

## “ACTIVIDAD FINANCIERA ILÍCITA: *indirect doing business*”<sup>1</sup>

Efraín Hugo RICHARD<sup>2</sup>

1. Agradecemos se nos invitara a ensayar sobre el tema<sup>3</sup>, particularmente ante la convocatoria a blanqueo de divisas no declaradas.

Una ley de blanqueo, reconociendo ese fenómeno, aceptando conducir su ilegalidad fiscal – más o menos profunda- tiende a activar la economía tratando que hechos lamentables y repudiables no se repitan. Y sobre esto tenemos que meditar.

Es mandatorio que los dólares o divisas así recuperadas por el circuito económico legal se mantengan en ese mercado, y no vuelvan a huir del sistema bancario legal. Y en tal tema hay dos aspectos: a. las divisas que se quedan en el país –de poca magnitud aunque puedan ser importantes-, y b. las que fugan a paraísos fiscales, o sea a países con bajo o nula tributación y que, particularmente, brindan secreto a las transacciones financieras.

Atraerlas implica no sólo confianza, sino que las organizaciones que colaboraron con la huída de las divisas no sostengan la misma actividad lucrativa para facilitar los fraudes fiscales o peor aún el origen delictual de fondos, imponiendo que hablemos de los límites de la actividad legal.

La cuestión está vinculada a “travesuras” de la electrónica y la pérdida de principios éticos, como a dejar de lado el sistema jurídico. Y el rol de los abogados, su misión, es el respeto a ese sistema como base del orden social. Orden que deben respetar los gobernantes y los gobernados.

Esa letal combinación sociológica llevó a que el país perdiera en los últimos años 80 mil millones de dólares<sup>4</sup>, además de lo que perdió en los 90 y al principio del 2000, pero no en negocios ruinosos, sino en huida del sistema por desconfianza o –peor aún- por corrupción u ocultamiento , con el daño consiguiente al desarrollo del país, al capitalismo productivo y a la posibilidad de dar puestos de trabajo para que la igualdad de oportunidades se produjera con el esfuerzo y no con dádivas que también socavan el equilibrio socio económico.

Ello nos llevó a escribir algunas líneas de comentario a la ley 26869 que tan rápidamente se promulgó<sup>5</sup>, referidas a las cautelas que debían existir en el caso de que administradores societarios manifestaran tenencia de divisas no declaradas para las sociedades que administraban. En esa oportunidad se impuso recordar ese fallo y ese mandato, que sospechamos fue ignorado, aunque no tenemos certidumbre.

Para qué sirve un “blanqueo” si no se cierran los canales de huída de divisas. Y no estamos hablando de las relativamente pequeñas transacciones que se realizan en las “tradicionales” y bien conocidas cuevas de las grandes capitales o en los conocidos comercios de las ciudades menores donde negocian divisas turistas y minúsculos ahorristas, sino de las bocas enormes de salida o entrada que se localizan en otras instituciones de esas capitales.

No hacen falta aviones para ello, salvo que por la ilegalidad del origen de esos capitales no se confíe en esas vías “institucionales secretas”.

No abordaremos cuestiones éticas, aunque es un problema ético además de legal. Pero lo enfatizamos pues en hace breves horas el Papa Francisco creó un comité supervisor financiero para la Santa Sede y el Estado del Vaticano incluyendo “medidas necesarias para la gestión y la

<sup>1</sup> Versión anotada de la conferencia de cierre de la sesión del día jueves 8 de agosto del II CONGRESO NACIONAL DE DERECHO BANCARIO Y FINANCIERO (8 Y 9 de agosto de 2013, Buenos Aires, República Argentina).

<sup>2</sup> Se agradecerán las sugerencias, comentarios y observaciones a [ehrichard@arnet.com.ar](mailto:ehrichard@arnet.com.ar); pueden verse antecedentes de los temas abordados en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>3</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)” citado.

<sup>4</sup> Los economistas argentinos, de cualquier ideología, señalan que han huido del país en los últimos cuatro años 80 mil millones de dólares. Y esto hay que pararlo para asegurar la economía en nuestro país, el capitalismo productivo.

<sup>5</sup> Ley 26869. RICHARD, Efraín Hugo EN TORNADO A EXTERIORIZACIÓN (BLANQUEO) DE DINERO POR SOCIEDADES (ley 26860) en El Derecho, 19 de junio de 2013, Buenos Aires, República Argentina, año LI, ED 253-.

contención de los riesgos de blanqueo de capitales, financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción masiva, así como identificarlas y regular la actualización de las normas y medidas<sup>6</sup>.

2. Ingreseemos en la actividad financiera ilícita, que la hubo y la hay. En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007<sup>7</sup>, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales informe sobre una investigación dispuesta por el Dr. Zaffaroni. Como casi todas las declaraciones de los grandes Congresos las cuestiones y el entusiasmo se diluyen una vez concluido, por lo que ignoramos la repercusión que tuvo esa decisión.

Zaffaroni había sospechado la existencia de una estafa monumental para llevar dinero del circuito nacional al internacional, generándose ocultamientos patrimoniales. Una ley de blanqueo responde a una ocultación patrimonial presuntamente –o no tan presuntamente- muy significativa, que alteró la economía nacional, y que impuso salvatajes bancarios y un default de la deuda externa.

Una maniobra de tal magnitud debió haber contado con el auxilio de organizaciones bien montadas, que inspiraran confianza, y –sin duda- organizadas societariamente, quizá incluso que desarrollaran alguna actividad reglada –bancaria, financiera, cambiaria, turística, etc.-.

Se trata del fallo de la Corte en el caso Bustos, en el que en su voto el Ministro Zaffaroni<sup>8</sup> impuso una investigación al Procurador General de la Nación: “En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales...Por ello ...remitirlo al señor Procurador General, para que .. proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron ...Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina”. No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot<sup>9</sup>.

3. Ello sirve para algunos recuerdos en torno a la crisis financiera mundial –pues existe y perdura un mercado financiero global de alta nocividad que opera electrónicamente durante las 24 horas con muchos ciudadanos argentinos operando en el mismo pero desde cuentas secretas en paraísos fiscales-<sup>10</sup>. Esos recuerdos pretenden que no se nos quiera convencer sobre las bondades de la globalización financiera, sus “productos” y “derivados” financieros y la libertad de los mercados y de los paraísos fiscales, que por algo así estamos. A esa crisis global –con la que se intenta justificar el ilegal vaciamiento argentino del 2001- que eclosionó en el 2007 para ya producía sus efectos nefastos desde el 2002 nos habíamos referido<sup>11</sup> en el año 2002, premonitoriamente<sup>12</sup>. En la

<sup>6</sup> La Voz del Interior, versión electrónica del jueves 8 de agosto de 2013.

<sup>7</sup> Valiosamente se constituyó como una continuación de los “Congresos sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras”, cuyas primeras dos versiones se realizaron en Mendoza y en La Cumbre –Córdoba- en los tres últimos años de la década del 70.

<sup>8</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)” en El Derecho diario del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss.. En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007, ante nuestra comunicación conjunta con la Dra. Laura Filippi, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales informe sobre la investigación requerida por el Dr. Zaffaroni.

<sup>9</sup> ¿Complot o negocio financiero?.

<sup>10</sup> En recientes informaciones fidedignas que nos transmite Alejandro Drucaroff Aguiar, con quién compartimos la preocupación sobre el escenario mundial y nacional, los montos de depósitos clandestinos de ciudadanos argentinos ascendería a u\$s 400 mil millones.

<sup>11</sup> Anticipamos la crisis financiera mundial en Salta en el año 2001<sup>11</sup>. En aquella oportunidad formalizamos algunos apuntes en la aparente contradicción entre Economía y Derecho.... El neoliberalismo, por lo menos en nuestro país, pretendió hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico donde prime la desregulación y la no injerencia del Estado para optimizar la redistribución por el mercado. En diciembre de 2001 comentamos el libro LA MUNDIALIZACION FINANCIERA. Génesis, costo y desafíos<sup>11</sup>.

UNIVERSIDAD CENTRAL DE CHILE el 26 agosto de 2002, refiriéndonos a *GLOBALIZACION ECONOMICA Y LEX MERCATORIA*<sup>13</sup> sosteníamos que “se intenta referir la interacción de la globalización económica y la *lex mercatoria*, y lo que es dable esperar de ella para paliar los efectos devastadores de ciertos aspectos de aquella (los financieros), La inversión de roles en la economía pues los grupos financieros alteran el carácter accesorio de lo financiero ante lo económico. Ante la globalización financiera, no se ha producido una globalización de la *lex mercatoria*, pese a que así nació, y no se pone coto a la especulación financiera.

Ponderamos el rol del crédito y la inversión financiera en la creación de riqueza, acompañando al capitalismo productivo al que debe aplicar para compartir beneficios, como lo señalara Alberti hace 150 años.

La prédica de los “magos” de la economía y brockers han hecho creer que la inversión en productos financieros de tercera o cuarta generación sigue produciendo beneficios, cuando lo único que genera dividendos reales a la inversión financiera es el apoyo a lo productivo, compartiendo el resultado. Así le fue al mundo, generando daños multimillonarios a los inversores y a los países para reflotar las economías en los últimos años.

El daño a inversores no institucionales podría ser reclamado. Esa globalización financiera lejos de traernos fondos los exporta, como es notorio, desde nuestro país a través de una actividad financiera marginal, favorecido por los paraísos fiscales.

4. Nuestra obligación es advertir que el derecho positivo nacional tiene claras soluciones a los problemas que el Gobierno denuncia. Esa cuestionable actuación es defendida en medios económicos basados en la alta imposición que rige en nuestro país y en la “globalización financiera”. A nuestro entender estos argumentos pueden motivar un debate parlamentario para determinar si nuestra legislación bancaria-financiera-impositiva debe ser modificada<sup>14</sup>. Pero mientras tanto el derecho debe ser aplicado, particularmente en un tema que concita el interés del Gobierno Nacional, del G 20 y particularmente del G8.

Se supone que se intensificará la Lucha Contra el Lavado de Dinero y la Evasión Fiscal de las Multinacionales<sup>15</sup>. Los líderes del G8 subrayaron que “los gobiernos tienen una especial responsabilidad para promulgar leyes justas y que promocionen el buen gobierno”. Asimismo, la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) presentó un informe con cuatro pasos a seguir para el intercambio de información fiscal a nivel global.

El G8 aseguró que se deberá aumentar la transparencia e insistió en que “las autoridades fiscales de todo el mundo deberían intercambiar de forma automática información para combatir la lacra de la evasión fiscal”. El informe de la OCDE, titulado “Un cambio radical en la transparencia fiscal”, propone desarrollar un modelo de intercambio de información automático con una amplia legislación marco para facilitar la expansión de la red de jurisdicciones asociadas de un país. La implementación de las nuevas reglas dificultará la creación de empresas denominadas pantallas en paraísos fiscales, las cuales sirven para ocultar a sus verdaderos propietarios.

Las declaraciones contra los paraísos fiscales inundan los discursos y están contenidas en las declaraciones del G 20. Recordamos manifestaciones de la señora Presidente de la República en su discurso de apertura de las actividades del Congreso el 1º de marzo de 2009 y la Declaración del G

<sup>12</sup> “Derecho y Economía, el Desafío del Siglo XXI” el 26 de febrero de 2002 y “La crisis argentina y la mundialización financiera” el 6 de marzo de 2002, ambas para la Revista Jurídica El Derecho. Se enarbolaron principios sobre los que venimos insistiendo, en limitado grupo, desde hace muchos años.

<sup>13</sup> En el CONGRESO INTERNACIONAL “LOS DESAFÍOS DEL DERECHO FRENTE AL SIGLO XXI”, en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>14</sup> En agosto de 2012, en el Congreso de U.S.A. para lograr la aprobación de una nueva ley impositiva se sugiere secreto por 50 años en cuanto al nombre de los miembros del Congreso, ocultándolo, como la dirección de su voto, para evitar la presión de los lobbies.

<sup>15</sup> del link: <http://www.abogados.com.ar/se-intensificara-la-lucha-contra-el-lavado-de-dinero-y-la-evasion-fiscal-de-las-multinacionales/12448>

20 el 2 de abril de 2009<sup>16</sup> sobre los efectos nefastos de los paraísos fiscales en la globalización financiera, con falta de recursos para la inversión.

Pero actúan en nuestro país –como en casi todo el mundo- oficinas virtuales de bancos o fondos de inversión domiciliados en paraísos fiscales (países de baja o nula tributación), que permiten a ciudadanos locales abrir cuentas en los mismos y girar o recibir fondos sin ningún trámite oficial.

Solidarismo social, inversión en producción, sostenimiento del empleo, apoyo a la educación, proyectos alimenticios y protección ecológica en el desarrollo. Un mensaje alentador.

5. Tal problemática lleva a dos temas: a. la forma de desviar fondos de un país a los paraísos fiscales, b. los “tax heaven” en sí mismos. Estos paraísos fiscales se defienden, entienden que son legales, correspondiendo el problema a los países de alta tributación. En realidad el problema es de información y transparencia, para que se conozca el lugar de origen de los beneficios y se corrijan defectos legales. Las grandes corporaciones aprovechan los vacíos legales.

Pero estamos enfrentando otro problema: la legalidad de ciertas transferencias financieras.

## II – LOS PARAÍOS FISCALES.

1. Sobre este aspecto recogemos de noticias periodísticas que el día 19 de agosto de 2013 el Gobierno Nacional denunciará a la UNASUR la operatoria de JP Morgan y el BNP Paribas por lavado de dinero en la región, buscando “Hacer visible el vaciamiento que sufrió el país entre 1976 y 2001-2002<sup>17</sup>, afirmando José Sabatella titular de la Unidad de Información Financiera que “Es importante que este tipo de maniobras comiencen a discutirse y se investiguen en toda Latinoamérica, porque esta metodología se ha repetido y se repite en muchos países del continente”. No hay duda de los fondos trasvasados en dichos Bancos, pero ¿cómo llegaron allí? ¿Los remitieron en avión?

Es lo que había pedido investigar Zaffaroni casi 10 años atrás.

2. El lector podrá inicialmente dudar sobre su licitud pues dirá esto se hace todos los días... Se puede tomar conciencia de la magnitud del problema a través del editorial de Juan F. Marguch<sup>18</sup> “En cuanto a los patriotas argentinos que durante el conflicto expatriaron más de 30 mil millones de dólares, suma que ayudó a superar la barrera de 200 mil millones de dólares depositados en el exterior, no hicieron más que prolongar una bizarra tradición nacional que difícilmente termine algún día”.

La perspectiva de los mercados en nuestra República, impone pensar en su desarrollo antes que en los mercados financieros globales, pues el financiamiento para los proyectos internos deberían buscarse internamente.

---

<sup>16</sup> Vimos una esperanza en la DECLARACIÓN DEL G 20. Entresacamos del texto de la Declaración de la cumbre de los líderes del G-20 tras la reunión de Londres el 2 de abril de 2009: “... Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; ... que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países ... Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de que nuestro plan ... debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, ... también en los mercados incipientes y en los países más pobres del mundo; ... nos hemos comprometido a hacer lo que sea necesario para: restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo ... a emprender una ampliación fiscal concertada y sin precedentes, que salvará o creará millones de empleos que de otro modo se habrían destruido ... Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales.... para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado. Reconocemos que la crisis actual tiene un impacto desproporcionado para los más vulnerables en los países más pobres ...Reconocemos la dimensión humana que tiene la crisis. Nos comprometemos a apoyar a aquellos afectados por la crisis mediante la creación de oportunidades de empleo ... Construiremos un mercado laboral justo y favorable para las familias, hombres y mujeres....Apoyaremos el empleo estimulando el crecimiento, la inversión en educación y la formación, y mediante políticas activas para el mercado laboral centradas en los más vulnerables”.

<sup>17</sup> “Tiempo Argentino” recogido por La Voz del Interior del 15 de julio de 2013 A 11.

<sup>18</sup> MARGUCH, Juan F. *Sombras que vuelven del pasado* en La Voz del Interior, 11 de agosto de 2008, pág. A 12 “Opinión”.

Sobre la falta de financiamiento, pese a que sobra dinero electrónico en el mercado global, apuntamos a la falta de control en la transferencia de fondos al exterior, la “desestimulación” de las obligaciones negociables por ilícitos APEs y el interés del gobierno en recuperar posición en los mercados externos sin atender a revisar las situaciones anteriores para asegurar un sólido mercado interno, que sea atractivo y confiable incluso para inversiones externas, hoy frustrado por ciertas políticas y más aún por la falta de acción contra aquellas fáciles transferencias al exterior de dineros no declarados.

3. El fenómeno de la actividad financiera globalizada y especialmente cuando la misma proviene de entidades financieras *off shore*, es un fenómeno que afecta a todos los países y que – particularmente en España, Estados Unidos y Argentina- ha tenido efectos catastróficos no solo en el ámbito económico sino también fiscal. Pero especialmente -y en lo que aquí nos interesa destacar- en el sistema económico, lo que en definitiva repercute sobre los inversores individuales de cada país, que también ha generado pérdidas a los inversores en el exterior, por haber confiado en cuentas activas con suscripción de productos financieros.

3.1. En España, el descubrimiento de que la dirección de BBVA mantuvo, desde 1987 hasta 2001, cuentas secretas en la Isla de Jersey también ocultas a los socios de la entidad y que, obviamente, no se reflejaban en la contabilidad oficial, a través de sociedades y estructuras domiciliadas en Liechtenstein y la Isla de Nieu, entre otras. Y el hecho que, según la fuente<sup>19</sup>, numerosos bancos y cajas de ahorro captan ahorro en el mercado español a través de un producto financiero denominado "participaciones preferentes" emitido por filiales, al 100% de dichas entidades, domiciliadas principalmente en las Islas Caimán, implica una inversión de aproximadamente 15.000 millones de euros que no está sujeta a tributación con el correspondiente perjuicio a la Hacienda Pública<sup>20</sup>.

Así multaron con 2,1 Millones de Euros al HSBC Español<sup>21</sup>. La sucursal de la entidad bancaria fue sancionada por el entonces vicepresidente económico del Gobierno socialistas, Pedro Solbes, debido a graves infracciones previstas en la Ley de prevención de blanqueo de capitales.

Al momento de la sanción, noviembre de 2002, el HSBC interpuso un recurso y el Tribunal Supremo desestimó dicha acción. La multa de 2,1 millones de euros impuesta a HSBC España, la cual consta en una resolución de la Secretaría General del Tesoro y Política Financiera, se debe a tres infracciones de la normativa contra el blanqueo de capitales. La entidad debió abonar 925.000 euros por incumplir la obligación de identificación de clientes; 300.000 euros por no respetar las obligaciones de examinar “con especial atención” cualquier operación; y 875.000 euros por no establecer procedimientos y órganos adecuados de control interno y comunicación para prevenir e impedir las operaciones.

Asimismo, se acusó al banco de no haber comunicado por acción propia al Servicio Ejecutivo las operaciones sospechosas, y además por no haberse abstenido de ejecutarlas.

A su vez, dicho Banco habría transferido ilegalmente más de siete billones de dólares de USA a México entre los años 2000 y 2009, recibiendo una sanción de u\$s 1.92 billón por cargos por lavado de dinero por el Departamento de Justicia de aquel país<sup>22</sup>.

Noticias periodísticas en “País 24” del 28 de julio de 2012 daban pistas de estos problemas. Se referían a: Los que escapan a la crisis y a las responsabilidades: Un tercio de los dineros del

<sup>19</sup> Conferencia dictada en Madrid 16 de abril de 2004 por el ex Fiscal Anticorrupción de España Carlos Jiménez Villarejo “La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos”.

<sup>20</sup> Ello según la información obtenida, provocó a nivel normativo la sanción de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre “Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales”.

<sup>21</sup> link: <http://www.abogados.com.ar/multan-con-millones-de-euros-al-hsbc-/espanol/12444>

<sup>22</sup> Fuente The New York Times del 11 de diciembre de 2012 -4.10 AM), donde también se hacen referencias a la quiebra de Lehman Brothers, incluyendo investigaciones a otros Bancos: Credit Suisse, Barclays, ING Bank, Standard Chartered.

mundo oculto en paraísos fiscales. País 24 se destaca como uno de los pocos que la brindó en lugar destacado en nuestro país. Esa y otras noticias pasaron fugazmente, sin motivar notas de opinión ni editoriales pese a su notoria trascendencia para la crisis económica. Nos referimos a la fundada investigación Tax Justice Network según la cual los millonarios del mundo tenían a fines de 2010 entre 21 y 32 billones de dólares escondidos en más de 80 paraísos fiscales, dentro de los cuales los argentinos participarían con casi 400 millones de dólares. El informe agrega que varios de los mayores bancos brindan a sus clientes selectos ese servicio.

Si bien la evasión fiscal es el móvil más notorio, esos paraísos y sus instituciones financieras refugian y garantizan secreto e impunidad a capitales generados por los peores flagelos humanos, entre ellos la corrupción pública y privada, el tráfico de drogas, de armas y el terrorismo, contribuyendo en los mismos las sociedades off shore, para vehiculizar el blanqueo de esas nefastas actividades o para ayudar a sustraer fondos a potenciales o actuales acreedores. La lista de perjudicados empieza por el fisco y sigue con trabajadores de empresas que cierran o quiebran, acreedores comerciales, cónyuges o familiares y tantas otras víctimas de los más ricos y poderosos, que les permiten esconder beneficios o eludir el pago de obligaciones.

3.2. En el país, el escándalo del Banco República iniciado el año 1999, vinculo negocios con “Ludgate Investment Ltd., Siuthward Asset Management Ltd. Lolland Stock Ltd y Scott & Chandler Ltd todas radicadas en el paraíso fiscal de las Bahamas, en transferidos al Federal Bank Limited ubicado en el mismo paraíso fiscal, vía Citibank Nueva York. Además de esos activos”, el grupo que dominaba el Banco República “tenía una participación de más del 30% en el CEI Citicorp Holding S.A.” a través no sólo se habrían transferido fondos al exterior sino se habría intentado perjudicar al B.C.R.A.<sup>23</sup>.

Todos los pronunciamientos judiciales vincularon a los Bancos nacionales otros off shore. Esa actividad financiera o banca *off shore*- tiene patrones comunes que han sido denunciados en diversos informes<sup>24</sup> y ha sido la causa –entre otras- de la liquidación de los siguientes bancos autorizados para funcionar en el País: Banco Mayo Cooperativo Ltda<sup>25</sup>; Banco Extrader<sup>26</sup> el Banco General de Negocios<sup>27</sup>, entre otros y ello sin perjuicio de otras Entidades Financieras que –al no

<sup>23</sup> [www.mercadoytransparencia.org/noticia/la-gran-moneta?piwik\\_campaign=new...](http://www.mercadoytransparencia.org/noticia/la-gran-moneta?piwik_campaign=new...) 3.7.2013 [mercadodedinero.com](http://mercadodedinero.com) argentina “El derecho a saber”.

<sup>24</sup> Puede verse el Informe presentado por la “Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos vinculados con el Lavado de Dinero”, creada el 9/05/01 en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación, en [www.hcdn.gov.ar](http://www.hcdn.gov.ar)

<sup>25</sup> La liquidación de esta entidad, tuvo como causa su vaciamiento a partir de diversa operatoria: 1) Creación de mesas de dinero para supuestas colocaciones en el exterior bajo la pantalla del Banco Mayo, y los derivaban a empresas vinculadas a directivos y funcionarios del Banco Mayo. Esas empresas eran “Bancos Off Shore”, particularmente el Mayflower International Bank Limited y Trust Inversions S.A., el primero con sede en Bahamas, y el segundo con domicilio legal en Montevideo, Uruguay, pero ambos tenían su accionar social, administración y representación en la Argentina.

<sup>26</sup> El Grupo Extrader se integraba principalmente de una financiera, (Extrader S.A.) un Banco, (Banco Extrader S.A.), una Sociedad de Bolsa (Extrader Bursátil S.A.) una Sociedad a través de la cual el grupo participó en la adquisición de acciones de varias empresas, (Extrader Capital Market S.A.) y un banco Offshore (Banque du credit e investissement -BCI-) de Bahamas. Se señala también que el grupo utilizó en el momento de producirse la crisis a una sociedad uruguaya denominada Samroy Realty S.A. para transferirle las diversas tenencias de acciones que había adquirido mediante Extrader Market S.A... En la operatoria imputada como defraudadora a partir de las causas judiciales relacionadas con el grupo reviste importancia la utilización del banco off shore referido (BCI) constituido originariamente por los mismos responsables del grupo. Esto determina la presunción de existencia de un circuito clandestino de dinero, mediante el cual se giraban fondos cuyo origen es desconocido y pudo no haber sido declarado ante los organismos de control (AFIP-DGI, etc.) y los que reingresaban al país a través de préstamos. Con esta banca suscriben lo que se denomina cuenta de Corresponsalía con el Citibank N.A. New York..

<sup>27</sup> Uno de los casos más resonantes fue el del Banco General de Negocios (BGN) pudiendo consultarse la descripción de la operatoria que realizaba el mismo dentro de la “actividad financiera off shore” ilegítima en el auto de procesamiento a ROM, de la Juez Servini de Cubría en [www.lexpenal.com.ar/Archivos/fallos/rohm\\_procesamiento.htm](http://www.lexpenal.com.ar/Archivos/fallos/rohm_procesamiento.htm). En el tema se discute aún hoy la responsabilidad de los accionistas controlantes el Credit Suisse First Boston, el Dresdner Bank y el J. P. Morgan Chase & Co. entre otras entidades financieras que intervenían en la actividad off shore. La operatoria del Banco General de Negocios (BGN) era similar a las anteriormente descriptas. El BGN captaba fondos que “derivaba” a una organización bancaria o financiera que no se encontraba bajo la órbita del BCRA, ya que su lugar de actuación y residencia legal era la República Oriental del Uruguay, tal era el caso de la Compañía General de Negocios Uruguay SA y/o la República de Panamá como el caso de San Luis Financial Investment & Co Ltd.,

haber sido liquidadas hasta la fecha- no es tan evidente la actividad financiera *off shore* que realizaron y las formas de su supuesta ilicitud. Es el marco en que nos referimos al “caso Curatola y Asociados S.A.”<sup>28</sup> y a la operatoria FOREX<sup>29</sup>, donde apuntamos al sistema financiero, a los intermediarios financieros, bancarios y no bancarios, al mercado financiero no institucionalizado y a los intermediarios no autorizados, y a la “Declaración de París” de 2003 contra la corrupción a “gran escala”.

La solución a la actual crisis sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado está basada en la buena fe de los intervinientes.

3.3. Los “tax heaven” tienen dos efectos en la mundialización financiera: i. Incentivar la instalación de sociedades con actividad global para beneficiarse con menores impuestos –tema en que no centramos nuestra atención-, y ii. Recibir fondos girados desde otros países, abriendo cuentas a personas humanas (preferentemente) o jurídicas foráneas, facilitando la evasión fiscal, los controles económicos, encubriendo enriquecimientos obtenidos en muchos casos ilícitamente –o no- Se señala que multimillonarios del mundo ocultan unos 15 billones de euros<sup>30</sup>.

### III – LA INFORMACIÓN.

Una clave de la actividad financiera exorbitada es el ocultamiento de la información: al realizar la transferencia y en el mantenimiento de la operatoria en los tax heaven.

Esta actividad es realizada por los “*Offshore Financial Centers*” (en adelante OFC’s) y Centros Financieros Internacionales (IFC), entre otros, y que son nombres con los que se describe a ese grupo de aproximadamente 50 países, colonias, o zonas especiales que ofrecen alguna combinación entre reducción contributiva, protección de activos, privacidad y/o regulación gubernamental limitada, licencias, incorporaciones a empresarios e inversionistas. Usualmente, estos beneficios son ofrecidos a través de la creación de *International Business Centers* (IBC’s), fundaciones, consorcios, fondos, bancos, compañías de seguros, entre otros, todos con el aditivo especial: *off shore*<sup>31</sup>. Ello usando el sistema FOREX o cuentas de corresponsalía en un banco de Nueva York.

1. Los bancos *off shore* pueden llevar a cabo una variedad de transacciones: préstamos en divisa extranjera, depósitos, emisión de *securities*, derivados negociables para propósitos especulativos y de manejo de riesgo, y el manejo de los activos financieros de los clientes. En cuanto a los préstamos en divisa, estos pueden ser originados en el mismo OFC, o en otro país y financiados y registrados en el OFC, normalmente por razones contributivas. La aceptación de depósitos de clientes individuales es una actividad especializada en algunos de los OFC’s. Usualmente, los bancos envueltos en este negocio son bancos internacionales con alta reputación (seguro de depósitos no disponible).

La legitimidad del sistema no está dado por su marco regulatorio sino por la corrección en su utilización. Cuando este tipo de actividad financiera *off shore* es llevada a cabo por sucursales o filiales de bancos incorporados en otros lugares y cuando se realiza dentro de los parámetros

---

así como a través del Banco Comercial del Uruguay SA. La liquidación del BGN implicó además la “caída” del Banco Comercial del Uruguay SA.

<sup>28</sup> CAMERINI, Marcelo – RICHARD, Efraín Hugo “El caso CURATOLA y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita” en RDCO pág. 701, (tomo B Doctrina) año 42, tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.

<sup>29</sup> El ofrecimiento de Curatola en el ámbito nacional consistía en realizar contratos de futuros sobre divisas, u opciones sobre contratos de futuros de divisas (vg. libra esterlina, euro, franco suizo, marco alemán, rublo, peso mexicano y dólar estadounidense) en mercados del exterior, y FOREX<sup>29</sup>.

<sup>30</sup> La Voz del Interior, Córdoba lunes 23 de julio de 2012 sección A pág. 14, dando cuenta del análisis del dominical británico The Observer.

<sup>31</sup> Los conceptos y contenidos del presente título han sido extraídos del Informe del Fondo Monetario Internacional “Monetary and Exchange Affairs Department – IMF Report 2000” el que puede consultarse en [www.ifm.org](http://www.ifm.org).

regulados en cada País, es aceptada por los grandes Centros Financieros Internacionales y por la mayoría de los mercados. No se trata del fenómeno de deslocalización empresarial para aprovechar ventajas comparativas en países en desarrollo, sino de ofrecer operaciones ilícitas en el mercado, favoreciendo la corrupción.

2. En Estados Unidos<sup>32</sup> por ley aprobada en 2010 –Foreign Account Tax Compliance Act FACTA- se dispuso que las instituciones financieras foráneas informaran sobre cuentas de u\$s 50.000 o más de ciudadanos de aquél país o bien depositaran directamente el 30% de todo dividendo, intereses u otros pagos de esos clientes directamente en las cuentas de la AFIP americana, Internal Revenue Service I.R.S.-. El plazo de aplicación que vencía en Enero de 2012, diferido posteriormente a Enero de 2014 ha sido fijado ahora en julio de 2014, en ánimo de tener suscriptos convenios con países donde se asientan las centrales de esas instituciones foráneas, cuyo incumplimiento será penalizado con el 40%. La información da cuenta que se acaban de suscribir convenios conforme la Organización from Economic Cooperation and Development entre Singapore y Cayman Islands con los Estados Unidos, sumándose a los ya firmados con Gran Bretaña, Irlanda, México y España.

Los Bancos Suizos flexibilizarían la Transferencia de Información<sup>33</sup>. Las autoridades de Estados Unidos intentan que los bancos del país europeo abonen multas de hasta 10.000 millones de dólares y entreguen información acerca de los estadounidenses bajo sospecha de usar cuentas secretas para evadir impuestos.

Ahora las entidades bancarias suizas tendrán permitido cooperar con las autoridades americanas en el marco de un plan gubernamental que tiene como objetivo salvar a la industria de eventuales cargos criminales.

Si bien los bancos no estarían autorizados a revelar los nombres de clientes, el Gobierno de Suiza estableció los parámetros para la cooperación y aclaró que se podrán solicitar autorizaciones individuales para resolver ciertas investigaciones.

De esta manera, los bancos podrán difundir detalles de cuentas trasladadas a otros bancos, nombres de empleados bancarios, abogados y contadores y ayudar a las autoridades de Estados Unidos a identificar a los clientes ricos que evaden impuestos.

Cabe recordar que más de una decena de entidades bancarias están bajo investigación formal en Estados Unidos. Entre ellos se encuentran Credit Suisse, Julius Baer, la unidad suiza del británico HSBC, Pictet en Ginebra, Zuercher Kantonalbank y Basler Kantonalbank.

Deben recordarse la quiebra del MF Global, y los escándalos PFGBest, U.S. Bank<sup>34</sup>.

#### IV – ATISBOS JUDICIALES EN NUESTRO PAÍS.

La realidad financiera Argentina ha demostrado a través de los años, que la actuación de una “banca *off shore*” muy lejos de respetar el sistema y las formas de actuación permitidas por el BCRA, es utilizada en forma frecuente para evadir esas regulaciones y en perjuicio de los inversionistas, el Estado y sus agentes, lo que en definitiva sucede como consecuencia de la liquidación de las entidades financieras autorizadas para actuar en el país, a partir de su “vaciamiento”.

Una actividad financiera al margen de la ley no solo se realiza a través de representaciones de entidades financieras extranjeras que no tienen autorización para actuar con esa calidad en Argentina, sino –la mayoría de las veces- a través de entidades financieras locales que por medio de la captación de depósitos de inversionistas locales colocan esos fondos en cuentas en entidades

<sup>32</sup> En edición Internet The New York Times del 12 de julio de 2013, Deal B%k edited by Andry Ross Sorkin, puede leerse el artículo “Foreing Banks Win New Delayed in Tax Evasion Rule by Lynnley Browning.

<sup>33</sup> del link: <http://www.abogados.com.ar/los-bancos-suizos-flexibilizarian-la-transferencia-de-informacion/12539>

<sup>34</sup> De lo que da cuenta extensamente el especialista Azam Ahmed en Internet el 9 de julio de 2012, 8.38 PM:



financieras del exterior, ejerciendo –en consecuencia- de forma abusiva la actividad financiera legítima, en el aparente marco del negocio para el cual está habilitada<sup>35</sup>, otorgándose incluso tarjetas de pago -o débito- sobre las mismas.

1. Nuestra Corte Suprema reconoció esa operatoria en el pedido de quiebra en el país de la Compañía General de Negocios, domiciliada en Uruguay y ante un documento aparentemente pagadero en ese país. La petición había sido rechazada por primera y segunda instancia, pero la C.S.J.N. ordenó receptar la petición al haberse acreditado que tal Compañía extranjera operaba casi con exclusividad en el local de la Ciudad de Buenos Aires del Banco General de Negocios, sistema bien conocido en otras bocas de inversión de otras compañías<sup>36</sup>.

2. En el auto de procesamiento de Carlos Rhom la Jueza a cargo de la Instrucción sostuvo que “...no puede sino considerarse que la operación paralela trasciende los límites del país y que la misma pudo llevarse a cabo mediante una participación activa de los funcionarios y de los directivos del Banco General de Negocios SA y de su estructura, puede concluirse que la misma pone en duda la credibilidad del sistema financiero argentino, de la honestidad de sus banqueros y de la política del "buen administrador" que debe primar en esta actividad fundamental para el desarrollo de un país”.

La Justicia también debió intervenir en otro caso donde se evidenció la falta de control. Acaeció en el caso del Banco Austral<sup>37</sup>, donde la Cámara en lo Comercial Integrada por María Elsa Uzal e Isabel Miguez, revocó la resolución de Primera Instancia en el incidente de Revisión intentado por un acreedor que habiendo operado en Buenos Aires directamente frente al Banco Austral S.A., esta Institución –actuando confesadamente con un contrato de colaboración- lo habría recibido para depósitos en plazo fijo en el Austral Bank International”, lo que motivó el rechazo en primera instancia y luego la revocación con extensos y profundos fundamentos por parte de las dos distinguidas camaristas.

Después de varios años del *default* del Banco, el cliente obtuvo un reconocimiento judicial de su derecho, que posiblemente será difícil materializar económicamente, salvo que se asuma lo que expresaremos más adelante. Entendemos que el fallo de la Cámara se enrola en lo que ha señalado el Presidente de la Corte, el Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti<sup>38</sup> sobre la conveniencia de “tomar decisiones adecuadas y actuar sobre el encauzamiento de la litigiosidad; la orientación del sistema hacia los resultados, es decir, decidir los conflictos, lo que requiere fortalecer las decisiones antes que las tramitaciones y las dilaciones”.

En el Considerando 5. “Debe analizarse en el marco fáctico de la *litis* la otra perspectiva ... la responsabilidad que podría caberle al B.A.S.A. (Banco Austral aclaramos) en el marco de las operaciones financieras concretadas por el actor con aquella, por cuenta y orden de una entidad extranjera que nunca contó con autorización para realizar esas operaciones financieras en territorio nacional... una entidad autorizada por el BCRA –B.A.S.A.- posibilitó a una sociedad extranjera que no contaba con la respectiva autorización –A.B.I. (Austral Bank)- el celebrar operaciones financieras consistentes en la captación del ahorro público, con lo cual el objeto de dicho contrato resultaría ilícito y la concreción de sus efectos un fraude a la ley nacional...”

<sup>35</sup> Al respecto puede verse Porcelli, Luis A., “Banca de hecho. Responsabilidad de los bancos frente a los denominados certificados “off shore”. LL 1995-C-988: "...la supuesta y figurada persona depositaria no es más que el elemento ardidoso utilizado, sin que sea relevante su eventual existencia”.

<sup>36</sup> Nto. “ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (“*indirect doing business*”) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte)” en Revista el Dial.Express del lunes 16 de marzo de 2009, y también en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009, y en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>37</sup> El decisorio corresponde a la causa “02261/1995 Banco Austral S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de Revisión (promovido por PORCELLI, Luis A.). En nto. “Acciones de recomposición patrimonial: ineficacia. Acciones de responsabilidad” en Décimo Seminario Anual Actualización, Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales, en homenaje a Juan M. Farina, 10/12 de marzo de 2010, Mar del Plata, libro colectivo y en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).

<sup>38</sup> En “Los desafíos de la Justicia” en La Voz del Interior 13 de diciembre de 2009 pag. 10 A.

En el considerando 6. para determinar responsabilidad el voto se refiere al “hecho ilícito” y al “acto ilícito”, determinándose “la contradicción de la conducta de la demandada con el orden legal que rige la materia. La Ley de Entidades Financieras argentina N° 21.526 (L.E.F.) prohíbe expresamente toda acción tendiente a captar recursos del público por parte de entidades no autorizadas” enfatizando que “las leyes de los demás Estados jamás serán aplicados contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Así en el punto 6.6. asegura “En el caso, la fallida, al actuar como corresponsal de una entidad financiera que no contaba con la debida autorización del BCRA, colaboró en la concreción de una actividad que no se ajustaba a la ley que rige la materia (arts. 1, 7 y 17 L.E.F. y que por ello conformó una actividad ilegal”.

Las Camaristas describen la relación agrupativa, de control de accionistas comunes, que vincula a ambas sociedades, que sin duda actuaban en interés del grupo, incluso en la “consecución de fines extra societarios”, en beneficio de una sociedad constituida por ellos en el extranjero, violando la ley nacional. Aunque omiten referencias a la ilegalidad que apuntaremos.

## V - LA ILICITUD

Lo importante es advertir que dentro del sistema normativo nacional, además de las sanciones que pueda aplicar tardíamente el Banco Central de la República Argentina (en adelante “BCRA”) <sup>39</sup>, por actividad financiera no autorizada, correspondiendo analizar la calificación de ilícita de tal operatoria.

La cuestión vincula interdisciplinariamente estudios de Derecho Bancario, Tributario, Internacional Privado y Societario, entre otros, valorizando al derecho como sistema de convivencia, no de conveniencia <sup>40</sup>. No puede dejar de aplicarse por razones economicistas o de ignorancia culposa, cuando no dolosa. Además de acotar la pública actuación de sociedades domiciliadas en “paraísos fiscales” que sustrae capitales de inversión del circuito nacional, permitiría acotar actuación de sociedades y personas físicas que facilitan tal indebida actuación.

Queremos enfatizar que tal operatoria es ilegal, no está autorizada por la Ley de Entidades Financieras, que la prohíbe, ya que en definitiva se están simulando operaciones realizadas en el país como realizadas en el exterior a través de medios electrónicos y sin dejar rastros de la operatoria en documentación en el país, pues con el uso de tales medios electrónicos se aparenta que la operación se realizó en el exterior.

Y el desarrollo del mercado interno lo vemos comprometido por esa pública práctica que implica usar los medios electrónicos para simular realizadas en el extranjero –normalmente en paraísos fiscales- la apertura de cuentas, compras de títulos, transferencias de divisas, uso de tarjetas con débitos a esas cuentas para sustraer al control de la AFIP los gastos realizados sobre fondos en negro, facilitando a su vez lavados de dinero.

Las referencias en los fallos referidos contienen la calificación de ilicitud. Y tal calificación permite tipificar la sanción por “actividad ilícita” contenida en la Ley de Sociedades Comerciales de nuestro país N° 19.550 (L.S.C.) –como la de muchos otros-, que autoriza ante tal constatación la actuación oficiosa de cualquier juez para disponer la liquidación de la sociedad, con responsabilidad solidaria de socios y administradores con el alcance previsto en el art. 19 de dicha ley. A su vez arrastrará tal calificación y sanción para los controlantes a tenor del art. 54 tercer párrafo de la misma ley. Adviértase que la operatoria es posible por la actuación indebida en el país de una sociedad que es “hospedada” por otra sociedad nacional. La sanción implicaría la liquidación de ambas.

<sup>39</sup> “Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA” fallo de la CSJN del 26 de junio de 2012 donde dejó sin efecto una multa impuesta por el BCRA por la larga tramitación de la causa. [www.csjn.gov.ar](http://www.csjn.gov.ar)

<sup>40</sup> Quién quiera conocer más sobre estos aspectos, la declaración del G 20, el referido fallo, el indirect doing business y la actividad ilícita puede ver nuestros ensayos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

Pero paradójicamente el Gobierno Nacional no interviene en esos mercados clandestinos que afectan el mercado de capitales locales, restándole recursos y haciendo más caro el acceso a financiamientos, y ante tal costo busca que sus títulos sean aceptados en mercados foráneos<sup>41</sup>.

Nuestro Gobierno está tratando de captar fondos en los mercados internacionales, incluso a través de un “blanqueo fiscal”, mientras se permite que públicamente se opere ilícitamente abriendo cuentas en paraísos fiscales o en el exterior, y se trasladen fondos en negro a los mismos. Es una conducta incongruente, particularmente ante la ley de declaración de activos financieros no declarados.

## VI – LA MANIOBRA DEFRAUDATORIA. EL INDIRECT DOING BUSINESS

1. Un verdadero complot de especialistas, una gran estafa que se venía desarrollando desde hace muchos años. Lo advirtió Zaffaroni en el caso Bustos, ordenando investigación. No sabemos cómo esta esa investigación pero el Gobierno ha decidido presentar una situación similar ante la UNASUR como hemos informado.

Veamos antecedentes. En el caso del Banco Austral se trató sin más del factor de atribución de imputación y responsabilidad en el caso de daño previsto por el art. 54 ter ley 19550<sup>42</sup>, donde también se destaca la habitualidad del *INDIRECT DOING BUSINESS*, pues en el caso el voto de las señoras Camaristas ha tipificado claramente un supuesto de actividad ilícita, o sea contraria al orden público interno, de dos sociedades de un grupo económico. Y la actividad ilícita por parte de sociedades está claramente regulada por el art. 19 de la referida L.S.C.. A su vez, también hemos considerado actividad ilícita la desplegada en nuestro país a través del *indirect doing business*, simulando operaciones realizadas en el exterior las que en realidad habían sido realizadas en nuestro país<sup>43</sup>.

Programas periodísticos, entre los que se encontraban los serios y los cómicos, denunciaron públicamente esta situación, incluso con cámaras ocultas o con índices señalando cuanto se retiraba semanalmente del sistema, y los ofrecimientos que se hacían.

El sistema, según se informaba, importaba ocultar esa transferencia, haciendo firmar a los ahorristas simplemente al dorso del certificado, lo que hacía presumir que lo retiraba en efectivo, abriéndole electrónicamente cuenta en el extranjero, donde de la misma manera radicaban el depósito. Para encubrir contablemente la maniobra el nuevo depositario formalizaba un préstamo en moneda de cuenta a través del Banco Central al Banco que había cancelado el depósito de esa manera, lo que contablemente se llama “triangulación”.

Algo se debió filtrar por el discurso del ex Presidente Duhalde, en cuanto a la búsqueda de responsables, que debe haber rápidamente neutralizado cualquier investigación pues no se habló más de ello, y se dictó una ley para evitar responsabilidad de la matriz en relación a las deudas de la Sucursal en una insólita norma que no encuentra precedentes ni en la dogmática ni en la realidad: Matriz y Sucursal es una única persona jurídica, que puede tener capital asignado como privilegio a los acreedores locales en caso de quiebra, pero sin eliminar la responsabilidad de la matriz.. La ley

<sup>41</sup>Sobre aspectos volvimos en *EL FLAGELO DE LA DEUDA EXTERNA: NUEVO CANJE (Y NUEVOS PRÉSTAMOS)*, publicado en El Derecho, Legislación Argentina, boletín n 3, 26 de febrero de 2010 página 7 a 21. Lo que hemos descripto está vinculado a un endiosamiento de la actividad financiera en sí y el exceso de capitales –quizá meramente electrónicos-. Señalábamos en ese artículo en sus conclusiones: 8. MEDITACIONES FINALES. 8.1. Accesoriedad de lo financiero. Hay una subversión axiológica, se han alterado los valores de la economía. El problema es de una gravedad tan inusitada, que obliga a poner en claro los conceptos, de lo económico y jurídico. Lo financiero, accesorio, ha ocupado el centro de la escena desplazando lo principal: la actividad económica productiva.

También pueden verse sobre ello los trabajos que publicamos desde el año 1996 con Emma Mini de Muiño referidos en el libro citado en nota anterior y en [www.acader.unc.edu.ar](http://www.acader.unc.edu.ar).

<sup>42</sup>No queremos extendernos por lo que remitimos a nto. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

<sup>43</sup>Nto. *ACTUACION EN EL PAÍS DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO*, en “Derecho Comercial y de los Negocios II tomos, Editorial Eudeba, Buenos Aires 2007, en Tomo I Sociedades-Concursos, pág.155 a 192.

25.738 dispuso en contrario<sup>44</sup>, intentando asegurar la irresponsabilidad de la matriz por actos de las sucursales.

1. Ahora bien, ¿que ilegalidad se cometió en 2001? El daño es evidente, la duda es si ello resultó de alguna antijuridicidad. Las normas violadas habrían sido:

a. Como acordamos, en el país no existe una ley de entidades financieras que autorice la operatoria *off shore*, aunque de hecho así se opera. Ni los Bancos argentinos, ni las Sucursales de los extranjeros, ni las representaciones legales de bancos extranjeros o los bancos vinculados a entidades financieras que operan en el extranjero pueden hacer eso, sólo pueden asesorar, pero las posibilidades de la electrónica lo facilitan. Las normas limitativas surgen de las previsiones contenidas en el artículo 13, segundo párrafo de la ley 21526 y concordantes, al no receptarse en nuestro país un sistema de banca *off shore*<sup>45</sup>. Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar actividades no operativas. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales<sup>46</sup>. A la representación le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios<sup>47</sup>.

b. Otra norma violada es la que limita los pagos en efectivo. Sin duda el problema se avizoró desde el año 1995<sup>48</sup>, el problema lo tendría el gobierno que sucedería al que tomaba los préstamos. El nuevo gobierno atinó a imponer que todo pago mayor de 10.000 pesos en total se formalizara a través de las modalidades previstas en el Dto. de necesidad y urgencia 434/00 con vigencia desde el 2 de junio de 2000 que postula la ineficacia de los pagos que se realizaran en efectivo. Si bien se trataban de normas anti evasión implicaban un alto grado de bancarización, que también se tradujo en sistemas de pago de sueldos, etc.. Luego a través de la ley 25345 (BO 17.11 2000) y modificada por la ley 25413 (BO 26.3.2001) que reduce el límite a \$ 1.000, donde se exceptúan los pagos efectuados a entidades financieras, pero no los pagos realizados por éstas, con carencia de efectos entre las partes y frente a terceros.

Los depósitos de mayor valor habrían sido “devueltos” con la sola firma del titular, en montos multimillonarios, supuestamente en efectivo, por lo que el Estado podría restar efectos a esa volatilización de los depósitos, al impedir los Bancos con su sistema el seguimiento del dinero. Luego una apertura de cuenta en el extranjero desde el país y la radicación por electrónica de los fondos cerraba la actividad opinable. Luego debía seguir un proceso de triangulación para equilibrar el balance, con un préstamo de la nueva entidad depositaria en el exterior al Banco que le había mandado los fondos, esto a través del BCRA. Los préstamos, quizá supuestos, así cumplidos serían parte de nuestra deuda externa, confirmada por Dto. 410/02 art. 1 inc. c).

2. La falta de consecuencias responsabilizatorias de este tipo de operaciones es común, al menos en Argentina, algunas veces por la falta de controles, otras por la ausencia de decisión

<sup>44</sup> Se trata de la ley 25.738 dictada apresuradamente antes que asumiera el actual Gobierno (8 de mayo de 2003). Sobre el punto puede verse nro. *En torno a la responsabilidad de Bancos extranjeros y la ley 25.738 que pareciera acotarla*, en diario La Ley del 11 de noviembre de 2003, pág. 1.

<sup>45</sup> *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en Zeus Córdoba, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss.. La cuestión es ampliamente tratada en el trabajo citado en nota 1\*.

<sup>46</sup> Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 7.

<sup>47</sup> Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 2-09-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 8.

<sup>48</sup> “Il debito internazionale” libro colectivo a cargo de Domingo Andrés Gutiérrez y Sandro Schipani, Edición de Pontificia Università Lateranense, MURSIA, Atti dell’II Convegno 25/27 Maggio 1995, *Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva* comunicación con Emma Elena Mini al Coloquio sobre “Deuda externa” organizado por el Prof. Sandro Schipani de la Università degli Studi di Roma “TOR VERGATA”, de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos, publicado pág. 233.

política y judicial pero también por la falta de regulación. Es por ello que este trabajo intenta – dentro del sistema legal vigente y más precisamente desde la normativa societaria- dar un principio de solución para que las personas perjudicadas puedan lograr una satisfacción más o menos inmediata a sus reclamos.

Ahora bien, cuando la actividad financiera *off shore* es realizada con el objeto de la evasión contributiva, lavado de dinero, permanecer en el anonimato, a fin de evadir las regulaciones legales y el orden público del país domestico del propietario de los fondos, dicha actividad financiera *off shore*, se torna ilícita<sup>49</sup>.

Este trabajo intenta –dentro del sistema legal vigente y más precisamente desde la normativa societaria- dar un principio de solución para que las personas perjudicadas puedan lograr una satisfacción más o menos inmediata a sus reclamos<sup>50</sup>.

3. Todavía rememoramos otras actividades financieras ilícitas, cuando entre los años 79 y 83 liquidaron más de 300 entidades financieras y, sospechosamente, aparecían depósitos a plazo fijo de personas físicas –sin límite para que el BCRA los satisficiera en la liquidación-, curiosamente vinculadas a entidades financieras –los préstamos interfinancieros carecían de garantía- que les habían prestado dinero para esos depósitos personales en entidades al borde de la liquidación. Y sumado a ello los préstamos falsos, incluso durante veedurías de la entidad de control, que sin duda estuvieron destinados o a vaciarlas o a generar a través de “fiduciarios” (testaferros) depósitos garantizados<sup>51</sup>. Recuérdese que hacia fines de los 80 se hablaba de un “déficit cuasi fiscal” en el balance del BCRA, registrando como un activo los cuantiosos adelantos a las liquidaciones de entidades financieras, activo incobrable de un monto similar al de la deuda externa argentina. En esos momentos lo denunciemos en “La Economía del Derecho”<sup>52</sup>. El Síndico que asumió posteriormente en el BCRA se negó a suscribir el balance hasta que no se regularizó dicha fantasmagórica cuenta.

## VII – RESPONSABILIDAD.

Las sociedades que desde lo interno permitan o faciliten la transferencia de fondos al exterior sin respetar las normas de transparencia e información, realizan actividad ilícita.

No es un acto aislado, sino toda una actividad, sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades comerciales, además de otras normas específicas que correspondan a la actividad, bancaria o cambiaria violada.

Congruente con el discurso presidencial en la apertura del Congreso en el 2009 sobre los paraísos fiscales, debería activarse una campaña para eliminar el público y notorio actuar en el país de entidades que realizan actividad financiera ilícita a través del que llamamos *indirect doing business financiero de la globalización*.

A su vez, la sanción que prevé el art. 19 L.S.C. –de orden público, implica: la inmediata disolución y liquidación de la sociedad que actúa en infracción a las normas vigentes realizando una actividad ilícita; la consecuente privación a socios, administradores y controlantes del medio jurídico–sociedad, instrumentalmente apto para realizar su actividad económica; la pérdida del privilegio de la aplicación normativa específica, esto es el art. 35 bis LEF, o cualquier norma del

<sup>49</sup> RICHARD, Efraín Hugo “Operatoria off shore y sus efectos sobre la actividad mercantil en Argentina” en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar)

<sup>50</sup> Trabajos vinculados y otros pueden verse en [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias. Sociales de Córdoba.

<sup>51</sup> Estas referencias corresponden a expedientes judiciales. En el curso de nuestra conferencia el Prof. Dr. Francisco Junyent Bas, hoy Fiscal de Cámara, recordó como en esos demorados trámites y siendo Juez de Concursos en Córdoba, removió al delegado actuante e impuso su sustitución al BCRA.

<sup>52</sup> En Revista La Ley, Sección Actualidad p. 2 y ss., Buenos Aires 18 de abril de 1989.

mencionado régimen jurídico especial; la responsabilidad solidaria e ilimitada – de naturaleza contractual o extracontractual - de administradores, socios y controlantes.

1. Tanto en materia concursal como financiera señalamos la falta de visión interdisciplinaria para aplicar las normas previstas en la ley societaria.

En temas de responsabilidad volvamos al fallo de la Corte en el caso del Banco General de Negocios. La Corte da por acreditado que una sociedad financiera constituida en el exterior y que no podía realizar operaciones en ese país, las realizaba en nuestro país bajo la pantalla de un banco local. La declaración de quiebra parecía inevitable, salvo que se desinteresara al acreedor o se acredite la inexistencia de la cesación de pagos, pudiendo también intentarse la conversión del proceso en concurso preventivo, evitando la liquidación falencial.

2. Ante estos supuestos –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que corresponderá por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 LSA atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado<sup>53</sup>.

Es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada<sup>54</sup>.

La L.S.C. formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera<sup>55</sup>. El art. 19 de dicha ley, es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Es una forma de desestimación de la personalidad por nulidad. Pero la remisión al art.18 L.S.C. y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio oficioso -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación.

En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren buena fe con las previsiones del art. 54 ter L.S.C.

Esa aplicación deberá ser dispuesta de oficio –aún cuando se descartara la quiebra por alguna de las razones aludidas-, atento los términos de dicha norma, generando la responsabilidad de administradores, socios y fiscalizadores, en orden a la naturaleza de la maniobra, que tiene dos facetas de ilicitud.

Se constata en el caso una clara actividad ilícita, sancionada por el referido art. 19 L.S.C.<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

<sup>54</sup> RICHARD, Efraín Hugo *Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario"*, pág. 29 *Revista de las Sociedades y Concursos* n° 7 Noviembre Diciembre 2000, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

<sup>55</sup> Tales como la francesa, alemana e italiana. En el Derecho Italiano, el Código Civil integra el sistema en el art. 2084, en vez de remitir como lo hace el art. 20 LS a disposiciones de otras leyes. Dicho artículo dispone "Condiciones para el ejercicio de la empresa. La ley determina las categorías de empresa cuyo ejercicio está subordinado a concesión o autorización administrativa. Las otras condiciones para el ejercicio de las diversas categorías de empresas son establecidas por la ley y por las normas corporativas". La ley uruguaya n° 16060 de "Sociedades comerciales, grupos de interés económico y consorcios" del año 1990, aborda la cuestión dentro de la sección IV, "Régimen de nulidades" para los supuestos de los arts. 18 y 20 de nta. Ley de sociedades, y dentro de la sección XIII "De la disolución" el supuesto del art. 19, con particulares notas características que la aparta de nuestras soluciones, pese a haber seguido el sistema de la ley argentina, sus experiencias jurisprudenciales y sus críticas doctrinarias. RICHARD, Efraín Hugo *Actividad ilícita de sociedades* I Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Córdoba 1992 tomo II p. 575.

<sup>56</sup> Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. RICHARD, *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, citado; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en "Derecho y Empresa" *Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales*, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita Comentario a jurisprudencia "Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Ordinario"*, citado..

3. Un segundo aspecto se advierte en la violación a la disposición del art. 124 L.S.C., que señala la Corte<sup>57</sup>. Entendemos, con otros autores, que el régimen de actuación de sociedades constituidas en el extranjero constituye un sistema de orden público interno, particularmente en cuanto a la publicidad de los actos en beneficio de terceros y del comercio. Su evidente apartamiento, cuando es indubitable, no puede traer otra sanción que la referida en el art. 19 L.S.C., coincidiendo así en el tema de responsabilidad de socios y administradores frente a terceros, y sanciones mayores por esa violación, salvaguardando a los socios que puedan demostrar su buena fe.

Aplicando la sanción del art. 19 L.S.C. coincidiremos que la sociedad no puede ser impedida de estar en juicio ni de ejercer sus derechos. Pero tampoco puede coartarse el derecho del Estado de aplicar la sanción, ejercer derechos contra terceros e instar la liquidación de la sociedad.

El art. 19 L.S.C. implica una sanción semejante a considerar irregular a la sociedad, pues genera responsabilidad de administradores, representantes y socios. Pero con una gran ventaja: asegura que la sociedad no siga infringiendo el sistema jurídico, en un tema que afecta el orden público interno, sin por ello afectar los derechos a la cuota de liquidación de la sociedad de los socios que acrediten buena fe, o sea ser ajenos a la actividad contraria al sistema jurídico.

De esta forma ninguna sociedad constituida en el extranjero podrá prevalerse de la no inscripción en el país, violando las normas de orden público interno de publicidad, para evitar fácilmente ser citados a juicio, por lo engorroso o por la presunción –por el *hipergarantismo* con que está montado el sistema jurídico- de que se llegará muy tarde y todos serán insolventes o se habrán insolventado. Como decía Calamandrei no es justicia la que llega tarde, como lo hace siempre la guardia en la “ópera bufa” cuando el “héroe” escapa después de una larga aria.

4. Esa declaración sobre la actividad ilícita tendrá en todos los casos un efecto contaminante de responsabilidad.

Efectivamente, si se da por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino corresponderá aplicar a éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 L.S.C. a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

Se sumará a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter L.S.C. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina.

Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

## VIII – RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS, PERSONAS JURÍDICAS O HUMANAS.

1. Pero el tema es de interés para los inversores que realizando un acto ilícito –abrir una cuenta en el extranjero- lo que no importa una actividad, y ahora amparados por la ley de blanqueo, hayan sufrido pérdidas por las inversiones en el exterior, guiados por consejeros, intermediarios, brokers, o directivos de fondos o derivados.

Algunos técnicos expresaron que se había volatizado billones de divisas fuertes. Discrepamos con esa apreciación. Si los títulos o sus derivados alcanzaron esos montos es porque alguien cobró ese valor, quizá varios en sucesivas alzas. La pérdida que alguien sufre hoy se corresponde con la ganancia que otros obtuvieron. Surge así la idea de responsabilidad, y la mirada debe dirigirse a quién, o quiénes, incorporaron ese título en el mercado, sea porque lo crearon o actuaron intermediando en su colocación.

<sup>57</sup> RICHARD, Efraín Hugo *SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO (En torno al efecto del incumplimiento del orden público interno: ¿actividad ilícita?)* en Libro colectivo “La estructura societaria y sus conflictos”, Director Daniel R. Vítolo, Edición Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Marzo 2006, págs. 101 a 122.

2. Una particular referencia merece el rol de los administradores societarios o CEOs de las instituciones que requirieron ayuda del Estado. Los mismos habían cobrado suculentas bonificaciones por los resultados que aparecían en sus balances –hoy sabemos que ficticiamente-. Los diarios de la fecha informan de una situación insólita: La Aseguradora American International Group (AIG) “le dará a sus ejecutivos decenas de millones de dólares en bonos nuevos, a pesar de que el gobierno le otorgó un rescate financiero de más de 170 mil millones de dólares. La gigantesca aseguradora en problemas tenía programado hacer el pago, al tiempo que aceptó la solicitud del gobierno de suprimir pagos futuros. El argumento del gobierno demócrata en torno al respeto a los contratos fue más de lo que Mitch MacConnello, el líder republicano en la Cámara Alta pudo soportar: “Todos sabemos que los contratos son válidos en este país, pero es necesario echarles un vistazo”<sup>58</sup>. Inmediatamente se nos ocurrió que a estos señores habría que pensar en responsabilizarlos, pues se trata de los CEOs de AIG, pensando sobre que plan de negocios trabajaban cuando se encontraron con la sociedad en imposibilidad de seguir operando, y en ese mismo momento escuchamos por la radio la decisión del Presidente Obama de negar el pago.

3. En esos paraísos fiscales colapsan firmas de brokers o fondos. Por ejemplo, MF Global con pérdidas de un billón de dólares, y u\$s 200 millones de dólares desaparecen en una sola de ellas, causando la caída del U.S. Bank donde aparecían desde dos años anteriores como respaldo. Antes había colapsado la firma PFG Best con 5 billones, suicidándose su CEO que había escrito sobre SFO – Stocks, Futures and Options.

Pocos días antes, el periodista Azam Ahmed, había escrito sobre “In Caymans, it’s simple to fill a hedge fund board”, comentando la facilidad con que se creaban fondos, con intervención de firmas de inversores, consejeros financieros y legales de dudosa seguridad, que figuraban dirigiendo muchísimos fondos al mismo tiempo, que recibían auditorías favorables de firmas no independientes.

En estos momentos el jurado ha condenado por siete delitos la conducta de un CEO de Goldman Sachs, que tantos perjudicados dejó en el mundo –como en nuestro país en las personas que tenían cuentas en el exterior, al igual que la Banca Morgan-, en un tema vinculado a un fondo Paulson & Company y el Banco Alemán IKB, entre otros con más de un billón de dólares de fraude, en acción promovida por la SEC (Securities and Exchange Commission de USA)<sup>59</sup>.

Los dichos de la Corte sobre que “en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable”, puede servir de base a inversionistas no institucionales para analizar la posibilidad de reclamar a los *brockers* nacionales el daño sufrido por inversiones externas en las repetidas y reciente crisis, y no sólo en relación a los casos que hemos aludido.

4. O sea que se generan derivaciones oficiosas. Quienes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero –incluso en temas vinculados a la crisis financiera global- podrían accionar en base a alguno o algunos de los supuestos de responsabilidad que hemos referido sintéticamente, incluso aplicando la ley del consumidor argentina, violada frente a inversionistas no institucionales, consumidores financieros, al hacer aparece la operatoria como realizada en el exterior por el propio cliente, que no se movió del país.

La justicia se ha sacado la venda de los ojos, pero no para mirar al justiciable, sino para mirar la prueba y la realidad de los negocios como requería Joaquín Garriguez.

<sup>58</sup> LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba 16 de marzo de 2009 pág. A 10.

<sup>59</sup> DealB%k, The New York Time, Editeh by Andrey Ross Sorkin, 30 de julio de 2012, 8,37 PM, en nota “Lawyers present closing argument in former Goldman Trader’s fraude case, por Susanne Craig and Michael J. de la Merced.



Si se comenzara a aplicar este efecto a situaciones a todas luces infractoras, prácticamente desaparecerían las situaciones en zona gris, pues la jurisprudencia cautelar de asesores económicos y jurídicos aconsejarán una inmediata inscripción o cesación de actividad –según los casos-, satisfaciéndose así los objetivos de orden público de la normativa, que no son la sanción sino la publicidad.

La sanción sólo acaece ante los propios actos de la sociedad, sus administradores y representantes, de marginar el sistema jurídico de nuestro país. No se trata de responsabilizar injustificada o exageradamente a administradores y fiscalizadores, sino en acotar actividades claramente ilegales, que con excesiva permisividad se suelen realizar desde hace mucho tiempo como si fueran legales o justificándolas en “requerimientos del mercado”.

Lo importante es la manda legal del art. 19 L.S.C. para aplicar de oficio las sanciones, suerte de penas patrimoniales ante la ilicitud acreditada.

5. Y si alguien duda hoy en promover esas acciones por las consecuencias fiscales que podría tener, la actual ley de blanqueo le permitiría regularizando su situación reclamar a los intermediarios que le transfirieron fondos al exterior y que luego le asesoraron sobre malos negocios, reclamarles los daños directos e indirectos, pues la actividad ilícita señalada configura una atribución de responsabilidad de carácter doloso.

#### IX – DETRÁS DE BAMBALINAS. EL MANEJO DE LOS FONDOS.

Adviértase que en el 2001 –como se informa- los fondos en su mayoría no fueron entregados por los Bancos a sus titulares y los billetes no fueron trasladados al exterior, sino que se mantienen en el circuito financiero argentino obteniendo altos rendimientos, mientras han sido disminuidos notablemente los rendimientos a los depositantes.

Ante ello se genera un efecto contable y de atesoramiento que obliga a otra operación falsa. El dinero (en gran parte) no salió “físicamente” del país ni entró al país extranjero sino contablemente. En tal caso completa la operación con un préstamo del Banco extranjero al local, anotado al Banco Central, para justificar la tenencia del dinero (que era del ahorrista) en el tesoro (o en la cartera de préstamos) del banco local. Esto se denomina “triangulación”.

El Dto. 410/02 art. 1º inc. d, recoge esta práctica sin distinguir el origen de la operación o determinar un control del efectivo ingreso de fondos. Esa norma no aparece derogada.

Ahora, además es común que el intermediario financiero local no autorizado use un sistema “bancario” para satisfacer los retiros con los nuevos depósitos. Eventualmente dispone de un pequeño encaje propio para asegurar una fluida asistencia a sus clientes en las remesas y extracciones desde los paraísos fiscales.

Con estas modalidades electrónicas de atender depósitos ilegales en el exterior, se esfuman las especulaciones sobre traslados de enormes sumas, con peso impensado<sup>60</sup>, en navíos, aviones o camiones, o del atiborramiento imposible de las cajas de seguridad disponibles.

#### XI – PENSANDO... SI SE PUEDE...

Alberdi<sup>61</sup> ayuda a pensar en torno a lo financiero como productor de riqueza por sí. Enfatizaba que *“La producción de las riquezas se opera por la acción combinada de tres agentes o instrumentos, que son: El trabajo, El Capital, y la tierra... La acción es siempre combinada de estos tres agentes y fuerzas productivas, se opera de tres modos o formas del trabajo industrial, que son: La agricultura, Las fábricas, Y el comercio. Fuera de estos tres modos de producción, fuera de estas tres grandes divisiones de la industria del hombre, no hay otra...”*.

<sup>60</sup> Un millón de dólares en billetes de u\$s 100 pesaría 12 kilogramos.

<sup>61</sup> *Sistema económico y rentístico* en la misma colección citada, tomo IV p. 14.

“Un fantasma recorre el mundo: el de la enfermedad moral del capitalismo, que arrasa su legitimidad. Los ciudadanos han visto desnudar la codicia, la avaricia, la desigualdad, la exclusión, sin velos de ningún tipo” de Joaquín Estefanía, ex director del diario El País de España.

1. El indirect doing business es una suerte de “shunting of profits”, o sea mover beneficios de un lugar a otro, “by disguising” o sea en forma disfrazada.

La salud de la República impone una investigación a fondo, o por lo menos que la ley imponga la investigación y las eventuales sanciones a los responsables, particularmente para restablecer el sistema financiero y evitar notorias ilegalidades.

El sistema del “indirect doing business” impide todo ejercicio de acciones de responsabilidad judicial o administrativa que correspondería<sup>62</sup>, salvo que se decida “descubrir”, lo que nuestra capacísima Policía Federal está en condiciones de asumir si se lo ordena la autoridad competente.

Nuestra posición ha sido potenciada ahora por la prédica del Papa Francisco, quién solicita una reforma financiera ética, atendiendo a que el “culto al dinero” explota a los pobres y transforma al hombre en un bien de consumo descartable<sup>63</sup>. Se trata de activar el capital productivo, a través de los mismos Bancos, pero con una intención diferente: cuestionar la especulación financiera en sí y dirigir los capitales a emprendimientos productivos, que justifiquen su participación en la creación de riqueza real.

Debemos poner en claro ¿La globalización financiera es buena para nuestro país? ¿Es lícita la operatoria financiera electrónica de simular desde nuestro país que el cliente formalizó directamente en el exterior la apertura de una cuenta y el traslado físico de los fondos, conforme los ejemplos que acabamos de intercambiar en diálogo con varios asistentes?

Esos fenómenos corresponden a una globalización, no económica que no existe, sino financiera<sup>64</sup> que se ha acentuado en la última década, devastando los países periféricos y alterando las economías en los países centrales que, con sus políticas agravan más aún la crisis en los periféricos.

2. El BCRA –y otros organismos públicos- ha tomado y toma numerosas resoluciones sobre la transferencia o adquisición de divisas, que cambian a menudo, muy particularmente en los últimos tiempos. Se ha intensificado el control de los que actúan conforme al sistema, pero nada se ha hecho en torno a los que a diario lo violan en magnitud, a vista y paciencia del público, que también recurre sin cortapisas al sistema ilegal –en cuanto supere con su inversión un umbral-.

Hay que volver a mirar la empresa. Lo productivo, sin olvidarse de lo financiero. Pero esto no puede ser un fin en sí mismo.

Las normas sobre “blanqueo de capitales” deberían haberse conectado con un duro cuestionamiento al mercado financiero ilícito al que nos referimos, volver de nuevo los ojos sobre la correcta petición del Dr. Zaffaroni. Sería interesante colaborar con la enjundiosa e hiperactiva actual Procuradora General de la Nación para que desempeñe la investigación y la concluya, apoyando la denuncia que nuestro Gobierno llevara el 19 de agosto a la UNASUR.

El hombre debe ser devuelto al centro de la escena; el hombre viviendo en comunidad, con sus desigualdades económicas, pero resguardada su libertad real, sus derechos humanos de primera generación, de sobrevivencia digna. La economía y el derecho deben ser puestos a su servicio. La producción y el trabajo, en el seno de la empresa deben recuperar su protagonismo, y lo financiero

<sup>62</sup> Se descarta con tal ilícita maniobra las posibilidades previstas por la legislación nacional para el lavado de dinero que tan bien describe CASANOVAS, Marcelo “Lavado de dinero en el sector bancario y financiero. Alcances de la responsabilidad administrativa”, JA 2013-II cuadernillo de dercho bancario del 3.4.2012 dirigido por Eduardo Barreira Delfino pág. 5.

<sup>63</sup> LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba 17 de mayo de 2013, Sección A pág. 14.

<sup>64</sup> *La mundialización financiera* en R.D.C.O. DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 p. 351 a 366, Buenos Aires junio 2002; *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002.

devolviéndose a su importante rol accesorio, globalizando la fustigación de la especulación financiera improductiva.

### 3. ¿Es utópico pensar así? ¿Existe alguna solución?

El 19 de mayo de 2012, en México, en un Congreso Internacional, en el que había expuesto el señor Presidente de esa República enfrentando el tema de la insolvencia mundial y la necesidad de rápidas soluciones, nos atrevimos a introducir en la conferencia de clausura, el siguiente pensamiento que reproducimos para el caso, dejándolo como materia del estudio interdisciplinario: “nos permitimos aportar que la globalización financiera desborda las regulaciones y la percepción de la agravación de la crisis financiera mundial actual, nos impone sugerir que sólo una decisión mundial de bancarizar la totalidad de las operaciones financieras, bloqueando los paraísos fiscales, permitirá abordar una solución integral”.

También debemos bajar costos operativos bancarios –y esto parece en ejecución–, para institucionalizar el sistema de pagos y también favorecer en costos y rapidez de trámite la constitución y funcionamiento de sociedades y emprendimientos productivos en nuestro país.

Alvin Toffler<sup>65</sup> señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas, o ricos y pobres, sino entre “rápidos y lentos”, y en verdad la gran empresa cuenta con toda la información y asesoramiento, como en su capacidad de interferir en las decisiones políticas y económicas gubernamentales, que no pueden seguir las PYMES que quedan sujetas a la decisión de los grandes grupos económicos.

Plagiando al Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti diríamos que se intenta acostumbrar a la sociedad a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho *ad hoc*, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos.

4. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías, una Nación sin fines propios.

La expresión de uno de los distinguidos conferencistas en este Congreso, de que la ANSES acababa de “financiar” con fondos multimillonarios a Aerolíneas Argentinas S.A. y a otra sociedad anónima privada bajo la administración de directivos indicados por el Estado nos lleva a preguntarnos: ¿Qué quiso decir con “financiar”? ¿Otorgarles préstamos? En tal caso las habría puesto a esas sociedades en causal de disolución pues el patrimonio pasivo superaría al patrimonio activo configurando la causal disolutiva prevista en el art. 94 inc. 5° de la ley de sociedades, imponiendo la liquidación o la responsabilidad de administradores y socios impuesta por su art. 99. Y si la “financiación” de ANSES era en aporte de capital generaría que esta administración pública infringiría los montos máximos de participación societaria en una empresa.

Para no estar al margen de la ley habría dos caminos que dependen ambos de la decisión de nuestro Gobierno. Uno en vez de subsidiar capitalizar esas sociedades en forma directa y no a través de la ANSES. El otro impugnar el apalancamiento financiero que hicieron quienes ganaron las licitaciones en las privatizaciones del 85% de las acciones de las sociedades privatizadas en los 90, apoyados en el fallo del año 2002 por nuestra Corte Suprema al expedirse sobre estas cuestiones en el caso “Provincia de Chubut c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A.”<sup>66</sup>, donde apunto que el traspaso de las deudas que el adjudicatario efectuó a la demandada agravó ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general y se vincula con la prestación de un servicio público ... debido a que las asambleas impugnadas implican la voluntad

<sup>65</sup> Citado por Norberto Malatesta en *Armas para ganar en la Glocalización*, La Nación 27 de junio de 1999, 2ª. Sección pág. 11..

<sup>66</sup> Publicado en: LA LEY2002-E, 863.

social de obligar al Estado Nacional ... a soportar deudas sin causa jurídica que lo justifique, ... se debate un caso de nulidad absoluta, y la acción tendiente a obtenerla no es susceptible de prescribir ni de caducar, ello con arreglo a la doctrina de esta Corte ... "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas substanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original".

La solución a la actual crisis sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado está basada en la buena fe de los intervinientes.

Dicen que hay que escuchar a los viejos... Lo intentamos hacer constantemente, no para imponer conductas, pues siempre sólo hemos sido asesores. Lo hicimos cuando la Secretaría de Transporte de la Nación nos contrató para dilucidar porque Aerolíneas Argentinas S.A. a ocho meses de privatizada registraba una deuda de más de Ochocientos millones de dólares cuando sólo había tenido una pérdida operativa de Sesenta, y dictaminando fundadamente en menor tiempo del estipulado con el diagnóstico y las posibles soluciones nos alejamos raudamente ante oídos sordos. No era diferente a lo que la Corte determinó 10 años después en el fallo señalado en el párrafo precedente. Intentamos decir muchas cosas más adelante, en la misma década, cuando nos contrató la Cámara de Diputados de la Nación para el anteproyecto de "Factura de crédito" y luego el Banco Central de la República Argentina para el de "Ley de Cheques". Guardamos imborrable recuerdo de la notable capacidad de los funcionarios con los que nos tocara trabajar y también de la barrera infranqueable para tratar los temas que no eran de su específica incumbencia y que correspondían a instancias superiores.

Hoy, al cerrar lo que ha sido un diálogo vivo, matizando con vuestras inquietudes y aportes, remarcamos que sólo pretendemos que los profesionales mediten... y los funcionarios públicos que tienen las específicas incumbencias sepan escuchar y analizar... Y quizá ejecutar...