

Voces: TRANSFERENCIA DE DIVISAS ~ TRANSFERENCIA DE FONDOS AL EXTERIOR ~ MONEDA EXTRANJERA ~ OPERACIONES FINANCIERAS ~ RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA ~ ENTIDAD FINANCIERA ~ RESTRICCIONES FINANCIERAS ~ REGIMEN PENAL CAMBIARIO ~ COMPRAVENTA DE DIVISAS ~ LEY PENAL EN BLANCO ~ TITULOS PUBLICOS ~ OPERACION SOBRE TITULOS PUBLICOS ~ TRANSFERENCIA DE TITULOS PUBLICOS ~ OPERACION CAMBIARIA ~ PRINCIPIO DE LEGALIDAD ~ ANALOGIA ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA

Título: Transferencia de divisas al exterior con títulos

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 18/03/2013, 18/03/2013, 6 - LA LEY 2013-B, 221

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, sala B ~ 2012-12-21 ~ BBVA Banco Francés S.A. y otros s/infracción ley 24.144](#)

Cita Online: AR/DOC/1076/2013

Sumario: I. Introducción.- II. Los hechos.- III. El fallo de primera instancia.- IV. El fallo de Cámara.- V. Nuestra opinión.- VI. Conclusión.

I. Introducción

El propósito de este comentario es analizar el primer fallo del fuero penal económico en una cuestión de singular importancia para la actividad financiera y para aquellos cuya actividad depende del valor de la moneda extranjera, sean importadores o exportadores.

Hacemos referencia al fallo de la sala "B" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en el caso "BBVA Banco Francés S.A. y otros s/infracción ley 24.144" ⁽¹⁾ que resolvió acerca de la responsabilidad de una entidad financiera y sus directivos por una supuesta violación a lo que se conoce como régimen penal cambiario.

El mercado de compra y venta de moneda extranjera está reglado por un laberinto normativo que resulta de normas dictadas por distintos organismos, desde el Banco Central hasta la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). El signo distintivo es que no hay prohibiciones expresas sino más bien disposiciones de dificultosa interpretación que en la práctica terminan en la imposibilidad de comprar o vender divisa extranjera. El marco se completa con sanciones de carácter criminal para los que violen las arcanas normas que pocos entienden, contempladas en una ley penal en blanco, lo que aumenta el desconcierto.

La marcada diferencia entre el paradójico "Mercado Unico y Libre de Cambios" y el eufemístico "mercado paralelo, blue o informal" da lugar a ganadores y perdedores. Entre las opciones para eludir las prohibiciones de hecho se ha desarrollado en el mercado lo que en la jerga se conoce como "contado con liquidación" o "blue chip market". Es una operatoria que a través de la compra de bonos denominados en moneda extranjera y su posterior venta (sea en el mercado local o en el extranjero) permite sortear ciertas restricciones cambiarias con un costo.

Salvo algunas disposiciones casi tangenciales y de menor rango dictadas por el Banco Central hace unos años ⁽²⁾, se trata de una operatoria no regulada expresamente. Luego de tanto tiempo y de lo público y notorio de este mercado, se puede decir que la anomia es adrede. Sin embargo —y a pesar del viejo principio de rango constitucional "todo lo que no está prohibido está permitido"—, el argot normativo sumado a la espada de Damocles de la amenaza penal ha creado una gran incógnita que se va despejando a medida que la brecha cambiaria crece.

El precedente bajo comentario revoca un endeble pronunciamiento dictado en primera instancia que había impuesto pena de multa a la entidad financiera y sus funcionarios, en relación con ciertas operaciones de compraventa de títulos públicos, por considerarlas violatorias del régimen penal cambiario (ley 19.359) ⁽³⁾.

El mérito del fallo no se agota en la dura declaración de nulidad del voto mayoritario, sino que se destaca especialmente por su voto minoritario, que cruza el Rubicón y analiza el fondo del asunto. Con sustento en principios jurídicos elementales (remotos para algunos reguladores) revoca el fallo de primera instancia y pone las cosas en su justo lugar.

II. Los hechos

El BBVA Banco Francés S.A. (el "Banco") y algunos de sus funcionarios fueron acusados por el Banco Central de la República Argentina ("BCRA") de haber infringido el régimen penal de cambios, mediante la celebración de determinadas operaciones de compraventa simultánea de títulos públicos durante el año 2005.

La operatoria cuestionada por el BCRA puede resumirse de la siguiente manera:

a- En determinadas operaciones el Banco vendía títulos públicos de su cartera a un cliente que pagaba la operación en una cuenta abierta en el exterior; simultáneamente, el Banco recompraba esos títulos al mismo cliente, liquidando la operación con crédito a una cuenta bancaria local.

b- En otras el Banco vendía títulos públicos de su cartera a un cliente que pagaba localmente;

simultáneamente el Banco recompraba esos títulos al mismo cliente liquidando la operación mediante transferencia de fondos a una cuenta abierta en el exterior.

A través de la conducta descrita en el apartado a) el cliente del Banco lograba —indirectamente y sin pasar por el mercado de cambios— ingresar fondos al país, mientras que a través de la operatoria explicada en el punto b) obtenía el resultado inverso, es decir, transfería fondos al exterior.

Como se adelantó, en la jerga financiera esta modalidad se conoce con el nombre de "contado con liquidación" o también "blue chip", y se ha erigido en una herramienta muy difundida entre los diferentes operadores.

III. El fallo de primera instancia

El fallo dictado por el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8 resolvió condenar a los acusados e imponer una multa solidaria de \$583.489,30 al Banco y de \$193.856,46 a sus directivos, por encontrarlos penalmente responsables de las conductas previstas en los artículos 1° incisos b), e) y f) y 2° inciso f) de la ley 19.359 (Adla, XXXII-A, 2).

Para así decidir, el a quo desestimó los planteos de nulidad e inconstitucionalidad formulados por la defensa, entendió que la conducta desarrollada por los sumariados era una "operación de cambio" y sostuvo que los argumentos de la entidad financiera y sus directivos no resultaban atendibles "toda vez que el accionar de los funcionarios intervinientes se desarrolló en un marco de legalidad y en el cual intervinieron por la complejidad técnica del asunto, diversas áreas de dicha entidad crediticia, arriban finalmente a la conclusión de que las operaciones aquí ventiladas se trataban de operaciones cambiarias".

El Juez de primera instancia arguyó que de los distintos dictámenes emitidos en sede administrativa, sólo uno de ellos se había expedido en forma contraria a la apertura del sumario.

Los fundamentos del decisorio son endeblés y por ello fue declarado nulo por el Tribunal de Alzada.

IV. El fallo de Cámara

a. El voto mayoritario

La mayoría —formada con los votos de los Dres. Marcos A. Grabivker y Roberto E. Hornos— resolvió declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y encomendar el sorteo de práctica a fin de que la causa sea reasignada a un nuevo Juez, quien tendrá a su cargo el dictado de una nueva sentencia en los términos previstos en el artículo 511 del Código de Procedimientos en Materia Penal.

Estos magistrados entendieron que el decisorio en cuestión adolecía de deficiencias de fundamentación en lo que respecta a:

i) La caracterización como operaciones de cambio de las operaciones de compraventa de títulos públicos celebradas por el Banco.

ii) La adecuación de los comportamientos de los sumariados en los tipos penales en los cuales se sustentó la condena.

iii) La atribución de participación culpable a las personas físicas involucradas.

iv) El tratamiento de las cuestiones planteadas por la defensa de los acusados.

En función de estos graves vicios en la fundamentación, el voto mayoritario consideró resentida la motivación lógica de la resolución apelada, la que se basaría así en fundamentación sólo aparente, quedando por ende justificada la declaración de su nulidad.

b. El voto minoritario

En voto en minoría el Dr. Nicanor M. P. Repetto pedagógicamente deja plasmados los lineamientos que deben regir el trámite de un sumario penal cambiario, resaltando la importancia de respetar los derechos y garantías de los acusados (4), y la imparcialidad que debe impregnar todo el proceso, exigencia que se ve intensificada por el particular rol que ocupa el BCRA como órgano impulsor de la acción (5).

El voto en cuestión principia con la fijación de una pauta orientadora de cuál debiera ser el verdadero alcance de los dictámenes internos del BCRA en el marco de un sumario penal cambiario, expresada en términos tan claros que justifican su transcripción literal:

"...cabe hacer notar que, a diferencia de lo que se desprende de la sentencia del juez a quo, considero que una condena penal de ningún modo podrá sustraerse por sí sola en base a los informes y dictámenes emanados de las distintas reparticiones administrativas que forman parte de la estructura orgánica del Banco Central de la República Argentina, ya que, si bien sus conclusiones resultan útiles para la comprensión del asunto —dada su especialidad en la materia—, lo cierto es que éstos forman parte del organismo encargado de llevar adelante el proceso sumario tendiente a sancionar las conductas contrarias a la normativa cambiaria que él mismo dicta a los efectos de integrar la ley penal en blanco (ley 19.359)".

En lo atinente a la función principal del Juez a cargo de una causa penal cambiaria, el magistrado sostiene

que "justamente la intervención del juez prevista en los artículos 8 y 9 de la Ley 19.359 responde en forma primordial a la necesidad de controlar el ejercicio de esta función instructora del Banco Central de la República Argentina, a la luz de los principios y garantías constitucionales que rigen en materia penal de modo de garantizar a los sumariados la imparcialidad de quien los juzgue, el derecho de la defensa, la tutela judicial efectiva y, en definitiva, que se les respeten las garantías propias que hacen al debido proceso legal (art. 18 Constitución Nacional)".

Siguiendo esta línea argumental concluye que "constituye un deber insoslayable para los jueces analizar en forma circunstanciada la razonabilidad y legalidad del temperamento adoptado en la instancia administrativa y, en base a consideraciones probatorias y jurídicas dictar una sentencia que dé cuenta de las razones de hecho y de derecho consideradas para formar su convicción en el sentido que finalmente se resuelva".

El Juez consideró que en el caso sometido a su análisis, el magistrado de primera instancia habría incumplido flagrantemente con dicho deber, al punto tal que se ve tentado de declarar la nulidad de la sentencia, absteniéndose de hacerlo en función de la excepcionalidad de esta sanción procesal, y abocándose a tratar los agravios expuestos por los recurrentes.

i) La exigencia de que haya una "operación de cambio". Principio de legalidad y proscripción de la analogía

Una de las piedras angulares sobre las que se apoya el voto absolutorio del Dr. Repetto consiste en negar el carácter de "operación de cambio" a las compraventas de títulos públicos celebradas por el Banco, que motivaran el inicio del sumario en su contra.

Teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ("CSJN") ha condicionado la aplicación de la Ley Penal Cambiaria a la existencia de "una operación de cambio en su acepción técnica o bien de otro tipo de negociaciones que, aunque no reúnan tales características, se incluyan por disposición expresa, como —por ejemplo— la obligación de ingresar el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales (decreto 2581, del 10 de abril de 1964)" (6), el magistrado comienza su análisis indagando sobre la configuración de este presupuesto.

Para tal cometido, el Juez afirma que es imperioso "recordar que en materia penal rige el principio de legalidad" y que "como corolario de este postulado fundamental en nuestro ordenamiento, se desprenden las exigencias de que se trate de una ley previa al hecho del proceso, que ésta sea escrita, cierta y estricta, es decir, que circunscriba claramente y de manera precisa los presupuestos de hecho contemplados en la ley penal".

Con acierto sostiene que del principio de legalidad se deriva la proscripción de la analogía, entendiendo esta última como "la prohibición de que con pretextos interpretativos se amplíe el alcance de los tipos penales a circunstancias diversas que aquellas expresamente consignadas (CSJN, Fallos 318:207, 312:1920, entre otros)".

Considera que "la operación realizada por el Banco Francés consistente en la compra y venta simultánea de títulos valores, no encuadra en la figura penal receptada en el inciso e) ni en el b) de la ley penal cambiaria en tanto que el concepto de 'operación de cambio', en su acepción técnica o estricta —que es la única que cabe por tratarse de una ley penal— refiere a toda operación cuyo objeto principal es la compra o venta de moneda extranjera o divisas a cambio de una contraprestación en moneda local".

ii) Atipicidad de la conducta

Descartada la existencia de una operación de cambio en su acepción expresa (7) —compraventa de divisas a cambio de moneda local—, pasa a analizar si las operaciones de compraventa de títulos públicos pueden quedar encuadradas en el tipo penal previsto en el inciso f) del artículo 1º de la Ley Penal Cambiaria, en cuanto sanciona "todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios" (8).

Rechaza esta posibilidad porque no existe ninguna norma del BCRA que prohíba o limite las operaciones de compraventa simultánea de títulos valores, lo que lo lleva a "concluir que las conductas analizadas a lo largo del expediente no encuadran en ninguna de las figuras legales que se les imputan y que se encontraban vigentes al momento de los hechos que dieron lugar a la instrucción del sumario (julio a diciembre del año 2005), por lo que su atipicidad conduce necesariamente a disponer la absolución de los sumariados".

El voto se encarga de remarcar que no sólo las conductas en cuestión no infringen norma alguna del BCRA, sino que además la entrada en vigencia de la Comunicación "A" 4864 (03/11/2008) contribuye a reafirmar la atipicidad de la conducta reprochada a los sumariados.

Esta norma sólo exige la conformidad del BCRA para realizar operaciones con títulos valores, "cuando no sea posible demostrar que el valor transado ha permanecido en la cartera del vendedor por un período no menor a las 72 horas hábiles".

iii) Contradicción de criterios entre los propios dictámenes del BCRA

El voto minoritario se encarga también de resaltar la existencia de opiniones contradictorias en los distintos informes y dictámenes del BCRA que precedieron al dictado del acto de instrucción del sumario.

En este sentido, entiende que "estos desacuerdos evidentes y sustanciales entre las distintas reparticiones del propio Banco Central de la República Argentina, confirman aún más el temperamento adoptado por el suscripto

en tanto resulta lógico entender que si entre los mismos integrantes del organismo instructor y con facultades legiferantes en esta materia no se alcanzó una conclusión unívoca y uniforme en torno a la tipicidad o no de las operaciones de compra y venta simultánea de títulos valores, menos aún corresponderá entonces exigir a los particulares destinatarios de dichas normativas ajustar sus conductas a estos indefinidos mandatos".

La elocuencia de estas consideraciones exime de mayores comentarios.

V. Nuestra opinión

Celebramos el voto minoritario. Debería proyectar su luz esclarecedora sobre los sumarios penales cambiarios que el BCRA ha iniciado profusamente a partir del año 2002, en los que recurrentemente se desconocen las garantías penales más elementales, y se formulan acusaciones infundadas por conductas cuya atipicidad surge de manera patente y manifiesta.

La relevancia del fallo no radica únicamente en el respaldo a la validez de la operatoria de contado con liquidación —al menos bajo la perspectiva de la normativa actualmente vigente— sino principalmente en la enunciación de los postulados que deben regir todo sumario penal cambiario, siendo la función primordial de los Jueces intervinientes la de velar para que se respeten las garantías constitucionales y la imparcialidad inherente a todo proceso judicial.

VI. Conclusión

El compendio normativo que regula el mercado de compra y venta de divisas y su ingreso y egreso al país es de una complejidad tal que ha superado con creces el mítico Laberinto de Creta.

El voto minoritario del fallo bajo análisis es encomiable. Ante una regulación que hace caso omiso de principios jurídicos básicos, nos recuerda que desde el derecho romano hasta hoy siguen vigentes conceptos que no se deben dejar de lado. Son conquistas del sistema democrático y republicano de gobierno que no pueden obviarse ni por necesidad ni por urgencia.

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

(1) Causa N° 63.283, Orden N° 24.778, Folio N° 187.

(2) Comunicaciones "A" 4308 y 4864.

(3) Integrado en este caso por las Comunicaciones del BCRA "A" 3471, 3909, 4377 y complementarias.

(4) Sobre la plena aplicación de las garantías del derecho penal a las infracciones cambiarias, ver SARAVIA FRIAS, Bernardo, MAZZINGHI, Marcos, "La Ley Penal Cambiaria y los principios generales del derecho penal común", LA LEY, 2008-F, 1364.

(5) A partir de la reforma introducida a la ley 19.359 por parte de la ley 24.144 (Adla, LII-D, 3892) (art. 5°) el BCRA ha dejado de desempeñar el rol de juez y parte, aunque conserva cruciales facultades plasmadas en el artículo 8° de dicha norma. La redacción original de la ley 19.359 preveía en su artículo 8° que en el caso de las multas, las mismas eran fijadas directamente por el propio BCRA, que de esa forma ocupaba el doble rol de juez y parte. Con la redacción actual, las sanciones son fijadas en todos los casos por el Poder Judicial, conservando el BCRA el rol de organismo encargado de la sustanciación del sumario y promotor de la acusación.

(6) Fallos 318:207.

(7) El voto minoritario desecha asimismo la posibilidad de considerar las operaciones de compraventa de títulos públicos como operaciones de cambio merced a una interpretación amplia del tipo penal, con fundamento en la prohibición de la analogía que rige en materia penal (con cita del precedente "Esterlina", Fallos 318:207).

(8) Como se encarga de poner de relieve el Dr. Repetto, la constitucionalidad de este precepto fue convalidada por la CSJN en el precedente "Arpemar" (Fallos 315:908).