

EL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO. BREVES REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ADUANERO.

POR JUAN PATRICIO COTTER (H)

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. El control de cambios.
- III. El Régimen Penal Cambiario
- IV. El Régimen Penal Cambiario y el Derecho Penal.
- V. El control de cambios y el derecho aduanero.
- VI. La declaración aduanera y el control de cambios.
- VII. La declaración aduanera. Su inalterabilidad y el control de cambios. Los errores involuntarios en las declaraciones. Consecuencias.
- VIII. Las diferentes destinaciones y operaciones aduaneras y el control de cambios.
- IX. Situaciones especiales. Algunos ejemplos puntuales.
 - IX-1.- La devolución de mercadería.
 - IX-2.- La mercadería que arriba al exterior con mermas y/o faltantes..
 - IX-3.- El quebranto del comprador. La falta de pago y la gestión de cobro.
 - IX-4.- Las operaciones sin valor comercial. El principio de bagatela.
 - IX-5.- Las compensaciones.
 - IX-6.- Los casos de exportaciones del régimen minero y de hidrocarburos
 - IX-6-a) El Régimen de Inversiones Mineras.
 - IX-6-b) El Régimen de los Hidrocarburos.
- X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

A finales del año 2001, en medio de una crisis económica y política de significativa importancia y luego de diez años de libertad cambiaria, se restableció el régimen de control de cambios. Por el Decreto 1606/2001, que restableció la

vigencia del Art. 1 del Decreto 2581/64, se exigió a los exportadores que ingresaran las divisas provenientes de sus exportaciones.

En la primera etapa, la implementación del régimen fue traumática. Pocas compañías contaban en sus filas con especialistas en cambios, incluso los bancos hacía más de diez años que no

contaban con funcionarios dedicados al control de cambios. Por otra parte, se produjeron no pocos inconvenientes comerciales que tuvieron su correlato cambiario, problemas de mermas, de calidad, de plazos de pago, de compensaciones, etcétera.

Con el tiempo, algunos de estos problemas se han sido solucionado. En algunos casos, a partir de la directa intervención de la autoridad cambiaria (BCRA) mediante el dictado de Comunicaciones y Circulares Cambiarias y, en otros casos, las soluciones, totales o parciales fueron surgiendo a partir de la jurisprudencia. No obstante ello, hay mucha materia dominada por la incertidumbre y otras cuestiones no tienen soluciones convenientes para la fluidez que requiere el comercio exterior.

La cuestión cambiaria relacionada con los pagos por las importaciones o los cobros de las exportaciones, tiene una íntima relación con el derecho aduanero. El control cambiario surge a partir de la información suministrada por el administrado en la declaración aduanera. Intentaremos en estas líneas reflexionar sobre el régimen penal cambiario, a partir justamente de la óptica del derecho aduanero.

II.- EL CONTROL DE CAMBIOS.

Como hemos anticipado, el Decreto 1606/01 restableció la vigencia del artículo 1º del Decreto 2581/64, que dispuso que *“el contravalor en divisas de la exportación de productos nacionales (...) deberá ingresarse al país y negociarse a través de mercado único de cambios dentro de los plazos que establece la reglamentación pertinente”*.

En consecuencia, a partir de la vigencia del Decreto 1606/01, se restituyó la obligación del ingreso del contravalor en divisas de las exportaciones. Luego, a partir del dictado de diversas comunicaciones por parte del BCRA y de decretos del Poder Ejecutivo Nacional que, entre otras cuestiones, crearon el Mercado Único y Libre de Cambios, se determinó que el importe en pago de una mercadería exportada no podrá ser percibido en forma directa y en moneda de origen por el exportador, sino que los fondos deben ser cobra-

dos a través de un banco autorizado a operar en cambios en la República Argentina que liquida los importes a percibir en el Mercado Único y Libre de Cambios, negociando la divisa involucrada y acreditando el contravalor resultante en moneda de curso legal al exportador en su cuenta.

La Ley de Emergencia Pública Nacional 25.561, por la cual se delegó en el BCRA la facultad de *“dictar regulaciones cambiarias”*, es el sustento normativo en virtud del cual se modificó sustancialmente el derecho cambiario vigente hasta ese entonces. A su vez, la Ley 25.562 que reformó la carta orgánica del BCRA, vuelve a reafirmar este principio, otorgando facultades al BCRA para el dictado de normas monetarias, financieras y cambiarias, en el marco de la legislación vigente al momento de su dictado.

Por Decreto 71/2002 se determinó que el BCRA especificará, mediante el dictado de las disposiciones pertinentes, las operaciones y transacciones que quedarán comprendidas en el mercado oficial de cambios.

Luego, diversas comunicaciones del BCRA y en particular a través de la Resolución SIC 269/01, la Resolución MECIN 13/02, luego modificada por la Res. MECIN 269/01, Res. SIC 53/02 y demás modificaciones, se regularon los diversos aspectos formales y los plazos correspondientes para la liquidación de divisas proveniente de exportaciones.

Con posterioridad, mediante Decreto 260/02, se eliminó el Mercado Oficial de Cambios, y la Comunicación BCRA “A 3473” estableció que los cobros de exportaciones de “bienes y servicios” posteriores al año 11/02/02 deberán liquidarse en el Mercado Único y Libre de Cambios en los plazos establecidos los que dependerán del tipo de producto.

Finalmente, mediante la Res. Gral. AFIP 1281/2002, se determinaron las herramientas de consulta y actuación, a efectos de la debida visualización de las “destinaciones de exportación”, para el debido control cambiario por parte de las entidades financieras.

III.- EL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO

El BCRA -a través de la Comunicación “A”

3471- dispuso que *“Todas las operaciones que no se ajusten a lo dispuesto en la normativa cambiaria, se encuentran alcanzadas por el Régimen Penal Cambiario.”*

La ley del Régimen Penal Cambiario 19.359, texto ordenado por Decreto 1265/82, reprime en su artículo 1º, *“a) Toda negociación de cambio que se realice sin intervención de institución autorizada para efectuar dichas operaciones; b) Operar en cambios sin estar autorizado a tal efecto; c) Toda falsa declaración relacionada con las operaciones de cambio; d) La omisión de rectificar las declaraciones producidas y de efectuar los reajustes correspondientes si las operaciones reales resultasen distintas de las denunciadas; e) Toda operación de cambio que no se realice por la cantidad, moneda o al tipo de cotización, en los plazos y demás condiciones establecidos por las normas en vigor; f) Todo acto u omisión que infrinja las normas sobre el régimen de cambios.”*

Surge claro, pues, que se trata de una ley penal en blanco, desde que el contenido de alguna de las obligaciones y operaciones que pudieran constituir el tipo infraccional, previamente definido por la ley, puede resultar posteriormente definida por las regulaciones que emite el BCRA.

El bien jurídico tutelado por el régimen, es la posición de divisas que debe mantener el BCRA, la posición cambiaria de nuestro país. Ello queda evidenciado a partir de la lectura de los considerandos del decreto 2581/64 en donde se dice textualmente *“Que a tales efectos, corresponde dictar aquellas medidas que, además, permitan la satisfacción de los requerimientos necesarios para la atención de los compromisos en moneda extranjera, asumidos tanto por los particulares*

como por el Estado u organismos oficiales, sin que ello encarezca incontroladamente el costo de otros requerimientos de divisas.”

La ley del Régimen Penal Cambiario determina que el BCRA tiene a su cargo la fiscalización e investigación de las infracciones previstas de la ley. A ese efecto, tiene a su cargo la tramitación de los sumarios administrativos para la aplicación de las sanciones correspondientes.

IV.- EL RÉGIMEN PENAL CAMBIARIO Y EL DERECHO PENAL.

El Régimen Penal Cambiario no forma parte del Código Penal. Sin embargo, ello no obsta a la aplicación de los principios generales del derecho penal a la materia cambiaria¹.

Desde antiguo, la Corte Suprema ha reconocido la aplicación de los principios generales del derecho penal a los delitos e infracciones económicos². En línea con lo antes expuesto, en relación a las infracciones aduaneras, también ha señalado que solamente puede ser reprimido con una sanción, aquel a quien la acción punible le pueda ser aplicable tanto objetiva como subjetivamente y expresamente destacó que *“... es principio fundamental en materia penal el de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquél a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente”*³

La doctrina también ha señalado que los principios fundamentales que rigen el derecho penal clásico han sido elaborados según es sabido, en un largo proceso histórico cuyo sentido ha sido el de una paulatina afirmación de los derechos y garantías individuales. De ahí que no sea posible,

1. BONZON RAFART, Juan Carlos en *“El Derecho Penal Cambiario. Antecedentes. Bien Jurídico Protegido. Principio de Legalidad”*, publicado en Guía Práctica del Comercio Exterior, N° 126, septiembre de 2008.

2. CSJN, autos "Wolczanski, Hersch", 15/05/67 (Fallos 267:457), citado por FREYTES, Roberto, *“La aplicación de los principios generales del Código Penal en el Derecho Penal Aduanero”*, revista Derecho Aduanero, Tº. IV, pag. 597, trabajo presentado en las Primeras Jornadas de Derecho Aduanero organizadas por el Instituto Argentino de Estudios Aduaneros. En igual sentido CSJN, autos "Pastorino, Alberto", 05/11/69, L.L. 139:838; "Mauricio Lynch" (Fallos 290:202); "Citrex SA", 14/08/86 (Fallos 308:1224).

3. CSJN, autos "S.A. Parafina del Plata", 02/09/68 (Fallos 271:298).

sin graves riesgos para esos derechos y garantías, echar por la borda tan valioso repositorio de normas tutelares, pues con ello se dejaría indefensos a los justiciables frente a las posibles demasías de los órganos del Estado ⁴

Surge, entonces, como un presupuesto ineludible que todo proceso cambiario debe guiarse por los principios que tutela el derecho penal⁵. Se impone entonces, en todo proceso represor cambiario el principio de culpabilidad, la responsabilidad subjetiva, como presupuesto necesario y previo a toda sanción⁶. Este principio, que se sintetiza en la célebre frase "*nullum crimen sine culpa*" (no hay delito sin culpa) se ve seriamente afectado si la culpa es presupuesta en todas las cuestiones cambiarias, sin demostrar su real existencia, es decir con independencia del análisis puntual de las situaciones de hecho y derecho que se correspondan con cada caso.

Enseña Righi que la imposición de una pena no sólo está condicionada a la realización de una acción típica y antijurídica, sino que además requiere que el autor sea culpable. Y agrega el citado autor que este requisito de culpabilidad se cumple cuando se puede reprochar al autor la comisión del hecho. Se entiende pues la culpabilidad como la reprochabilidad⁷. La culpabilidad consiste entonces en el reproche que se formula al autor del hecho injusto realizado. Supone entonces una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho. Y la culpabilidad presupone la exigibilidad como uno de los presupuestos, de

manera que no resulta culpable sino resulta posible exigir al autor la observancia de una conducta distinta a la desplegada.

Bajo esta premisas fundamentales nos proponemos analizar ciertas situaciones puntuales que tienen directa relación con el derecho aduanero.

V.- EL CONTROL DE CAMBIOS Y EL DERECHO ADUANERO.

Como anticipamos, existe una íntima relación entre el control de cambios y el derecho aduanero. En primer lugar, corresponde tener presente que la autoridad cambiaria ejercerá la fiscalización cambiaria a partir de la información que brinda el exportador en la declaración anexa a la solicitud de destinación aduanera de exportación (vulgarmente conocida como "permiso de embarque") previamente presentada y que luego es conformada por las autoridades aduaneras.

El permiso de embarque resulta entonces un documento fundamental para el control de cambios y la información allí detallada es clave en el esquema de seguimiento cambiario. Por lo pronto, las divisas que la autoridad bancaria deberá controlar que ingresen, resultan de la declaración comprometida por el exportador en el correspondiente permiso de embarque convalidada o rectificadas en lo referente a cantidad, peso o volumen, por el control realizado por el servicio aduanero en el momento del embarque ("cumplido de embarque"). Además, los plazos de los cua-

4. AFTALIÓN, Enrique "*Las sanciones en el derecho penal económico*", LL 90-701/714.

5. Sobre el particular resulta ilustrativo el trabajo elaborado por el doctor Ricardo Nuñez "*La aplicación de las disposiciones generales del código penal a las leyes penales administrativas*" publicado en LL 59-590/603.

6. El Procurador General, en dictamen a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "*Petrolera Pérez Compané SA*", del 04/12/03, manifestó: "*VIII. Sentado lo que antecede, cabe destacar que VE ha reconocido, en numerosas oportunidades, que en el campo del derecho represivo tributario rige el criterio de la personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio fundamental de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente (Fallos 271:297; 303:1548; 312:149). Si bien, por lo tanto, es inadmisibles la existencia de responsabilidad sin culpa, aceptado que una persona ha cometido un hecho que encuadra en una descripción de conducta que merezca sanción, su impunidad sólo puede apoyarse en la concreta y razonada aplicación al caso de alguna excusa admitida por la legislación vigente (Fallos 316:1313; 320:2271). Al respecto cabe señalar que el Tribunal ha admitido al error excusable como eximente de responsabilidad, cuando él resulta de los extremos fácticos del caso, cuya valoración corresponde a los jueces de la causa (G.61.XXVI- "García Navarro, José Ramón s/apelación" - 10/12/1996)".*

7. RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto "*Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*", Hammurabi, 2005, ps. 207.

les dispone el exportador para efectivizar el ingreso de los fondos, se encuentran directamente relacionados con la clasificación arancelaria declarada en la destinación aduanera de exportación.

Tanto la valoración como la clasificación arancelaria de la mercadería de exportación, son funciones aduaneras. Por lo tanto, los actos de los funcionarios aduaneros que tienen a su cargo el control de la valoración y clasificación arancelaria de la mercadería de exportación, pueden tener una importante incidencia en el control de cambios, fuere porque cuestionaren los valores declarados o porque observaran la posición arancelaria propuesta por el exportador.

Por lo demás, también corresponde tener presente que, por principio general, la declaración aduanera es inalterable y una vez registrada no se admite la rectificación, modificación o ampliación, salvo excepciones⁸. Consecuentemente, los errores involuntarios del exportador también pueden ser gravitantes, desde que la Aduana luego podrá no admitir la rectificación y el banco encargado del seguimiento de los ingresos correspondientes exigirá el ingreso de un importe que en la relación comercial entre vendedor (exportador) y adquirente puede no corresponder.

Veamos algunos aspectos puntuales relativos a las conductas de los exportadores en el marco del régimen de control de cambios, que entendemos significativas.

VI.- LA DECLARACIÓN ADUANERA Y EL CONTROL DE CAMBIOS.

En nuestro país, el sistema de control aduanero se encuentra estructurado sobre la base de la previa declaración aduanera. De esta manera, cualquier operación aduanera de importación o exportación es sometida al control aduanero, a partir de la previa declaración escrita que formula el documentante, por intermedio de su despachante de aduana, a través de la destinación

aduanera correspondiente.

El control aduanero se ha edificado en torno del control selectivo de estas operaciones de importación y exportación y se sustenta en los conceptos de exactitud y veracidad de las declaraciones aduaneras. Se impone, entonces, la veracidad y exactitud de la declaración aduanera. Y esta veracidad y exactitud se refiere a todos los elementos que componen la declaración aduanera y son exigidos por el Fisco.

Como anticipamos, el control de cambios también se estructura a partir de la declaración aduanera de exportación. Resulta, entonces, gravitante para el régimen cambiario, la declaración aduanera formulada en las destinaciones aduaneras documentadas por los exportadores.

Mediante la Resolución General AFIP 1281/2002⁹, la AFIP puso a disposición del Banco Central de la República Argentina y las entidades bancarias habilitadas, una herramienta informática para la consulta y seguimiento de las destinaciones de exportación registradas ante la Aduana con los embarques cumplidos.

Con el cumplimiento del embarque, es decir la constancia de la cantidad, peso o volumen de la mercadería realmente embarcada, la Aduana carga la información en el Sistema Informático y a partir de la fecha del “cumplido” y la clara determinación de la posición arancelaria y el valor de la mercadería declarada en la correspondiente declaración aduanera, quedará determinada la fecha del vencimiento de la obligación del ingreso de divisas correspondiente, así como también las divisas que corresponderá ingresar. Asimismo, quedan bloqueados los reintegros que pudieran corresponder, hasta tanto quede cumplido en el sistema el ingreso de las correspondientes divisas.

Por Comunicación “A” 3493 del 26/02/2002, el Banco Central instruyó a las entidades bancarias habilitadas en el debido control, a cuyo efecto habilitó la consulta diaria en el Sistema SECOEXPO que se encuentra disponible en el sitio web de la AFIP.

8. Conf. art. 321 del C. Ad.

9. Boletín Oficial del 22.05.02.

Las operaciones incumplidas por parte de los exportadores deben ser informadas al BCRA por parte de las entidades habilitadas encargadas del seguimiento. La Comunicación "A" 3589 del 29/04/2002, determinó que corresponde informar el incumplido dentro de los seis (6) días hábiles del vencimiento del plazo correspondiente al ingreso.

La declaración aduanera y fundamentalmente la fecha del cumplimiento, la posición arancelaria y el valor declarado, constituyen elementos de importancia significativa para el debido control.

VII.- LA DECLARACIÓN ADUANERA. SU INALTERABILIDAD Y EL CONTROL DE CAMBIOS. LOS ERRORES INVOLUNTARIOS EN LAS DECLARACIONES. CONSECUENCIAS.

La declaración aduanera es el acto efectuado en la forma prevista por la Aduana, mediante el cual los interesados indican el régimen aduanero que ha de aplicarse a las mercancías y comunican los elementos cuya declaración exige la Aduana para la aplicación de éste régimen ¹⁰.

Como indicara Don Cristóbal Aguirre en el mensaje de elevación del anteproyecto de Ordenanzas de Aduana que fuera sancionado en el año 1876 mediante ley 810, la base de nuestro sistema de Aduana es la declaración previa de la operación que quiera ejecutarse ¹¹.

Este sistema de declaración previa posibilita el despacho en confianza mediante el cual el servicio aduanero autoriza el libramiento a plaza o la exportación de la mercadería, sin la previa verificación física o documental de la misma, de manera de agilizar los trámites operativos ¹².

Constituye una declaración escrita, formulada ante la Aduana por quien tiene la disponibilidad jurídica de la mercadería, a efectos de someter la misma al control aduanero. Sin esta previa declaración escrita, la mercadería no puede ingresar o egresar -de manera regular- al o del, respectivamente, territorio aduanero.

La violación del debido control aduanero que debe concretarse sobre las mercaderías que ingresan o egresan de nuestro territorio aduanero, puede configurar el delito de contrabando. Por lo tanto, esta declaración previa que anticipa una operación de importación o exportación regular, hace a la esencia del régimen aduanero.

Esta declaración aduanera debe ser veraz y exacta y corresponde al declarante individualizar la totalidad de los elementos necesarios que deben ser tenidos en cuenta por el servicio aduanero para la correcta clasificación y valoración de la mercadería, así como para ejercer debidamente todas las funciones de control que se encuentran a su cargo.

Esta declaración que el importador y exportador formula ante la Aduana da comienzo al despacho aduanero y mediante ella el declarante solicita a la Aduana se autorice la destinación aduanera peticionada. Conforme indica la Exposición de Motivos del Código, la destinación aduanera no es otra cosa que el destino que, desde el punto de vista aduanero, puede dársele a la mercadería.

El importador o exportador que formula una declaración de importación o exportación ante el servicio aduanero debe previamente optar por una destinación aduanera. Una vez presentada la declaración mediante una destinación aduanera, la mercadería quedará sometida al régimen aduanero establecido para la destinación de que se trate. Y el declarante queda comprometido a cumplir el régimen elegido.

10. Definición de declaración aduanera del Anexo B-1 de la Convención de Kyoto. Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros. En igual sentido otros anexos que reproducen esa definición.

11. DI FIORI, José Luis, en "Práctica Aduanera", Rev. Régimen Aduanero N° 9, ps. 925 y sig y CAMAUËR, Fernando en Revista del Instituto Argentino de Estudios Aduaneros, N° 3, ps. 15.

12. BARREIRA, Enrique C., "Código Aduanero, Comentarios, Antecedentes y Concordancias", t. II-A, 1° ed, Abeledo Perrot, 1986, ps. 196.

Si bien la declaración y la destinación aduanera se manifiestan mediante una misma presentación, corresponde aclarar que la declaración y la solicitud de destinación constituyen actos jurídicos diferentes con efectos propios.

La declaración aduanera es inalterable y no admite modificación o rectificación una vez presentada, salvo excepciones. Esta declaración por tanto, una vez formulada, obliga y compromete al declarante con independencia de la desestimación de la destinación aduanera que pudiera formularse en determinadas situaciones¹³. Ello implica que el declarante responde por la exactitud y veracidad de la declaración aun en el supuesto de desistimiento de la destinación aduanera. Ello se explica en función del sistema selectivo de control aduanero y del esquema de despacho en confianza existente. De no sancionarse la inexacta declaración aduanera, en los supuestos de desistimiento, el declarante podría intentar formular una declaración inexacta pero conveniente a los fines tributarios, en la esperanza de que su despacho no sea verificado por el servicio aduanero y en caso de resultar una operación sujeta a control, presentar el desistimiento de la misma¹⁴.

De allí que, en la medida que el servicio aduanero autorice la destinación en la confianza de que la declaración es veraz y completa, las diferencias que se comprobaren en transgresión a esa confianza podrán ser objeto de sanción.

El sistema de despacho en confianza justifica sobradamente el principio de inalterabilidad de la declaración aduanera. Ahora, como veremos, este principio que protege el debido control, tiene algunas consecuencias en materia cambiaria que merecen ser analizadas.

En operaciones de exportación, el Código Aduanero admite la rectificación "cuando la

inexactitud fuere comprobable de su lectura o de la de los documentos complementarios anexos a ella y fuera solicitada con anterioridad: a) A que se hubiera dado a conocer que la declaración debe someterse al control documental o a la verificación de la mercadería; o b) Al libramiento, si se hubiera exceptuado de los controles antes mencionados. 2.- La rectificación, modificación o ampliación también procederá, bajo las condiciones previstas en el encabezamiento del apartado I, con posterioridad al libramiento y hasta: a) la carga de la mercadería a bordo del medio de transporte que fuere a partir con destino inmediato al exterior, cuando se utilizare la vía acuática o aérea; o b) que el último control de la aduana de frontera hubiese autorizado la salida del medio de transporte, cuando se utilizare la vía terrestre. 3.- Asimismo, el servicio aduanero podrá autorizar la rectificación, modificación o ampliación de la declaración aduanera siempre que la misma no configure delito o infracción".¹⁵

Vemos que la admisión de la rectificación está supeditada a cuestiones formales y temporales. Si no se verifican los extremos definidos por el código, el servicio aduanero no admitirá la rectificación.

Ahora bien, un error en la declaración en cuanto al valor o la posición arancelaria declarados podrá no justificar la rectificación aduanera, por no cumplirse con los parámetros definidos por el código, y aun así justificar la posición cambiaría del exportador.

En efecto, si el exportador, cometió un error en la declaración de valor y luego solicita la rectificación vencido el plazo correspondiente, la Aduana no admitirá la rectificación del permiso de embarque. Sin embargo, la autoridad cambiaria debe igualmente analizar estos extremos invocados, dado que si el error en la posición

13. En materia de importación el "desistimiento" de la declaración se encuentra reglado en los arts. 236/239 y en materia de exportación en los arts. 334/337.

14. La Nota al punto 20 (Práctica Recomendada) del Anexo B.1 a la Convención de Kyoto establece: "La retirada de la declaración de mercaderías para el despacho a consumo no impide que las autoridades adopten las medidas que consideren necesarias cuando se haya descubierto una infracción como consecuencia del examen de la declaración o del reconocimiento de las mercaderías", Cita de BARREIRA, E., "Código Aduanero, Comentarios, Antecedentes y Concordancias", t. II-A, 1º ed, Abeledo Perrot, 1986, ps. 277.

15. Art. 322 del C.Ad.

arancelaria o en el valor declarado se encuentran debidamente acreditados, deberá controlar el efectivo ingreso del valor adecuado y en los plazos determinados para la posición arancelaria correcta.

Si la Aduana rectifica la declaración aduanera y modifica el valor y/o la posición arancelaria declarados en el Sistema Informático de la DGA será sencillo para la autoridad cambiaria realizar el control de cambios conforme la información del sistema, rectificadas. Si por el contrario, la información contenida en el Sistema Informático de la DGA no es modificada, la tarea de control de la entidad financiera no será sencilla y no existe un procedimiento reglado sobre el particular.

Sin perjuicio de ello, sin lugar a dudas consideramos que en los casos de explicaciones y justificaciones debidamente fundadas, la entidad financiera interviniente deberá atender las explicaciones brindadas por el exportador, aun en la hipótesis de que la Aduana no admita la rectificación. En su caso y dado la falta de procedimiento reglado, deberá elevar las explicaciones al BCRA para su debida intervención.

En este punto el instituto de rectificación aduanera es bien diferente del control de cambios y ambas cuestiones deben guiarse por principios y consideraciones diferentes. El hecho de que una operación no pueda ser rectificadas (por ejemplo por haber sido presentada en forma extemporánea) no implica que la autoridad cambiaria deba exigir el ingreso de un importe no percibido y en un plazo inadecuado. Aun en caso de no autorización de rectificación del permiso aduanero, el banco interviniente y la autoridad cambiaria deberá analizar las situaciones particulares de la operación para constatar el real valor de la exportación para así efectuar la tarea de control sobre el valor real y no sobre el valor incorrectamente declarado.

VIII.- LAS DIFERENTES DESTINACIONES Y OPERACIONES ADUANERAS Y EL CONTROL DE CAMBIOS.

Algunas destinaciones o regímenes aduaneros justamente amparan operaciones que no generan

divisas y consecuentemente se encuentran exceptuadas del seguimiento cambiario.

Como anticipamos, la destinación aduanera es el régimen que regula las condiciones y requisitos bajo los cuales una mercadería podrá permanecer o ser exportada. Quien se encuentre en condiciones o con intención de realizar una importación o exportación, conoce el destino que le dará a la mercadería. En línea con esta idea que motiva su importación o exportación, al presentar la mercadería despacho deberá elegir la destinación aduanera que mejor se adecue al destino que quiere asignarle a la mercadería.

De esta manera si ha vendido una mercadería al exterior, la mercadería se exportará sin ánimo de retorno y consecuentemente se documentará su exportación bajo el régimen de destinación definitiva de exportación para consumo.

Si por el contrario, la mercadería retornará, por ejemplo porque el exportador ha concertado un contrato de alquiler en el exterior y quiere exportar la mercadería por un plazo determinado, documentará la exportación bajo el régimen de la destinación suspensiva de exportación temporaria.

Asimismo si un productor nacional situado en la provincia de Córdoba ha vendido un producto a un país vecino y quiere documentar la exportación desde su Aduana de Córdoba en forma suspensiva hasta la Aduana de Paso de los Libres, podrá documentar un tránsito de exportación para luego documentar la salida definitiva desde la Aduana de frontera.

Vemos que, no en todos los casos, la operación que sustenta y justifica la destinación aduanera, genera en el exportador un derecho al cobro de divisas. Consecuentemente es importante conocer las destinaciones aduaneras para adentrarse en el análisis del control de cambios. El control debe estar en alguna medida supeditado a la destinación/régimen aduanero que ampara la exportación.

La Comunicación "A" 3587 del 29.04.02 y sus modificatorias, ha detallado y consignado algunas de estas operaciones, regímenes y destinaciones que no generan ingresos de divisas, brindando un aporte muy valioso al esquema de control cambiario. Bajo esta condición podemos mencionar las siguientes operaciones:

1º) Régimen de operaciones aduaneras reali-

zadas mediante medios de transporte de guerra, seguridad o policía¹⁶. Se trata de operaciones de carga y descarga de pertrechos de guerra, realizados por medios de transporte de guerra, seguridad o policía, en ejercicio o con motivo de su actividad específica. En relación a estas operaciones el Estado Nacional no requiere autorización o permiso alguno y obviamente no corresponde el ingreso del contravalor de divisas.

2º) Régimen de rancho¹⁷. Constituyen rancho, provisiones de abordaje y suministros, el combustible, los repuestos, aparejos, utensilios, comestibles y demás mercaderías que se encontraran a bordo del medio de transporte para su propio consumo y para el de su tripulación y pasaje. No existe ingreso debido por estas operaciones.

3º) Régimen de pacotilla¹⁸. Constituye pacotilla los efectos nuevos o usados que un tripulante de un medio de transporte pudiere razonablemente utilizar para su uso o consumo particular o personal o incluso los bienes para ser obsequiados, en cantidad y valores razonables y apropiados, de manera de que no exista presunción de que se importan o exportan con fines comerciales. No existe ingreso de divisas debido por estas operaciones.

4º) Régimen de franquicia diplomática¹⁹. Se encuentran comprendidas en el régimen de franquicias diplomáticas los bienes que determine la reglamentación que pudieren ser importados o exportados por los miembros de las misiones diplomáticas, consulares, representantes de organismos internacionales. No existe ingreso debido de divisas por estas exportaciones.

5º) Régimen de muestras²⁰. Constituyen muestras, a los fines aduaneros, los objetos

representativos de una mercadería ya producida, que estuvieren destinados a exhibiciones o demostraciones con la intención de concretar futuras ventas, en la cantidad y los valores autorizados. Estas exportaciones también están exentas del control de cambios.

6º) Régimen de material promocional²¹. Se encuentran exentas del control cambiario, las operaciones de exportación de material promocional para ser utilizado gratuitamente en ocasión o en función de la realización de ferias, exposiciones, congresos, seminarios, encuentros, talleres u otras actividades similares de carácter turístico, cultural, educativo, religioso, deportivo o incluso comercial.

7º) Régimen de equipaje²². Constituyen equipaje los efectos nuevos o usados que un viajero, en condiciones usuales del viaje, pudiere razonablemente utilizar para su uso o consumo particular o bien para ser obsequiados, en las cantidades y valores que permitan inferior que no se importan o exportan con fines comerciales. Estas exportaciones no están sujetas al control cambiario. También se encuentra exentos del control de cambios las exportaciones de los bienes que conforman equipaje no acompañado, así como los bienes que un residente del país exporta con motivo de su radicación en el exterior (ej. motos, autos, embarcaciones, etcétera)²³.

8º) Régimen de exportación para compensar envíos con deficiencias²⁴. En este caso, se encuentran exentas del seguimiento cambiario, las exportaciones de mercadería que compensan anteriores embarques con deficiencias. No hay cobros por estos embarques y consecuentemente la operación no está sujeta al control cambiario.

9º) Régimen de envíos de asistencia y salva-

16. Conf. art. 472/484 de la ley 22.415.

17. Conf. art. 506/516 de la ley 22.415.

18. Conf. art. 517/528 de la ley 22.415.

19. Conf. art. 529/549 de la ley 22.415.

20. Conf. art. 560/565 de la ley 22.415.

21. Conf. Resolución ANA 3749/94, modificada por Res. Gral AFIP 2345/07.

22. Conf. arts. 488/505 de la ley 22.415.

23. Conf. Decreto 1001/82, art. 59 inc. b)

24. Conf. arts. 573/577 de la ley 22.415.

mento ²⁵. Estos envíos se encuentran exentos también del seguimiento y control cambiario puesto que se trata de mercaderías que se exportan como ayuda a lugares afectados por una catástrofe.

10º) Régimen de corredores de comercio ²⁶. Se encuentra también exento del control de cambios el régimen de envíos al exterior de catálogos, listas de precios, efectos y muestras que sean transportadas por corredores de comercio internacional.

11º) Régimen de donación de órganos y sangre humana ²⁷. Está exento del control cambiario el ingreso o egreso de órganos, materiales anatómicos/o tejidos con fines de implante o de estudio e investigación.

12º) Régimen de exportación en consignación (mientras permanezca dentro del régimen) ²⁸. En función del régimen de envíos en consignación, la mercadería se exporta sin haber sido previamente vendida, con la intención de lograr una venta desde el extranjero. Esta exportación se encuentra amparada por una destinación aduanera, en la cual se consigna el precio estimativo de la mercadería. El exportador no paga derechos de exportación por este embarque ni debe ingresar divisas no cobradas. Tiene un plazo determinado para concretar la venta. Si la venta no se concreta, la mercadería debe retornar y el exportador no debe pagar tributos aduaneros ni debe ingresar divisas no percibidas. Si por el contrario finalmente se concreta la venta el exportador procederá a presentar una nueva destinación aduanera, indicando el precio final de venta y abonando los derechos de exportación correspondientes. Recién en esta oportunidad queda obligado a ingresar divisas.

13º) Régimen de removido. La destinación aduanera suspensiva de removido es aquella en virtud de la cual la mercadería de libre circulación en el territorio aduanero puede salir de éste para ser transportada a otro lugar del mismo territorio, con intervención de las aduanas de salida y destino, sin que durante su trayecto, atravesase o haga escala en un ámbito terrestre no sometido a la soberanía nacional. Estas operaciones también se encuentran exentas del control de cambios ²⁹.

14º) Exportaciones del Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego a su exterior, incluido en éste las áreas francas nacionales y el resto del territorio de la Nación ³⁰. En cuanto a las exportaciones del Área Aduanera Especial al área franca, la exención de ingreso de divisas es procedente en tanto supongan abastecimiento mismo del área franca y no exista ulterior reexportación.

15º) Exportaciones desde el Territorio Nacional Continental al área franca y al Área Aduanera Especial de Tierra del Fuego ³¹.

16º) Exportación a consumo de mercadería con destinación de importación temporaria, sin transformación. Se trata de mercadería que se exporta a consumo, en cumplimiento del compromiso asumido al documentar su ingreso temporario. Se devuelve la mercadería al exterior y por lo tanto, no se percibe divisa alguna y consecuentemente se ha excluido la operación del régimen de control de cambios.

17º) Exportaciones temporarias ³². Estos es mercadería que se exporta con ánimo de retorno.

18º) Mercadería sujeta a una operación de transbordo ³³ o reembarco.

25. Conf. arts. 581/584 de la ley 22.415.

26. Conf. Resolución ANA 122/93.

27. Res. ANA 384/97.

28. Conf. Decreto 637/79.

29. Conf. arts. 386/396 del CA.

30. Conf. ley 19.640, art. 13.

31. Conf. ley 19.640, arts. 18 y 20.

32. Conf. art. 349/373 del CA.

33. Conf. art. 410 a 416 del CA.

IX.- SITUACIONES ESPECIALES. ALGUNOS EJEMPLOS PUNTUA- LES.

IX-1.- La devolución de mercadería.

Se ha regulado expresamente la devolución de bienes previamente importados que se encuentran pendientes de pago al exterior. Se regló la compra y venta de cambio sin movimiento de divisas. La Comunicación A 3821 regló los aspectos operativos y las condiciones que debían reunirse para concretarse su aplicación. Debe existir coincidencia entre exportador y destinatario. La deuda por pagar al exterior por la compra debía encontrarse declarada, deben coincidir las posiciones arancelarias, se debe adjuntar declaración jurada del exportador y además una certificación de auditor externo. El despacho a plaza del bien que se exporta debía ser posterior al 30.06.01 y anterior al 11.02.02.

Se regló una situación especial. Bienes adquiridos en el exterior que luego de la crisis de 2001 ya no pudieron ser colocados en el mercado interno. Se admitió la devolución de los bienes al exterior como una forma de solución comercial exenta del control cambiario, dado que estos envíos no generaban ingresos de divisas sino que pretendían evitar el egreso de divisas debido por el anterior envío desde el exterior.

IX-2.- La mercadería que arriba al exterior con mermas y/o faltantes.

La Comunicación A 3685 del 06.08.02, autorizó a las entidades financieras a cerrar cambio por menores importes que los declarados, en los casos de faltantes y mermas. Si la diferencia es menor al 5% del valor FOB del permiso de embarque, con un máximo de hasta u\$s 20.000, siempre que se encuentre con documentación que avale la situación. Si el monto involucrado no superare u\$s 1.000 será suficiente la declaración jurada del exportador. La norma autoriza el cierre de cambios sin la previa intervención del BCRA.

Posteriormente la Comunicación A 4025 del 06.10.03, determinó que en los casos de diferencias menores a u\$s 5.000 por permiso de embarque, resulta suficiente la declaración jurada del

exportador y por diferencias superiores a dicho importe, la entidad financiera deberá contar con documentación adicional de soporte.

Con mucho criterio se ha reglado la situación de las mermas, faltantes y/o deficiencias. El transporte, las distancias y más aun cierto tipos de mercadería, justifican sobradamente esta disposición. Resultan comunes los problemas comerciales derivados de las mermas, faltantes o deficiencias. Muchas veces la calidad del producto que arriba no responde a las condiciones comerciales pautadas, y la calidad puede haber mermado por el transcurso del tiempo o su deficiente acondicionamiento, etc.

Resulta pues atinado la previsión legal sobre el particular. Entendemos que la limitación económica indica los importes hasta donde las entidades podrá cumplir cambios sin la previa intervención del BCRA. Por importes superiores entendemos que se impone que la entidad habilitada realice un informe con la información previamente presentada por el exportador para su posterior consulta al BCRA. En casos debidamente justificados entendemos que el BCRA debería convalidar el informe y autorizar al banco interviniente a cerrar cambio por el menor valor.

IX-3.- El quebranto del comprador. La falta de pago y la gestión de cobro.

Surge clara la obligación de ingreso y liquidación de divisas por "cobros" de exportaciones. Resulta entonces evidente que no existe obligación de liquidar divisas por operaciones no cobradas. La obligación de ingreso es un derivado del previo ingreso. No existe obligación hasta el momento en que efectivamente se perciba el monto en cuestión.

En el marco de diversos sumarios instruidos por el BCRA durante el anterior período de control de cambios (antes de la vigencia del Decreto 530/91) se debatió si el exportador que percibía tarde las divisas o directamente no las percibía estaba obligado a antes del vencimiento del plazo debido algo que no percibió.

La jurisprudencia y la doctrina han señalado que quien no percibió divisas no debe ingresar importe alguno y por tanto, quien percibió las divisas tardíamente solo esta obligado a su ingre-

so al momento de su percepción. Sin embargo la jurisprudencia ha señalado que en estos supuestos el exportador debe probar en forma contundente que no percibió las divisas y no simplemente informar que no las percibió sin probar sus dichos.

"La transgresión del art. 1º del decreto 2581/64 en cuanto al deber de ingresar las divisas al país, sólo existe en función de la percepción que realice el exportador; lo cual no implica que éste pueda sustraerse a su obligación con fáciles pretextos o maniobras obvias y por lo que, el alcance a atribuir al solo hecho de la falta de ingresos en término del valor de la exportación es el de una presunción iuris tantum de la negación clandestina que sólo puede ser destruida mediante prueba en contra a cargo del responsable" ³⁴. La jurisprudencia también ha señalado que resulta relevante la debida acreditación de haber cumplido las diligencias de cobranza propias de un buen hombre de negocios (ponderada en la concreta situación de que se trate) y en consideración al interés público comprometido ³⁵.

La jurisprudencia de la Cámara en lo Penal Económico ha determinado que, en materia cambiaria, se invierte la carga de la prueba en perjuicio del inspeccionado. De este modo, la sola demora en el ingreso de las divisas hace presumir la negociación clandestina ³⁶. No obstante, se ha atemperado el criterio cuando se esta ante indicios indirectos o equívocos, caso en el que no se puede poner a cargo del acusado demostrar su inocencia ³⁷. Así pues, siempre a cargo del perseguido demostrar que ingreso las divisas o que en caso contrario, existen razones plausibles para no haber hecho o para haberlas ingresado tardíamente.

Este criterio señala como insuficiente la mera alegación de la falta de pago del comprador, si

además no se prueba la realización de gestiones necesarias para el ingreso de las divisas.

La solución propiciada antes del año 1991 resultaba pues casuística. Correspondía a cada exportador acreditar a satisfacción del juez interviniente no sólo la falta de pago sino la buena gestión de negocios.

Actualmente se han reglado algunos aspectos vinculados a la gestión de cobro. La solución propiciada por la autoridad cambiaria no es completa.

En lo relativo a los pagos tardíos, por Comunicación A 4250 A del 26.11.04, se obligó al exportador a demostrar el inicio de acciones judiciales o en su caso acciones de cobro extrajudiciales. Se determinó además que el exportador no puede tener más de tres operaciones en estas condiciones por año calendario y siempre que el FOB acumulado pendiente de liquidación por estos permisos no supere de u\$s 30.000.

La solución propiciada obliga el inicio de una acción de cobro, cuando en muchos casos esta medida no resulta la más adecuada en alguna etapa de negociación de cobro. Además establece una limitación cuantitativa que no tiene sentido.

Por su parte la jurisprudencia de nuestros tribunales ha determinado que la probanza de la mora y la gestión diligente son fundamentales para la solución de la litis. Se ha determinado que correspondía imponer condena a un exportador que ingresó tardíamente las divisas cuando no acreditó los extremos necesarios para demostrar la verosimilitud de los descargos efectuados en la defensa. En el caso la única prueba aportada fue la compulsa de sus propios libros de comercio, cuyo valor probatorio resultaba dudoso. ³⁸ Por el contrario, se resolvió la absolución de un exportador que acreditó gestiones diligentes de pago tendientes a agilizar las cobranzas de operaciones de exportación concertadas antes de

34. CN.Penal Económico, Sala II, 28.11.84., in re "Editorial Universitaria de Buenos Aires SA". Esta doctrina fue compartida por la Sala I en sentencia del 08.07.86 in re "Surrey S.A."

35. CN. Penal Económico, Sala I, 29.05.89 in re "Lopez Flglia", entre muchos otros.

36. CN. Penal Económico, Sala II, 28.11.94 in re "Eudeba".

37. CN Penal Económico, Sala II, 28.05.85 in re "Cambio America".

38. CN Penal Económico, Sala A, 22.09.03, in re "Agrigenetics SA".

la reimplantación del control de cambios y en algunos casos con plazos de financiamiento de pago que excedían los plazos luego establecidos para el ingreso de divisas.³⁹ También se absolvió a un exportador que exportó por cuenta y orden de otra empresa. Se determinó que al no ser dueño de la mercadería exportada, si bien tenía el deber de ingresar las divisas, no tenía a su cargo la gestión de cobro⁴⁰.

Vemos, pues, que la solución jurisprudencial ha sido más prudente que la solución normativa. Encontramos injustificado la exigencia de inicio de acciones judiciales que en muchos casos se oponen a la finalidad de la norma cambiaria, desde que obligan al envío de fondos al exterior para soportar los gastos del pleito, cuando en muchos casos la acción judicial puede ser una pérdida de tiempo y dinero. Basta la gestión de cobro diligente.

La Comunicación A 4250 del 26/11/2004, también se refirió a los casos de deudor insolvente. En el caso del deudor insolvente, se exige al exportador la acreditación de la presentación concursal del comprador de la mercadería y el inicio del trámite judicial de verificación de créditos por parte del exportador.

Nuevamente aquí cabe preguntarse si resulta ajustada esta exigencia. Obliga incluso al exportador a incurrir en más gastos en el exterior, siendo que en algunos casos la medida podría incluso resultar inapropiada, visto las posibilidades concretas de cobro y hasta irritante, en el caso de deudor insolvente pronto a recomponer su situación patrimonial (difícilmente en este caso recomponga luego mi relación comercial).

IX-4.- Las operaciones sin valor comercial. El principio de bagatela.

De lo hasta aquí expuesto surge también evidente que no corresponde el ingreso de divisas en las operaciones sin valor comercial. Esto es, en operaciones por las cuales el exportador no per-

cibirá divisa alguna.

La Comunicación "A" 4839 del 08/09/2008 instruyó justamente a las entidades habilitadas el cumplimiento de las operaciones de exportación documentadas con la ventaja aduanera "EXPONOTITONEROSO". La Comunicación "C" 52211 del 26/11/2008, por su parte, aclaró que lo dispuesto en la mentada Comunicación "A" 4839 también aplica a los casos de exportaciones documentadas con la ventaja "EXPOSINVALORCOM". Se reglaron, de esta manera, las siguientes situaciones:

a) las mercaderías antes importadas que se exportaban en devolución;

b) las mercaderías que se exportaban en reemplazo de bienes defectuosos oportunamente exportados y amparados por contratos de garantías;

c) exportaciones de residuos peligrosos para su destrucción en el exterior y

d) otros casos no contemplados en la medida que el valor FOB declarado no supere por permiso de embarque el importe de u\$s 10.000 y por hasta un máximo de u\$s 100.000 por año. En este caso se exige declaración jurada del exportador y certificación de auditor externo que acredite que por esta exportación no se recibe pago alguno. Queda implícitamente reconocido el principio de bagatela receptado también a nivel jurisprudencial.⁴¹

e) Otros casos no detallados, en cuyo caso corresponde la intervención del BCRA.

No se ha reglado la situación de embarques sin valor comercial en los cuales se ha omitido documentar la voz indicada "EXPONOTITONEROSO"/"EXPOSINVALORCOM" en el permiso de embarque. Sin dudas el tema es más complejo, aunque igualmente consideramos que no corresponde la imposición de sanción alguna, en los casos en los cuales el exportador acredita que la operación no tiene valor comercial, a pesar del error de enunciación del sistema informático.

39. Juzgado Penal Económico N° 5, 11.03.05 in re "Lanera Austral SA".

40. CN. Penal Económico, Sala A, 08.05.07 in re "Prensa Río de la Plata".

41. CN. Penal Económico, Sala A, 15.12.04 in re "Hortensia Elena".

A ese efecto corresponderá estar a las particularidades de la operación aduanera y de la operación comercial. Serán de utilidad los documentos comerciales y el respaldo registral de las mismas, a la vez que la información que pudiera colectarse del destinatario de la mercadería.

IX-5.- Las compensaciones.

La compensación de las obligaciones tiene lugar cuando dos personas por derecho propio, reúnen la calidad de acreedor y deudor respectivamente, cualesquiera que sean las causas de una y otra deuda. Ella extingue con fuerza de pago, las dos deudas, hasta donde alcance la menor, desde el tiempo en que ambas comenzaron a coexistir⁴²

La reglamentación cambiaria no ha reglado de manera expresa este instituto de derecho civil. Si bien no hay existe ninguna disposición que prohíba la aplicación de este instituto a la materia cambiaria, se han generado no pocas controversias sobre el particular.

En principio, corresponde señalar que la solución que debería imponerse en la reglamentación es similar a la determinada para las devoluciones de bienes antes importados y no pagados al exterior. Por Comunicación A 3821 se facultó a la entidad bancaria interviniente a cerrar cambio sin movimiento de divisas, justamente para conciliar el ingreso debido con el egreso antes debido.

De esta manera se receptoría el criterio jurisprudencial que se ha evidenciado sobre el particular. Remiendo a la legislación civil, el fuero en lo penal económico se ha inclinado por aceptar la compensación y eximir al exportador del ingreso de las divisas correspondientes⁴³. Entendemos adecuada la posición jurisprudencial. Una solución contraria hubiera obligado el ingreso de un importe que luego debería ser autorizado a girar en pago de la deuda que el exportador tiene con

el mismo comprador de la mercadería.

IX-6.- Los casos de exportaciones del régimen minero y de hidrocarburos⁴⁴.

IX-6-a) El Régimen de Inversiones Mineras.

A principio de los años noventa, nuestro país resolvió generar condiciones propicias para la inversión minera. Consecuentemente dictó una serie de leyes para estimular esta actividad. En cuanto interesa muy especialmente la ley 24.196. Se garantizaba pues la actividad minera a gran escala, otorgándose una estabilidad fiscal por treinta años a los emprendedores que adhirieran al régimen y comprometieran inversiones.

Se sentaron las bases para el desarrollo minero, definiendo claramente la carga tributaria, cambiaria y arancelaria. Se pautaron reglas claras de juego por treinta años, en cuanto interesa a estas líneas se garantizó la no obligación del 100% del ingreso de divisas.

Con la reimplantación del régimen de control de cambios se generó una seria controversia sobre su aplicación a las operaciones de exportación documentadas al amparo del régimen minero.

Mediante Decreto 417/2003 quedó resuelta la cuestión, cuando el Poder Ejecutivo determinó que las empresas que habían obtenido la estabilidad cambiaria definida por la Ley 24.196 se encontraban exceptuadas del ingreso de divisas. El Decreto mantuvo el criterio antes seguido por el Decreto 1638/01 que determinó que no se encuentran obligados al ingreso de divisas quienes se encontraban con excepciones acordadas por leyes previas.

Se respetaron los derechos adquiridos por los exportadores que habían documentado sus exportaciones en el marco del régimen minero.

42. Conf. Art. 818 del C.Civil

43. CN Penal Económico, Sala A, 25.02.08 in re "Hijo de Pedro Vincenti SA"; CN Penal Económico, Sala II, 10.10.89 in re "Icasa, Industria Curtidora Arg. SA". En igual sentido se pronunció la Corte Suprema el 23.10.94 in re "Esterlina SA".

44. Sobre el particular recomendamos ver SARAVIA FRÍAS, Carlos Alberto "Liquidación forzada de divisas para la minería y el petróleo", La Ley 1017/1024.

Finalmente, por Comunicación A 3971 del 30.06.03 el Banco Central instruyó a las entidades habilitadas a otorgar el cumplimiento cambiario a aquellos operadores que acrediten que las exportaciones pertenecen al emprendimiento minero por el cual han obtenido la estabilidad fiscal.

IX-6-b) El Régimen de los Hidrocarburos.

En el caso puntual de las exportaciones de hidrocarburos, el Decreto 589/89 permitía la libre disponibilidad de las divisas por hasta un máximo del 70% del valor de cada operación de exportación. Incluso el Decreto 1638/2001 determinó que no se encontraban obligados al ingreso de las divisas las actividades que tengan una exención especial otorgada por ley o por contrato con el Estado Nacional.

Sin embargo, también en este punto existieron controversias. Se sostuvo que el Decreto 589/89 no se encontraba vigente desde la vigencia del control de cambios establecido por el Decreto 1606/2001.

El Decreto 2703/2002 determinó que a partir de su vigencia los productores de hidrocarburos deberán ingresar, como mínimo, el 30% de las divisas correspondientes a sus exportaciones.

Hasta el presente, la jurisprudencia ha adoptado también la misma tesitura que el Poder Ejecutivo al resolver las cuestiones analizadas, incluso en relación a operaciones documentadas antes de la vigencia del Decreto 2703/2002 ⁴⁵.

X.- CONCLUSIONES.

1º) Los exportadores se encuentran obligados a ingresar el contravalor en divisas del valor FOB o CIF, según su caso, de las exportaciones realizadas.

2º) El control cambiario se sustenta en las declaraciones formuladas por los exportadores ante la Aduana en las correspondientes destinaciones aduaneras.

3º) El control cambiario debe estructurarse a partir de una íntima vinculación entre las autoridades cambiarias y aduaneras, desde que el control cambiario requiere el pleno conocimiento del tipo de operación de exportación que se ha documentado.

4º) Las particularidades de la destinación o régimen aduanero a cuyo amparo se ha concretado una exportación deben ser debidamente valoradas por la autoridad cambiaria.

5º) Muchas de las cuestiones operativas aduaneras que tienen relevancia en el control cambiario han sido debidamente atendidas por las reglamentaciones cambiarias, otras han tenido solución jurisprudencial. Es importante el trabajo continuo y conjunto de la autoridad cambiaria y aduanera a fin de generar soluciones reglamentarias a situaciones especiales.

6º) En todos los casos la autoridad cambiaria deberá tener presente que el control cambiario queda supeditado el ingreso debido. Si no hay ingreso de divisas por causas que se corresponden al tipo de operación aduanera o causa ajenas al exportador, la sanción resulta claramente abusiva e injustificada.

7º) Corresponde al exportador la gestión de un hombre diligente de negocios al intentar el cobro de las divisas correspondientes. Y debe demostrar esta gestión a la autoridad cambiaria. El inicio de acciones de cobro o los pedidos de quiebra, son medidas extremas que en muchos casos podrán no estar justificadas.

8º) La reglamentación minuciosa no siempre genera soluciones generales convenientes. En última instancia siempre será el juez a partir de la sana crítica quien deberá atender las situaciones particulares de las causas invocadas y prueba aportadas, para determinar si resulta ajustada una sanción al exportador.

45. Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Penal Económico N° 4, 25.09.07 in re "Colhué Huapi SA". En este caso se resolvió la absolución del exportador, incluso para operaciones documentadas antes de la vigencia del Decreto 2703/2002, sobre la base del principio de aplicación retroactiva de la ley penal más benigna. En igual sentido se pronunció el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 12, el 28.12.07 en autos "Capex SA", sentencia dictada en el marco de una acción declarativa de certeza.

