

Voces: ACTIVIDAD CAMBIARIA ~ EXPORTACION ~ EXPORTADOR ~ COMPENSACION ~ CONTROL DE CAMBIOS ~ DERECHO CAMBIARIO ~ DELITO ~ PERSONA JURIDICA ~ REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD ~ INFRACCION CAMBIARIA ~ REGIMEN PENAL CAMBIARIO ~ DERECHO PENAL ECONOMICO ~ MONEDA EXTRANJERA ~ INGRESO DE DIVISAS ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ FACULTADES DE ORGANISMO PUBLICO ~ DECRETO NACIONAL ~ COMUNICACION DEL BANCO CENTRAL ~ OBLIGACIONES ~ OBLIGACION DE MEDIOS ~ OBLIGACION DE RESULTADO ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ JURISPRUDENCIA

Título: Falta de ingreso de las divisas provenientes de una exportación

Autor: Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 22/03/2012, 22/03/2012, 4 - LA LEY2012-B, 282

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B ~ 2011-11-30 ~ Guayal S.A.C.I.F. y otro s/infracción ley 24.144](#)

Cita Online: AR/DOC/1125/2012

Sumario: I. Introducción.- II. Los hechos.- III. La sentencia de primera instancia y el fallo de la CNPenal Económico.- IV. Nuestra opinión.- V. Conclusión.

I. Introducción

En estas líneas nos proponemos comentar el fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico ("CNPenal Económico"), Sala B, de fecha 30/11/2011, en el caso "Guayal S.A.C.I.F. y otro s/infracción ley 24.144."⁽¹⁾

Se trata de un caso en el que la CNPenal Económico confirmó la sentencia de primera instancia, que absolvió de culpa y cargo a una empresa y a su representante, en orden a la infracción prevista en la ley penal cambiaria 19.359, al entender que la obligación de ingresar las divisas había sido cancelada mediante compensación.

II. Los hechos

Los hechos que dieron lugar al inicio del sumario por parte del Banco Central de la República Argentina ("BCRA") se desarrollaron de la forma que se sintetiza a continuación.

La empresa Guayal S.A.C.I.F. (la "Compañía") realizó determinadas operaciones de exportación (documentadas mediante diversos permisos de embarque), siendo el comprador de dichas mercaderías una sociedad del extranjero denominada Propal Aerocomercial Quillota S.A. (el "Importador").

A la fecha en que vencían las operaciones de exportación celebradas por la Compañía, esta última acordó con el Importador la cancelación de las mismas a través de una compensación con los montos que a su vez la Compañía debía girar al Importador por un grupo de importaciones concertadas unos meses antes.

De esta forma la Compañía no percibió efectivamente las divisas correspondientes al cobro de sus exportaciones, sino que optó por compensar dicho crédito con la deuda que a su vez tenía con el Importador bajo determinadas operaciones de importación celebradas previamente.

El BCRA consideró que el proceder de la Compañía resultó violatorio del régimen penal cambiario (ley 19.359), por haberse infringido la obligación de ingresar y liquidar las divisas prevista en los decretos PEN 2581/64 (Adla, XXIV-A, 312), 1606/2002, Comunicación del BCRA "A" 3473 (y demás normas reglamentarias y complementarias), e inició un sumario penal cambiario en contra de la Compañía y de su representante legal.

III. La sentencia de primera instancia y el fallo de la CNPenal Económico

La sentencia de primera instancia absolvió de culpa y cargo a la Compañía y a su representante legal, al entender que la obligación de ingresar las divisas había sido cancelada mediante compensación. El Ministerio Público interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, agraviándose en que el "a quo" habría omitido tener en cuenta que la falta de ingreso y liquidación de las divisas fue reconocida por los sumariados y obedeció a una decisión intencionada del exportador que omitió adoptar las medidas y diligencias necesarias para percibir el contravalor en divisas por las mercaderías exportadas.

Asimismo, el fiscal consideró que "...si bien la compensación es una forma válida de cancelación de deudas en el derecho privado, en materia cambiaria implica un apartamiento doloso a la normativa que exige el ingreso y liquidación de las divisas provenientes de la exportación."

La apelación motivó el fallo de la CNPenal Económico confirmando el decisorio de primera instancia.

Para así resolver, la CNAPE sostuvo que:

"Corresponde absolver a los representantes de una sociedad exportadora por infracción a la ley 24.144, toda vez que existieron razones atendibles para omitir el ingreso de las divisas correspondientes a las operaciones de exportación, pues la exportadora nunca percibió efectivamente el producido de la exportación, en tanto se procedió a cancelar la obligación mediante compensación con lo adeudado por el importador, a razón de una

operación comercial anterior."

En idéntico sentido, la CNPenal Económico afirma que:

"Carece de toda lógica exigir el cumplimiento de ingreso y liquidación de divisas previsto en los Decretos 1606/01 y 2581/64 y por la Comunicación BCRA 3473 que integran el tipo penal previsto en el inciso (f) de la Ley 19.359, cuando en los hechos no se configuró el presupuesto necesario para hacer exigible este mandato legal, esto es, el efectivo cobro de las divisas."

IV. Nuestra opinión

4.1. El alcance de la obligación de ingresar las divisas

El fallo aquí comentado nos parece sumamente elogiable, ya que en forma sucinta y contundente resuelve una cuestión que frecuentemente presenta aristas controvertidas y que constituye terreno fértil para las discusiones.

Tal como se cita en el fallo, existen diferentes precedentes (2) en los que la CNPenal Económico ha manifestado que la omisión de ingresar y liquidar las divisas provenientes de las exportaciones conlleva la presunción —*iuris tantum*— de negociación clandestina de los fondos percibidos en contraprestación, puesto que todo acto de comercio se presume oneroso (art. 218, inciso 5°, Código de Comercio).

Es decir que la mera constatación de que un exportador no ingresó las divisas provenientes de sus exportaciones dentro del plazo previsto para tal fin hace nacer la presunción de que dichas divisas fueron percibidas por el exportador, infiriéndose que este último voluntariamente decidió retener las mismas en el exterior, para evitar tener que ingresarlas y liquidarlas en el país.

Al tratarse de una presunción que admite prueba en contrario, puede destruirse la misma mediante la producción de las probanzas correspondientes, pero recayendo dicha carga probatoria en cabeza del exportador.

Por su parte, el BCRA ha reglamentado el procedimiento a seguir en estos casos, fijando los requisitos que deben cumplir los exportadores para evitar quedar expuestos a sanciones de índole penal, los que se encuentran contemplados en las Comunicaciones "A" 4250, 5019, y complementarias.

Estas normas prevén que en caso de falta de pago de la exportación por parte del importador, el permiso de embarque deberá informarse como incumplido ante el BCRA, indicándose que el mismo se encuentra en gestión de cobro, siempre que se cumpla alguna de las condiciones que se resumen a continuación:

(a) Que el exportador demuestre que en el país de destino de la exportación entraron en vigencia restricciones de cambios que impiden transferir fondos al exterior (debe presentarse una copia con legalización consular de la normativa que dispone el control de cambios).

(b) Que el importador se encuentra en estado de insolvencia, para lo cual el exportador debe aportar prueba de la publicación de edictos en la que se divulgue la presentación en concurso del importador y testimonio —con las certificaciones consulares de estilo— del procedimiento de verificación del crédito.

(c) Que el exportador demuestre que el importador se encuentra en mora y que se iniciaron acciones judiciales tendientes a cobrar dicha deuda (no se exige el inicio de acciones judiciales cuando el valor acumulado de los permisos de embarque en esa situación no supere los US\$100.000 en el año calendario). (3)

El principal problema con que en la práctica se encuentran los exportadores es que deben encauzar su esfuerzo probatorio a fin de encaillar su situación en alguna de las excepciones taxativamente previstas por el BCRA en las normas arriba citadas, sin que se admitan otras causales diferentes.

El acierto del fallo radica precisamente en que la CNPenal Económico se despoja del corsé formal y rígido impuesto por las normas del BCRA para justificar la falta de ingreso de las divisas y se aboca a analizar los verdaderos motivos que justificaron dicha conducta.

La CNPenal Económico prescinde completamente de las normas del BCRA sobre esta cuestión —ni siquiera las cita— e interpreta de manera razonable y lógica los motivos por los cuales no se produjo el ingreso y liquidación de las divisas, considerando que las razones invocadas por la Compañía eran perfectamente atendibles y que por ende era improcedente acusarla penalmente.

En este sentido, el fallo hace hincapié en que para poder aplicar la sanción es necesario que se configure el presupuesto de la obligación cambiaria de ingresar y liquidar las divisas, identificando a este último como el efectivo cobro de los fondos por parte del exportador.

Para la CNPenal Económico el cobro efectivo de las divisas por parte del exportador constituye el presupuesto de la obligación de ingresar y liquidar las divisas, por lo que si no hay cobro efectivo de los fondos, no puede haber obligación de ingresar los mismos al país.

Prescindiendo de un razonamiento mecánico —calificativo que puede endilgarse al empleado por el Ministerio Público al apelar el fallo— la CNPenal Económico juzga razonable que el exportador no haya ingresado las divisas al país, dado que había compensado las mismas con las obligaciones emergentes de operaciones de importación que había celebrado previamente.

¿Qué agravio o perjuicio le causa al bien jurídico protegido por la normativa cambiaria —concepto de por sí vaporoso y de difícil aprehensión— que un exportador compense sus créditos de exportación con sus deudas por importación?

En la medida en que las operaciones de importación sean genuinas, no debería haber ningún tipo de impedimento en admitir dicha compensación, siendo esta última un medio perfectamente válido para cancelar dichas obligaciones.

4.2. Obligación de medios y no de resultado

El fallo aquí comentado se enrola en la corriente que sostiene que la obligación de los exportadores de ingresar el contravalor en divisas provenientes de sus operaciones de exportación es una mera obligación de medios y no de resultado, ya que el exportador no puede garantizar que el comprador de la mercadería vaya efectivamente a pagar la misma al momento de recibirla.

En esta línea se ha sostenido que:

"...el mencionado deber jurídico debe interpretarse como la obligación de realizar las gestiones necesarias tendientes al ingreso de las divisas correspondientes y no como el cumplimiento de pago por parte del deudor".⁽⁴⁾

En idéntico sentido, en el mismo leading case "Surrey" la CNPenl sostuvo que:

"la obligatoriedad de ingresar al país el contravalor de toda exportación (art. 1° dec. 2581/1964) se refiere a la obligación que se tiene con relación al cobro real del crédito, no pudiendo sostenerse que sea aplicable cuando la falta de ingreso se produce por el incumplimiento de las obligaciones del deudor que impide cumplir al exportador, a su vez, sus deberes al respecto; en tal caso, sería responsabilizarse por la actividad de un tercero ajeno a su voluntad. El reproche de falta de diligencia, habiéndose acreditado la existencia de tramitaciones para solucionar el problema, resulta ser vago e impreciso para fundar una condena. La mayor o menor diligencia resulta ser un concepto subjetivo de valor ante una condena, librado a la debida valoración de las circunstancias del caso y a la absoluta discrecionalidad del que lo aprecia. Esas apreciaciones subjetivas no respaldadas por norma alguna y ajenas al raciocinio jurídico que se debe desarrollar en toda sentencia, por ser tales, son insusceptibles de confirmación o refutación, y ello torna ilusorio el derecho de defensa. De la invocada inversión de la carga de la prueba no puede inferirse la posibilidad de obligar al procesado a demostrar la falsedad de cualquier imputación que se le haga cuando las defensas que se alegan tienen visos de seriedad suficientes para desvirtuar la presunción legal, y en ese caso, la sanción debe estar basada en hechos que corresponde probar a la parte acusadora."⁽⁵⁾

En la misma línea jurisprudencial, se ha resuelto que:

"Los deberes estatuidos en la materia no son absolutos, sino condicionados a la percepción del importe de las mercaderías vendidas en el exterior..."⁽⁶⁾

Queda claro entonces que no existe una obligación de resultado que obligue a los exportadores a ingresar las divisas en el supuesto de que el comprador de las mismas no las hubiere abonado, sino que lo que la normativa en cuestión busca es que los exportadores realicen las gestiones necesarias tendientes a ingresar las divisas. La determinación de cuándo un exportador realizó una conducta diligente debe ser apreciada a la luz de las diferencias de tiempo, lugar y características propias de la operación.⁽⁷⁾

De ninguna forma puede admitirse que la falta de pago del importador y/o las demás causales previstas expresamente por el BCRA constituyen las únicas razones que eximen a los exportadores de su obligación de ingresar las divisas, siendo una cuestión netamente casuística que admite otras excepciones, siempre que las mismas sean razonables y lógicas como lo fueron en el caso que dio lugar al fallo aquí comentado.

4.3. Aplicación de los principios generales del derecho común a la materia cambiaria

Otro de los rasgos destacables del fallo es que de alguna forma desmitifica la materia penal cambiaria, aplicando a la misma los principios generales del derecho común, en este caso del derecho civil.

En su apelación, el fiscal comienza por admitir la validez de la compensación como mecanismo válido de cancelación de las obligaciones —reconocimiento redundante teniendo en cuenta que se trata de una cuestión expresamente prevista en el artículo 818 del Código Civil—, ⁽⁸⁾ pero a renglón seguido afirma que dicha posibilidad, "...en materia cambiaria implica un apartamiento doloso a la normativa que exige el ingreso y liquidación de las divisas provenientes de la exportación".

El Ministerio Público no explica de qué forma el ejercicio de un derecho previsto expresamente en el Código Civil puede constituir un apartamiento doloso que justifique la aplicación de una sanción de índole penal, y se limita a invocar la materia cambiaria, como si la mera presencia de esta última bastara por sí sola para alterar y neutralizar la aplicación de los principios generales del derecho común.

Ya nos hemos pronunciado en alguna oportunidad sobre lo injustificado de sustraer la materia penal cambiaria de la aplicación de los principios generales del derecho penal, ⁽⁹⁾ y en este caso la CNPenal Económico pone las cosas en su justo lugar, al admitir la plena aplicación de un instituto del derecho civil a la

materia penal cambiaria, sin que exista ningún tipo de óbice o impedimento para tal fin.

La Cámara considera a la compensación como un mecanismo plenamente válido de cancelación de obligaciones vinculadas al comercio exterior, sosteniendo que la pretensión de imputar responsabilidad penal por dicho accionar "...carece de toda lógica".

V. Conclusión

El fallo en cuestión es digno de elogio, porque dejando de lado interpretaciones rígidas, taxativas y mecánicas, se concentra en analizar la razonabilidad y lógica de los motivos esgrimidos por un exportador para justificar la falta de ingreso de las divisas provenientes de sus operaciones de exportación, considerando que dicha obligación no es exigible cuando no se configura el presupuesto de la misma, es decir, el cobro efectivo de los fondos por parte del exportador.

Asimismo, el fallo contribuye a desmitificar la materia penal cambiaria, aplicando a la misma los principios generales del derecho común —en este caso del derecho civil— sin que las características propias de esta disciplina justifiquen dicha exclusión.

Fallos como el aquí comentado constituyen una bocanada de aire fresco en un ambiente sobrecargado de burocracia, de permisos insólitos para poder ejercer derechos previstos constitucionalmente (importar y exportar mercaderías, adquirir moneda extranjera, etc.), que paulatinamente van anquilosando y nublando nuestro criterio jurídico.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Tanto la carátula del expediente como algunos de los considerandos del fallo de la CNPenal Económico citan a la ley 24.144 (Carta Orgánica del BCRA) (Adla, LII-D, 3892) cuando a nuestro criterio dicha mención debería ser reemplazada por la referencia a la Ley Penal Cambiaria, es decir a la ley 19.359 (Adla, XXXII-A, 2).

(2) Conf. Registros Sala "A", N° 298/95, 56/08, 140/09, 663/10, entre muchos otros.

(3) Tampoco se exige el inicio de acciones judiciales cuando el exportador demuestre la gestión de cobro a través de reclamos efectuados al importador por compañías de seguro de crédito a la exportación o por entidades constituidas como agencias de recupero nacionales o internacionales, en cuyo caso el valor acumulado pendiente de liquidación no puede superar los US\$200.000.

(4) Cámara Nacional en lo Penal Económico, sala III, Reg. N° 205/86.

(5) Voto de la Dra. Sustaita en CNPenal Económico, sala 3ª, 06/08/1986, "Surrey S.A. s/Régimen Penal Cambiario" (reg. 205/1986).

(6) Fallo "Davidzon, M. s/ley 19.359", sala 4ª, Reg. 33/89.

(7) GERSCOVICH, Carlos G., "Derecho Económico Cambiario y Penal", 1ª edición, Buenos Aires, Lexis Nexis, Argentina 2006, p. 387.

(8) Esta norma está ubicada en el Libro II, Sección Primera, Parte Segunda (Extinción de las obligaciones), Título 18 (De la compensación) del Código Civil y dispone que: "La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio reúnen la calidad de acreedor y deudor recíprocamente cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir."

(9) SARAVIA FRÍAS, Bernardo y MAZZINGHI, Marcos, "La Ley Penal Cambiaria y los principios generales de derecho penal común", LA LEY, 2008-F, 1364.