

Delito de intermediación financiera no autorizada

Dardo E. Spessot¹

SUMARIO: I.- Delito de intermediación financiera no autorizada; II.- Introducción; III.- Bien jurídico protegido; IV.- Acción típica; V.- Sujetos del delito; VI.- Sujeto pasivo; VII.- Tipo subjetivo; VIII.- Consumación; IX.- Sujeto activo del delito; X.- Sujeto pasivo; XI.- Tipo subjetivo; XII.- Consumación; XIII.- Agravante; XIV.- Pena.

RESUMEN O INTRODUCCIÓN: Este artículo analiza el delito de Intermediación financiera no autorizada tipificada en el art. 310 del Código Penal Argentino.

PALABRAS CLAVE: Intermediación financiera, Comisión Nacional de Valores, Banco Central de la República Argentina, Captación de ahorros, Sin autorización.

I.- Delito de intermediación financiera no autorizada

El artículo 310 del Código Penal dispone:

“Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación

¹ El autor es Abogado, Procurador y Especialista en Tributación (UNNE); Jefe de Trabajos Prácticos de Derecho Penal Parte General (UNCAUS); Profesor Adscripto a la Cátedra “C” de Derecho Penal Parte Especial (UNNE). Realizó Cursos de Posgrado en Derecho Penal Tributario (UNNE) y (UBA). E-mail: dardoespessot@gmail.com.

especial hasta seis (6) años, el que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

En igual pena incurrirá quien capture ahorros del público en el mercado de valores o preste servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la correspondiente autorización emitida por la autoridad competente”.

“El monto mínimo de la pena se elevará a dos (2) años cuando se hubieran utilizado publicaciones periódicas, transmisiones radiales o de televisión, internet, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión masiva”.

II.- Introducción

El sistema financiero de un país está formado por instituciones, medios y mercados cuyo fin primordial es canalizar el ahorro que generan los prestamistas hacia los prestatarios. Esta labor de intermediación es llevada a cabo por instituciones que componen el mercado financiero, y se considera básica para realizar la transformación de activos financieros, considerados primarios, emitidos por unidades inversoras, con el objetivo de obtener fondos para aumentar sus activos reales en activos indirectos, de acuerdo a la preferencia de los ahorristas.

Un sistema financiero está compuesto por instrumentos o activos financieros, por instituciones o intermediarios y, finalmente, por los mercados financieros.

Los intermediarios se dedican pues, a comprar y/o vender activos en los mercados financieros.

III.- Bien jurídico protegido

Es el orden económico y financiero, entendido éste como es la integridad del sistema financiero. Paolantonio sostiene que no puede dudarse que la determinación de los sujetos habilitados para realizar actividades de intermediación

financiera constituye una cuestión central en la estructura normativa del mercado financiero.²

Fontán Balestra señala que en atención al bien jurídico protegido, “orden económico y financiero”, el legislador reprime la intervención de personas o instituciones no facultadas por la autoridad de aplicación para intermediar en el sistema.³

La Ley N° 21.526 de la Ley de Entidades Financieras comprende a todas aquellas personas o entidades, sean de naturaleza pública o privada, que desarrollen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros.

En efecto, esta actividad está reglamentada por el art. 1 de la Ley N° 21.526 que declara comprendida en ésta Ley y en sus normas reglamentarias a “las personas o entidades privadas o públicas, oficiales o mixtas de la Nación, de las provincias o municipalidades que realicen intermediación habitual entre la oferta y la demanda de recursos financieros”. Por su parte, el art. 2 de la Ley N° 21.526 se refiere a las entidades expresamente comprendidas, que son: a) Bancos Comerciales; b) Bancos de Inversión; c) Bancos Hipotecarios; d) Compañías Financieras; e) Sociedades de Ahorro y Préstamo para la Vivienda u otros Inmuebles; y f) Cajas de Crédito. Esta enumeración no es taxativa.

Cabe destacar que la conducta ahora sancionada por el Código Penal, en el artículo que comentamos, no es otra que la que se encontraba ya reprimida en el art. 19 de la Ley N° 21.526 de Entidades Financieras, regulado refiriéndose al ejercicio de la actividad financiera realizada por aquellos sujetos que no cuentan con la autorización pertinente de la autoridad monetaria.

IV.- Acción típica

Respecto del primer párrafo del art.310 del Código Penal, la figura se refiere ***al que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.***

² PAOLANTONIO, Martín E. “Derecho penal y mercado financiero: LEY 26.733”, p. 44/45, editorial ABELEDO PERROT, Buenos Aires – Año 2012.

³ FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA Guillermo. “Tratado de Derecho Penal Parte Especial”, Tomo IV, p. 686/691, editorial LA LEY, Buenos Aires – Año 2013.

Se entienden por actividades de intermediación financiera, la compra, la venta, el ofrecimiento, la colocación, de valores negociables u otros instrumentos financieros, como ser cheques, pagarés, acciones, letras de cambio, realizadas sin la debida autorización expedida por las autoridades de supervisión competentes como ser el Banco Central de la República Argentina o la Comisión Nacional de Valores.

La intermediación financiera está tomada en un sentido económico, excluyendo la actividad típicamente mediadora, consistente en el acercamiento de las partes para la conclusión de un negocio sin verificarse la incorporación de recurso alguno al patrimonio de la entidad, a fin de distinguir la actividad que incorpora recursos a ese patrimonio, para su ulterior colocación y transferencia a terceros.

Esta actividad consiste en la posibilidad de procurar y conseguir recursos financieros del público para luego prestarlos al público.

*Se debe tener en cuenta que la “intermediación”, deberá ser entre la oferta y la demanda de recursos financieros del público; es decir, que deben darse los dos aspectos de la actividad regulada, esto es, la **oferta y la demanda**.*

El elemento “intermediación” importa una doble acción. Por un lado se toman depósitos a plazo y, por el otro, se colocan estos mismos depósitos. Es relevante en este concepto que la actividad de prestamista se calce sobre los fondos tomados. Es decir, el intermediario financiero se fondea en su actividad de prestar sobre lo que previamente tomó a plazo. Por lo tanto, quedan fuera del universo de conductas alcanzadas por la norma las actividades marginales de prestamista que no se correlacionan con la toma de depósitos. Si uno fondea su actividad de prestamista con fondos propios no podrá estar alcanzado por ésta figura penal.

En cuanto a la autorización que se exige para ésta actividad, debe provenir del Banco de la Nación Argentina o de la Comisión Nacional de Valores.

El elemento “sin autorización”, es un elemento del tipo, que tendría consecuencias tanto para el dolo del autor, como para la teoría del error.

En efecto, este elemento del tipo “sin autorización”, debe estar abarcado por el dolo. Y respecto a la teoría del error, en caso que el agente crea que realiza actividades de intermediación “con autorización”, configuraría un error de tipo que excluye la aplicación de esta figura.

Gustavo Aboso, considera que la materia de prohibición resulta excesivamente difusa y abierta, ya que no se determina de forma clara, no satisfaciendo el principio de máxima taxatividad de la ley penal, cuáles son las operaciones o modalidades a que se refiere la figura o qué se entiende por intermediación financiera, considera comprendidas en las actividades punibles, las que son desarrolladas por los Fondos Comunes de Inversión. Por su parte, Fontán Balestra no comparte dicha opinión, pues entiende que el concepto de intermediador financiero es un elemento normativo del tipo que está bien delineado.

Con respecto al principio de máxima taxatividad penal o ley cierta, la ley penal pese a su carácter generalizador debe describir de una manera precisa, clara y exhaustiva no solo la conducta prohibida, sino también la pena con la que se conmina su realización. Esta exigencia de *lex certa*, llamada también “principio de taxatividad”, se vincula estrechamente con la faceta garantista del principio de legalidad, en el sentido de que solo si los delitos y las penas están determinados con meridiana claridad queda protegido el ciudadano de la arbitrariedad, y también con su función jurídico-penal, pues no puede desplegar efecto preventivo general una norma cuyo presupuesto o consecuencia jurídica no pueda ser conocida con certeza por el ciudadano.

Consideramos que lo ideal hubiera sido precisar específicamente cuáles son las conductas de intermediación financiera que se reprimen, verbigracia como en la figura del lavado de dinero (art. 303 del C.P.) que determina una serie de acciones típicas y concluye con una fórmula abierta en la cual se subsumen otras conductas que persiguen la misma finalidad pero que no fueron descriptas. Por lo cual consideramos que debería hacerse una nueva redacción del tipo legal, en la que se especifiquen cuáles son las conductas típicas, para que la figura resulte más precisa y se cumpla con el principio de legalidad y, concretamente, con el principio de *lex certa*.

V.- Sujetos del delito

En principio el SUJETO ACTIVO es indiferenciado, puede ser cualquiera. Por ejemplo, un agente de bolsa suspendido, pues en este caso, actuaría sin autorización. El autor puede actuar por cuenta propia o ajena. Si es por cuenta ajena se daría un caso de coautoría junto con la persona en cuyo nombre actúa. Actuar por cuenta ajena, significa que actúa por mandato o representación. Fontán Balestra señala que a esa expresión suma la norma que puede actuar directa o

indirectamente. Parecería que sendas expresiones se superponen, al menos en parte, puesto que quien actúa por cuenta ajena actúa indirectamente. También se superponen la actuación por cuenta propia con la directa. Si bien estas expresiones parecen alejar la posibilidad de que exista participación necesaria, no puede descartarse supuestos de ésta (el que proporciona la infraestructura para que el autor desempeñe la intermediación no autorizada), ni tampoco de participación secundaria o instigación.⁴

VI.- Sujeto pasivo

Consideramos que, en principio, puede ser cualquiera persona que desee invertir.

VII.- Tipo subjetivo

Es una figura dolosa y el dolo requiere el conocimiento de que se realizan actividades de intermediación financiera, en cualquiera de sus modalidades, por cuenta propia o por cuenta ajena, sin la debida autorización emitida por la autoridad de supervisión competente, y con la voluntad de llevar a cabo esa actividad.

Fontán Balestra admite el dolo eventual en caso de que el agente dude sobre si se le ha concedido autorización (todavía no probada) y el asentimiento a actuar a pesar de esa duda.

VIII.- Consumación

El hecho delictivo requiere la efectiva realización de actividades de intermediación y requiere la ejecución de varias conductas para la consumación, pues el tipo exige la realización de “actividades”, en plural, por lo cual no basta con una sola actividad para la consumación. Por ejemplo, un agente de bolsa suspendido realiza operaciones de ofrecimiento de ciertos activos y luego los vende.

⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos – LEDESMA Guillermo. “Tratado de Derecho Penal Parte Especial”, Tomo IV, p. 689, editorial LA LEY, Buenos Aires – Año 2013.

Esta figura es de peligro abstracto, pues para su consumación no requiere un perjuicio concreto, sino que es suficiente con la sola actividad no autorizada para tener por configurado el delito.

El segundo párrafo del art.310 del Código Penal se refiere al que ***captare ahorros del público en el mercado de valores o prestare servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables, cuando no contare con la debida autorización.***

Por captar ahorros del público se entiende a el que obtiene dinero de cualquier persona. Para que la conducta sea punible, la acción debe desarrollarse en el mercado de valores, entendida como una institución pública o privada donde se cotizan títulos valores, por ejemplo la Bolsa de Comercio Confederada S.A., y además debe ser realizada sin autorización.

Presta servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables quien asume la compra de esos valores.

En efecto, el art. 39 de la ley 17.881 dispone: *“Los mercados de valores deben llevar un registro de agentes de bolsa. Ninguna persona física o jurídica puede operar en un mercado de valores ni usar la denominación de agente de bolsa o desarrollar actividades de tal sin estar inscripta en el registro del mercado correspondiente.”*

A su vez, el art. 40 de la ley 17.881 dispone: *“Los mercados de valores deben poner en conocimiento de la Comisión Nacional de Valores, toda información referente a los nuevos agentes de bolsa que inscriban en sus registros, la eliminación de inscripciones y cualquier modificación que al respecto se produzca”.*

IX.- Sujeto activo del delito

Son los agentes de bolsa, ya que solo ellos están autorizados a actuar en el Mercado de Valores.

X.- Sujeto pasivo

Puede ser cualquier persona que desee invertir.

El agente debe obrar sin autorización. Justamente esa *“falta de autorización”* es un requisito del tipo. La autorización debe provenir de la autoridad competente. En el supuesto del primer párrafo, debería provenir del Banco Central de la

República Argentina para las entidades financieras, y para los agentes de bolsa, es la Comisión Nacional de Valores.

XI.- Tipo subjetivo

Subjetivamente es una figura dolosa. En este caso, el dolo abarca el conocimiento y la voluntad de captar ahorros o de ofrecer servicios en el mercado de valores o de intermediación para adquirir valores negociables *sin la debida autorización* de la autoridad competente. El elemento “*sin la debida autorización*” solo es compatible con dolo directo. Fontán Balestra admite su comisión con dolo eventual.

XII.- Consumación

Esta figura se consume cuando se captan ahorros del público en el mercado de valores o cuando se prestan servicios de intermediación para la adquisición de valores negociables. Dada la redacción del tipo legal, para que se consume, se requiere la realización de más de un hecho de captación o de intermediación.

XIII.- Agravante

Se agrava la pena cuando se hace publicidad por cualquier medio de comunicación, como establece la norma. Entendiendo por publicidad el ofrecimiento de la actividad de intermediación de recursos financieros al público, a la generalidad de los terceros, para poner así en funcionamiento el mecanismo de oferta y demanda de tales recursos, sea por internet, medios televisivos, radiodifusión, o cualquier otro medio descrito en el tipo legal, de servicios no autorizados. En definitiva, se agrava la pena por hacer publicidad y por operar sin la debida autorización emitida por la autoridad de supervisión competente.

XIV.- Pena

Mientras que el art. 310 del Código Penal dispone las penas de “***prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de dos (2) a ocho (8) veces el valor de las operaciones realizadas e inhabilitación especial hasta seis (6) años***”; el art. 19 de la Ley de Entidades Financieras, que regula la figura en análisis, en cuanto a las sanciones, remite al art. 41 de dicha Ley que dispone: “***Quedarán sujetas a sanción por el Banco Central de la República Argentina las infracciones a la presente ley, sus normas reglamentarias y resoluciones que dicte el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus facultades.***”

Las sanciones serán aplicadas por el presidente del Banco Central de la República Argentina, o la autoridad competente, a las personas o entidades o ambas a la vez, que sean responsables de las infracciones enunciadas precedentemente, previo sumario que se instruirá con audiencia de los imputados, con sujeción a las normas de procedimiento que establezca la indicada institución y podrá consistir, en forma aislada o acumulativa, en:

1. Llamado de atención.

2. Apercibimiento.

3. Multas.

4. Inhabilitación temporaria o permanente para el uso de la cuenta corriente bancaria.

5. Inhabilitación temporaria o permanente para desempeñarse como promotores, fundadores, directores, administradores, miembros de los consejos de vigilancia, síndicos, liquidadores, gerentes, auditores, socios o accionistas de las entidades comprendidas en la presente ley. (Inciso modificado por el Art. 3º de la Ley N° 24.485 B.O. 18/4/1995)

6. Revocación de la autorización para funcionar.

De lo expuesto se infiere que con su inclusión como delito en el Código Penal, el legislador buscó darle mayor relevancia a la acción punible al reprimir con pena de prisión, multa e inhabilitación al que por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, realizare actividades de intermediación financiera, bajo cualquiera de sus modalidades, sin contar con autorización emitida por la autoridad de supervisión competente. Cabe señalar que en la Ley de Entidades Financieras solo se encuentran sanciones administrativas, con lo cual la inclusión en el Código Penal de este delito amplía el ámbito de sanciones legales, siendo la novedad la pena de prisión.