data y se remontan a los tiempos del sedicioso Urriburu. Pueden dividirse en controles preventivos o curativos. Los primeros son generalmente implementados cuando un país enfrenta una crisis de balanza de pagos en ciernes, y persiguen evitar el drenaje de reservas frente a una cuenta de capitales negativa, producto de la salida de divisas. La idea es que son de carácter temporario, hasta tanto se implementan medidas correctivas que permitan detener la salida de divisas por los especuladores (16). Lo cierto es que, como los impuestos, una vez que se establecen controles de cambio es harto difícil deshacerse de ellos. Este tipo de control fue impuesto en nuestro país a finales del año 2001 a través del dec. 1570/2001 —durante la gestión del entonces ministro de economía Cavallo— que prohibió las transferencias de fondos al exterior (17). Un mes más tarde se dictó el dec. 1606/2001, que derogó el dec. 530/91 que había eliminado los controles existentes hasta ese año, reimplantando la vigencia del art. 1° del dec. 2581/64 (Adla, XXIV-A, 312) de tiempos de Illia, que obligaba (y hoy obliga) a los exportadores a liquidar las divisas en el mercado único y libre de cambios y del art. 10 del dec. 1555/86 (Adla, XLVI-D, 4140) de la época de Alfonsín, que establece el mecanismo de pago de los importes correspondientes a la devolución de tributos pagados en el proceso de producción de manufacturas exportadas. Como veremos más adelante, son estas dos últimas normas improvisadas y coyunturales las que extrañamente siguen sirviendo hoy de sostén jurídico para los controles de cambio existentes (18).

La segunda modalidad de controles al egreso de divisas son los denominados curativos, que se implementan una vez que una crisis ya ha tenido lugar, es decir que a diferencia de los preventivos estos son post crisis, y según sus defensores sirven para bajar las tasas de interés de un país y poner en práctica medidas que favorezcan el crecimiento (19). Los que nacieron como controles preventivos a través de los decs. 1570/2001 y 1606/2001, luego de la crisis del 2001 y la salvaje devaluación del 2002 se convirtieron en controles curativos. En un régimen de libre movilidad de capitales, las tasas de interés internacionales son esencialmente iguales a las nacionales como consecuencia del arbitraje, lo que supuestamente quita margen de maniobra a las autoridades económicas de un país en el manejo de la política monetaria (20). La imposición de restricciones al egreso de divisas, al aislar la economía nacional, permite que las tasas de interés nacionales dejen de tener relación directa con las internacionales.

En el caso argentino presente, por ejemplo, al estar obligados los exportadores a liquidar sus divisas en el mercado único y libre de cambios local y al no poder remitirse libremente divisas al exterior, se produce un exceso de liquidez, que hace bajar la tasa de interés y con ello el costo de fondeo, lo que favorece el otorgamiento de préstamos locales (21). Parecería ser esta la principal finalidad que siguen los controles de cambios curativos en la economía argentina de nuestros días. La mayoría de los capitales no ingresan al país por confianza, por seguridad jurídica que dé certeza a las inversiones, sino porque están obligados a hacerlo so pena de aplicarse sanciones penales (22). Está claro que es imposible mensurar los costos que este tipo de paliativos de corto plazo tienen para la economía en el mediano y largo plazo, aparte de las inversiones y los puestos de trabajo que se pierden, producto de la anarquía burocrática que su cumplimiento conlleva, tal como describiremos más adelante. Pero esto no es todo. El Banco Central de la República Argentina ("BCRA"), con el fin de evitar que el excesivo ingreso de divisas aprecie el tipo de cambio, interviene en el mercado comprando dólares estadounidenses y vendiendo pesos recientemente emitidos, lo que deprecia la economía en términos reales y produce inflación (23). Habría que indagar si con esta actuación el BCRA cumple con su mandato más importante, que no es otro que el de preservar el valor de la moneda (24).

El segundo tipo de control es aquel destinado a regular el ingreso de divisas a un país. Algunos de los que confiaron en esta modalidad son Brasil, Colombia, la República Checa, pero el que se destaca por el razonable grado de éxito que para muchos ha logrado es Chile, que tuvo vigente este régimen hasta el año 1998 (25). Se trata de una suerte de impuesto que tiene que pagar todo aquel que pretenda ingresar divisas a la economía local por un tiempo menor a un determinado plazo (generalmente un año), y que se corporiza a través de la exigencia de constituir un depósito no remunerado por un porcentaje del monto de la inversión (usualmente entre el 20 y el 30 por ciento de aquél). El control al ingreso persigue cuatro propósitos: reducir el volumen de capitales de corto plazo o especulativos, evitar que el tipo de cambio se aprecie indebidamente, romper la relación directa entre la tasa de interés nacional y la internacional y, por último y quizás el más importante, reducir la vulnerabilidad de la economía ecuménica, aislándola (26).

Además de los controles curativos ya descritos, el gobierno de turno impuso mediante el dec. 285/2003 y su reemplazante el dec. 616/2005 (Adla, LXIII-D, 3852; LXV-C, 2754), el control al ingreso de divisas. El último de los Decretos citados consta de dos obligaciones esenciales. Por un lado, todo ingreso de fondos al

mercado local de cambios originado en el endeudamiento con el exterior de personas físicas o jurídicas debe pactarse y cancelarse en plazos no inferiores a 365 días y, por el otro, la obligación de constituir un depósito no remunerado equivalente al treinta por ciento del monto que se pretende ingresar. Las finalidades perseguidas por la norma no están muy claras y menos aun definidas, aunque una de las razones que se invocó como sustento fue la de desincentivar el ingreso de los capitales especulativos. Como ya expresáramos, el ingreso de divisas al mercado argentino no es, como pretenden los considerandos del decreto, "fruto de la mayor confianza generada en la evolución futura de la economía", sino más bien el resultado de la coerción que obliga a los exportadores, bajo amenaza de sanciones penales, a ingresar las divisas en plazos determinados. La apreciación del tipo de cambio, por su parte, es producida por la liquidación de divisas que resultan de las exportaciones, más que del ingreso de nuevos fondos, y es el BCRA (¿en uso de sus facultades autárquicas?) a través de la emisión monetaria el que hoy aparece a cargo de contrarrestar el aumento del valor relativo del peso. La tasa de interés nacional es menor que la internacional en mayor parte por el exceso de liquidez y no tanto por la aplicación de esta herramienta, y por último, la vulnerabilidad de la economía no ha sido puesta todavía a prueba, por lo que aun desconocemos los beneficios que podría representar el control al ingreso de divisas.

En definitiva, hoy se aplican en la Argentina dos tipos de controles de cambio, uno que regula el egreso y otro que restringe el ingreso de divisas. El régimen jurídico encuentra su origen en el dec. 1570/2001 que tuvo como fin primigenio la imposición de controles de cambio preventivos para afrontar una crisis de balanza de pagos, y no controles curativos como los que hoy existen, y abreva principalmente en un olvidado decreto de hace más de cuarenta años, y en otro menos longevo del año 1986. Más que beneficios, tanto celo de control ha creado un Leviatán burocrático alimentado por la profusa cantidad de normas que se han ido dictando, frecuentemente superpuestas, otras contradictorias y las más de las veces poco claras, que representa para los actores de la economía un verdadero calvario, sea para ingresar o para egresar divisas. Insistimos, los capitales no especulativos no se atraen con restricciones y cortapisas, sino con estabilidad institucional, seguridad jurídica, finanzas claras y ordenadas y un sistema bancario sólido y bien regulado.

En este sentido, basta con mencionar que desde diciembre de 2001 hasta la fecha el BCRA ha dictado más de 1200 Comunicaciones A (sin contar las Comunicaciones B y C), lo que parecería constituir un exceso en el ejercicio de sus facultades reglamentarias, dificultando sobre manera el accionar de los sujetos participantes en el mercado de cambios.

A continuación analizaremos los pilares sobre los cuales se estructura el doble control arriba descripto.

II. Análisis del sistema de control de cambios vigente

Siguiendo la metodología utilizada por el BCRA para regular lo concerniente al régimen de cambios, analizaremos el sistema actualmente vigente a partir de la división del objeto de estudio en dos grandes campos diferenciados: el control al ingreso y el control al egreso de divisas.

1. Control al ingreso de divisas

1. (a) Cobro de exportaciones de bienes: Tal como hemos visto en la introducción al presente trabajo, el dec. 1606/2001 restableció la obligatoriedad de ingresar las divisas provenientes de las exportaciones en los términos previstos en el art. 1º del dec. 2581/64.

Es decir que el contravalor en divisas proveniente de los cobros de exportaciones de bienes nacionales debe ser ingresado y liquidado en el mercado de cambios dentro de los plazos fijados por la Secretaría de Industria, Comercio y de la Pequeña y Mediana Empresa del Ministerio de Economía y Producción, los que difieren según la posición arancelaria del bien exportado, y en todos los casos se computan a partir de la fecha del cumplimiento de embarque de las mercaderías (no del cumplimiento dado al permiso de embarque que sólo es otorgado cuando las divisas son ingresadas al país por el exportador).

De manera adicional a los plazos fijados por el organismo arriba citado, el BCRA dispuso que los exportadores cuentan con otros 120 días hábiles para concretar la liquidación de las divisas en el mercado de cambios, el que se amplía a 180 días cuando la operación resulta impaga por el comprador y las divisas ingresadas corresponden al cobro del seguro del crédito a la exportación (Comunicación BCRA A 4108).

La rigidez de la obligación de ingresar las divisas al mercado de cambios local se ve parcialmente atenuada por la amplitud del plazo del que gozan los exportadores para cumplir con la misma, lo que permite a estos últimos escoger el momento adecuado para hacerlo, el que generalmente dependerá de factores variados tales como la necesidad de financiamiento del exportador y las expectativas respecto a las variaciones en el tipo de cambio. La experiencia indica que los pequeños y medianos exportadores suelen liquidar las divisas en plazos acotados desde que las mercaderías son embarcadas, mientras que los grandes exportadores acostumbran hacer uso del plazo concedido por el BCRA para ingresar las divisas al mercado de cambios.

Los cobros de exportaciones de bienes cuyo plazo para la liquidación de divisas hubiere expirado deben ser liquidados por los exportadores al tipo de cambio de referencia informado por el BCRA para el día en que venció el plazo de liquidación [\(27\)](#). Si el tipo de cambio de esa fecha fuera mayor al correspondiente al de la fecha de efectiva liquidación de las divisas corresponderá aplicar este último, procurándose de esta manera evitar que un exportador saque partido del retardo en el cumplimiento de su obligación de ingresar los fondos,

especulando con las eventuales variaciones en el tipo de cambio (Comunicación "A" 3608).

Las divisas ingresadas deben ser liquidadas en el mercado de cambios (convertidas a Pesos) y los fondos resultantes depositados en una cuenta abierta a nombre del exportador en una entidad financiera (Comunicación "A" 3394), pudiendo ser liquidados al tipo de cambio que sea libremente pactado con las entidades financieras, en los términos previstos en el art. 2° del dec. 260/2002 (Adla, LXII-B; 1636) (28).

Excepciones a la obligación de ingresar las divisas:

La obligación de ingresar las divisas al mercado de cambios no es absoluta, ya que admite una serie de excepciones, entre las que se destacan las siguientes:

1. Aplicación de los cobros de exportaciones a financiaciones de comercio exterior: Se permite a los exportadores aplicar los cobros de exportaciones en el exterior para la cancelación de: (a) anticipos y prefinanciaciones otorgadas por entidades locales con anterioridad al 06/12/2001, (b) anticipos y prefinanciaciones otorgadas por entidades del exterior de manera anterior al 06/12/2001, cuando el exportador haya optado por el mecanismo de renovación exigido por la Comunicación A 3473 (ingreso de nuevos anticipos o prefinanciaciones por el mismo monto que se cancela y mantenimiento en el período enero-septiembre de 2002 del 85% en promedio, del saldo al 31/12/2001 por estos conceptos imponiendo así una suerte de espera forzosa por ese porcentaje para el cobro por parte de los acreedores del exterior), y (c) anticipos y prefinanciaciones otorgados en el exterior e ingresados a entidades financieras locales con posterioridad al 06/12/2001. De esta manera se permite a los exportadores aplicar los cobros de sus exportaciones a las facilidades crediticias que hayan sido tomadas con el objeto de financiar la exportación (ya sea a través de un adelanto o de una prefinanciación), debiendo mantenerse informado al BCRA de estas aplicaciones a través del régimen previsto por la Comunicación "A" 3430, que es un régimen informativo que utiliza el BCRA para hacer un seguimiento de los saldos por anticipos o prefinanciación de exportaciones del exterior.

2. Aplicación de los cobros de exportación a cancelar deuda financiera: A partir del 16/09/2005, la Comunicación "A" 4420 permite la aplicación de cobros de exportaciones al pago de servicios de capital e intereses de nuevas deudas financieras por: (i) emisión de bonos en el exterior, (ii) préstamos financieros de organismos internacionales, agencias oficiales de crédito, bancos multilaterales y otros bancos del exterior, y (iii) deudas en moneda extranjera con entidades financieras locales fondeadas en líneas de crédito del exterior, en la medida que los nuevos fondos sean destinados por el exportador a la financiación de nuevos proyectos de inversión en el país que tengan por objeto el aumento en la producción exportables. Esta norma procura ampliar la facultad de los exportadores de aplicar los cobros de sus exportaciones a la cancelación de deuda de carácter financiero, pero los requisitos a los que se subordina esta posibilidad son tan complejos e insólitos que prácticamente anulan la operatividad de la norma.

3. Regímenes excepcionales: Existen ciertos regímenes excepcionales que se encuentran parcial o totalmente exentos de la obligación de ingresar las divisas, tales como las ventas de hidrocarburos comprendidas en el artículo 1° del dec. 2703/2002 (Adla, LXIII-A, 127), las que solamente están afectadas por la obligación de ingresar el 30% del valor FOB o CyF del permiso de embarque, y las ventas de minerales de emprendimientos que cuenten con la estabilidad cambiaria prevista en el artículo 8° de la ley 24.196 (Adla, XLIII-B, 2577). La totalidad de las operaciones aduaneras exentas del seguimiento del cumplimiento de la liquidación de las divisas son aquellas indicadas en las Comunicaciones "A" 3587, 3693, 3751, 3812, 3813, 4099 y 4462.

4. Mermas, faltantes o deficiencias: En el caso de mermas, faltantes o deficiencias en las mercaderías, las entidades financieras pueden otorgar el cumplimiento de los permisos de embarque en la medida en que el exportador presente documentación que acredite que los montos no han sido ingresados por alguna de esas circunstancias.

5. Descuento de créditos de exportación: En el supuesto de descuento de créditos de exportación, los exportadores están exentos de ingresar el monto correspondiente a los intereses del descuento, en la medida que se cumplan con los requisitos previstos por las Comunicaciones A 3914 y C 39.640 para el caso de descuentos en el exterior, y en la Comunicación C 38.906 para el caso de los descuentos en entidades locales. Los principales requisitos previstos por esas normas, exigen que el descuento sea registrado en entidades bancarias cuyas casas matrices o controlantes se encuentren radicadas en alguno de los países miembros del Comité de Basilea, que no esté vencido el plazo para liquidar el cobro de la exportación y que la tasa de interés sea razonable.

El seguimiento de la obligación de ingresar las divisas

Naturalmente, para que la obligación de ingresar las divisas no sea una mera expresión ilusoria de deseos, es indispensable que alguien fiscalice su efectivo cumplimiento, lo que ha sido delegado en las entidades financieras en los términos previstos en la Comunicación "A" 3493 y complementarias. Dado que al BCRA le resultaría materialmente imposible ejercer por sí solo el control sobre el universo de exportadores y operaciones de cambio que se celebran en el mercado —y que el autocontrol ha dado sobradas pruebas de su ineficacia en nuestro país— se decidió asignar dicho control a los sujetos que intermedian en las operaciones de cambio, es

decir a los bancos.

Al realizar una exportación, los exportadores deben designar una entidad financiera que estará encargada de efectuar el seguimiento del ingreso de divisas respecto de cada permiso de embarque, lo que se realiza y se pone en conocimiento de la entidad financiera a través del sistema SECOEXPO, disponible en la página de Internet de la Administración Federal de Ingresos Públicos ("AFIP") (29). La norma no aclara si las entidades financieras tienen la posibilidad de rechazar esta designación, por lo que nos inclinamos a pensar que carecen de la misma, salvo que la persona que las designe no revista carácter de cliente de la entidad, en cuyo caso podrían negarse comunicándolo al exportador (30). En este sentido, reafirmamos nuestra posición respecto de que la actividad bancaria no es ni de cerca un servicio público (propio ni impropio), sino una actividad netamente privada sin perjuicio del control al que se hallan sujetas (31). Por el contrario, mientras el plazo para ingresar el cobro de exportación no hubiere vencido, el exportador está facultado para modificar la entidad financiera designada, para lo cual deberá presentarse ante esa entidad e instruir a que notifique a la nueva entidad su designación.

La entidad financiera designada por el exportador debe poner en conocimiento del BCRA tanto las operaciones de exportación que cumplieron con la obligación de negociación cambiaria de divisas, como los incumplimientos a dicha obligación, en ambos casos a través del régimen informativo previsto por el BCRA al efecto.

La notificación al BCRA de que un exportador ha dado cumplimiento a la obligación de liquidar las divisas en el mercado de cambios produce efectos no sólo cambiarios, sino que da lugar a la liberación de pagos por parte de la AFIP (en concepto de reintegros a las exportaciones por ejemplo), lo que implica una certificación de la entidad financiera a todos los efectos cambiarios, fiscales y aduaneros, debiéndose por ende extremar las medidas de control y seguridad para que las certificaciones sean emitidas en forma veraz y confiable (32).

El incumplimiento del exportador a su obligación de ingresar las divisas dentro del plazo fijado, genera para la entidad financiera el deber de informar esta circunstancia ante el BCRA, pudiendo dar lugar a las sanciones previstas en la ley penal cambiaria 19.359 (Adla, XXXII-A, 2) (t.o. dec. 480/95 —Adla, LV-E, 5926—) ("Ley Penal Cambiaria") y la suspensión de los reintegros a los que hubiera tenido derecho el exportador, lo que se analiza más adelante en detalle (33).

1. (b) Cobros de exportaciones de servicios: De acuerdo a la normativa vigente, no sólo el contravalor de las exportaciones de bienes debe ser ingresado al mercado de cambios, sino que también es obligatorio ingresar el 100% de las divisas provenientes de las exportaciones de servicios a favor de no residentes, los que deben registrarse en un plazo de 135 días hábiles desde la fecha en la que los servicios hubieren sido cancelados, en los términos previstos en las Comunicaciones A 3473, 4361 y C 39.547. Es importante poner de relieve que el dec. 2581/64 solamente establece la obligación de ingresar las divisas provenientes de la exportación de productos nacionales, hasta alcanzar su valor FOB o CyF, sin hacer mención alguna a la exportación de servicios, por lo que cabría preguntarse si la obligatoriedad de su ingreso puede o no ser establecida por el BCRA a través de una Comunicación. De admitirse esta posibilidad (invocando como fundamento las facultades contempladas en la Carta Orgánica del BCRA), se estaría aceptando tácitamente la inutilidad de los decs. 1606/2001 y 2581/64 para establecer la obligación de ingresar las divisas provenientes de las exportaciones de productos nacionales, los que no serían necesarios para dotar de facultades reglamentarias al BCRA, quien las detentaría ab initio a partir del momento mismo de la sanción de su Carta Orgánica. En nuestra opinión, existe una carencia normativa en cuanto a la obligatoriedad de ingresar los cobros de exportaciones de servicios, que en todo caso debería ser suplida por una norma de jerarquía superior a una Comunicación del BCRA, careciendo esta última entidad de facultades suficientes al respecto.

1. (c) Ingreso de capitales. Decretos 285/2003 y 616/2005: Como ya fuera mencionado, en la Argentina de hoy coexisten dos controles de cambio simultáneos, el control al egreso de divisas (implantado a través del dec. 1570/2001) y el control al ingreso de divisas (instaurado a través del dec. 1606/2001 que restableció la vigencia del dec. 2581/64).

Hasta el dictado del dec. 285/2003, el control al ingreso de divisas se circunscribió a la obligación de los exportadores de bienes y servicios de ingresar y liquidar en el mercado de cambios las divisas provenientes de las exportaciones, sin afectar al ingreso de divisas que correspondiera a otros conceptos, como ser remesas de no residentes o repatriaciones de residentes (34), los que gozaban de una amplia libertad para introducir capitales en la Argentina. Sin embargo, y dando razón al proverbio que afirma que nada bueno dura para siempre, a través de la sanción del dec. 285/03 se instaló la piedra angular sobre la cual se apoyaría después la maraña de normas que rigen actualmente el ingreso de capitales a la República Argentina, al disponer que el ingreso y egreso de divisas al mercado local, así como la negociación de las mismas en dicho mercado, debían ser objeto de registro ante el BCRA.

A su vez, estableció un plazo mínimo de permanencia de 180 días para que las divisas que hubieren ingresado al mercado local pudieren ser transferidas al exterior, plazo que fue posteriormente ampliado por el Ministerio de Economía y Producción a través de la resolución 292/2005, a 365 días desde la fecha en la que los fondos hubieren ingresado al país.

Casi 2 años más tarde de la sanción del Decreto 285/03, e invocando la necesidad de desincentivar el ingreso al país de capitales especulativos y de morigerar la agudización del exceso de oferta en el mercado de cambios (35), el Poder Ejecutivo decidió profundizar el control cambiario sobre el ingreso de divisas, para lo cual dictó el dec. 616/2005 que reemplazó al anterior Decreto derogándolo y cuyas características principales se resumen a continuación:

* Al igual que el dec. 285/2003, dispuso que los ingresos y egresos de divisas al mercado local de cambios y toda operación de endeudamiento de residentes que pueda implicar un futuro pago de divisas a no residentes, debe ser objeto de registro ante el BCRA.

* Dispuso que todo endeudamiento con el exterior de personas físicas y jurídicas residentes en el país, pertenecientes al sector privado deberá pactarse y cancelarse en plazos no inferiores a 365 días corridos, cualquiera sea su forma de cancelación, con excepción de las operaciones de financiación del comercio exterior y las emisiones primarias de títulos de deuda que cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados, a las que no les resulta aplicable dicho plazo mínimo.

* Los fondos ingresados deben ser liquidados y acreditados en una cuenta del sistema bancario local, correspondiendo la constitución de un depósito nominativo, no transferible y no remunerado, por el 30% del monto involucrado en la operación correspondiente, durante un plazo de 365 días corridos, de acuerdo a las condiciones que se establezcan en la reglamentación (36).

* El depósito mencionado en el punto anterior, debe ser constituido en dólares estadounidenses en las entidades financieras del país, no pudiendo ser utilizado como garantía o "colateral" (sic) de operaciones de crédito de ningún tipo.

A raíz de la entrada en vigencia de este Decreto —y de su profusa normativa reglamentaria y complementaria (Resolución del Ministerio de Economía y Producción N° 365/05 y Comunicaciones del BCRA "A" 4359, 4377)— las siguientes operaciones quedaron sujetas a la constitución del encaje del 30% sobre los fondos ingresados:

(i) Ingreso de fondos en concepto de deudas financieras del sector financiero y privado no financiero, con la excepción del producto de la suscripción de las emisiones primarias de títulos de deuda que cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados.

(ii) Ingreso de fondos para la suscripción de emisiones primarias de acciones de empresas residentes que no cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados, en la medida que no constituyan fondos de inversión directa, tal como se explica más abajo.

(iii) Ingreso de fondos en concepto de inversiones de portafolio de no residentes destinadas a tenencia de moneda local y de activos y pasivos financieros, en la medida que no correspondan a la suscripción primaria de títulos de deuda o acciones de empresas residentes que cuenten con oferta pública y cotización en mercados autorregulados.

(iv) Ingreso de fondos en concepto de inversiones de portafolio de no residentes destinados a la adquisición de títulos públicos en el mercado secundario.

(v) Ingreso de fondos en concepto de inversiones de portafolio para la suscripción primaria de títulos emitidos por el BCRA.

(vi) Los ingresos al Mercado de Cambios por ventas de activos externos de residentes del sector privado, sólo por el monto que supere el equivalente de dólares estadounidenses 2.000.000 por mes calendario, en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios.

(vii) Todo ingreso de fondos al mercado local de cambios destinado a suscribir la emisión primaria de títulos, bonos o certificados de participación emitidos por el fiduciario de un fideicomiso, que cuenten o no con oferta pública y cotización en mercados autorregulados, cuando el encaje sea aplicable en el caso de adquisición directa de alguno de los activos fideicomitados.

Excepciones a la obligación de constituir el encaje

Si bien la obligación de constituir el encaje afecta a gran parte de los ingresos de divisas al mercado de cambios, la normativa vigente prevé una serie de conceptos que se encuentran exceptuados de dicha obligación. A continuación analizaremos los conceptos cuya elección resulta ser más frecuente en la práctica.

(i) Aportes de inversiones directas. Existen gran cantidad de empresas cuyas casas matrices o sociedades controlantes residen en el exterior, y que suelen capitalizar a sus sucursales o sociedades controladas a través de aportes de capital que ingresan por el mercado de cambios. Los ingresos por este concepto están exceptuados de la obligación de constituir el encaje siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados por el BCRA a tal efecto. En este sentido, la Comunicación del BCRA A 4359 dispone que los ingresos cambiarios por inversiones directas, entre los que se encuentra la capitalización, abarcan únicamente a las liquidaciones de divisas en concepto de aportes realizados por no residentes en empresas de inversión directa del país, y los ingresos de fondos de no residentes con destino específico a la compra de activos locales que califiquen como de inversión

directa de acuerdo a los conceptos utilizados internacionalmente.

Por su parte, la Comunicación A 4237 establece que debe entenderse por inversión directa a la participación de un no residente en una sociedad local en la medida que aquel posea al menos el 10% de las acciones ordinarias o del total de los votos de la sociedad local.

Cinco meses más tarde de la entrada en vigencia del dec. 616/2005, el BCRA decidió clarificar cuales eran los requisitos que debían reunirse para que los ingresos de fondos bajo el concepto inversiones directas quedaran exceptuados de la obligación de constituir el encaje. En este sentido, la Comunicación A 4447 dispone que la empresa residente debe acreditar la capitalización definitiva del aporte de capital mediante la presentación de la constancia que dé cuenta del inicio del trámite de inscripción ante el Registro Público de Comercio (37). La fijación de este requisito no solo pone de manifiesto un preocupante desconocimiento de la normativa societaria de fondo por parte de la autoridad cambiaria, sino que también dio lugar a innumerables inconvenientes operativos y formales para las empresas habituadas a financiarse a través de remesas enviadas desde el exterior. Conforme a estos parámetros la inversión será considerada directa (y por ende no inspirada en un fin especulativo) solamente en la medida que la sociedad local haya acreditado haber iniciado el trámite de inscripción del aumento de capital en la Inspección General de Justicia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires o en el Registro Público de Comercio en el ámbito provincial.

Nótese que el criterio para determinar si una inversión es o no especulativa es meramente formal (ya que depende del inicio de un trámite administrativo), dejándose absolutamente de lado cualquier indagación sobre el uso real de los fondos.

Nada impide que una vez inscripto el aumento de capital en el registro correspondiente, la sociedad destine los mismos a la inversión especulativa, que es justamente lo que se quiere evitar a través de la implantación de estos controles (en este caso estaríamos frente a una inversión especulativa formalmente bien constituida).

Mediante la fijación de este requisito formalista, se han ignorado olímpicamente los usos y costumbres que tanto arraigo tienen en el derecho comercial (se invierte el orden tradicionalmente seguido en los aumentos de capital, ya que paradójicamente se exige iniciar el trámite de inscripción del aumento antes de que los fondos ingresen formalmente a la sociedad), y se ha discriminado injusta y arbitrariamente a las sociedades locales cuyas casas matrices o controlantes residen en el exterior.

Las sociedades locales cuyos accionistas residen en el país pueden recibir aportes sin necesidad de tener que iniciar trámite de aumento de capital alguno (al menos durante un plazo de 180 días conforme lo dispone la Resolución de la Inspección General de Justicia 25/2004) (38) e incluso pueden destinar dichos fondos a la inversión especulativa sin ningún tipo de traba, mientras que las empresas que reciben financiamiento desde el exterior deben sortear toda clase de obstáculos burocráticos para poder acceder a los fondos que necesitan para mantener su capacidad operativa. La disposición bajo análisis resulta violatoria del principio de igualdad de raigambre constitucional (artículo 20), receptado en la ley de inversiones extranjeras 21.382 (Adla, XXXVI-C, 2071), en cuanto dispone que los inversores extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones que la Constitución y las leyes acuerdan a los inversores nacionales (39).

Asimismo, muestran un pasmoso desconocimiento de las particularidades que rigen la inversión en algunas industrias especializadas (tales como la vitivinícola y la minera), que requieren de una fuerte inversión al comienzo, y que en ocasiones no justifican la capitalización definitiva de un aporte, ya que no existen certezas sobre las reales posibilidades que el proyecto tiene para prosperar.

Un párrafo aparte merecen las empresas que han cometido el error de no haberse constituido como personas jurídicas diferentes de sus casas matrices, sino que se han establecido como sucursales de sociedades extranjeras en los términos del art. 118 de la ley de sociedades 19.550 (t.o. 1984) (Adla, XLIV-B, 1319).

Esta ley autoriza expresamente a las sucursales de sociedades extranjeras a funcionar sin necesidad de tener asignado un capital (el mismo es exigido cuando corresponda por leyes especiales), pero una norma de inferior jerarquía (como lo es una comunicación del BCRA) les restringe el acceso al financiamiento de sus casas matrices, por el mero hecho de haber escogido una de las formas jurídicas expresamente permitidas por la ley de sociedades (40).

La asignación de capital es obligatoria únicamente en el supuesto de que una ley especial así lo exija, ya que en términos de responsabilidad, la sucursal no puede tener otro capital que el de su casa matriz (41).

Es importante destacar que de ninguna manera es nuestro objetivo propiciar el ingreso al país de capitales especulativos, pero no podemos dejar de remarcar que el sistema actualmente vigente peca de arbitrario e ineficiente, y más que ahuyentar los capitales especulativos, entorpece el ingreso genuino de fondos destinados a financiar la capacidad productiva (42).

Mientras los más altos funcionarios de nuestra Nación reclaman insistentemente para que nuevos capitales extranjeros se radiquen en la Argentina, se maltrata a los ya existentes, sometiéndolos a un absurdo mecanismo para poder acceder a los fondos que les son enviados desde el exterior.

(ii) Adquisición de inmuebles por parte de no residentes. Otro de los conceptos que se encuentra exceptuado

de la obligación de constituir el encaje es la adquisición de inmuebles por parte de no residentes. La Comunicación del BCRA A 4447 dispone que los ingresos de divisas por este concepto solo podrán ser realizados en la medida que el mismo día de la liquidación de cambio se proceda en forma simultánea a la firma de la escritura traslativa de dominio a favor del no residente. Una vez más se pone de manifiesto una inflexibilidad reñida con los usos y costumbres vigentes en nuestro ordenamiento, en el que normalmente la compra de inmuebles es precedida por la firma de un boleto de compraventa.

(iii) Préstamos a más de 2 años de plazo. La Comunicación del BCRA A 4377 prevé que están exceptuados del encaje previsto por el dec. 616/2005, los ingresos por endeudamientos financieros en la medida que sean contraídos y cancelados a una vida promedio no menor a los 2 años, incluyendo en su capital los pagos de capital e intereses, y en la medida que estén destinados a la inversión en activos no financieros. Posteriormente, el BCRA especificó que debía entenderse por activos no financieros a las adquisiciones que corresponda contabilizar en el rubro "bienes de uso" del balance contable (Comunicación C 42.303).

Los requisitos que las entidades financieras deben exigir a los clientes para dar acceso al mercado de cambios por este concepto no han sido claramente fijados por la normativa cambiaria, la que se limita a exigir que el destino de los fondos debe constar en una declaración jurada a ser firmada por el cliente, sin mencionar la obligatoriedad de presentar una copia del respectivo contrato de préstamo. Esta obligación no puede quedar englobada en la pauta genérica que impone a las entidades financieras solicitar toda aquella documentación que sea necesaria para demostrar la "genuinidad" (sic) de la operación, ya que estando de por medio la Ley Penal Cambiaria, todo atisbo de analogía debe ser desechado de plano. Tomando este dato en cuenta, el BCRA debería ser extremadamente cuidadoso y previsor en el dictado de las normas cambiarias, aventando la posibilidad de imponer obligaciones genéricas o que dependan del criterio de un funcionario público. Es de por sí discutible que la Ley Penal Cambiaria sancione "todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios" (art. 1º inc. (f) de la ley penal cambiaria) sin precisar cual es la conducta pasible de reproche penal, pero lo que resulta indudablemente inadmisibles es que en el ejercicio de su facultad delegada, el BCRA pretenda a su vez imponer obligaciones genéricas o sujetas a interpretación, sin delimitar de manera precisa y detallada la conducta cuya acción u omisión configure la infracción cambiaria.

(iv) Ingresos de endeudamientos con Organismos Multilaterales y Bilaterales de Crédito. El ingreso de fondos correspondientes a préstamos otorgados por los organismos listados en el Anexo a la Comunicación A 4324 se encuentra exceptuado de la obligación de constituir el encaje previsto por el dec. 616/2005.

(v) Ingreso de endeudamiento financiero destinado a la cancelación simultánea de deuda externa. El ingreso de fondos del exterior que se destine simultáneamente a la compra de divisas para la cancelación de servicios de capital de deuda externa se encuentra exceptuado de la obligación de constituir el encaje. Tampoco aplica el encaje, cuando los fondos son destinados a la formación de activos externos de largo plazo, en la medida que dentro de los 180 días desde el acceso al mercado de cambios, el cliente demuestre la afectación efectiva de los fondos en una capitalización definitiva en una sociedad extranjera o en una compra de una empresa del exterior.

(vi) Repatriación de inversiones y venta de moneda extranjera dentro del límite mensual. Los ingresos de fondos en concepto de ventas de activos externos de residentes por un monto inferior a dólares estadounidenses 2.000.000 por mes calendario se encuentran exceptuados de la obligación de constituir el encaje previsto por el dec. 616/2005. Quedan encuadradas en esta excepción, no sólo el ingreso por repatriación de inversiones desde el exterior, sino también la venta de moneda extranjera que el residente tenga depositada en el país (en una cuenta a la vista por ejemplo). En el caso de la repatriación de inversiones, el BCRA exige que los fondos que se repatrían provengan de una cuenta de titularidad del residente que efectúa la operación en el mercado de cambios (Comunicación A 4377).

1. (d) Ingreso de préstamos desde el exterior: La normativa cambiaria actualmente vigente (Comunicaciones del BCRA 3712, 3820, 3972, 4142 y 432.1) sobre las operaciones de endeudamiento con el exterior del sector privado no financiero y sector financiero por bonos, préstamos financieros (incluyendo operaciones de pase) establece la obligación de ingreso y liquidación de los fondos de dichas operaciones en el mercado único y libre de cambios, y su permanencia por un plazo mínimo de 365 días.

Las emisiones de títulos de deuda del sector privado (financiero y no financiero) denominados en moneda extranjera cuyos servicios de capital e intereses no sean exclusivamente pagaderos en pesos en el país, deben ser suscriptos en moneda extranjera y los fondos obtenidos deben ser liquidados en el mercado local.

El ingreso y liquidación de los fondos en el mercado de cambios puede realizarse en los siguientes plazos desde la fecha de desembolso de los fondos:

(i) Dentro de los 30 días corridos para desembolsos por montos no superiores al equivalente en Dólares Estadounidenses 50.000.000.

(ii) Dentro de los 90 días corridos para desembolsos superiores a dicho monto.

1. (e) Otros conceptos: Los fondos en moneda extranjera que sean percibidos por residentes en concepto de enajenación de activos no financieros "no producidos" (sic), como ser pases de deportistas, patentes, marcas, derechos de autor, regalías, derechos de licencia, deberán ingresarse y liquidarse en el mercado local de cambios

dentro de los 30 días corridos de la fecha de su percepción.

En relación con esta obligación, resulta de plena aplicación la objeción que fuera planteada en el Punto 1 (b) del presente trabajo, en el sentido de que no existe una Ley o al menos un Decreto del Poder Ejecutivo que establezca la obligación de ingresar los fondos provenientes de estos conceptos, lo que a nuestro juicio configura una clara extralimitación en el ejercicio de las facultades que le fueran delegadas al BCRA.

2. Control al egreso de divisas

2 (a) Pagos de importaciones de bienes: Quizá el concepto más utilizado para transferir fondos al exterior sea el pago del precio de las importaciones de bienes ingresados al país. Aun en el momento más grave de la última crisis sufrida por nuestro país (Diciembre de 2001 y primer semestre de 2002) la autoridad de control tuvo la delicadeza de no prohibir estos pagos, aunque los mismos se vieron afectados por varias restricciones. A partir del dictado de la Comunicación del BCRA A 4496 (16 de Febrero de 2006) se suspendió la vigencia de las normas dadas a conocer por las Comunicaciones A 4372 y A 4385 (las que habían creado un complejo sistema aplicable a la cancelación de determinados bienes de consumo y uso final incluidos en un Anexo), por lo que hoy en día cualquier tipo de bien que sea importado puede pagarse en su totalidad por anticipado, al contado o con pago diferido.

En todos los casos debe demostrarse la nacionalización de los bienes dentro de los 360 días de efectuado el pago anticipado o dentro de los 90 días de efectuado el pago a la vista. Si el bien no es ingresado al país dentro del plazo arriba señalado, el importador debe ingresar al mercado de cambios el monto del pago anticipado (o la diferencia si el monto nacionalizado es menor al pagado). En este caso las divisas se deben liquidar al menor tipo de cambio entre el de referencia del día del pago anticipado, y el del mercado único de cambios ofrecido en la rueda CAM 1 del SIOPEL (cotización compradora) del día de efectiva liquidación de las divisas que son reingresadas.

2 (b) Pago de servicios: Se encuentra permitida la transferencia de fondos para la cancelación de servicios prestados por no residentes, cualquiera sea el concepto (fletes, seguros, regalías, asesoramiento técnico, honorarios, etc.). La Comunicación A 3826 establece que si la naturaleza del servicio que se pretende cancelar no tiene una relación directa con la actividad que desarrolla el cliente, la entidad financiera interviniente deberá requerir la presentación de una copia autenticada del contrato que dio lugar a los servicios, y el dictamen de un auditor externo que avale la existencia de la obligación.

2 (c) Pago de capital de deudas financieras: Está permitida la cancelación de servicios de capital de deuda financiera contraída con el exterior, en la medida que se cumplan las siguientes condiciones:

(i) La deuda debe estar declarada bajo el régimen informativo previsto por la Comunicación A 3602, que contempla una suerte de sistema de relevamiento por el cual los residentes deben declarar al BCRA a través de una entidad financiera, sus pasivos con el exterior trimestralmente.

(ii) Debe haber transcurrido como mínimo 1 (un) año desde la fecha de ingreso de los fondos correspondientes al préstamo o desde la última renovación, aun cuando esta última hubiere sido realizada sin efectuar movimiento de fondos. Los préstamos desembolsados a partir del 10/06/2005 no pueden ser cancelados con anterioridad a un plazo de 365 días desde que ingresaron los fondos, cualquiera sea la forma de cancelación e independientemente de si la misma se efectúa o no con acceso al mercado único y libre de cambios.

(iii) Cuando la fecha de desembolso del préstamo que se pretende cancelar se haya registrado entre el 03/12/2001 y el 03/09/2002, se deberá presentar la documentación que demuestre el ingreso de los fondos al país y/o su aplicación a la cancelación de deudas externas de carácter comercial o financiero, pagos anticipados o contra documentos de embarque de importaciones de bienes o pagos de servicios prestados por no residentes. Cuando la fecha de desembolso de los fondos se haya registrado a partir del 04/09/2002, se deberá presentar la documentación que demuestre la liquidación de los fondos en el mercado único y libre de cambios.

(iv) Se presente toda otra documentación que permita a la entidad financiera avalar la "genuinidad" (sic) de la operación en concepto y monto. En el caso de intereses, la entidad interviniente deberá evaluar si la tasa de interés aplicada es razonable, y en caso de duda efectuar la consulta al BCRA de manera previa a dar curso a la operación. En relación con esta obligación, resulta de plena aplicación la objeción que planteáramos al analizar el régimen que regula el ingreso de fondos en concepto de préstamos a más de 2 años de plazo, en cuanto a la invalidez que deriva de su generalidad, ya que se omite precisar que documentos debe requerir efectivamente la entidad financiera bajo este concepto, dejando así librada a interpretaciones subjetivas una conducta pasible de sanciones penales.

Pago anticipado de deudas financieras: Las obligaciones en concepto de capital de deuda financiera con el exterior pueden ser canceladas de manera previa a su vencimiento, sujeto al cumplimiento de las condiciones generales arriba enumeradas y de los siguientes requisitos particulares:

(i) Precancelación durante los 365 días corridos previos al vencimiento: Puede cancelarse el monto total de la obligación.

(ii) Precancelación con una anticipación mayor a los 365 días corridos previos al vencimiento: En este caso

hay que realizar la siguiente distinción, (a) si el pago no forma parte de un proceso de reestructuración de deuda, el monto de la precancelación no podrá ser mayor al valor actual de la porción de deuda que se cancela, salvo que la precancelación sea compensada con un ingreso de nuevo financiamiento por el equivalente al monto precancelado, y (b) si el pago forma parte de un proceso de reestructuración, las nuevas condiciones del endeudamiento y el pago al contado que se realiza no deben implicar un aumento en el valor actual del endeudamiento. En los casos previstos en los acápites (a) y (b) precedentes, el valor actual de la deuda debe ser calculado descontando los vencimientos futuros de capital e intereses, a la tasa de interés efectiva anual equivalente a la tasa de interés implícita registrada en las operaciones de cobertura de futuros de tipo de cambio para el Dólar Estadounidense a 180 días (o en caso de no existir operaciones a este plazo, al plazo mayor al que las operaciones sean concertadas en los mercados institucionalizados) (43).

En estos casos sólo se puede transferir al exterior el monto equivalente al valor actual de la deuda que se precancela, por lo que no está claro qué tratamiento debe ser otorgado al remanente cuya transferencia se encuentra restringida (que en caso de existir será la diferencia entre el valor actual de la deuda y el monto a precancelar). ¿La norma bajo análisis implica una quita forzosa para el acreedor del exterior o simplemente es una restricción temporal al derecho a percibir su acreencia antes del plazo de vencimiento? En nuestra opinión, la norma simplemente impide la transferencia de un importe mayor al valor actual de la deuda a precancelarse, pero en modo alguno puede ser interpretada como la imposición de una quita forzosa para el acreedor del exterior, ya que el BCRA carecería de facultades para dictar una norma con esos efectos.

(iii) Precancelación que dependa de la materialización de condiciones específicas: En los contratos celebrados con posterioridad al 11/02/2002 (fecha de inicio de las operaciones en el mercado único y libre de cambios) que prevean expresamente esta posibilidad, la precancelación puede ser realizada con la anticipación operativamente necesaria para que el pago sea recibido por el acreedor a su vencimiento.

2 (d) Pago de intereses de deuda financiera. Giro de dividendos: Conforme a la Comunicación A 4177, se encuentra permitida la transferencia de fondos en concepto de cancelación de intereses de préstamos contraídos con el exterior, sujeto al cumplimiento de las condiciones generales analizadas en el punto 2 (c) precedente. En el caso de cancelación anticipada, la misma puede ser realizada con una antelación de hasta 15 días corridos a la fecha de vencimiento de cada cuota de interés.

En el caso de los dividendos, el BCRA autoriza la transferencia de los mismos al exterior sujeto a que los mismos surjan de balances cerrados y certificados por auditores externos (Comunicación A 3859).

2 (e) Repatriación de inversiones de no residentes: De conformidad con lo establecido por el actual régimen vigente sobre la materia (Comunicación A 4129 y complementarias), las personas físicas o jurídicas no residentes en la Argentina están facultadas para acceder al mercado de cambios para repatriar al exterior los fondos percibidos en el país por los siguientes conceptos:

(i) El cobro de importaciones al contado, servicios, rentas y otras transferencias corrientes, por las cuales el residente hubiere tenido acceso al mercado de cambios de acuerdo a las normas cambiarias que regulan esos pagos. Es decir que el importe correspondiente a aquellos pagos que un residente hubiera efectuado a favor de un no residente en la Argentina, y que conforme a la normativa cambiaria hubieren podido ser transferidos por el residente al exterior, pueden ser repatriados por el no residente.

(ii) Cuotas de capital de bonos públicos nacionales emitidos en moneda extranjera, debiendo demostrarse la liquidación en el mercado de cambios de la moneda extranjera recibida en pago (es decir que se recibe un pago en moneda extranjera, y el no residente debe convertir a pesos el pago recibido para luego volver a convertirlo a moneda extranjera para poder transferirlo al exterior).

(iii) Deudas externas de residentes por importaciones argentinas de bienes y servicios y financieras originadas en préstamos externos de no residentes, en la medida que cuenten con la validación de la declaración del régimen informativo previsto por la Comunicación A 3602.

(iv) Recuperos de créditos en quiebras locales.

(v) La acreditación en cuentas de entidades locales de cobros de exportaciones correspondientes a operaciones cursadas a través de convenios de pago y créditos recíprocos ALADI y República Dominicana y bilaterales con la Federación Rusa y Malasia, cuyos créditos fueron descontados por entidades del exterior, en la medida que el exportador haya ingresado y liquidado en el mercado único y libre de cambios los fondos recibidos del exterior por el descuento.

(vi) Ventas de inversiones directas en el sector privado no financiero.

(vii) La liquidación definitiva de la inversión directa en el país en el sector privado no financiero.

(viii) Servicios o liquidación por venta de otras inversiones de portafolio ingresadas en divisas al país (y sus rentas), tal como inversiones en acciones y participaciones en empresas locales, inversiones en fondos comunes de inversión y fideicomisos locales, compra de cartera de préstamos otorgados a residentes por bancos locales, compra de facturas y pagarés, inversiones en bonos locales emitidos en pesos, etc.

La enumeración arriba efectuada no reviste carácter taxativo, por lo que es posible que existan operaciones

susceptibles de ser repatriadas que no figuren en las categorías arriba previstas.

Las operaciones enumeradas en los incisos (i) a (v) inclusive carecen de límite de monto, por lo que cumplidas las demás condiciones generales, los no residentes pueden repatriarlas libremente. Por el contrario, las operaciones mencionadas en los incisos (vi) y (vii) están afectadas en su conjunto por un límite mensual de dólares estadounidenses 2.000.000 y las incluidas en el acápite (viii) por un límite mensual de dólares estadounidenses 500.000. Por encima de estos montos, la transferencia al exterior requiere de la previa conformidad del BCRA.

Las condiciones a las que se supedita el acceso al mercado de cambios por este concepto son básicamente dos: que el no residente demuestre haber ingresado oportunamente los fondos al país y que la inversión que se pretende repatriar haya cumplido con el plazo mínimo de permanencia que le sea aplicable de acuerdo a la normativa vigente sobre este punto.

En relación con las operaciones descriptas en el acápite (viii), se deberá contar con la certificación de una entidad financiera local, sobre la fecha y monto de la inversión ingresada al país, sea a través de una liquidación en el mercado de cambios, o en su momento, de una acreditación en una cuenta bancaria en moneda extranjera en el país.

Adicionalmente, si como consecuencia de la venta de la inversión o del cobro del crédito se hubieran recibido en forma parcial o total cobros en moneda extranjera, se deberá presentar una certificación que avale la liquidación de los importes de tales ventas o cobros en el mercado de cambios.

Las operaciones cambiarias con no residentes que no cumplan con los requisitos mencionados en los puntos anteriores deberán contar con la conformidad previa del BCRA, salvo que no superen los dólares estadounidenses 5000 mensuales.

Los organismos internacionales y agencias oficiales de crédito no están alcanzados por los límites arriba mencionados.

2 (f) Formación de activos externos de residentes: Conforme a lo establecido por la Comunicación A 3998 y complementarias, las personas físicas y jurídicas residentes pueden acceder al mercado único y libre de cambios para realizar, con un límite mensual, compras de cambio y transferencias al exterior por los siguientes conceptos: inversiones inmobiliarias en el exterior, préstamos otorgados a no residentes, aportes de inversiones directas en el exterior, inversiones de portafolio en el exterior (acciones, bonos y toda clase de títulos), donaciones, etc., los que se entiende son de libre disponibilidad en la medida que se hubieren constituido cumpliendo los requisitos cambiarios vigentes.

La enumeración reviste carácter meramente enunciativo, y por ende no abarca todas las operaciones que pueden ser realizadas por los residentes con destino a la formación de activos externos.

El acceso al mercado de cambios por estos conceptos solo puede efectuarse en la medida que a la fecha de acceso, el residente no registre deudas vencidas e impagas con el exterior por servicios de capital e intereses de deudas de cualquier tipo (incluyendo financieras y comerciales), salvo que la adquisición sea menor a los dólares estadounidenses 10.000 mensuales.

En este sentido, en las obligaciones con el exterior que hayan sido contraídas sin vencimiento (lo que resulta muy frecuente en los préstamos intercompanías), se considerará que la deuda se encuentra vencida a los 180 días corridos desde la fecha en la que fueron asumidas, y en el caso de deudas por importaciones de bienes, no se considerará como deuda vencida e impaga si no hubieren transcurrido 180 días desde la fecha de embarque.

El límite mensual en el conjunto de las entidades financieras es actualmente de dólares estadounidenses 2.000.000, aunque puede ser ampliado en cualquiera de los siguientes casos:

(i) En la medida que el monto en Pesos abonado por las compras del residente por estos conceptos no supere el total en Pesos que resulta de la suma de los pagos de los derechos de exportación más tres veces el monto pagado por el impuesto sobre los créditos y débitos en cuenta corriente bancaria, que el residente hubiere efectuado a la Administración Federal de Ingresos Públicos en el mes calendario inmediato previo.

(ii) A partir del 22/03/2006, los residentes quedan exceptuados del límite para la formación de activos externos, en la medida que los fondos adquiridos por encima de los límites mencionados, sean destinados a la suscripción primaria en moneda extranjera de títulos públicos emitidos por el Gobierno Nacional.

(iii) En la medida que los fondos y sus rentas sean destinados hasta el 30/06/2006, a la recompra y cancelación de servicios de deudas con el exterior existente al 31/03/2006, que sean reestructuradas a partir del 15/08/2006, en concepto de títulos, préstamos financieros sindicados, siempre que (a) no se supere el equivalente a dólares estadounidenses 40.000.000 en cada mes calendario, y (b) el monto adquirido no sea superior al 35% del monto total de deuda pendiente sujeta a reestructuración. De más está aclarar lo difícil de cumplir con estos extraños parámetros.

(iv) En la medida que los fondos y sus rentas sean destinados dentro de los 360 días desde su adquisición, a la cancelación de servicios de capital e intereses de deudas financieras con el exterior, siempre y cuando el

monto de divisas acumulado no supere los vencimientos de capital e intereses externos de deudas financieras de los próximos 360 días.

III. La Ley Penal Cambiaria

Un análisis exhaustivo de la ley penal cambiaria excedería notoriamente el propósito del presente trabajo, pero no se puede analizar en profundidad la materia cambiaria sin aunque sea repasar someramente la norma que sanciona criminalmente las infracciones cometidas en ese ámbito.

La ley penal cambiaria ha sido definida como una ley penal en blanco dado que su integración requiere de normas administrativas que tipifiquen las conductas pasibles de ser sancionadas bajo la misma.

De esta manera, esta norma se complementa con las disposiciones dictadas por el BCRA, configurándose así la conducta típica y antijurídica merecedora del reproche penal, lo que ha sido arduamente criticado por cierta parte de la doctrina, la cual tilda de inconstitucional la posibilidad de que existan leyes penales en blanco (44).

Es decir que la norma penal en blanco no cobra valor sino después de dictada la ley o reglamentación a que se remite, y para los hechos posteriores a ésta. En palabras de Binding "Mientras tanto, la ley penal es como un cuerpo errante que busca su alma" (45).

Resulta sumamente importante que los sujetos intervinientes en el mercado de cambios adquieran cabal conocimiento de las normas que rigen el mismo y adecuen en ese sentido su conducta, no tanto por las implicancias económicas que la trasgresión de las mismas podría acarrear (la suspensión de los reintegros a las exportaciones o la fijación de multas pecuniarias por ejemplo), sino principalmente debido a que detrás de todo el sistema pende la amenaza de las sanciones de índole penal contenidas en la norma bajo análisis.

Sin pretender atenuar o desvirtuar el rol que cumple la ley penal cambiaria en el funcionamiento de todo el sistema de cambios, no hay que dejar de destacar que frecuentemente se distorsiona su dimensión, exacerbando hasta límites intolerables los efectos que la misma debería causar sobre las operaciones de cambios.

En este sentido, en ocasiones se pretende aplicar la Ley Penal Cambiaria a situaciones que no configuran una conducta típica prevista en una norma determinada, sino meras acciones u omisiones no contempladas en las normas cambiarias, invirtiendo de esta manera el principio que establece que "todo lo que no está prohibido está permitido", que encuentra acogida en el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

Afortunadamente, este afán de extender la aplicación de la Ley Penal Cambiaria a todas las situaciones o acciones no previstas taxativamente por la normativa cambiaria ha sido limitado en algunas sentencias judiciales entre las que se destaca una muy reciente del Fuero Penal Económico de fecha 25 de abril de 2005 que sostuvo que:

En razón de que la materia cambiaria resulta muy compleja y abarca aspectos muy técnicos, debe ser el órgano de contralor cambiario quien establezca cuáles son los negocios jurídicos que implican una operación de cambio, y sobre esa base especifique cuales de ellos deben realizarse con la previa autorización de la autoridad monetaria, puesto que toda conducta que no se encuentre claramente definida como una operación de cambio, en modo alguno empece que para llevarla a cabo se contemple la exigencia de solicitarse autorización alguna.

Unos párrafos Más adelante, la misma sentencia refuerza esta idea sosteniendo lo siguiente:

Teniendo en cuenta la función limitadora del Derecho Penal reconocida en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional, se debe estipular en forma precisa cuáles son los campos de licitud, en razón que de realizarse una inferencia lógica para considerar una conducta determinada como ilícita sin ningún sustento normativo, se estaría violentando el principio constitucional "nullum crimen, nulla pena sine lege", ello por cuanto debe existir una ley anterior al hecho que describa claramente cual es el comportamiento prohibido.

Con fundamento en estos principios, es que la normativa cambiaria debería precisar claramente cuáles son las acciones y/u omisiones típicas, generadoras de la responsabilidad penal, y simultáneamente debería establecer de manera minuciosa y sin generalidades, cuales son los requisitos que las entidades financieras deben exigir para dar acceso al mercado de cambios a sus clientes, ya que es en estas últimas en las que el BCRA ha delegado el poder de policía en materia cambiaria.

La delegación de tamaña responsabilidad en las entidades financieras debería estar acompañada por la fijación de criterios y parámetros objetivos que permitan a aquellas ejercer su deber dejando de lado las interpretaciones subjetivas que naturalmente dan lugar al surgimiento de diferentes posturas y conflictos en torno a la apreciación de las normas en cuestión. Así, puede ocurrir que una entidad financiera interprete de manera más rígida los requisitos que deben ser solicitados para dar a sus clientes acceso al mercado de cambios por determinado concepto, mientras que otra entidad sea mas laxa o flexible en dicha interpretación, generando así situaciones de iniquidad que podrían ser evitadas empleando un esfuerzo en el proceso de redacción de las normas en cuestión, suprimiendo las ambigüedades y las obligaciones genéricas a cargo de dichas entidades.

IV. Conclusión

Una aterradora maraña normativa regula el doble control de cambio vigente en la Argentina. El propósito que ha iluminado su dictado no está del todo claro: a veces parece responder a confusos criterios ideológicos,

otras al insaciable afán reglamentador. Lo que sí se aprecia con cristalina nitidez es el vía crucis al que se ven sometidos los capitales nacionales y extranjeros que pretenden invertir y desarrollarse en nuestra economía. Más que atraer capitales que impulsen nuestro desarrollo, el sistema de controles instaurado parece ahuyentarlos con pasmosa indiferencia, al imponerles una carga burocrática que no parece responder a un fin concreto ni meditado.

La confusión nos obliga a volver a las fuentes, a reflexionar en los sabios escritos de quiénes en los orígenes de nuestra patria velaron y soñaron por su grandeza. Así, en el hoy lamentablemente por muchos olvidado "Sistema Económico y Rentístico", Alberdi se preguntaba "En el interés de la sociedad, ¿vale más la libertad que la regla, o es más fecunda la regla que la libertad? Para el desarrollo de la producción ¿es mejor que cada uno disponga de su tierra, capital o trabajo a su entera libertad, o vale más que la ley contenga algunas de esas fuerzas y aumente otras? ¿Es preferible que cada uno las aplique a la industria que le diera gana, o conviene más que la ley ensanche la agricultura y restrinja el comercio, o viceversa? ¿Todos los productos deben ser libres, o algunos deben ser excluidos y prohibidos con miras protectoras?" Su respuesta era contundente y no admitía dudas: "La Constitución es, en materia económica, lo que en todos los ramos del derecho público: la expresión de una revolución de libertad... Y, en efecto, la Constitución ha consagrado el principio de la libertad económica, por ser tradición política de la revolución de mayo de 1810 contra la dominación española, que hizo de esa libertad el motivo principal de guerra contra el sistema colonial o prohibitivo"⁽⁴⁶⁾. El ilustre tucumano, padre de nuestra Constitución, remata en el Capítulo III afirmando que "los capitales son la civilización argentina, según su Constitución" y que deben ser estimulados y protegidos, en base al entonces art. 64 inc. 16 de nuestra ley fundamental, a través de la libertad, la seguridad y la igualdad ⁽⁴⁷⁾.

Sin perder de vista que los derechos no son absolutos ⁽⁴⁸⁾, recordamos que el preámbulo, enunciación compendiosa del fin al que se aspira y el origen de donde procede nuestra Constitución ⁽⁴⁹⁾, entre las grandes miras que enumera destaca las de "promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino". Nuestra Carta Magna consagra luego en su art. 20 "que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los ciudadanos", lo que incluye por supuesto la libertad de industria y comercio. Por último, el artículo 75 que contempla las atribuciones del Congreso, establece en su inciso 18 que corresponde al parlamento "proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración ... promoviendo la industria ... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos".

El farragoso régimen de control de cambios existentes en nuestro país, lejos está de cumplir con los principios y la doctrina económica que iluminan nuestra Constitución Nacional, al estrangular la libertad económica y la iniciativa privada en desmedro del bienestar general.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Jorge Luis BORGES, "Obras Completas", t. 1, "Historia de la Eternidad", Emecé Editores, 2006, ps. 411 y siguientes.

(2) Miguel DE CERVANTES, "Don Quijote de la Mancha", Alfaguara, 2004, p. 89.

(3) La lista sería larga, pero a mero título enunciativo nos permitimos recordar las hiperinflaciones, las restricciones a la libertad producto de los autoritarismos, la aversión y el resentimiento por lo foráneo y el consiguiente respaldo, casi fanático, a los nacionalismos mal entendidos.

(4) The Economist, The Return of Populism, edición de abril 15 a 21 de 2006, p. 39.

(5) El Imperio Inca que data del año 1200 y tuvo como sede la ciudad de Cusco, fue el más grande y antiguo imperio desarrollado en el continente americano.

(6) Sebrelí afirma que "rasgos característicos del progresismo son la confusión entre moral y política, el rechazo por toda forma de realismo político, la sustitución de los análisis concretos por la denuncia y la lamentación, el reemplazo de propuestas viables por la sujeción a principios abstractos, a bellos deseos imaginarios, una obstinada negación a ver la cruda realidad y una memoria histórica maniquea y distorsionada". Juan José SEBRELI, "Crítica de las Ideas Políticas Argentinas", Sudamericana, 2002, p. 401.

(7) Idem, p. 430.

(8) DE PABLO, Juan Carlos, "La Economía Argentina en la Segunda Mitad del Siglo XX", Ed. LA LEY, 2005, p. 132.

(9) Son elocuentes al respecto las palabras del eterno y camaleónico Cafiero quien expresaba que "el control de cambios se fue convirtiendo en un inapreciable instrumento de política económica general. A través de la fijación de tipos de cambio múltiples, y de la regulación de las importaciones con vistas a la protección y fomento de la industria nacional, se dispuso de un elemento eficaz, flexible y oportuno, que vino a sustituir con ventaja a los tradicionales instrumentos de regulación aduanera (tarifas y derechos), utilizados

fundamentalmente con finalidades fiscales y no de protección y fomento industrial". Idem, p. 268.

(10) Decimos moderna porque los primeros procesos de integración mundial se remontan a los tiempos de Roma, al imperio de Carlomagno y de Carlos V.

(11) Las empresas multinacionales integran así la etapa de producción de un bien en distintos países, tomando en consideración las ventajas que cada uno de ellos ofrecen.

(12) LARRAÍN, Felipe B. y SACHS, Jeffrey D., "Macroeconomía en la economía global", Pearson Prentice Hall, 2ª ed., 2002, ps. 679 y siguientes.

(13) Ver por ej. KRUGMAN, Paul, "Depression Economic Returns", Foreign Affairs, p. 78 y Joseph STIGLITZ, "Bleak Growth Prospects for the Developing World", International Herald Tribune, April 10-11, 1999, p. 6, citado por EDWARDS, Sebastián, "How Effective are Capital Controls?", NBER Working Paper Series, 1999, p. 1.

(14) OBSTFELD, Maurice y ROGOFF, Keneth, "Foundations of International Finance", The MIT Press, 1996, citado por EDWARDS, ob. cit., p. 2.

(15) Larraín y Sachs, ob. cit., pág. 707

(16) EDWARDS, ob. cit., p. 6.

(17) El dec. 1570/2001 exceptúa de esta prohibición a las transferencias 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, las que están sujetas a la autorización previa del Banco Central de la República Argentina.

(18) Es decir que los pilares del actual sistema de cambios vigente en la República Argentina se apoyan en el dec. 2581/64, el que paradójicamente en sus considerandos invocaba como fundamento para su dictado, el de evitar el distorsionamiento del valor real de nuestra moneda.

Resulta curioso que el único considerando invocado como fundamento al dictar el Decreto 2581/64 haya sido evitar el distorsionamiento del mercado de divisas y consecuencialmente del valor de nuestra moneda, provocado por factores ajenos al libre juego de la oferta y la demanda reales. Sin desviarnos del tema central de nuestro trabajo, no podemos resistir la tentación de subrayar como la actual política de cambios contradice abiertamente los fundamentos tenidos en cuenta al dictarse la norma que sirve de sustento a todo el sistema.

(19) Ver por ejemplo KRUGMAN, Paul, "Saving Asia: Is time to get radical", Fortune, 7 de Septiembre, ps. 74-80, citado por EDWARDS, ob. cit., p. 8.

(20) Salvo una diferencia emergente de lo que se conoce como "riesgo país".

(21) Sin embargo, es preciso señalar que el subsidio de las tasas de interés a través de un exceso de liquidez en la plaza local no basta para reactivar por sí solo el mercado de préstamos a largo plazo, ya que para que exista una tendencia firme en ese sentido debería ponerse énfasis sobre otros aspectos tales como la seguridad jurídica (seriamente afectada por la reiterada postergación de los remates hipotecarios por ejemplo) y el nivel de ingresos de los sujetos pasibles de crédito.

(22) Hacemos referencia al Régimen Penal Cambiario (ley 19.359) que, tal como veremos más adelante, es aplicable a las operaciones reguladas por los controles de cambio.

(23) En este sentido, resulta ilustrativa la nota publicada en el diario La Nación del 3 de mayo de 2006, Sección Economía, en la que se refleja la tendencia intervencionista del BCRA en el mercado de cambios, a fin de evitar la apreciación del peso respecto del dólar estadounidense, registrándose un récord de adquisición de 109,3 millones de dólares el día 2 de mayo de 2006.

(24) Se encuentra fuera de toda discusión la competencia y las facultades de las que goza el BCRA para intervenir en el mercado de cambios, ya que las mismas emanan claramente de la ley 24.144 (Adla, LII-D, 3892) (Carta Orgánica del BCRA); empero, cabría preguntarse si con sus frecuentes intromisiones tendientes a desvalorizar nuestra moneda respecto del dólar no se estaría violentando la misión primaria y fundamental que el art. 3º de la Carta Orgánica del BCRA pone a su cargo, que no es otra que la de preservar el valor de la moneda. ¿Se preserva el valor de nuestra moneda evitando que la misma se aprecie con respecto a las denominadas monedas fuertes?

(25) Ver EDWARDS, ob. cit., p. 10 y LARRAÍN, Felipe, "Capital Flows, Capital Controls and Currency Crisis in Latin America", en "Capital Flows, Capital Controls and Currency Crisis: Latin America in the 1990s", University of Michigan Press, 2000. Debe destacarse que en el año 98 se bajó el valor del encaje a cero y recién en el año 2001 se lo eliminó como instrumento de política.

(26) EDWARDS, ob. cit., p. 13 y LARRAÍN y SACHS, ob. cit., ps. 708 y 709.

(27) El tipo de cambio de referencia es fijado diariamente por el BCRA en los términos previstos en la Comunicación A 3500, en función a un promedio aritmético de tres tipos de cambios de equilibrio informados por las entidades financieras a través del sistema SIOPEL del Mercado Abierto Electrónico.

(28) A través del dec. 71/2002 (Adla, LXII-A, 104) se estableció un fugaz "mercado oficial de cambios" por el que debían canalizarse las operaciones que el BCRA especificara, que fue posteriormente dejado sin efecto a través del dec. 260/2002 y de la implantación del paradójicamente denominado "mercado único y libre de cambios".

(29) www.afip.gov.ar/bcraafip.

(30) Suscribimos respecto de este tema, al concepto restringido de cliente, entendiéndose por tal al que mantiene una relación comercial duradera con la entidad financiera. Ver por este tema BARBIER, Eduardo A., "Contratación Bancaria", Astrea, 2002, t. I, ps. 63 y siguientes.

(31) Ver SARAIVA FRIAS, Bernardo, "Reflexiones sobre Derecho Bancario Moderno", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2005-3, Rubinzal Culzoni, 2006, ps. 12 y siguientes.

(32) Véase a tal efecto la Resolución General de la AFIP 1281/2002.

(33) Las sanciones previstas en la ley penal cambiaria varían desde multa de hasta diez veces el monto de la operación en infracción y prisión de 1 a 8 años (en caso de reincidencia), hasta suspensión para actuar como exportador, importador o para intermediar en cambios, y pueden ser aplicadas solidariamente a las personas de existencia ideal y sus directores (art. 2°).

(34) De conformidad con lo establecido por la Comunicación C 39316, a los efectos cambiarios el concepto de residencia es aquél previsto en el Manual de Balance de Pagos del Fondo Monetario Internacional (Quinta Edición, Capítulo IV), el que prevé que "Se considera residente de un país a toda persona física o jurídica cuyo centro de interés económico o actividad principal se encuentra dentro de la frontera de ese país. Internacionalmente se acepta que una persona física se presume residente de un país, si permanece o tiene intención de permanecer en el país por un año o más. En el caso de personas jurídicas, la residencia se considera dada cuando éstas producen una cantidad significativa de bienes o prestan una cantidad significativa de servicios en el país, para lo cual deberán mantener un establecimiento productivo durante un año o más".

(35) En este sentido, en los considerandos de la resolución del Ministerio de Economía 365/2005 se reconoce que uno de los fundamentos del dec. 616/2005 es profundizar los instrumentos necesarios para el seguimiento y control de los movimientos de capital especulativo y simultáneamente se afirma que la agudización del exceso de oferta en el Mercado de cambios podría comprometer seriamente la vigencia de una paridad cambiaria competitiva, afectando negativamente las favorables condiciones macroeconómicas vigentes.

(36) La obligación de constituir este encaje es una réplica del sistema instaurado en Chile, cuyos rasgos generales se explican en la introducción al presente trabajo.

(37) Los ingresos por ventas de participaciones en empresas locales a inversores directos también se encuentran exceptuados del encaje en la medida que se presente ante la entidad financiera interviniente el contrato de venta de la participación a favor del no residente, ya sea acompañado por la constancia de inicio del trámite de capitalización en el registro correspondiente, o por la copia de la transferencia de las nuevas acciones en el Libro Registro de Acciones.

(38) En este sentido, el art. 5° inc. (a) de la resolución de la IGJ 25/2004 prevé un plazo de 180 días corridos computados desde la aceptación del aporte por parte del directorio de la sociedad, para que se decida la capitalización o restitución del aporte.

(39) Esta disposición también violaría los Tratados Bilaterales de Inversión suscriptos por la República Argentina con varios países. Ver por este tema YMAZ VIDELA, Esteban M., "Protección de Inversiones Extranjeras", Tratados Bilaterales, Sus efectos en las Contrataciones Administrativas, Ed. La Ley, 1999.

(40) Art. 6° ley de inversiones extranjeras 21.382 (Adla, XXXVI-C, 2071).

(41) VERÓN, Víctor Alberto, "Sociedades Comerciales, Ley 19.550 y modificatorias", Comentada, Anotada y Concordada, t. 2, Ed. Astrea, p. 504 y siguientes.

(42) Es vox populi que los capitales especulativos no ingresan precisamente a través de los conceptos analizados en el presente trabajo, sino que se canalizan por medio de la operatoria que en la jerga se denomina "contado con liquidación", la que sorpresiva y paradójicamente se encuentra respaldada por la Comunicación del BCRA A 4308, que permite expresamente cancelar las operaciones que se realicen en Bolsas y Mercados Autorregulados contra cable sobre cuentas del exterior.

(43) Para un análisis exhaustivo del mecanismo de cálculo del valor actual de la deuda, nos remitimos a lo dispuesto en la Comunicación del BCRA A 4177.

(44) A favor de la constitucionalidad: Fallos 300:392, en contra NUÑEZ, Ricardo, "Derecho Penal argentino", Ed. Bibliografía Argentina, 1964, t. I, p. 99, EKMEKDJIAN, Miguel Angel, "Algo más sobre las leyes penales en blanco", ED, 136-409, CS, 12/05/1992, "Arpemar SAPG. e I. y otros s/infr. a la ley 19.359", Fallos 315:908.

(45) Citado por SOLER, Sebastián, "Derecho penal argentino", 1963, t. I, p. 138.

(46) ALBERDI, Juan Bautista, "Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853", Librería El Foro, 1993, ps. 3 y 5.

(47) Idem, ps. 127, 128 y 129. El art. 64 inc. 16 corresponde al actual art. 75 inc. 18.

(48) Ver por ejemplo, EKMEDKDJIAN, Miguel Angel, "Tratado de Derecho Constitucional", Depalma, 1995, t. III, ps. 31 y siguientes.

(49) Nicolás PEREZ SERRANO, en el libro de Javier TAJADURA TEJADA, "El preámbulo constitucional", Ed. Comares, Granada, España, 1997, p. XIII, citado por BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, 2000, t. I-A, p. 324.