NOTA A FALLO

El "contado con liquidación" y la ley penal cambiaria

SUMARIO: I. El fallo de primera instancia: los hechos imputados y la condena.- II. El fallo revocatorio de la Cámara.- III. Conclusiones

Ramiro Salaber y Federico Becerra

I. El fallo de primera instancia: los hechos imputados y la condena

Con fecha 16 de mayo de 2012, la justicia nacional en lo penal económico dictó el primer fallo en relación con las operaciones conocidas en el mercado como "contado con liquidación", por hechos ocurridos en el año 2005.

Mediante la sentencia de primera instancia, el juez había condenado a una entidad bancaria y a cuatro de sus funcionarios a una pena de multa, al considerar que la operatoria configuraba una infracción a la ley que regula el Régimen Penal Cambiario —ley 19.359, t.o. por decreto 480/95—.

En síntesis, las operaciones cuestionadas consistieron en lo siguiente: a) por una parte, el banco vendía títulos públicos de su cartera a clientes, los cuales pagaban con pesos de una cuenta local; y, en forma simultánea, el banco recompraba los mismos títulos, liquidando la operación mediante una transferencia de fondos desde su corresponsal en el exterior a una cuenta de los clientes, también en el extranjero. b) Por otra parte, la entidad bancaria vendía títulos públicos de su cartera a clientes que pagaban la operación mediante una transferencia efectuada desde el exterior a un corresponsal del banco en el extranjero; y al mismo tiempo, la entidad sumariada readquiría los mismos títulos a los clientes, liquidando la operación con crédito a una cuenta bancaria local de aquéllos.

El Banco Central de la República Argentina (BCRA) y el juez de primera instancia consideraron que este tipo de maniobras encubrían en realidad operaciones de cambio. Concretamente, con relación a la conducta descripta en el punto a) precedente dijeron que "esta operación es la venta por parte de la entidad al cliente de una transferencia de divisas al exterior, lo que constituye una clara operación de cambio".

Merece también destacarse que al momento en que ocurrieron los hechos -2005- no existía una regulación específica para este tipo de operaciones.

En definitiva, la postura que considera ilegal estas operaciones —BCRA y juez de primera instancia— entiende que la compra y venta simultánea de títulos —actividad que no estaba prohibida— no constituye un negocio real o auténtico, sino que es el medio para realizar algo no permitido: intercambiar moneda nacional por divisas por fuera del mercado único y libre de cambios.

II. El fallo revocatorio de la Cámara

a) Básicamente, mediante el voto mayoritario (Dr. Grabivker y adhesión del Dr. Hornos) se dispuso anular la sentencia de primera instancia por considerar que la misma no con-

CONTINÚA EN LA PÁGINA 4

VIENE DE LA PÁGINA 3

titucionalidad formulados por los recurrentes, entendió que la conducta desarrollada por los sumariados era una "operación de cambio" y que los argumentos de la defensa no resultan 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, arribando finalmente a la conclusión de que las operaciones aquí ventiladas se trataban de operaciones cambiarias". Consideró además que en tanto los planteos de nulidad e inconstitucionalidad no tuvieron acogida favorable "no sería coherente desde el punto de vista hermenéutico considerar como 'erróneo' el informe que luce a fs. 1/9" (en el cual se propicia la instrucción del sumario). Asimismo, sustenta su posición en que, de los distintos dictámenes tratados en sede administrativa, sólo en uno de ellos se expide en forma contraria a la apertura del sumario. Por último, en cuanto al aspecto subjetivo de la figura penal que se les atribuye, considera debidamente acreditado el dolo puesto que las personas imputadas contaban con poder de decisión suficiente que los obligaba a cumplir con las normas cambiarias y no alegaron la concurrencia de ninguna causal de justificación.

III. Contra la sentencia condenatoria, los sumariados interpusieron recurso de apelación solicitando su revocación (fs. 829/843). Fundan sus agravios, entre otros motivos, en que el *a quo* no habría tratado en forma seria y circunstanciada los argumentos expuestos en el escrito de descargo, tales como los referidos al principio de legalidad y la proscripción de la analogía; sostienen también que la resolución carece de fundamentación debida en tanto decide condenar sólo en base a una liviana referencia a lo expresado por las distintas áreas del Banco Central de la República Argentina. Argumentan, además, que la sentencia se limita a meras afirmaciones dogmáticas e insisten en la atipicidad de la conducta por la que se los condena. Por último, se agravian respecto al monto de la multa.

IV. Previo a entrar a analizar el fondo de esta cuestión, 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 sustentarse 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). Es por ello que las conclusiones a las que arriben no serán compatibles con la imparcialidad requerida en todo acto jurisdiccional para ser válido, y admitirlas, sin más, atenta contra la esencia misma del principio de división de poderes que se desprende de la forma republicana de gobierno adoptada por nuestra Constitución Nacional en su artículo 1. En esta inteligencia, advierto 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 a la defensa, la tutela judicial efectiva y, en definitiva, que se les respeten las garantías propias que hacen al debido proceso legal (artículo 18 Constitución Nacional).

Por lo tanto, entiendo 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 en que finalmente se resuelva.

En el caso de marras, se advierte una deficiencia del juez en el cumplimiento del mencionado deber, que podría dar lugar a declarar la nulidad de la sentencia aquí apelada, por no reunir los requisitos elementales para ser considerada como un acto jurisdiccional válido (CSJN Fallos 112:384). Sin embargo, dado que la declaración de nulidad de los actos procesales es una sanción procesal excepcional, considero que en el caso no cabe disponerla sino que corresponde entrar a tratar los agravios expuestos por los apelantes. Cabe aclarar que este temperamento no implicará afectar la garantía constitucional de la doble instancia (artículo 8 aparatado 2 inciso h] de la Convención Americana de Derechos Humanos), pues, tal como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aquélla rige sólo a favor de los imputados en el proceso y en el caso —por la forma en que se resolverá— no podrá considerarse menoscabada (Fallos 320:2145).

V. Sentado lo expuesto, corresponde, en primer lugar, atender al planteo de los recurrentes en torno a la atipicidad de la conducta que motiva la sentencia condenatoria, en tanto que ello implicaría declarar sin más la absolución de los sumariados, dada la falta de configuración del aspecto objetivo del tipo penal que se les imputa.

Las conductas de los recurrentes, que dieron lugar a la instrucción del sumario y posterior condena, consisten en: 1) la venta de títulos públicos de la cartera del Banco Francés S.A., a un cliente que paga la operación mediante transferencia en el corresponsal Standard Chartered Bank (SCB), realizada desde una cuenta en el exterior y simultáneamente el Banco Francés S.A. compra los mismos títulos al mismo cliente, liquidando la operación con crédito a una cuenta bancaria local; y 2) la venta de títulos públicos de la cartera del Banco Francés S.A., a un cliente contra débito en una cuenta bancaria local y simultáneamente la recompra de los mismos títulos por parte de la entidad bancaria al mismo cliente, liquidando la operación mediante una transferencia de fondos desde su corresponsal SBC, a una cuenta del cliente en una entidad del exterior. Del sumario, no surge controversia alguna respecto de la efectiva realización de las operaciones mencionadas. Corresponde, entonces, determinar si aquéllas encuadran en los incisos "b", "e" o "f" del artículo 1 de la ley del Régimen Penal Cambiario y sus normas complementarias Comunicación "A" 3477, 3909 y 4377, tal como se desprende de la sentencia apelada.

Con este cometido, cabe tener en consideración la doctrina emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con respecto a la interpretación que cabe hacerse respecto de los tres incisos mencionados a los fines de determinar si la ley penal en blanco ha sido correctamente integrada. Respecto de estos tipos penales contenidos en la Ley Penal Cambiaria, el Máximo Tribunal señaló que, para verificar su configuración en un caso concreto, "de sus términos surge que es necesario que se trate 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)" (Fallos 318:207).

El "contado con liquidación" y la ley penal cambiaria

VIENE DE LA PÁGINA 3

tenía fundamentos suficientes para concluir que las operaciones de compra y venta de títulos públicos hayan sido en realidad operaciones de cambio, ni para entender por tanto que pudiesen encuadrar en alguno de los tipos penales previstos por la ley 19.359 (t.o. 1995) (Adla, LV-E, 5926).

Los jueces aclararon que no emitían opinión sobre el fondo de la cuestión y que un nuevo magistrado de primera instancia debería dictar otra sentencia.

En otro orden, cuestionaron el criterio de atribución de responsabilidad utilizado para imputar el hecho a los funcionarios del banco, que había consistido en afirmar que aquéllos, "contando con el poder de decisión suficiente, no cumplieron con la obligación normativa propia de los deberes jurídicos que imponen las reglas cambiarias". Los jueces lo calificaron como una mera afirmación dogmática carente de sustento y, como tal, insuficiente para acreditar su responsabilidad en la operatoria. Lo expuesto por los magistrados constituye ni más ni menos que la aplicación del principio de culpabilidad, que en materia penal torna inadmisible la responsabilidad objetiva —esto es, en el caso, fundada únicamente en el hecho de ocupar un cargo en la entidad sumariada—.

b) Por su parte, el Dr. Repetto votó por revocar la condena y absolver a todos los imputados por atipicidad de la conducta, en tanto a su entender: (i) las operaciones de "contado con liquidación" no constituyen una operación de cambio y (ii) en el año 2005 no estaban prohibidas por la normativa cambiaria; es decir, por la ley 19.359 ni, al tratarse de una ley penal en blanco, por las disposiciones que la complementan —comunicaciones del BCRA, etc.—.

El magistrado hizo hincapié en una cuestión fundamental para analizar el caso. Recordó que en materia penal tiene especial preponderancia el principio de legalidad, previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, del cual se deriva la exigencia de una ley previa escrita, cierta y estricta que circunscriba con claridad cuáles son los hechos ilícitos que se sancionan.

Partiendo de dicho presupuesto, explicó con sustento en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Esterlina" (Fallos 318:207) que para incurrir en los tipos penales previstos en el artículo 1º incisos "b", "e" y "f" de la ley penal cambiaria, en los primeros dos supuestos es necesario que la conducta sancionada constituya una operación de cambio, mientras que en el supuesto del inciso "f" debe tratarse de una acción prohibida por una norma relativa al régimen de cambios. Sólo cumpliendo con tales requisitos se respeta el principio de legalidad.

Sobre esa base y en relación con los incisos "b" y "e", concluyó que las operaciones de compra y venta de títulos públicos no son operaciones de cambio (esto es, compraventa de divisas a cambio de moneda local) y que una interpretación contraria implicaría utilizar las reglas de la analogía, las cuales son inaplicables en materia penal —en perjuicio del imputado— por vulnerar el citado principio constitucional de legalidad.

En relación con el inciso "f", el cual sanciona "todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios", recordó el principio de reserva que establece el artículo 19 de la Constitución Nacional y consignó que al momento de los hechos no existía disposición alguna que prohibiese las operaciones de compra y venta de títulos públicos, como fueron realizadas.

En ese sentido, el magistrado señaló que el posterior dictado de normas que regulen este tipo de operaciones —como la comunicación "A" 4864 del 3 de noviembre de 2008, la cual exige la previa conformidad del BCRA para acceder al mercado de cambios cuando no es posible demostrar que los títulos han permanecido en la cartera del vendedor por menos de 72 hs hábiles— corrobora que cuando ocurrieron los hechos no existía prohibición alguna sobre la operatoria realizada.

III. Conclusiones

La relevancia del fallo que comentamos no sólo radica en su contenido, sino además en que se trata del primer pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico sobre la materia específica.

Si bien por el voto mayoritario se dispuso anular la sentencia y se dejó en claro que lo resuelto no constituye una opinión sobre el fondo del asunto, a la par que se ordenó que otro juez dictase un nuevo pronunciamiento, a nuestro modo de ver todo indica que el lineamiento fijado por la mayoría pasa por entender que las operaciones de compra y venta de títulos —"contado con liquidación"— no son consideradas operaciones de cambio en sentido técnico y, por tanto, no quedan abarcadas por los tipos penales previstos por ley penal cambiaria y las comunicaciones del BCRA que la complementan. Así, se ha seguido el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el citado caso "Esterlina".

Por otra parte, como señala el voto en minoría, el dictado de nuevas regulaciones expresas sobre la materia —a modo de ejemplo, las comunicaciones "A" 4864 y 4950 del BCRA—, las cuales clarifican lo que está permitido y lo prohibido, confirma que anteriormente este tipo de operaciones no estaba expresamente vedado.

Para llegar a estas conclusiones, se tienen especialmente en cuenta los principios constitucionales de legalidad y de reserva (artículos 18 y 19 de la Carta Magna).

Por último, la doctrina del fallo también establece un claro límite a las imputaciones que formula el Banco Central contra personas físicas en este tipo de procesos, al recordar que el criterio de atribución de responsabilidad en materia penal no puede sustentarse exclusivamente en parámetros objetivos.

Cita on line: AR/DOC/746/2013