

//la ciudad de Buenos Aires, a los días del mes de marzo de dos mil quince, reunidos en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala “B” de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico, para considerar el recurso de apelación interpuesto en los autos caratulados: **“BBVA BANCO FRANCÉS; D.T.L.; E.J.A.; C.C.A. Y OTROS S/INFRACCIÓN LEY 24.144”** (CPE 1948/2012/1/CA1, Orden N° 26.051), que tramita ante el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3, Secretaría N° 6 (expte. CPE 1948/2012), contra la sentencia del juez de primera instancia, de fecha 16 de mayo de 2014, obrante a fs. 2727/2754 vta. del expediente mencionado, resolvieron plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Es ajustada a derecho la sentencia en recurso?

Practicado el sorteo correspondiente, resultó que debe votarse en el orden siguiente: doctores Roberto Enrique HORNOS, Marcos Arnoldo GRABIVKER y Nicanor Miguel Pedro REPETTO.

A la cuestión planteada, el doctor Roberto Enrique HORNOS expresó:

I. Por la resolución recurrida el señor juez a cargo del juzgado “a quo” se pronunció: “ **I) ABSOLVIENDO DE CULPA Y CARGO a BBVA BANCO FRANCÉS S.A., a T.L.D., J.A.E., C.C. y M.E.M....en orden a las infracciones al Régimen Penal Cambiario...que fueron objeto del sumario N° 3531 (expediente N° 100.581/07) del B.C.R.A.. II) SIN COSTAS...**” (confr. fs. 147/147 vta. de este incidente).

II. La resolución referida precedentemente fue recurrida por vía de apelación por el Ministerio Público Fiscal, por medio de la presentación conjunta de la señora fiscal de la instancia anterior, del señor fiscal general a cargo de la Procuraduría de Criminalidad Económica y Lavado de Activos y del coordinador del Área de Fraudes Económicos y Bancarios de la procuraduría mencionada (confr. fs. 2767/2778 vta. de los autos principales), habiéndose concedido el recurso a fs. 2788 del mismo legajo.

Asimismo, en la oportunidad prevista por el art. 519 del C.P.M.P., el señor fiscal general de cámara expresó agravios solicitando, por

los fundamentos que expuso y que se dan por reproducidos por razones de brevedad, se revoque la resolución recurrida (confr. 206/225 del presente).

Por su parte, la defensa de BBVA BANCO FRANCÉS S.A., de T.D., de J.A.E. y de C.A.C. se presentó a fs. 233/261 de este incidente, procurando mejorar los fundamentos de la sentencia apelada.

III. De la lectura de las constancias de la causa surge que las presentes actuaciones se iniciaron con motivo del informe N° 381/1177/07, emitido por la Gerencia de Asuntos Contenciosos del Banco Central de la República Argentina, mediante el cual se manifestó que, en virtud de la revisión efectuada por la Gerencia de Supervisión de Entidades Financieras, Grupo IV, respecto de las operaciones cursadas en el Mercado Abierto Electrónico (M.A.E.) por el BBVA BANCO FRANCÉS S.A., “...se detectaron operaciones de compraventa de títulos públicos, en los que la entidad vendió a valores nominales, recomprando inmediatamente estos a los mismos clientes, liquidando una de las operaciones en pesos, y la restante en divisas, en el corresponsal Standard Chartered (SBC)...Como resultado de dicha operación, las empresas intervinientes repatriaron o transfirieron divisas sin acceder al Mercado Único y Libre de Cambios (MULC), habiéndose verificado egresos de divisas por USD 33.780.677 e ingresos por USD 20.992.845 (en el período comprendido entre el 01.07.05 al 13.01.06), según la siguiente descripción:

Ingreso de divisas:

BBVA Banco Francés S.A. vende de su cartera propia títulos públicos a un cliente, el que paga la operación mediante una transferencia en el corresponsal SBC realizada desde una cuenta radicada en el exterior, simultáneamente BBVA Banco Francés S.A. recompra los mismos nominales a dicho cliente, liquidando la operación con crédito a su cuenta corriente en pesos o con una transferencia via MEP a otra entidad del sistema.

Egreso de divisas:

BBVA Banco Francés vende de su cartera propia títulos públicos a un cliente, el que paga la operación con débito a su cuenta corriente en pesos, simultáneamente BBVA Banco Francés S.A. recompra los mismos nominales a dicho cliente, abonando dicha recompra con debito en su corresponsal

SCB, siendo el destino final de la divisa producto de esa venta una cuenta a nombre del cliente en una entidad del exterior...” (confr. fs. 1 de los autos principales).

Por el informe mencionado, se indicó que “...si bien es cierto que a primera vista se advierte una operatoria de compra y venta de títulos, no resulta ser menos cierto que lo que subyace o se pretende ocultar es una clara ‘operatoria cambiaria’, materia abarcada por el Régimen Penal Cambiario...” y, por lo tanto, se propició la instrucción de un sumario por infracción al art. 1 incs. e) y f) de la Ley del Régimen Penal Cambiario N° 19.359 (t.o. por decreto N° 480/95), integrados en el caso con las disposiciones de las Comunicaciones “A” 3471, 3909, 4377 y complementarias del B.C.R.A., con relación a las 35 operaciones de venta y a las 35 operaciones de compra de títulos públicos efectuadas por el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. y detalladas por el listado de fs. 16/17 del legajo principal (confr. fs. 1/9 de los autos principales).

IV. Como consecuencia del accionar referido por el considerando anterior, el Superintendente de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina resolvió, el 21 de noviembre de 2007, instruir sumario a BBVA BANCO FRANCÉS S.A., a T.L.D., a J.A.E., a C.A.C. y a M.E.M., por infracción presunta al art. 1, incs. e) y f), de la ley 19.359, integrados en el caso con las Comunicaciones “A” 3471, 3909, 4377 y complementarias del B.C.R.A. (confr. fs. 10/11 de los autos principales).

V. Declarada la causa conclusa para definitiva, se dispuso la elevación del sumario a la Justicia Nacional en lo Penal Económico, resultando desinsaculado para entender con relación al mismo el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8.

Por la resolución obrante a fs. 809/821 vta. de los autos principales, el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8 resolvió condenar a BBVA BANCO FRANCÉS S.A., a T.L.D., a J.A.E., a C.A.C. y a M.E.M., por las infracciones que les fueran imputadas, respecto de la totalidad de las operaciones investigadas.

La resolución mencionada fue apelada por la defensa de los

sumariados y, a fs. 868/877 vta. del legajo principal, esta Sala “B” resolvió, por mayoría, “...**I. DECLARAR LA NULIDAD** de la sentencia de fs. 809/821 vta. **II. ENCOMENDAR** al señor juez a cargo del juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 8 que remita la causa a la Secretaría de Superintendencia de esta Cámara de Apelaciones para que, tras el sorteo de práctica, se determine el juzgado que entenderá en la presente causa, el cual deberá proceder del modo establecido por el art. 511 del Código de Procedimientos en Materia Penal...” (confr. fs. 868/877 vta. de los autos principales; Reg. N° 822/12, de esta Sala “B”).

Por el sorteo correspondiente resultó desinsaculado para entender con relación a la presente causa el Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 (confr. fs. 892 de los autos principales).

VI. Por la resolución recurrida, como se expresó por el considerando **I** del presente, el señor juez a cargo del Juzgado Nacional en lo Penal Económico N° 3 resolvió absolver de culpa y cargo a BBVA BANCO FRANCÉS S.A., a T.L.D., a J.A.E., a C.A.C. y a M.E.M., por la infracción presunta al art. 1, incs. e) y f), de la ley 19.359, que les fuera imputada en el legajo principal, respecto de las 34 operaciones de compra y las 34 operaciones de venta de títulos públicos efectuadas por el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. detalladas por el considerando 1° de la resolución apelada (el señor juez de la instancia anterior no se pronunció por aquella resolución con relación a la operación de compra y a la operación de venta de títulos valores concertadas entre el BBVA. BANCO FRANCÉS S.A. y SOCIEDAD MILITAR SEGURO DE VIDA INSTITUCIÓN MUTUALISTA, cuestión sobre la cual se ingresará más adelante).

Para resolver en el sentido mencionado, consideró que: “...si por ninguna de las disposiciones reglamentarias complementadoras de los tipos penales involucrados y citados por el B.C.R.A. al efectuar la acusación, se alude a operaciones de compra y venta de títulos valores, no es posible extender a este último tipo de operaciones (como las investigadas en estos autos) las limitaciones, condiciones o prohibiciones, que por aquellas disposiciones reglamentarias se establecen, pues hacerlo implicaría una interpretación analógica o extensiva...en violación del principio

constitucional de legalidad...Que, por lo expuesto cabe concluir que la situación fáctica que se investiga en estos autos no vulnera las normas reglamentarias que completan los tipos penales involucrados, motivo por el cual, la operatoria cuestionada no puede ser considerada una situación fáctica prohibida, ni por lo tanto, infraccional o penalmente típica...” (confr. fs. 142/142 vta. de este incidente).

Asimismo, expresó: “...lo manifestado...se corrobora si se atiende a que la operatoria imputada, no sólo no estaba -a la sazón de los hechos investigados- expresamente prohibida, sino que, por el contrario, estaba expresamente permitida por estar regulada por la Comunicación ‘A’ 4308 del ente rector, que se dictó el día 4/03/2005, es decir, con antelación a las fechas de comisión de las operaciones cuestionadas...” (confr. fs. 142 vta./143 del presente)

Por lo demás, el señor juez a cargo del juzgado “a quo” indicó que “...aún cuando se entienda -a contrario del criterio de esta sede-, que aquella tipicidad se verifica objetivamente..., es posible afirmar la existencia de un caso de error de prohibición, el cual, asimismo, debe considerarse invencible, toda vez que la discusión no ha podido ser zanjada en forma indiscutible, hasta el momento, a partir de la diferente consideración que se mantiene, por ejemplo, no sólo en el seno interno del B.C.R.A. sino -además- entre la última opinión de aquel banco central y la contraria que, por ejemplo, tienen este juzgado y el Dr. Nicanor Miguel Pedro REPETTO...” (confr. fs. 145 vta. de este incidente).

Por último, refirió que “...respecto al argumento por el cual se sostuvo que las operaciones llevadas a cabo por BBVA BANCO FRANCÉS S.A. constituyen una mera apariencia tendiente a disimular una operación de cambio,... no se logró desacreditar la afirmación desarrollada por la presente decisión en el sentido de que las operaciones de compra y venta simultánea realizadas por la entidad bancaria referida eran operaciones permitidas por la legislación cambiaria vigente al momento de la situación fáctica investigada...” (confr. fs. 146 vta. del presente).

VII. Por el recurso de apelación interpuesto, la señora fiscal de la instancia anterior, el señor fiscal general a cargo de la Procuraduría de

Criminalidad Económica y Lavado de Activos y el coordinador del Área de Fraudes Económicos y Bancarios de aquella procuraduría, se agraviaron por entender que: “...la sentencia absolutoria eludió efectuar un análisis acerca de las características materiales de las operaciones de movimiento de divisas que conforman el objeto procesal...BBVA Banco Francés S.A. y las personas físicas sumariadas, ejecutaron aquellas operaciones con el fin de repatriar o transferir divisas sin acceder al Mercado Único y Libre de Cambios (M.U.L.C.)...Asiste razón al BCRA en cuanto a que la compra venta de títulos valores efectuada por los clientes a través del BBVA Banco Francés S.A., tenía por objeto implementar transferencias de fondos en forma contraria a las disposiciones que rigen el MULC y que, en consecuencia, las pretendidas operaciones de valores negociables constituyeron una mera apariencia tendiente a disimular operaciones de cambio, eludiendo pasar por el control regulatorio implementado...” (confr. fs. 160 vta./161 vta. del presente).

Asimismo, indicaron que “...el fallo recurrido incurre...en un vicio lógico que, desde el inicio, lo descalifica como acto jurisdiccional válido. Y es que en modo alguno resulta correcto sostener que, considerar infringidas las comunicaciones reglamentarias del BCRA en la materia, importa una violación al principio de legalidad...Inferir a partir de allí que considerarlas violadas importaría la realización de una interpretación extensiva, analógica y violatoria del principio de legalidad, es equivalente a analizar la subsunción típica de la conducta sin atender a las especiales características de aquella, es decir una afectación a formas sustantivas que invalidan la sentencia recurrida...por incurrir en defectos lógicos de fundamentación que importan una fundamentación meramente aparente...” (confr. fs. 163/164 de este incidente).

Expresaron que, “...a los fines de evaluar la naturaleza de la maniobra, hay que estar menos al ropaje jurídico que se le pretendió otorgar, que a la realidad económica subyacente...Además, otro elemento que evidencia la real naturaleza de la maniobra...es que si bien las operaciones están registradas en el MAE, en ningún caso se advirtieron en los resúmenes emitidos por la Caja de Valores, movimientos nominales de las especies transadas...Frente a este panorama resulta claramente indiscutible que los

imputados tenían la intención de realizar una operación cambiaria al margen del mercado legal, abusando de los canales habilitados para la realización de operaciones bursátiles...” (confr. fs. 164 vta./166 vta. de este incidente; se prescinde del resaltado del original).

Refirieron también que “...es erróneo considerar, como lo expresa el juez en la sentencia en crisis, que la operatoria imputada se encuentra amparada por la Comunicación ‘A’ 4308 del BCRA. Ello importaría encontrar justificado el abuso legal acometido por los imputados, desconociendo que no excluye la antijuridicidad del acto aquellas acciones que importan el ejercicio abusivo de un derecho o de una autorización administrativa...” (confr. fs. 168/168 vta. del presente; se prescinde del resaltado del original)

Por último, descartaron la posibilidad eventual de que los imputados hayan actuado bajo un error de prohibición sobre la ilicitud de las conductas investigadas.

En síntesis, manifestaron que las conductas imputadas serían típicas en los términos de los incisos “e” y “f” del art. 1 de la ley 19.359, integrados en el caso con las Comunicaciones “A” 3471, 3909 y 4377 del B.C.R.A. y el decreto 260/02, por lo cual solicitaron se revoque la sentencia apelada.

VIII. Con relación al agravio de la parte recurrente por el cual se sostuvo que la sentencia recurrida presentaría vicios que la descalificarían como acto jurisdiccional válido, cabe expresar que, conforme a lo establecido por este Tribunal en numerosas oportunidades, el postulado rector en lo que hace al sistema de las nulidades es el de la conservación de los actos. La interpretación de la existencia de aquéllas es restrictiva y sólo procede la declaración cuando por la violación de las formalidades resulta un perjuicio real, actual y concreto para la parte que la invoca, y no cuando se plantean en el único interés de la ley o para satisfacer formalidades desprovistas de aquel efecto perjudicial (confr. Regs. Nos. 367/00, 682/00, 25/08, 71/10, 483/13 y Reg. S.I.G.J. N° 82/14, de esta Sala “B”; entre muchos otros).

Asimismo, para que la nulidad de una resolución se produzca por causa de vicios en la fundamentación, aquélla debe exhibir omisiones

sustanciales de motivación, o resultar autocontradictoria, o arbitraria por apartamiento de las reglas de la sana crítica, de la lógica, de la experiencia o del sentido común, o estar basada en apreciaciones meramente dogmáticas.

En el caso, por la lectura de la resolución apelada, se advierte que aquélla ofrece una motivación suficiente de lo decidido, pues se describieron los motivos por los cuales el señor juez de la instancia anterior arribó a la decisión impugnada. En consecuencia, el agravio relacionado con que aquella resolución contiene “...una fundamentación meramente aparente...” (confr. fs. 164 vta. de este incidente) sólo evidencia una apreciación subjetiva motivada en la disconformidad de la parte recurrente con los fundamentos y las conclusiones a las cuales se arribó por el pronunciamiento cuestionado, pero aquella disconformidad, en el caso, no habilita a considerar carente de fundamentación a la sentencia en cuestión (confr., en sentido similar, Reg. Interno N° 451/14, de esta Sala “B”).

IX. De la lectura de las constancias de la causa surge que los hechos que dieron lugar a la formación del sumario en sede administrativa habrían consistido en la venta y la compra, en forma simultánea o con escaso tiempo de diferencia, por parte del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. a clientes de la entidad, de distintos títulos públicos (los que cotizaban tanto localmente, como en el exterior del país), liquidando una de las operaciones en pesos en la República Argentina y la otra en divisas en el exterior del país.

Por una de las modalidades de la operatoria cuestionada se verifica la venta por parte del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. de títulos públicos de su cartera a distintos clientes, los cuales pagaban la operación en dólares estadounidenses, mediante una transferencia de fondos desde una cuenta de aquéllos en una entidad financiera del exterior del país hacia el corresponsal del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. en el exterior, Standard Chartered Bank. Asimismo, se verifica que en forma simultánea o con escaso tiempo de diferencia, según el caso, el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. compró a los mismos clientes igual cantidad de los títulos públicos vendidos a aquéllos, abonando aquella operación en pesos, mediante una transferencia a una cuenta bancaria local de los clientes correspondientes.

Por otra modalidad de la operatoria referida, se verifica la venta

por parte del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. de títulos públicos de su cartera a los clientes, los cuales pagaban la operación en pesos mediante débito en una cuenta bancaria local. Asimismo, en forma simultánea o con escaso tiempo de diferencia, se verifica una operación de compra por parte del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. a esos clientes por igual cantidad de los títulos públicos vendidos a aquéllos, operación que fue abonada en dólares estadounidenses en el exterior del país, mediante una transferencia de fondos desde el corresponsal del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. en el exterior, Standard Chartered Bank, con destino final a las cuentas de los clientes en el exterior del país.

X. La materialidad de los hechos objeto de la imputación no aparece cuestionada por ninguna de las partes habilitadas al efecto, de manera que aquella cuestión se encuentra establecida y no resulta necesario que se analice por la presente, correspondiendo, en consecuencia, ingresar en la valoración jurídica de los hechos acreditados y determinar si los mismos configuran, o no, una infracción al Régimen Penal Cambiario (ley 19.359).

XI. Por el artículo 1 de la ley del Régimen Penal Cambiario N° 19.359 se establece: *“Serán reprimidas con las sanciones que se establecen en la presente ley...e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidas por las normas en vigor; f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios...”*.

XII. Las disposiciones de la Ley Penal Cambiaria en las cuales se sustenta la imputación configuran lo que se denomina una ley penal en blanco. Este tipo de leyes reclama, para no resultar inoperantes, la existencia de una normativa de complemento que las integre.

En este caso, la normativa integradora de la ley 19.359 en la cual el Banco Central de la República Argentina sustentó la imputación formulada a los sumariados está compuesta por:

a) la Comunicación “A” 3471 del B.C.R.A., que establece que *“...a partir del 11 de febrero del 2002, operará un Mercado Único y Libre de*

Cambios para todas las transacciones cambiarias...Las operaciones de cambio sólo podrán ser efectuadas en las entidades autorizadas por el Banco Central para operar en cambios...debiendo cumplir en todos los casos con los requisitos establecidos o que se establezcan para cada operación o concepto en particular...”;

b) la Comunicación “A” 3909 del B.C.R.A., con la modificación introducida por la Comunicación “A” 4128, vigente al momento de los hechos, por la cual se establecía que: “...1. Las personas físicas y jurídicas residentes en el país, deberán contar con la conformidad previa de este Banco para la realización de compras de billetes y divisas en moneda extranjera en el Mercado Único y Libre de Cambio, por el conjunto de los siguientes conceptos:...inversiones de portafolio en el exterior de personas jurídicas...2. El requisito establecido en el punto precedente, no será de aplicación, cuando en el mes calendario, por el total de los conceptos señalados y en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios: a) el monto comprado no supere el equivalente de dólares estadounidenses 2.000.000...”;

c) la Comunicación “A” 4377 del B.C.R.A, por la cual se establece, en lo que interesa a la presente, que corresponde constituir el depósito no remunerado establecido por el decreto N° 616/05 cuando se registren ingresos de moneda extranjera en el mercado local de cambios “... por ventas de activos externos de residentes del sector privado, por el excedente que supere el equivalente de dólares estadounidenses 2.000.000 por mes calendario, en el conjunto de las entidades autorizadas a operar en cambios...”.

XIII. Por el análisis de las disposiciones legales, y de aquellas que las complementan, en las cuales se sustenta la impugnación de la resolución criticada y en las que se sostiene la pretensión sancionatoria, corresponde concluir que por aquéllas se describen conductas relacionadas de manera inequívoca con las operaciones de cambio en sentido técnico, establecido lo cual, **conforme a la prohibición constitucional de interpretar analógica y extensivamente los preceptos punitivos, que es derivación incuestionada del principio de legalidad (art. 18 C.N.), para**

resolver adecuadamente en el caso con relación a las cuestiones planteadas se debe establecer si los hechos imputados son, o no, operaciones de cambio en su acepción técnica.

La cuestión resulta dirimente pues **no es posible que por vía de una interpretación extendida por razón de analogía supuesta se apliquen disposiciones sancionatorias a conductas que no son las previstas normativamente**, vulnerándose el principio constitucional antes referido e invadiéndose indebidamente la esfera de libertad asegurada por la Constitución Nacional (art. 19).

XIV. Atento a la naturaleza de la imputación formulada, y a fin de determinar si tiene, o no, sustento objetivo el agravio de los recurrentes relativo a que *“...las pretendidas operaciones de valores negociables constituyeron una mera apariencia tendiente a disimular operaciones de cambio, eludiendo pasar por el control regulatorio implementado...”* **debe establecerse, como se expresara anteriormente, si las operaciones cuya celebración material no fue cuestionada, fueron, o no, operaciones de cambio, de modo que puedan ser alcanzadas por las disposiciones legales, y las complementarias, que se pretenden vulneradas.**

A fin de determinar si las operaciones investigadas en autos configuran, o no, operaciones de cambio y, en consecuencia, pueden ser alcanzadas por las previsiones de la ley 19.359 y por las normas integradoras de aquélla, corresponde tener en cuenta que, conforme a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo *“Esterlina S.A. Casa de Cambio y Turismo s/inf. Ley 19.359”* (Fallos 318:207), de los términos de la ley 19.359 surge que para que se configure una infracción a la normativa citada *“...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...”* (el resaltado es de la presente).

Asimismo, por el art. 2 de la ley N° 25.561, que reforma el Régimen Penal Cambiario, se establece: *“El Poder Ejecutivo nacional queda facultado...para establecer el sistema que determinará la relación de cambio*

entre peso y las divisas extranjeras...” y, por el decreto N° 260/02 se dispone: “...es atribución del PODER EJECUTIVO NACIONAL establecer el sistema de **cambio entre pesos y las divisas extranjeras...**” (los resaltados son de la presente).

XV. Si se tiene en cuenta que “...la operación de cambio es...el **traspaso de divisas**, primordialmente incluida la moneda extranjera, y siempre por moneda nacional...” (confr. Carlos G. GERSCOVICH; “Derecho Económico Cambiario y Penal. Incluye la ley 19.359 de Régimen Penal Cambiario, Comentada y Concordada”, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, pág. 159 -el resaltado es de la presente-), así como lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Esterlina S.A. Casa de Cambio y Turismo s/inf. Ley 19.359*” (Fallos 318:207), mencionado precedentemente, corresponde establecer que **para que exista una operación de cambio en sentido técnico, como regla general de la cual en el caso no corresponde apartarse, debe existir necesariamente un intercambio o una permuta de una moneda por otra, y debe estar siempre involucrada la moneda nacional** (confr. el voto del suscripto por el pronunciamiento del Reg. Interno N° 56/15, de esta Sala “B”).

De este modo, para que se trate de operaciones de cambio, en su acepción técnica, es necesario que se verifique un canje de moneda extranjera por pesos, o viceversa.

XVI. Del análisis de las operatoria cuestionada se advierte que, como fue expresado por el considerando IX del presente, en el caso de las operaciones objetadas se produjo la venta y la compra, en forma simultánea o con escaso tiempo de diferencia, entre el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. y algunos de los clientes de la entidad, de distintos títulos valores por igual cantidad y especie, liquidando siempre una de las operaciones mencionadas en pesos en el país y la otra en divisas en el exterior (confr. los boletos de compra y de venta de los títulos públicos en cuestión obrantes a fojas 16/35 del legajo principal). Es decir, se verifican distintas operaciones de compra y de venta de títulos valores, a cambio de pesos o de divisas, de acuerdo a la operación de que se trate, las que fueron liquidadas en plazas financieras

distintas.

XVII. En consecuencia, **por la operatoria verificada, no se advierte la existencia de operaciones de canje de divisas por moneda nacional, o viceversa, sino, el intercambio de divisas o de pesos, según el caso, por títulos valores.**

En este sentido, corresponde tener en cuenta que queda excluido del concepto de operación de cambio el intercambio de “...*moneda* [nacional o extranjera]...*por bienes en sentido económico o jurídico., ya que conformarían diversos contratos típicos (generalmente de compraventa) regidos por el derecho común;... tampoco lo integran los ‘títulos de crédito’, ‘valores’, ‘negociables’ o ‘circulatorios’, por no ser dinero ni medios de pago comprendidos en esa categoría...*” (confr. Carlos G. GERSCOVICH, *op. cit.*, pág. 164).

XVIII. Por lo tanto, **al no verificarse en la operatoria cuestionada la existencia de un canje de divisas por moneda nacional, corresponde establecer que las operaciones analizadas no constituyen transacciones de cambio en su acepción técnica, sino operaciones diferentes, de adquisición y de venta de títulos públicos, liquidadas en diferentes monedas, que fueron cursadas en el ámbito de un mercado de valores.**

XIX. Por otra parte, por ninguna de las normas integradoras de la ley 19.359 invocadas por el Banco Central de la Nación Argentina al disponerse la apertura del sumario, transcriptas en lo pertinente por el considerando **XII** del presente (Comunicaciones “A” 3471, 3909 y 4377), se hace referencia a transacciones de compra y de venta de títulos públicos como las investigadas de manera que por una disposición expresa pueda haberse extendido puntualmente a aquéllas el régimen de las operaciones de cambio, sino que por las disposiciones referidas se establecen regulaciones inequívoca y únicamente respecto de las operaciones cambiarias, en su acepción técnica, las cuales, como fue expresado, no han tenido lugar en los casos de autos.

XX. En consecuencia, si ni por la ley 19.359 ni por las disposiciones cambiarias que por el Banco Central de la República Argentina se estiman infringidas por los hechos analizados en las presentes actuaciones se contemplan las operaciones de compra y de venta de títulos valores, **no cabe extender las reglamentaciones que por las normas referidas se establecen respecto de las operaciones de cambio a aquellas transacciones, pues obrar de esta manera se encuentra vedado por la prohibición de efectuar una extensión por analogía de los tipos penales o infraccionales, que es derivación del principio de legalidad, de jerarquía máxima no cuestionable.**

XXI. Para que resulte observado el principio de legalidad en materia punitiva establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, que suele identificarse comúnmente con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, las conductas reprimidas penalmente y las consecuencias jurídicas de aquéllas deben estar precisa y claramente descriptas por una ley previa al momento de los hechos.

Es decir, “...*sin una ley que lo haya declarado previamente punible ningún hecho puede merecer una pena del derecho penal...*” (confr. Enrique BACIGALUPO, “*Derecho Penal, Parte General*”, 2da. Edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 32). Asimismo, para que una conducta sea reputada como delictiva la misma debe adecuarse acabadamente a la descripción contenida en el tipo acuñado que se imputa violentado.

XXII. Por otra parte, el principio de legalidad encuentra complemento en el principio de reserva, previsto por el art. 19 de nuestra Constitución Nacional, por el cual se 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*”.

De los principios constitucionales mencionados precedentemente se deriva la exigencia de que la ley penal debe preveer las acciones punibles de manera clara, precisa y cierta, de modo que puedan conocerse anticipadamente y de una manera indubitable las conductas sancionables, así

como también se establece la prohibición de interpretar extensiva o analógicamente las normas en perjuicio del imputado, ampliando de esa forma el alcance de las mismas a conductas distintas de las expresamente previstas por aquéllas, convirtiendo en prohibido lo que la norma no prohíbe, y confundiéndose, en el supuesto de así proceder, los roles constitucionales de creación de la ley y de interpretación y de aplicación de la misma.

En este sentido se ha dicho, y se comparte, que: “...*está directamente prohibido, no ya por la lógica, sino por la Constitución,..el acto de servirse de una incriminación para castigar un hecho que cae en la zona de libertad...*” (confr. Sebastián SOLER, “*Derecho Penal Argentino*”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, T. I, pág. 145).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido: “...*el principio de legalidad...requiere la doble determinación por el legislador de los hechos punibles y las penas a aplicar, y proscrib, en consecuencia, la aplicación analógica o extensiva de la ley penal...*” (Fallos 237:636 y 307:1114). Asimismo, “...*el Poder Judicial no puede dar a la ley, sobre todo a la ley penal, una extensión mayor que la que le dio el propio legislador, único facultado para salvar las deficiencias -si las hay- de su propia obra...*” (Fallos 184:116).

Por lo tanto, por lo establecido precedentemente, **entender que las operaciones de compra y de venta de títulos valores investigadas constituirían operaciones de cambio, y extender con relación a las mismas las reglamentaciones establecidas por las normas del Régimen Penal Cambiario respecto de las operaciones de cambio, implicaría realizar una interpretación extensiva y una aplicación analógica, y por ende prohibida, de las normas mencionadas a conductas no alcanzadas por aquéllas, las cuales resultarían contrarias a los principios constitucionales referidos precedentemente.**

XXIII. Corresponde tener en cuenta, asimismo, que el bien jurídico protegido por el Régimen Penal Cambiario se vincula al adecuado control por parte de la autoridad competente de la actuación de quienes deban operar en el Mercado Único y Libre de Cambios, el cual, en el caso, no fue utilizado para realización de las transacciones imputadas, las que fueron

efectuadas en el ámbito del Mercado Abierto Electrónico.

XXIV. La concertación de operaciones de compra y de venta de títulos públicos en moneda nacional y/o en moneda extranjera, como fueron las cuestionadas, se encontraba expresamente contemplada y no prohibida por la Comunicación “A” 4308 del B.C.R.A., dictada el 4 de marzo de 2005, por la cual se dispuso que las operaciones de compraventa de títulos valores en los mercados autorregulados del país pueden ser abonadas en pesos y/o en dólares estadounidenses, en el país o en el exterior, sin disponerse limitación o restricción alguna a la compra y a la venta en forma simultánea y por diferentes monedas de aquellos títulos.

En efecto, por la comunicación mencionada se establece: “...1. *Las operaciones de valores que se realicen en Bolsas y Mercados de Valores autorregulados, deberán abonarse por alguno de los siguientes mecanismos: a) en pesos utilizando las distintas modalidades que permiten los sistemas de pagos, b) en moneda extranjera mediante transferencia electrónica de fondos desde y hacia cuentas a la vista en entidades financieras locales, y c) contra cable sobre cuentas del exterior.*

En ningún caso, se permite la liquidación de estas operaciones de compra-venta de valores mediante el pago en billetes en moneda extranjera, o mediante su depósito en cuentas custodia o en cuentas de terceros...”

XXV. Por otra parte, las operaciones de cambio y las operaciones de compraventa de títulos públicos son concertadas en mercados diferentes. En efecto, las operaciones de cambio se deben llevar a cabo en el ámbito del Mercado Único y Libre de Cambios (“M.U.L.C.”), mientras que las transacciones de compra y de venta de títulos valores se realizan en los mercados de valores, como lo es el Mercado Abierto Electrónico (“M.A.E.”).

Por lo tanto, toda vez que conforme a lo establecido por los considerandos anteriores las transacciones investigadas en autos eran operaciones de compra y de venta de títulos públicos y no de cambio, aquéllas no podían ni debían ser efectuadas a través del M.U.L.C., sino que, conforme a lo establecido por la ley 17.811 y por la R.G. (C.N.V.) N° 368/01,

únicamente podían ser cursadas a través de un mercado de valores.

En el caso, todas las compras y las ventas de títulos valores cuestionadas fueron efectuadas en el ámbito del M.A.E., el cual es un mercado electrónico de concertación y registración de operaciones extrabursátiles, que involucran valores de deuda públicos y privados -con excepción de las acciones-, y se encuentra constituido como una entidad autorregulada no bursátil, que dicta las normas relativas a su propio funcionamiento, con aprobación de la Comisión Nacional de Valores.

Asimismo, las transacciones de que se trata fueron efectuadas con intervención de un agente del Mercado Abierto Electrónico, como lo es el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. y, una vez concertadas, las mismas fueron registradas a través del M.A.E.

XXVI. También resulta demostrativo de que al momento de los hechos no existía limitación, ni restricción alguna, a la compra y a la venta de títulos valores, aunque se efectuaran en forma simultánea o inmediata y en distintas monedas, el hecho de que recién con fechas 21 y 22 de marzo de 2006, el Banco Central de la República emitió los Comunicados de Prensa Nos. 48.496 y 48.498, mediante los cuales se refirió a la operatoria que se cuestiona, aunque sin prohibirla expresamente.

En el sentido indicado, por los comunicados mencionados, que carecen de carácter normativo conforme a lo establecido por la Comunicación “A” 4751 del B.C.R.A., aquella entidad indicó que, a su criterio, el cual no resulta vinculante para los órganos jurisdiccionales, se habrían detectado operaciones que “...presuntamente constituirían infracciones al Régimen Penal Cambiario...”, las cuales consistirían en “...la compra-venta simultánea (o viceversa) de activos financieros en lo que constituye una unidad inescindible tendiente a implementar la transferencia de fondos desde y hacia el exterior...” y se concluyó que, ante aquella situación, el “...Banco Central de la República Argentina...ha instruido a las áreas competentes para ahondar los procesos de inspección..., a los efectos de detectar apartamientos normativos...”.

XXVII. El día 3 de noviembre de 2008, es decir casi tres años

después de la realización de las operaciones que se cuestionan, se dictó la Comunicación “A” 4864 del B.C.R.A., vigente actualmente, por la cual se restringió la compra y la venta en forma inmediata o simultánea de títulos valores, en diferentes monedas, al establecerse que “...*el acceso al mercado de cambios de las entidades financieras por las operaciones de compra y venta de títulos valores en Bolsas y Mercados autorregulados por operaciones propias o para la cobertura de operaciones de clientes...estará sujeto a la conformidad previa del Banco Central 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...*”.

Asimismo, mediante la Comunicación “A” 4882 del B.C.R.A., dictada el 5 de diciembre de 2008, se dispuso, “...*en forma transitoria...*”, que “...*las entidades supervisadas por el BCRA no deberán ordenar transferencias de títulos valores a cuentas abiertas en entidades depositarias distintas de la Caja de Valores S.A. o de la Central de Registro y Liquidación de Pasivos Públicos y Fideicomisos (CRYL), o a las cuentas de depositantes y/o comitentes que revisten el carácter de centrales depositarias radicadas en el exterior abiertas en las entidades locales antes citadas...hasta tanto no hayan transcurrido 3 días hábiles desde su acreditación en la cuenta del ordenante...*”.

XXVIII. Las disposiciones de las comunicaciones mencionadas por el considerando anterior no resultan aplicables a las operaciones investigadas en autos en virtud del principio de irretroactividad de la ley penal, en el caso, específicamente, de las disposiciones extrapenales citadas que complementan la ley penal cambiaria. En este sentido, corresponde recordar que “...*la sucesión de leyes en el derecho positivo argentino se encuentra regulada por el principio general de la irretroactividad de aquéllas para regir relaciones jurídicas nacidas con anterioridad a su vigencia. Esta regla general -que se prescribe por el art. 3 del C.C.-, en el caso del Derecho Penal en particular, constituye un efecto obligado del principio de legalidad (art. 18 de la C.N.)...*” (confr. Regs. Nos. 539/97 y 543/08 de esta Sala “B”).

Por lo demás, por las normas mencionadas por el considerando

previo, vigentes en la actualidad, tampoco se prohíben las operaciones de compra y de venta de títulos valores en distintas monedas, ni se permite concluir que, a partir de lo establecido por aquellas comunicaciones, las mismas constituyan transacciones de naturaleza cambiaria en sentido técnico, y contrarias al Régimen Penal Cambiario, sino que por aquéllas únicamente se regularon las operaciones mencionadas, estableciéndose que se requiere la conformidad previa del Banco Central de la República Argentina “...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...”.

XXIX. En consecuencia, conforme a lo establecido por los considerandos precedentes, y no obstante lo estimado por la parte recurrente, en el caso, los hechos comprobados constituyen operaciones de venta y de compra de títulos valores a cambio de sumas de dinero determinadas, liquidando una de las operaciones en moneda nacional y la otra en moneda extranjera (en el caso dólares estadounidenses), realizadas conforme a la normativa del B.C.R.A. vigente al momento de su concertación, las cuales no configuraron operaciones de cambio.

Las operaciones de venta y las operaciones de compra de títulos valores objetadas constituyeron, no obstante la inmediatez con que se realizaron, operaciones diferenciables entre sí, sin que se configure la unidad propia de una negociación de cambio.

Por la circunstancia que las operaciones de compra y de venta de títulos valores investigadas hayan sido efectuadas en forma simultánea o con escaso tiempo de diferencia, según el caso, **no se puede modificar la naturaleza jurídica de las operaciones de que se trata, ni puede convertirse a aquéllas en negociaciones cambiarias por vía de apreciación extensiva, pues la naturaleza de una operación debe ser apreciada de manera objetiva, según lo acontecido efectivamente en el caso concreto.**

XXX. Con independencia de la incidencia que pudiera tener para la resolución del caso, sostener que las partes intervinientes en las operatorias extrabursátiles cuestionadas tuvieron como finalidad única el intercambio de

moneda nacional por divisas, eludiendo el mercado legal de cambios, no puede estimarse comprobado con sustento en las constancias de la causa, y resulta una apreciación subjetiva, no demostrada en forma debida en el expediente.

No obstante, con independencia de la finalidad que hayan tenido los sumariados al efectuar las transacciones investigadas, desde un punto de vista objetivo las mismas constituyeron operaciones de compra y de venta de títulos públicos realizadas en el ámbito del M.A.E., no prohibidas por la normativa cambiaria vigente, las cuales no podían, ni debían, ser cursadas través del M.U.L.C., y **la naturaleza jurídica de las operaciones no puede ser apreciada desde la óptica de las pretensiones o de las finalidades tenidas en miras por los intervinientes, sino desde los aspectos objetivos de sus características constitutivas o estructurales.**

XXXI. Por lo demás, la circunstancia invocada por la parte recurrente relativa a que los movimientos nominales de los títulos valores transados no se habrían registrado en los resúmenes emitidos por la Caja de Valores S.A., lo cual a su criterio “...*deja entrever la simulación de la operatoria cambiaria enmascarada en una falsa operación bursátil...*”, tampoco obsta a lo establecido precedentemente.

En efecto, toda vez que las operaciones de compra y de venta de títulos públicos investigadas fueron concertadas el mismo día, por la misma cantidad y especie, y a igual plazo de liquidación, no habría sido necesaria la entrega material de los títulos negociados, ni el registro del movimiento de aquéllos en las cuentas del comitente, ni del cliente en la Caja de Valores S.A., pues las mismas habrían sido liquidadas por compensación.

En este sentido, por la Comunicación “B” 6115 del B.C.R.A. se reconoce expresamente la operatoria de compensación mencionada, pues por aquélla se establece que la obligación prevista por el punto 4 de la Comunicación “A” 2275 del B.C.R.A., relativa a que “...*las operaciones al contado a liquidar...de títulos valores que las entidades financieras convengan con sus clientes, deberán liquidarse mediante la efectiva tradición de la especie transada y de su contrapartida, asentando...el movimiento de los valores en alguno de los agentes de registro...*”, no es aplicable “...

cuando se trate de compras y ventas concertadas con un mismo cliente cuya efectivización deba concretarse dentro de igual plazo de liquidación, en cuyo caso podrán liquidarse por diferencia o compensación..." (el resaltado es de la presente).

XXXII. Por último, y no obstante que lo considerado precedentemente resulta suficiente para resolver en la causa, por las pruebas reunidas en la causa, tampoco se advierte comprobado que, como resultado de la operatoria de compra y de venta de títulos valores cuestionada, se hayan verificado egresos de divisas al exterior, ni ingresos de divisas al país, sin accederse al Mercado Único y Libre de Cambios, como es el criterio del Banco Central de la República Argentina y los recurrentes.

Esto es así pues, con relación al ingreso de divisas invocado por la realización de la operatoria indicada por el párrafo segundo del considerando **IX** del presente, de las constancias de la causa se advertiría, en todo caso, que los dólares estadounidenses pagados por los clientes, desde sus cuentas en el exterior, al BBVA BANCO FRANCÉS S.A. por los títulos valores vendidos a aquéllos, no habrían ingresado al país, sino que habrían sido transferidos hacia el corresponsal del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. en el exterior, Standard Chartered Bank. La compra posterior de aquellos títulos por parte del BBVA BANCO FRANCÉS S.A. a los clientes habría sido abonada en moneda nacional en la República Argentina, mediante una transferencia a una cuenta bancaria local del cliente correspondiente (confr. los boletos de compra y de venta de los títulos valores y las constancias de las transferencias bancarias obrantes a fs. 54/108 de los autos principales).

Del mismo modo, por las pruebas reunidas en la causa tampoco es posible establecer que se haya verificado egreso de divisas alguno del país en razón de la operatoria indicada por el párrafo tercero del considerando **IX** del presente, pues de las constancias del expediente surgiría que las compras de títulos valores en dólares estadounidenses, efectuadas por el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. a los clientes, habrían sido liquidadas con fondos que se encontraban en el exterior de la República Argentina, en el corresponsal del BBVA BANCO FRANCÉS S.A., Standard Chartered Bank, y que habrían sido transferidos a las cuentas radicadas en el exterior de los

clientes correspondientes (confr. los boletos de compra y de venta de los títulos valores y las constancias de las transferencias bancarias obrantes a fs. 111/425 del legajo principal).

XXXIII. Por todo lo expresado, atento a que las operaciones acreditadas no son cambiarias en su acepción técnica, ni de algún otro tipo que, sin tener esas características, hayan sido incluidas entre aquéllas por una disposición expresa, no se ve configurada infracción alguna a las previsiones de la normativa sustantiva y corresponde confirmar la resolución apelada en todo cuanto fue materia de recurso.

XXXIV. Por último, de la lectura de las constancias de la causa, se advierte que, por la resolución recurrida, el juzgado “*a quo*” no se pronunció con relación a las dos operaciones de compraventa de títulos valores concertadas entre el BBVA BANCO FRANCÉS S.A. y SOCIEDAD MILITAR SEGURO DE VIDA INSTITUCIÓN MUTUALISTA detalladas por el listado obrante a fs. 16/17 del legajo principal y que, asimismo, restan resolver los sumarios cambiarios correspondientes a los expedientes Nos. 624/12, 1780/12, 1654/12, 1363/13 y 1787/13, los cuales se encuentran acumulados materialmente a los autos principales. En consecuencia, corresponde encomendar al señor juez a cargo del juzgado “*a quo*” que se pronuncie con relación a las cuestiones referidas.

XXXV. Por todo lo expresado, formulo ponencia por: I. CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fue objeto de impugnación. II. ENCOMENDAR al señor juez de la instancia anterior en los términos del considerando **XXXIV** del presente. III. SIN COSTAS (arts. 143, 144, 145 y ccs. del C.P.M.P.).

A la cuestión planteada, el señor juez de cámara doctor Marcos Arnoldo GRABIVKER expresó:

Por fundamentos similares en términos generales, sin formular algunas puntualizaciones específicas por las cuales no se modificaría el

resultado final del caso, adhiero a las conclusiones del voto anterior.

A la cuestión planteada, el señor juez de cámara doctor Nicanor Miguel Pedro REPETTO expresó:

Me adhiero a los fundamentos y a las conclusiones del voto del Dr. Roberto Enrique HORNOS, por ser análogos a los que el suscripto vertiera en oportunidad de emitir su voto por el pronunciamiento del Reg. N° 822/12, de esta Sala "B".

Por ello, **SE RESUELVE:**

I. CONFIRMAR la sentencia apelada en todo cuanto fue objeto de impugnación.

II. ENCOMENDAR al señor juez de la instancia anterior en los términos del considerando **XXXIV** del voto del Dr. Roberto Enrique HORNOS.

III. SIN COSTAS (arts. 143, 144, 145 y ccs. del C.P.M.P.).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese de conformidad con lo dispuesto por la resolución N° 96/2013 de superintendencia de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico y devuélvase.