

¿UN FARO EN LA OSCURIDAD?...SÍ, PERO NO TANTO

Un comentario obiter al fallo

“BBVA BANCO FRANCÉS SA Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 24.144”

Ezequiel Francisco Darraidou*

a) Antecedentes

Desde la instauración en el mundo jurídico y económico del denominado *cepo cambiario*, los operadores económicos han agudizado el ingenio para, pese a las restricciones, efectuar operaciones que permitan dinamizar sus actividades económicas mediante el ingreso o egreso de divisas. Dentro de esta nueva realidad, el producto financiero denominado como *contado con liquidación* se erigió en la transacción comercial estrella y en un *tabú* que supuestamente todo lo puede.

Pese a la utilización generalizada de este *producto*, no existen muchos antecedentes jurisprudenciales y/o administrativos que hayan analizado esta particular operatoria que puedan ser citados como sustento de una opinión sobre su legalidad. En ese sentido, existe una gran demora por parte del Banco Central de la República Argentina (BCRA) en procesar operaciones e iniciar sumarios que luego sean girados a la justicia penal económica.

Esta circunstancia fáctica atenta claramente contra la seguridad jurídica de las transacciones, ya que los fallos trascendentes llegan cuando las regulaciones se han modificado (en ese sentido este caso es, en parte, un ejemplo).

Antes que el análisis de una *fotografía*, el Derecho cambiario y sus modificaciones reglamentarias demandan un estudio dotado de dinamismo. Más que la exploración de una *foto* es precisa la observación crítica de una *película*.

En ese contexto, la sentencia de la Sala “B” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico en los autos **“BBVA BANCO FRANCÉS S.A. Y OTROS S/ INFRACCIÓN LEY 24.144”**¹, tan bien recibida por algunos medios de comunicación², tiene algunos puntos interesantes que pueden ser utilizados por los desorientados *especialistas*

Especial para la Revista Pensamiento Penal.

* Abogado (UBA).

¹ CNAPE, Sala “B”, reg. 822, folio n° 2389/2398, año 2012. El fallo completo se encuentra disponible en la sección *Jurisprudencia*, de la presente edición de la Revista Pensamiento Penal.

² Al respecto, ver *Declaran nula una multa al Banco Francés*, nota publicada por el diario La Nación el 31 de enero de 2013 (disponible en línea en <http://www.lanacion.com.ar/1550515> —consultado por última vez el 2/2/2013—).

cambiaros que son consultados día a día por los operadores económicos sobre el *régimen penal cambiario* de la ley 19.359 y su cambiante reglamentación.

Como principio debe tenerse presente que la adopción de este sistema legal abierto ha permitido sostener que “el régimen de cambios al que deben adecuar su conducta los ciudadanos resulta ser un conjunto de normas reglamentarias de a veces difícil comprensión, en donde no siempre los especialistas saben con certeza qué es lo derogado y qué lo vigente, o cual es la interpretación correcta que debe darse a determinada reglamentación emitida en términos oscuros”³.

Dentro de ese confuso mundo el voto del Dr. Repetto —aún como pronunciamiento minoritario dentro de un fallo que resuelve no adentrarse al fondo de la cuestión— implica un valioso aporte a temas que por su actualidad merecen ser discutidos.

b) Operación de Cambio su concepto - El contado con líquido y su caracterización

El principal aporte del voto aquí analizado, es un valioso análisis sobre la operación de *contado con líquido* y su eventual caracterización como operación de cambio. Comienza por recordarnos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha referido que ante una operación analizada debe verificarse *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 exportación de productos nacionales —decreto 2581, del 10 de abril de 1964—* (Fallos 318:207).

Al respecto el fallo refiere que la operación examinada, “...consistente en la compra 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 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 venta de moneda extranjera o divisas a cambio de una contraprestación en moneda local”.

Después continúa profundizando su análisis frente al tipo descrito en el inciso “f” del señalado artículo, en tanto refiere a “todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios”. Claramente luego de efectuar un estudio de la reglamentación del BCRA (comunicaciones “A” 3471, 3909 y 4377), termina advirtiendo que ninguna de esas normas prohíbe ni limita las operaciones de compra venta simultánea de títulos de valores.

En apoyo de esta interesante línea —todavía no jurisprudencial— debe decirse que según el art 1° de la ley 19.359, son elementos a ser analizados: **(i)** la existencia de una

³ Conf. Riva, Jorge L., *Operatoria Bancaria en Comercio Exterior*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 248.

operación de cambio; **(ii)** la omisión de efectuar los reajustes correspondientes; **(iii)** toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o la tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidas por la reglamentación.

Pero claramente el elemento determinante para la configuración de un delito cambiario es el primeramente enunciado, la existencia de una *operación de cambio*, pues los otros dos son una derivación de este concepto. Corresponde entonces siempre analizar, frente a un caso particular, si nos encontramos frente a una operación de cambio y, por ende, qué es en definitiva una operación de cambio.

Al respecto, la norma cambiaria no define que debe entenderse por operación o negociación de cambio; como así tampoco las diversas comunicaciones dictadas por el BCRA.

El Código de Comercio en su art. 8, inc. 3, caracteriza como acto de comercio toda operación de cambio, banco, corretaje o remate⁴.

El cambio, en la terminología de banqueros y comerciantes, es el trueque de una moneda por otra de distinta especie, operación que puede ser realizada en el mismo lugar o entre plazas diversas⁵.

Fernández y Gómez Leo definen la operación de cambio como el trueque de una moneda por otra de distinta especie. Cuando se realiza en forma simultánea, como ocurre en las casas de cambio, se denomina *manual* o *menudo*. Si se suministra en un lugar para que el contratante particular, casa de cambio, banco, etc., entregue —a su vez— otra especie a un tercero en otro sitio, el cambio se denomina *a distancia* o *trayecticio*⁶.

Por su parte, Gerscovich entiende que la operación de cambio merece ser conceptualizada como el traspaso de divisas, primordialmente incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional⁷.

En consecuencia, para que resulte aplicable el *régimen penal cambiario* se debe estar en presencia de una operación de cambio, o de una declaración vinculada con una operación de cambio⁸.

⁴ Romero, Eduardo J., *La obligación de ingresar divisas y el principio de legalidad*, ponencia presentada en las “Jornadas sobre Régimen Penal Cambiario”, organizadas por el BCRA (10, 11 y 12 de agosto de 2009); disponible en línea en el sitio web de la institución (enlace directo: <http://bit.ly/11gwaKV> — consultado por última vez el 2/2/2013—). El documento, en lo puntual, se encuentra disponible en línea en <http://bit.ly/VFzsBK> (consultado por última vez el 2/2/2013).

⁵ Código de Comercio y Leyes Complementarias Comentados y Concordados OMEBA, Tº I, p. 284.

⁶ Fernández, Raymundo L., Gómez Leo, Osvaldo R., *Tratado Teórico - Práctico de Derecho Comercial*, Depalma, Buenos Aires, 1987, Tº 1, p. 247.

⁷ Gerscovich, Carlos G., *Derecho Económico Cambiario y Penal*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 159.

⁸ Romero, Eduardo J., op. cit.

El *contado con líquido*, sea en su modalidad común o en la variante conocida como *inversa*⁹, no es otra cosa que una operación bursátil. No existe un traspaso de divisas entre moneda extranjera y moneda nacional. Lo que un individuo percibe en esta operación no es otra cosa que el resultado de la liquidación de un título de valor y sobre ese precio inciden cuestiones que van más allá del valor de la moneda como tipo de cambio.

Dicho eso queda claro que el objeto principal de la liquidación de un valor negociable no es precisamente la compra venta de moneda extranjera o divisas a cambio de una contraprestación en moneda local.

La operatoria aquí analizada entonces, al día de la fecha, no se encuentra específicamente prohibida por las disposiciones de la ley 19.359 y su reglamentación, ni en general por otra norma represiva; por lo que correspondería la aplicación plena del *principio de legalidad*.

En efecto, el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Nacional establece que *“Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Por lo tanto, conforme a lo dispuesto por la cláusula constitucional transcrita, toda restricción a la libertad del individuo debe ser establecida por ley.

Sin ingresar plenamente en la discusión doctrinaria acerca del alcance de la palabra *ley*, en la órbita penal no queda duda que la referencia a la ley formulada por el artículo 18 de la Constitución Nacional es a la ley en sentido formal, por lo tanto ningún habitante puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley (formal) anterior al hecho del proceso.

Pese a ello la Corte Suprema de Justicia, a partir del antiguo caso *Agencia Marítima Delfino*¹⁰ instauró la teoría de las facultades legislativas delegadas al Poder Ejecutivo. Esta delegación de poder legislativo, en la materia específicamente cambiaria, fue expresamente reconocida por la mayoría del máximo tribunal en el precedente *Arpemar S.A.*¹¹.

Así, analizada la reglamentación (comunicaciones “A” 3471, 3909 y 4377), se percibe que la operación de *contado con líquido* no se encontraba ni siquiera referida al momento en que se sucedieron los hechos analizados en el fallo.

⁹ Una empresa que recibe un valor negociable que cotiza en otra plaza y en Argentina, luego de su recepción, ejecuta una venta de esos activos en la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, y percibe el resultado de la misma que, según su negociación en el mercado de valores, puede arrojar un valor de liquidación diferencial.

¹⁰ Fallos 148:432.

¹¹ Fallos 315:908.

De hecho en la actualidad y luego de la emisión de la comunicación “A” 4864 y de la res. CNV 548/200, la operación fue reglamentada en cuanto a plazos de liquidación y otras obligaciones impuestas en cabeza de los tenedores de valores. Como siempre, en materia de reglamentación económica *se aprieta pero no se asfixia*, aunque no sea más que por una cuestión coyuntural.

Por otra parte, y ya desde otra óptica, esta operatoria no supone un egreso de divisas en sentido estricto y como tal, en principio, tendría un efecto neutro sobre la balanza cambiaria nacional (como sub expresión de la balanza de pagos) que pareciera ser el bien jurídico que la ley 19.359 intenta proteger.

En cuanto a este punto la doctrina entiende que la ley intenta por un lado, evitar la negociación singular de cambio fuera de entidades autorizadas para su realización y la operatoria sea de éstas o de otros sujetos (terceros no autorizados), habitual, clandestina o marginal (art. 1º, incs. a] y b], ley cit.), que parecen afectar otro importante objetivo de la materia y del BCRA: concentrar y administrar las reservas de oro, divisas y otros activos externos del país (conf. su art. 4º, inc. c], CO), es decir, su posición general de divisas, por lo que se procuraría preservar su existencia y disponibilidad.

La balanza cambiaria es un registro estadístico de las transacciones en divisas efectuadas a través de agentes del mercado cambiario, en nuestro caso, de entidades autorizadas para su realización en el denominado Mercado Único Libre de Cambios (MULC).

La balanza cambiaria es muy semejante a la balanza de pagos, pues en esta última se ven relacionados tanto las operaciones comerciales, como los movimientos de capital y por conceptos vinculados a la importación o exportación de bienes y servicios.

Mientras la balanza de pagos incluye la totalidad de transacciones económicas entre los residentes de un país y el extranjero, en bienes, servicios, rentas y transferencias, y en general en operaciones que impliquen variación de los activos y pasivos internacionales de una economía; **la balanza cambiaria incluye solamente aquellas operaciones de recursos reales o financieros que impliquen un ingreso o pago inmediato, esto es que entrañan un impacto directo sobre el cambio de moneda local por extranjera en el mercado autorizado.**

Bajo esta órbita, el *contado con liquidación* como operación bursátil carece de impacto directo sobre el valor de cambio de la divisa. Esto es así ya que lo que se percibe en esta operación no es otra cosa que el resultado de la liquidación de un título de valor y sobre ese precio, como ya se expuso antes, inciden cuestiones que van más allá del valor de la moneda como tipo de cambio.

c) Conclusiones

Dicho esto, corresponde destacar que el BCRA no dispuso una reglamentación concreta para la operatoria descrita y de hecho hoy, con algunas restricciones, permite la venta de valores negociables con liquidación extranjera ante ciertas circunstancias a ser acreditadas por los clientes de las entidades.

Al día de la fecha el contado con líquido (con las salvedades, impuestas por la comunicación "A" 4864 en cuanto a plazos de liquidación y a los demás requisitos impuestos por la reciente res. CNV 548/2009) no es una operación que se encuentre, en principio, prohibida por la ley y sus reglamentaciones, por lo que correspondería la aplicación plena del principio de legalidad.

Nótese, empero, que la resolución 548/2009 de la Comisión Nacional de Valores, siguiendo la línea del comunicado de prensa 48.496 de marzo de 2006, ha cuestionado aquellas transacciones realizadas a través del mercado de capitales que producen efectos asimilables a una operación de cambio.

Bajo esta óptica, al momento de iniciar un sumario cambiario, el BCRA parece subvertir el principio de legalidad interpretando que toda operatoria que no se encuentre precisamente descrita por la reglamentación se encuentra en principio prohibida.

Y esa posición ha llevado a dicho órgano regulador a proceder con dudas como las que presentan los antecedentes administrativos del fallo que aquí se comenta, a la re-caracterización como *operación de cambios* a negocios que involucran la compra y venta de títulos valores, en la cual una misma persona efectúa tanto la compra de los títulos con pesos en la Argentina, como su posterior liquidación por dólares en el exterior sea la liquidación en forma automática o no.

En ese sentido, el respeto por las disposiciones legales de la comunicación "A" 4864 en cuanto a plazos de liquidación y a los demás requisitos impuestos por la res. CNV 548/2009, sumados a los antecedentes fácticos específicos de cada operación, harán que la re-caracterización de la operación de *contado con líquido* como operación de cambio resulte más o menos viable.

Lo cierto es que, pese a ciertas posiciones adoptadas por el BCRA, el producto bursátil denominado *contado con líquido* puede tener muchas utilidades, sin que ello implique una violación a la norma penal cambiaria¹².

En contra de la re-caracterización de la operación de *contado con líquido* como operatoria de cambio, el voto del Dr. Repetto agrega una interesantísima perspectiva que ayuda a clarificar un poco este mundo de sombras que es el derecho cambiario.

¹² En ese sentido el potencial que tiene el producto para el pago de importaciones y/o la percepción de exportaciones de bienes y servicios merece un trabajo aparte.

No obstante ello, corresponde a los operadores jurídicos seguir recorriendo el camino, ayudando a que esa luz se transforme finalmente en un faro que aporte seguridad en las transacciones económicas.

Entonces sigamos: Luz, Cámara (B) y... acción.