

**Régimen Penal Cambiario: legalidad del contado con liquidación
-Comentario al fallo "BBVA Banco Francés; D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. y otros
s/ infracción ley 24.144" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal
Económico-**

Por Ramiro Salaber() y Hernán Munilla Lacasa(**)*

1- Antecedentes

En mayo de 2012 la Justicia Nacional en lo Penal Económico de Primera Instancia dictó sentencia condenando a "BBVA – Banco Francés" por operaciones de "contado con liquidación" concretadas en el año 2005, entendiendo que se había cometido una infracción al Régimen Penal Cambiario -Ley N° 19.359, texto ordenado por Decreto N° 480/95-.

En aquella oportunidad se impuso una multa a la mencionada entidad bancaria y a los directivos involucrados.

La resolución fue recurrida por la defensa y en diciembre de 2012 la Cámara Nacional en lo Penal Económico (Sala "B") anuló la sentencia.

En dicha oportunidad, la mayoría del tribunal, integrada por los Dres. Grabivker y Hornos, entendió que en el fallo condenatorio de primera instancia no se habían expresado las razones por las cuales las operaciones de compra y venta de títulos habrían constituido, en realidad, operaciones de cambio encubiertas.

Por su parte, el Dr. Repetto ingresó directamente en el fondo de la cuestión y, en minoría, votó por revocar la sentencia y absolver a los sumariados, al considerar que no se trataba de operaciones de cambio y que, además, se había tratado de operaciones que no sólo no estaban prohibidas, sino que se hallaban reguladas y eran lícitas.

Teniendo en cuenta la decisión mayoritaria de la Cámara, tiempo después otro juzgado de primera instancia debió dictar un nuevo fallo, por el cual se decidió absolver a los sumariados. Básicamente, se tomaron los argumentos que había desarrollado el juez de Cámara Dr. Repetto en el citado voto.

La decisión absolutoria fue recurrida por la Fiscalía de primera instancia, la que efectuó una presentación conjunta con el Fiscal General a cargo de la Procuraduría de Criminialidad Económica y Lavado de Activos y con el coordinador del Área de Fraudes Económicos y Bancarios de la referida procuraduría.

Asimismo, en su oportunidad, el Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Penal Económico adhirió al recurso interpuesto.

2- La operación cuestionada

Los hechos imputados tienen su origen en la compra y venta de manera simultánea, o con escaso margen de diferencia, de distintos títulos públicos con cotización en el país y en el exterior. En el caso, dicha operación era realizada por la entidad bancaria y sus clientes.

En ciertos casos, los títulos eran vendidos por el banco en el exterior a sus clientes, quienes cancelaban la operación en moneda extranjera -desde y hacia el exterior-; y, paralelamente, la entidad bancaria adquiría a los mismos clientes la misma cantidad y especie de títulos, cancelando la operación localmente, en pesos.

Ello traía como consecuencia que un cliente que poseía dólares en el exterior concluyese la operatoria con pesos en el país. De adverso, el banco se hacía de dólares en el exterior.

En otros supuestos la entidad bancaria vendía títulos localmente a sus clientes y, concomitantemente, les compraba el mismo tipo de títulos en el exterior, cancelando la operación fuera del país, en dólares. Por tanto, las personas físicas que poseían pesos en el país terminaban con dólares en el exterior; lo contrario sucedía con el banco.

3- La posición acusatoria

Tanto el juez que falló originariamente, como el Banco Central de la República Argentina (BCRA) y la Fiscalía actuante entendieron que si bien es cierto que a primera vista se advierte una operación de compra y venta de títulos, detrás de ello se esconde una operación cambiaria, realizada ilegalmente, por fuera del Mercado Único y Libre de Cambios (MULC).

Consideraron que, en lugar del ropaje formal o jurídico de las operaciones, debía prevalecer la verdadera naturaleza o la realidad económica de los hechos, la cual revelaba que se había abusado de los canales habilitados para realizar operaciones bursátiles, con una finalidad evidentemente cambiaria.

4- La doctrina que surge del fallo de la Cámara

El voto que preside el acuerdo, a cargo del Dr. Hornos, recibió la adhesión del Dr. Grabivker y del Dr. Repetto, quien a su vez señaló que los fundamentos eran coincidentes con los que él había expuesto en el fallo originario de la Cámara, antes mencionado, de diciembre de 2012.

Los magistrados recordaron que el principio constitucional de legalidad (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”) exige que toda sanción penal debe basarse en una norma previa que debe describir claramente la conducta ilícita que se pretende sancionar; encontrándose prohibido cualquier interpretación analógica y extensiva de las normas punitivas (conf. art. 18 C.N.), a cuyo

fin se citaron precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Se trajo a colación también el principio de reserva previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en virtud del cual ningún habitante puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Añadieron que la normativa que se dice infringida, esto es, tanto la ley N° 19.359 como las Comunicaciones del BCRA que en el caso la complementan (“A” 3471, “A” 3909, “A”, 4377), aluden a conductas relacionadas con operaciones de cambio en sentido técnico.

En esa inteligencia señalaron que en el caso “Esterlina S.A.” (Fallos 318:207), la Corte Suprema había expresado que para configurar una infracción a la Ley 19.359 debía tratarse de una operación de cambio en sentido técnico o bien de otro tipo de negociaciones que, aunque no reuniesen tal característica, se incluyan en una disposición expresa, como es el caso del ingreso de divisas como consecuencia de exportaciones.

Se entendió, en definitiva, que para configurar una operación de cambio debía existir necesariamente un intercambio o una permuta de moneda nacional por una moneda extranjera, lo cual no ocurrió en el caso, pues se trató de intercambio de moneda por títulos valores.

Inclusive, el fallo destacó que las operaciones objeto de estudio se encontraban expresamente previstas por la Comunicación “A” 4308 del BCRA del 4 de marzo de 2005 y que las mismas se realizan a través del Mercado Abierto Electrónico y no del MULC; añadiendo que recién a través de la Comunicación “A” 4864 del 3 de noviembre de 2008 el BCRA impuso restricciones a la compra y venta de inmediata de títulos valores, exigiendo que los títulos debían permanecer 72 hs. en cartera del vendedor.

Para concluir, se consignó que no se puede modificar la naturaleza jurídica de las operaciones convirtiéndolas en operaciones de cambio a través de una interpretación extensiva y de un análisis subjetivo sobre la finalidad que habrían tenido los sujetos intervinientes al operar.

5- Conclusiones

Las operaciones de contado con liquidación, que implican la compra y venta de títulos públicos, no constituyen operaciones de cambio en sentido técnico, más allá de cuál haya sido la finalidad de los operadores.

Inclusive, si lo que se busca es cambiar de moneda sin pasar por el mercado oficial, la conducta descrita resulta igualmente atípica desde el punto de vista objetivo; tal situación tampoco se ve modificada si las operaciones son simultáneas, lo que no estaba prohibido a la época en que ocurrieron los hechos.

Señalamos aquí que en el programa global de emisión de títulos de deuda del año 2012 de YPF

S.A.([1]) –sociedad mayoritariamente estatal- se previó la imposibilidad, por razones cambiarias, de cancelar las deudas en moneda extranjera. Ante dicha situación se estipuló que si existiesen impedimentos cambiarios para cancelar obligaciones negociables en moneda extranjera, el pago podrá efectuarse mediante la compra de títulos valores y su posterior transferencia y venta en el exterior, para obtener la moneda necesaria. Por tanto, como vemos, una sociedad del Estado estipuló la posibilidad de cambiar de moneda por vía del “contado con liquidación” –compra y venta de títulos-, lo cual no hace más que corroborar su legitimidad.

Si bien el fallo sobre el caso comentado -un verdadero “leading case” en la materia- no se encuentra firme, establece al día de hoy lo que consideramos una sana doctrina, la cual a su vez pone límite a los desmedidos intentos de la punición estatal, en el caso, a través de sumarios instruidos por el Banco Central de la República Argentina.

(*)Abogado especialista en Derecho Penalpor la Universidad Austral (2007).

Integró la Comisión de Justicia del Colegio de Abogados de laCiudad de Buenos Aires.

(**)Doctor en Ciencias Jurídicas porla Universidad Católica Argentina (2014).

Presidente de la Comisión de Derecho Penal yProcesal Penal del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

Profesor titular de la cátedra de Derecho Penal,parte especial, y del Seminariode Práctica Profesional, Derecho Públicoy Derecho Penal de la UCA.

[1] Ver Prospecto de Actualización del “Programa Global de Emisión de Títulos de Deuda de Mediano Plazo por un monto nominal máximo en circulación en cualquier momento de U\$S 1.000.000” de YPF S.A., del 29 de agosto de 2012, pág. 240, “in fine”.

Citar: elDial DC1EB8

Publicado el: 25/03/2015

copyright © 1997 - 2015 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina