



"2008 - AÑO DE LA ENSEÑANZA DE LAS CIENCIAS"

Expte. N° 275/035/08

REPÚBLICA ARGENTINA



*Procuración del Tesoro de la Nación*

BUENOS AIRES, 7 4 MAR 2008

SEÑOR GERENTE PRINCIPAL DE ESTUDIOS Y DICTÁMENES DE LA  
SUPERINTENDENCIA DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CAMBIARIAS:

Se solicita a esta Casa ...tenga a bien expedirse acerca del criterio jurídico expuesto por esta Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, respecto de la procedencia de disponer el archivo en sede administrativa de estas actuaciones iniciadas en el marco de la Ley de Régimen Penal Cambiario para investigar la presunta comisión de infracciones cambiarias, por considerarse que no existen razones para elevarlas a la justicia penal competente, en virtud de que existen hechos nuevos posteriores al Dictamen PTN N° 235/02 o no contemplados en él que permitirían revisar el criterio allí fijado y, en ese caso, hasta concluir que no medió una infracción al régimen penal cambiario y, en subsidio, por resultarles aplicables la doctrina del error de prohibición y el principio de retroactividad de la ley más benigna...

- I -

NORMATIVA

A efectos de una mejor comprensión del sub examine, paso a relacionar las normas implicadas.

16 MAR 2008  
14804-1  
33-74

1. Según el artículo 1° del Decreto N° 2581/64 (B.O. 13-4-64), A partir de la fecha, el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales, hasta alcanzar su valor F.O.B. o C. y F., según el caso, deberá ingresarse al país y negociarse en el mercado único de cambio dentro de los plazos que establezca la reglamentación pertinente.

2. Posteriormente, el artículo 5° del Decreto N° 1589/89 (B.O. 4-1-90) de desregulación del sector de hidrocarburos, reconoció a los productores con libre disponibilidad de petróleos crudos, gas natural y gases licuados en los términos de los artículos 6° y 94 de la Ley N° 17.319, (B.O. 30-6-67) 14 y 15 del Decreto N° 1055/89 (B.O. 12-10-89), artículos 3° y 4° del Decreto N° 1212/89 (B.O. 14-11-89) y a los productores que así lo convengan en el futuro, **... (la libre disponibilidad del porcentaje de divisas establecido en los concursos y/o renegociaciones, o acordado en los contratos respectivos, ya sea que los hidrocarburos se exporten, en cuyo caso no estarán obligados a ingresar las divisas correspondientes a dicho porcentaje, o sean vendidos en el mercado interno, en cuyo caso tendrán acceso a las divisas correspondientes a dicho porcentaje (los resalvados me pertenecen).**

Según el artículo en cita, En todos los casos el porcentaje máximo de la libre disponibilidad en el mercado libre de divisas no podrá exceder al SETENTA POR CIENTO (70%) del valor de cada operación. El porcentaje de libre disponibilidad de divisas regirá para toda exportación de petróleo crudo de libre disponibilidad o para la exportación de derivados provenientes del procesamiento de petróleos crudos de libre disponibilidad. Para la conversión del porcen-



*Procuración del Tesoro de la Nación*

taje de las divisas que se deban ingresar, se aplicará el tipo de cambio que se indica en el artículo anterior.

3. El Decreto N° 530/91 (B.O. 28-3-91) eliminó la obligación de ingresar y negociar las divisas provenientes de la exportación de productos en el Mercado Único de Cambios, dispuesta en su momento por el artículo 1° del Decreto N° 2581/64 con lo cual la libre disponibilidad de las divisas fue del 100% con carácter general.

4. El Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1606/01 (B.O. 6-12-01) reestableció la obligatoriedad del ingreso y negociación, en el mercado único de cambios, de las divisas provenientes de la exportación de productos.

5. El artículo 3° del Decreto N° 1638/01 (B.O. 12-12-01) aclaró que no estaban obligadas al ingreso de divisas, reestablecido por el Decreto N° 1606/01, las actividades que tuvieran una exención especial para ello otorgada por ley, por contrato con el Estado Nacional o por decretos de fecha anterior al presente decreto, y en la medida de tal exención.

6. El artículo 1° del Decreto N° 260/02 (B.O. 8-2-02) establece *...un mercado único y libre de cambios por el cual se cursarán todas las operaciones de cambio en divisas extranjeras a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto.*

7. Procede recordar que en el asesoramiento citado como Dictamen PPH N° 235/02 (v. Diptamenes 242:156 bis), esta

Casa, consultada sobre si en vista de lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto N° 1638/01, la negociación de divisas se encontraba alcanzada por el régimen preferencial consagrado por el artículo 5° del Decreto N° 1589/89, concluyó en que *...la excepción consagrada en el artículo 5° del Decreto N° 1589/89 no se encuentra vigente y carece de operatividad frente al régimen cambiario establecido por los Decretos N° 1606/01 y N° 260/02.*

Ello con sustento en que el artículo 3° del Decreto N° 1638/01 carecía del rango legal necesario para introducir modificaciones en el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1606/01 por revestir este último sustancia legislativa.

Cabe asimismo tener presente que según el aludido asesoramiento, el Decreto N° 530/91, al disponer la libre disponibilidad de las divisas por el 100% con carácter general, implicó la implícita derogación del régimen de preferencia consagrado para los hidrocarburos por el artículo 5° del Decreto N° 1589/89.

8. Según el artículo 1° del Decreto delegado N° 2703/02 (B.O. 31-12-02) vigente a partir del 1 de enero de 2003, *Los productores de petróleos crudos, gas natural y gases licuados deberán ingresar a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, como mínimo, el TREINTA POR CIENTO (30%) de las divisas provenientes de la exportación de petróleo crudo de libre disponibilidad o de sus derivados, gozando de la libre disponibilidad del porcentaje restante. El porcentaje de libre disponibilidad de divisas regirá para toda exportación de petróleo crudo de libre disponibilidad o para la exportación de derivados*



*Procuración del Tesoro de la Nación*

provenientes del procesamiento de petróleos crudos de libre disponibilidad.

9. El artículo 1° del Régimen Penal Cambiario (v. Ley N° 19.359 B.O. 10-12-71; T.O. según Decreto N° 480/95, B.O. 25-9-95) dispone: 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.*

- II -

ANTECEDENTES

1. La Gerencia requirente de mi dictamen sostuvo que para resolver el caso resulta decisivo determinar si en el período comprendido entre el 12 de diciembre de 2001 y el 29 de noviembre de 2002, se encontraba vigente o no la excepción consagrada a favor de los productores con libre disponibilidad de petróleos crudos, gas natural y/o gases licuados por el artículo 5° del Decreto N° 1589/89, frente al régimen cambiario establecido por los Decretos N° 1606/01 y N° 260/02.

A los efectos de plantear un caso concreto que habilite la intervención de esta Casa, colacionó los argumentos vertidos por la empresa *Chevron San Jorge S.R.L.* imputada en el sumario de que tratan las fotocopias acompañadas en copia simple a la consulta, a los que me remito por razones de brevedad (v. fs. 503 y ss. del Anexo).

También hizo referencia a otras actuaciones, de las que no acompañó las constancias documentales correspondientes.

Básicamente manifestó que existen varios decretos dictados por el Poder Ejecutivo Nacional con posterioridad al Decreto N° 530/91 -que dejó sin efecto la obligatoriedad del ingreso y negociación en el mercado de cambios de las divisas provenientes de las exportación de productos-, de los que surge el reconocimiento de la plena vigencia del régimen de excepción previsto en el artículo 5° del Decreto N° 1589/89.

Consideró que estos decretos permiten sustentar la posición de las petroleras en el sentido de que contrariamente a lo sostenido por la Procuración del Tesoro en el Dictamen N° 235/02 (v. Dictámenes 242:156 bis), el Decreto N° 530/91 no derogó al régimen especial previsto en el artículo 5° del Decreto N° 1589/89.

Entre esos actos administrativos que ratifican la vigencia del citado artículo 5°, mencionó a los Decretos N° 640/91 (B.O. 18-4-91), N° 2178/91 (B.O. 22-11-91), N° 2174/91 (B.O. 25-10-91); N° 2411/91 (BO 15-11-91); N° 1259/92 (B.O. 23-7-92); N° 652/02 (B.O. 22.4.02) y N° 1912/02 (B.O. 1-10-02).

En otro orden sostuvo que en un caso de *...idénticas características que el aquí se analiza (sic) el juez penal económico interviniente dictó sentencia de primera instancia con fecha 25.09.07, absolviendo de culpa y cargo a la firma y a la persona física involucrada, en orden a la infracción al Régimen Penal Cambiario...*

Consideró que la existencia de este pronunciamiento hace necesario intentar compatibilizar la relevancia jurí-



*Procuración del Tesoro de la Nación*

dica que tiene la doctrina establecida por el Procurador del Tesoro de la Nación con el deber que recae sobre los funcionarios del Banco Central de la República Argentina de ejercer las facultades que le fueron atribuidas en el régimen penal cambiario sin prescindir de la aplicación de los criterios jurisprudenciales en la materia.

En el pronunciamiento judicial colacionado, -prosiguió-, para absolver de culpa y cargo a la firma y a la persona física involucrada, el juez tuvo en cuenta que la firma sumariada era titular de la concesión de explotación hidrocarbúfera otorgada por el gobierno nacional por la que se le otorgó expresamente la libre disponibilidad de los hidrocarburos producidos en dicha área y la libre disponibilidad de las divisas provenientes de las exportaciones de petróleo crudo y gas natural que realice, disfrutando la concesionaria de la libre disponibilidad del 70% de las divisas correspondientes a cada operación.

Según la sentencia traída, -continuó- las disposiciones del Decreto N° 1638/01 no son contradictorias ni incongruentes con las disposiciones de alcance general establecidas por el Decreto N° 1606/01. Ello toda vez que la misma autoridad que restableció, a través del Decreto N° 1606/01 la obligatoriedad del ingreso de divisas provenientes, de las operaciones de exportación, dictó casi simultáneamente el Decreto N° 1638/01, con el propósito de reglamentar y ajustar los términos de alcance general del primero, en base a los criterios de política cambiaria establecidos por el Poder Ejecutivo Nacional. Por otra parte, la excepción del artículo 3° del Decreto N° 1638/01 quedó -siempre según la opinión del fallo- ratificada posteriormente por la sanción del Decreto N° 2703/02 que fija un límite máximo para

la libre disponibilidad de las divisas provenientes de la exportación de petróleos crudos, gas natural y gases licuados.

Desde esas premisas hermenéuticas, para la sentencia, la conducta infraccional imputada a los sumariados no encuadraba en los tipos penales abiertos contenidos en el artículo 1º, incisos e) y f) del Régimen Penal Cambiario, integrados por las disposiciones de los Decretos N° 1606/01 y N° 1638/01 y resultaba atípica; ello en virtud de que los sumariados estaban amparados por el régimen preferencial.

Para la hipótesis de que no obstante los nuevos hechos y circunstancias traídos, la Procuración del Tesoro mantuviera la conclusión a la que arribó en el Dictamen N° 235/02 (v. Dictámenes 242:156 bis), esa Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes estimó que el caso sometido a estudio permite invocar lo que la jurisprudencia y la doctrina penal denominan *error de prohibición* o, alternativamente, considerar aplicable el principio de retroactividad de la ley penal más benigna (el Decreto N° 2703/02), afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa *Cristalux*.

2. Radicados los actuados en esta Casa, mediante la Actuación N° 275/082/08, esa Gerencia Principal de Estudios y Dictámenes informó sobre otro pronunciamiento, esta vez de la justicia contencioso administrativa federal, en relación a la vigencia de la excepción consagrada en el artículo 5º del Decreto N° 1589/89 (v. Expte. PTN N° 277/08 adjunto).

Señaló que el aludido pronunciamiento judicial puede ser considerado como otro hecho nuevo con entidad suficien-



*Procuración del Tesoro de la Nación*

te como para revisar el criterio fijado sobre el tema en el Dictamen PTN N° 235/02 (v. Dictámenes 242:156 bis).

- III -

### ANÁLISIS JURÍDICO

1. Liminarmente, cabe observar que los antecedentes sobre la base de los cuales se persigue cumplir con el requisito de la existencia de un caso concreto para habilitar la consulta a este Organismo, lucen en copia simple sin la debida certificación.

Es doctrina de esta Casa que para que emita opinión es menester que obren agregados en las actuaciones todos los antecedentes que enmarcan la cuestión en consulta. Este requisito no se satisface con la mera agregación de copias simples de piezas del expediente (v. Dictámenes 235:430).

2. De otra parte, previo a solicitar opinión a esta Procuración del Tesoro, debe obrar el dictamen del servicio jurídico de la jurisdicción o entidad requirente, lo cual supone además del análisis pormenorizado de los hechos a la luz de las normas aplicables, la conclusiva subsunción de los primeros en las segundas.

Ello no acontece con la opinión jurídica de fojas 1/21, que en puridad plantea soluciones subsidiarias.

En tales supuestos no corresponde que esta Casa supla los cometidos propios de su delegación, toda vez que estaría actuando como una asesoría jurídica más desvirtuando sus funciones de máximo órgano asesor (v. Dictámenes 262:160).

Finalmente, procede tener presente que, a título de colaboración y ante una consulta también abstracta, esta Casa tuvo oportunidad de proporcionar suficientes lineamientos jurídicos para que esa delegación se encuentre en condiciones de aconsejar los temperamentos que las autoridades de esa entidad bancaria deben seguir en ocasión de ejercer las competencias que las normas le han deferido de modo exclusivo, en los diversos casos concretos que se planteen (v. Dictamen PTN N° 160/07, Dictámenes 261:411).

3. Sin perjuicio de las salvedades formuladas y en mérito a la trascendencia jurídica y económica de la cuestión *sub examine*, paso a ampliar las consideraciones oportunamente vertidas en Dictámenes 261:411, sin que ello implique emitir juicio respecto de la opinión sentada en Dictámenes 242:156 bis.

Ello, toda vez que sólo he de referirme a las implicaciones que cabe asignar en la *faz penal cambiaria* a los términos del asesoramiento citado en segundo término.

3.1. Al respecto cabe tener presente que, si bien esta Casa en el aludido dictamen sostuvo que *...la excepción consagrada en el artículo 5° del Decreto N° 1589/89 no se encuentra vigente y carece de operatividad frente al régimen cambiario establecido por los Decretos N° 1606/01 y N° 260/02...*, no debe dejar de valorarse que, paralelamente, una norma establecía *No están obligadas al ingreso de divisas las actividades que tengan una exención especial para ello otorgada por ley, por contrato con el Estado Nacional o por decretos de fecha anterior al presente decreto, y en la medida de tal exención -art. 3° del Decreto N° 1638/01-*.



Procuración del Tesoro de la Nación

Esa circunstancia, que indudablemente pudo plantear un margen de opinabilidad jurídica y correlativa incertidumbre para los particulares, impide considerar que quienes oportunamente sujetaron su conducta a las previsiones del mencionado acto administrativo hayan incurrido en la tipicidad subjetiva (dolo) que reclama todo ilícito penal cambiario (v. Dictámenes 243:226; 247:135).

Debe a ese respecto tenerse en cuenta que -en línea con el principio de inocencia de rango constitucional-, el Código Penal argentino no acepta el principio de la presunción del dolo, motivo por el cual, tanto la existencia de este elemento subjetivo como la de los otros presupuestos de la pena depende de la prueba que se arrime a la causa (v. Dictámenes 247:135).

En tal sentido se ha sostenido que *en materia infraccional cambiaria no puede prescindirse del dolo como nexos vinculante entre el acto u omisión imputado y la sanción prevista por la norma legal (...) la grave distorsión al principio de inocencia que implica exigir al imputado la acreditación fehaciente de las excusas exculpatorias que alegue, torna de dudosa aplicación el principio subrogatorio de la prueba in dubio pro reo; (...) una vez descartada la existencia de accionar doloso del imputado, debe absolverse sin más trámite, porque los tipos infraccionales cambiarios no admiten la forma culposa (v. BONZON, Juan C.: El dolo requerido para configurar las infracciones cambiarias; LL 1990-C: 1116).*

3.2. A mayor abundamiento, cabe tener presente que esta Procuración del Tesoro ha tenido oportunidad de examinar una cuestión similar, pero con relación a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley N° 24.769, habiendo allí conside-

...rado que no procedía formular la denuncia penal en supues-  
tos en los que, por distintas razones, el sujeto se había  
formado la convicción de estar actuando con arreglo a dere-  
cho (ver Dictámenes 238:400; 243:226; 247:135 y 262:278).

4. De conformidad con los lineamientos que preceden,  
estimo que las conclusiones oportunamente vertidas en Dic-  
támenes 242:156 etc. resultan insuficientes para fundar  
objetivamente la imputación de un ilícito penal. 5

Así opino.

CTAME.



~~SECRETARIO~~  
PROFESOR DEL TESORO DE LA NACIÓN