

Resolución de la UIF. Afectación de derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional *

CAUSA: 10.58/05 “CARRENCA DE CARDO, ADELA C. EN M^o DE JUSTICIA –LEY 25.246– s. PROCESO DE CONOCIMIENTO”.

Buenos Aires, 17 de junio de 2005.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. La parte actora solicita un pronunciamiento cautelar por medio del cual se suspenda, hasta tanto se dicte sentencia definitiva en los presentes actuados, lo dispuesto en los arts. 14 inc. 10; 21 inc. b) y c) y 24 de la ley 25246 y los Anexos I, II y IV de la Resolución 10/04, por afectar los derechos y garantías establecidos en los artículos 14 y 18 de la Constitución Nacional.

II. Liminarmente, cuadra precisar que la medida reclamada constituye un remedio que –de ordinario– debe aplicarse con carácter restrictivo y cuyo fundamento reside en la necesidad de salvaguardar la igualdad de las partes en el proceso evitando que se convierta en ilusoria la sentencia que lo concluya, debiendo subordinarse a la configuración de dos extremos insoslayables: la verosimilitud del derecho invocado (*fumus bonis iuris*) y el peligro de sufrir un daño irreparable como consecuencia de la demora (*periculum in mora*), ambos previstos en el art. 230 del Código Procesal, a los que debe agregarse el tercero contemplado para toda clase de medidas cautelares en el art. 199 del ordenamiento aludido (cfr. “Petriosa”, Sala III del 20/11/84).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe puntualizar que el Alto Tribunal ha sen-

* Fallo inédito.

tado doctrina en cuanto a que “... las medidas cautelares no exigen de los magistrados el examen de certeza sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad de esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad...” (Fallos: 306:2060).

III. Conforme la doctrina reseñada en el considerando precedente, tengo para mí que *–prima facie–* los recaudos exigidos por el remedio en análisis se encuentran reunidos en la emergencia:

Ello así lo pienso, por cuanto:

1. La ley 25246, con la finalidad de arbitrar medios eficaces para la represión del delito de “*encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo*”, creó –en el ámbito del Ministerio de Justicia– la Unidad de Información Financiera (“UIF”), entre cuyas funciones le asignó: 1. la de recibir, solicitar y archivar las informaciones a que se refiere el artículo 21 de la misma norma (artículo 13 inc. 1); 2. la de “solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil para el cumplimiento de sus funciones, a cualquier organismo público, nacional, provincial o municipal, y a personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, todos los cuales estarán obligados a proporcionarlos [...] En los casos en que a la Unidad de Información Financiera le sean opuestas disposiciones que establezcan el secreto de las informaciones solicitadas, podrá requerir en cada caso autorización al juez competente del lugar donde deba ser suministrada la información o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de la misma” (artículo 14, inc. 1).

Entre las obligaciones impuestas a los escribanos públicos (art. 20 inc. 12) por la ley puesta en crisis, es del caso citar la prevista en el artículo 21 inc. b), según la cual “Las personas señaladas en el artículo precedente quedarán sometidas a las siguientes obligaciones: b) Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada. La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación por cada categoría de obligado y tipo de actividad ...”.

A su turno, por Resolución de la UIF N° 9/03 se aprobó la “*directiva sobre reglamentación del artículo 21 inc. a y b) de la ley 25246. Operaciones sospechosas, modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de la obligación de reportarlas*” (art. 1, anexo I), la “*Guía de transacciones sospechosas*” (art. 2, anexo II) y el “*Reporte de Operaciones Sospechosas*” (art. 3, anexo III).

En tal orden de cosas, en la “*Guía de transacciones inusuales o sospechosas*” de modo **no taxativo**, sino meramente enunciativo o ejemplificativo “de posibles supuestos de operaciones inusuales o sospechosas” se enuncian algunas

operaciones que deben ser informadas como sospechosas (v. gr. “Clientes que realizan una operación por un monto que resulta inusual comparado con los montos transferidos por ellos en el pasado en otras operaciones” –ap. 1–; “Clientes con billetes falsificados, enmohecidos o muy sucios para pagar una transferencia de fondos” –ap. 2–; “El cliente demuestra curiosidad no común sobre las políticas y procedimientos de control interno” –ap. 6–, etc.).

2. Al margen de la ilegitimidad adjetiva que puede llegar a merecer la atribución reglamentaria conferida al órgano administrativo en cuestión (cfr. arts. 14, 76, 99 incs. 1 y 2 CN), otro es el reparo constitucional que *prima facie* se encuentra configurado en el *sub lite*, para acceder al remedio excepcional articulado, el cual es el juicio necesario de *razonabilidad* que debe resguardar la norma en cuestión (art. 28 CN).

2.1. La finalidad de la ley, si bien irrepachable, instrumenta para su consecución medios –*en principio*– desproporcionados que culminan por exceder su finalidad.

Debe recordarse que es doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal la observancia –como garantía sustantiva de razonabilidad– de la adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y la proporción entre aquél y los medios arbitrados (fallos: 256:241, 299:428, entre otros).

2.2. No parecería, *prima facie*, desmesurado requerir a quienes son fedatarios el cumplimiento de ciertas exigencias propias del carácter que invisten, pero con el límite de que tales obligaciones sean de posible cumplimiento por cuanto respondan al ámbito de actividades que desarrollan y cuentan –a la vez– con el conocimiento técnico que la ley exige.

2.3. Por tanto, si bien la obligación de *informar* no se exhibe, *en principio*, como ilegítima, sí lo es –paralelamente– cuando detrás de ella –en realidad– se exige un proceso cognoscitivo que requiere –ciertamente– la evaluación de extremos que escapan al arte y sapienza de la aquí actora.

En efecto, una cosa es exigir que se informen ciertos hechos u operaciones concretas y objetivamente determinadas; y otra muy distinta es –*según liminarmente lo entiendo*– requerir informaciones sobre operaciones “sospechosas” que exigen de parte del destinatario de la obligación un conocimiento que no responde a su formación profesional.

En rigor, la exigencia de la norma legal (y su reglamentaria) parecen estar dirigidas a los órganos especializados en la “investigación y represión” de tal tipo delictual; y no –según es mi juicio– a la actividad desempeñada por el notariado.

2.4. En el caso, el artículo 21 ap. b) y la Resolución UIF N° 9 no sólo plantean –estrictamente– las clásicas disfunciones que el lenguaje natural trae al mundo jurídico sino que –ciertamente– son las reglas preceptivas que exigen del operador jurídico (en el caso “escribanos públicos”) de una preponderante labor subjetiva en la determinación de los extensos y ambiguos términos empleados por la norma, sin caer en la cuenta de que tales enunciaciones normativas pueden significar un juicio concreto para quienes tienen por función

la investigación de tal clase de tipos delictuales, y no, como ocurre en la emergencia, para profesionales cuya actividad es muy otra.

Parecería, *en este análisis liminar de la cuestión*, que el temperamento propuesto por la norma excede las funciones propias del notariado y exige de ellos una labor que no están técnicamente preparados para cumplir.

3. En punto al *periculum in mora*, si bien la accionante no lo acredita acabadamente, al ser la *verosimilitud* del derecho ciertamente calificada, debe aplicarse la pacífica línea jurisprudencial trazada por el Superior en punto a que “a mayor verosimilitud del derecho no cabe ser tan exigente con la demostración del peligro en la demora” (CNFed. C. A., S IV, *in re* “Arte Radiotelevivo Argentino”, de fecha 16/04/98; entre muchos otros).

En mérito a lo expuesto,

RESUELVO:

1. Hacer lugar a la medida cautelar peticionada, declarando –hasta tanto se resuelva en forma definitiva la cuestión planteada– la inaplicabilidad de lo dispuesto en el art. 20 inc. b. de la ley 25246 y de la Resolución UIF N° 9/03, sin poder la accionada articular ningún tipo de medida sancionatoria por tales cuestiones.

2. Fijar a los efectos del art. 199 del CPCCN contracautela juratoria.

Cumplido que sea, notifíquese a la accionada la presente resolución mediante oficio de estilo.

Regístrese y notifíquese en el día (art. 36 del RJN).

Martín Silva Garretón

Juez Federal

Nota a fallo

Por **Arnaldo A. Dárdano** y **Arnaldo A. Dárdano (h)**

Dictada la ley 25246 y su reglamentación por la Unidad de Información Financiera, ha sido prácticamente unánime el rechazo a su implementación por parte de los colegas escribanos y numerosos estudiosos y doctrinarios, por incluir obligaciones contrarias a la función notarial y adolecer de aspectos claramente inconstitucionales. Los Colegios respectivos han realizado presentaciones judiciales en esa vía, en algunos casos aceptadas, en otros derivadas por declaraciones de incompetencia o simplemente diferidas en su resolución. En este caso, el fallo del juez en lo Contencioso y Administrativo Federal, Martín Silva Garretón, ratifica una vez más que los escribanos y numerosos juristas no estábamos equivocados en nuestra consideración.

Aunque debemos aclarar que no se trata de la resolución de fondo sino de un pronunciamiento cautelar, el fallo reconoce que la facultad reglamentaria de la UIF puede llegar a merecer la calificación de “ilegitimidad adjetiva”, es

decir que la UIF no estaría facultada para reglamentar dicha ley como lo ha hecho. Dicha consideración es correcta, ya que se trata de un organismo con autonomía funcional y autarquía financiera que, a su vez, pretende establecer pautas subjetivas para la determinación de una operación sospechosa, completando un tipo establecido en una norma penal. Este aspecto es manifiestamente inconstitucional por afectar los principios de legalidad y tipicidad de la norma penal, así como también el principio de culpabilidad, al delegar la determinación de la sospecha y de las circunstancias en que el sujeto informante debió entender que una operación era sospechosa, a un tercero (la UIF). La conducta típica de “no información de una sospecha”, sin establecer de manera clara y objetiva cuándo un acto se ajusta, o no, a la acción específicamente tipificada, le impide al escribano actuante conocer con precisión la conducta prohibida, para evitarla, y crea una situación de incertidumbre que afecta el ejercicio de la función.

Por otra parte, el *a quo* agrega que dicha norma reglamentaria no tiene el juicio necesario de razonabilidad; recordemos que, entre otros aspectos, exige al obligado interpretar una “sospecha” o “inusualidad” sobre la base de la evaluación de elementos tales como volumen, valor, características, frecuencia y naturaleza de la obligación frente a las actividades habituales del cliente o requirente, siendo esta pretensión un medio desproporcionado y peligroso que culmina por exceder la verdadera finalidad de la ley.

Históricamente se le han impuesto al escribano obligaciones accesorias a su función, lo que ha aceptado para ayudar al Estado a controlar, exigir el pago de impuestos, así como el cumplimiento de numerosas normas, pero éstas no deben atentar contra el espíritu mismo de la función notarial. La actual normativa torna a todas las operaciones como “sospechables”, anhela que el propio notario diferencie cuál es la operatoria verdaderamente sospechosa de la que no, para evitar la información indiscriminada –con la responsabilidad que ese acto supone– y espera del escribano una actividad más típica de un investigador delictual, que de un profesional del derecho y colaborador ad honórem.

Concluye el fallo que la obligación de informar no es en principio ilegítima. La ilegitimidad deviene cuando se exige un proceso cognoscitivo que escapa a la habilidad y conocimientos específicos, para los cuales el escribano y otros profesionales no se han preparado. Coincidimos con esta apreciación y agregamos que la obligación de informar sería ilegítima en los casos previstos en la norma por los que establece la obligatoriedad de abstenerse de comunicar dicha circunstancia a los informados, caso en el que se avasalla la confianza dada al profesional depositario de la *fe pública* y el *secreto profesional*, con lo que se ve afectado un pilar esencial de la función notarial.

Es la UIF la que debe asumir –y no delegar– el rol de investigador, a través de agentes idóneos en dicha área, sobre la base de reportes objetivos de información provenientes de distintos sujetos. Es el Estado, a través de un equilibrado accionar de sus poderes, entre ellos el judicial, quien deberá “calificar” la actuación de los sujetos en cuanto a que sus acciones sean ajustadas, o no,

a la normativa, ¿o vendrán tiempos de “privatización” de la calificación de las acciones privadas?

El fallo califica como “ambiguos” los términos empleados por la norma para la labor subjetiva del informante. Ello es así, ya que enumera de manera no taxativa sino meramente ejemplificativa o de supuestos una serie de situaciones descritas de manera genérica e imprecisa, que a la sola consideración y bajo responsabilidad del escribano interviniente, éste deberá evaluar y eventualmente considerar como sospechosa.

Creemos que se observa una cierta incoherencia de la ley que, por un lado, obliga a los escribanos a brindar sus servicios notariales –salvo legítima excusación– y, por otra parte, lo obliga a sospechar en su actuación.

Por otro lado, una cuestión muy grave de la obligación del escribano de informar toda operación que considere sospechosa sobre la base de su criterio subjetivo es la magnitud de la sanción que se le aplicaría, tomando en cuenta el criterio subjetivo de un tercero, ya que establece penas privativas de libertad, y si no se llegara a configurar el tipo, se fija una multa de *1 a 10 veces el valor total de los bienes u operación*. Todo ello afecta claramente el ejercicio de la función en su conjunto, ya que implica un “temor injustificado al ejercicio profesional”.

Por un error material, cuando el fallo resuelve declarar la inaplicabilidad de lo dispuesto en el art. 20 inc. b. de la ley 25246, está refiriéndose en realidad al art. 21 inc. b. de la citada ley, que establece la obligación de “Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada”. También, al referirse el fallo a la Resolución UIF N° 9/03, debe interpretarse que alude a la Resolución N° 10/04, que de manera similar a la 9/03 es la de aplicación específica para los escribanos.

Tranquiliza que un juez federal haya percibido lo mismo que todos los escribanos, y esperamos que muchos juristas se sumen a estudiar el tema y a formar su libre convicción. Estaremos a la expectativa de la resolución definitiva del caso, pero aplaudimos el avance.