

**“EMPRESARIOS PRODUCTIVOS, DESVIAMIENTO FINANCIERO
Y LA LEGISLACIÓN SOCIETARIA”**

Efraín Hugo RICHARD

Abstract: La transferencia ilícita de divisas al exterior, a paraísos fiscales, realizado desde nuestro país por sociedades o personas físicas vinculadas a otras sociedades constituidas en el exterior o en nuestro país, aunque simulando haber sido realizada en el exterior, constituyen actividad ilícita, no autorizada por la ley de entidades financieras y sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades argentinas, que autoriza a la actuación oficiosa de la judicatura ante la comprobación de tales casos, con importante extensión de responsabilidad.

Palabras claves: transferencia de divisas – paraísos fiscales – transferencias de dinero - operaciones ilícitas – actividad ilícita

Abstract: Illegal currency transfers made from Argentina to fiscal paradises abroad by companies or individuals linked to other companies incorporated in foreign countries or in Argentina, but made to look like transactions undertaken abroad, constitute illegal acts. Such acts are not authorized by the law governing financial entities or sanctioned under Art. 19 of the Law of Argentine Companies, which authorizes the judiciary to take unofficial action in the event of proof of such cases, with significant extent of responsibility.

Key words: currency transfers – fiscal paradises – illegal transactions – illegal acts - shunting of profits

Vivimos una civilización de desarrollo vertiginoso, donde declamamos la eminencia del hombre viviendo en comunidades organizadas, sus derechos de primera, segunda y tercera generación, y al mismo tiempo contemplamos azorados declaraciones de inviabilidad de ciertas grandes regiones del continente africano, desoladas por las guerras intestinas –alentadas por las ventas de armas fabricadas en países desarrollados-, hambrunas contrastantes que llevan a generar las iniquidades de los negocios revelados en las tragedias de Lampedusa.

Sin duda ello ocurre porque se genera en esta “civilización” una terrible marginación social, de la que no escapan grandes ciudades en países desarrollados, donde el nivel de desempleo crece mientras la comunidad tiene conductas de un consumismo inentendible.

Filósofos, sociólogos, religiosos y políticos analizan estas situaciones impropias en la condición humana, con diagnósticos y apreciaciones importantes. Seguimos atentamente esas públicas apreciaciones y desde hace años nos tentamos en dar nuestra modesta visión de la limitada visión del derecho como forma de regular la convivencia social, particularmente desde nuestro ángulo del derecho privado negocial.

Parte del problema, no sabemos de qué magnitud, es el exceso de dinero en el mundo que no está aplicado a la actividad productiva. Abogamos por un capitalismo productivo que induzca la generación de empleo digno, que aliente a los emprendedores a multiplicar sus iniciativas en beneficio de más alimentos, más viviendas, como objetivos materiales en un marco donde se asegure al hombre salud, alimentación, capacitación. Obviamente sin guerras que para eso está el derecho.

Y una inquietud central en esta tan limitada visión es la existencia de paraísos fiscales y de toda una “industria” montada en hacer creer que el dinero crea dinero, sin necesidad de aliarse a la actividad productiva para compartir resultados. Refugios de dineros mal habidos por actividades ilícitas, de la corrupción, del incumplimiento de normas tributarias. El tema está suficientemente explicitado.

Este breve ensayo tiende a destacar la existencia de alguna herramienta en la legislación nacional para paliar esos problemas.

I – En primer lugar para señalar que un grupo de relaciones que integran el sistema de derecho privado mundial, puede reconocerse como “de organización” y se encuentran plasmadas inicialmente en las previsiones sobre “personas jurídicas” y “sociedades”. Son ideas en gestación doctrinaria que van recibiendo cierta materialización normativa, correspondiendo a reales necesidades de la vida económica.

Afrontando esta cuestión hemos colaborado tratando de sistematizar las sociedades por un lado en una ley general de sociedades en sentido estricto (en adelante LGS), sustrayendo la sociedad civil del Código Civil en su unificación con el Código de Comercio (en adelante a ese proyecto lo denominaremos CCC) e incorporando a éste un Título o Capítulo especial con los contratos de colaboración, aceptando llamarlos asociativos –sociedad en sentido lato⁻¹.

Estas relaciones de organización importan una sistemática distinta a las relaciones de cambio, que son las que aparentemente pululan en el mundo económico especialmente para imponer negocios de aparente lucratividad. Esas relaciones de organización, nacidas de un acto o de un contrato, abarcan relaciones personificadas o no, generando centros imputativos.

Las relaciones de organización son aquellas donde no se agota en forma inmediata las relaciones negociales. Con este amplio criterio se englobarían una serie de negocios. El tema se vincula a la función de los contratos. Los más comunes son los contratos de cambio de titularidad, o de transferencia de uso, o de función de garantía o financiera, o de colaboración gestoria, o de prevención. Frente a ellos los que tienen una función de colaboración asociativa, o las redes contractuales que tienden a asegurar diversos negocios, en muchos casos de colaboración asociativa más compleja².

Ciertas relaciones llamadas contratos de organización no generan centros de imputación (mandato, distribución, agencia, etc), pues a su vez están vinculados a relaciones de cambio y otras sí de diversa forma (subordinación, patrimonialización, personificación). Así la representación voluntaria y la representación orgánica. Los primeros, en ambos casos, no los ubicamos dentro de las relaciones de organización.

Apuntamos específicamente a algunas de las relaciones de organización, comúnmente llamadas asociativas donde las partes tienen todas similar posición (partícipes o socios), sin que de ello resulte que el negocio queda personificado, ni que las partes tengan iguales derechos.

Dentro de ellos las relaciones o contratos plurilaterales funcionales, o sea aquellos donde las

1 RICHARD, Efraín Hugo – MUIÑO, Orlando Manuel Derecho Societario, Ed. Astrea, 2ª edición Buenos Aires 2007, tomo I sociedad en sentido estricto o propio pág. 9, sociedad en sentido amplio o lato, pág. 13.

2 Para la organización de un negocio se usan multiplicidad de contratos. El fenómeno de las redes contractuales para negocios complejos, de carácter asociativo, participativo y/o de colaboración.

vicisitudes de una relación no afectan necesariamente al negocio en total. Se debe distinguir entre pluralidad ocasional, o sea donde las partes pueden ser plúrimas dentro de la bilateralidad del contrato, de aquella pluralidad estructural que resulta de la necesidad de la existencia de tres partes, por ejemplo en la delegación perfecta. Pero en estos contratos las partes tienen posiciones jurídicas diferentes y no hay una función en común. Contrasta con ello la plurilateralidad funcional donde puede haber menos partes, pero si hay más de dos las partes tienen la misma posición jurídica y hay una función común derivada de la comunidad de fines que se persiguen³. El nudo funcional, o de fin común, o carácter común de la relación aparece como fundamental⁴.

Debe evitarse contraponer contrato de cambio -género- con subespecies de los contratos de colaboración⁵, como lo serían los de organización, asociativos, y también -con las aclaraciones terminológicas- los llamados plurilaterales de finalidad común⁶. Si bien se mantienen dentro de lo que genéricamente se reconoce como contrato: "es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiesta su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales"⁷, escapan a las clasificaciones clásicas entre contratos unilaterales y bilaterales, onerosos y gratuitos, aleatorios, nominados e innominados⁸.

Queremos enfatizar que la plurilateralidad es un efecto -una posibilidad- en los contratos de finalidad común.

Aún afirmando que todos los contratos plurilaterales son de finalidad o propósito común -lo que corresponde sólo a una técnica clasificatoria-, debe aceptarse la clasificación dentro de los contratos plurilaterales de aquellos que dan nacimiento o no a un sujeto de derecho (asociación o contrato de colaboración), y dentro de los que dan nacimiento a un sujeto de derecho a los meramente asociacionales y a los societarios. Por eso, recién en una subespecie de los contratos

3 LORENZETTI, Ricardo Tratado de los contratos. Parte General. Cit. págs. 215 y 216; RICHARD y MUIÑO Derecho Societario cit. pág. 83 y 766. Agregamos que ello no se altera en cuanto tengan roles diferentes en la organización – comanditados o comanditarios, gestores o partícipes-.

4 FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis La atipicidad en derecho de sociedades, Ed. Pórtico, Zaragoza; p. 298 y ss., específicamente p. 304. Nto. Organización Asociativa Editorial Zavalía, pág. 136, Buenos Aires 1994.

5 Summa Societaria, cit. tomo IV pág. 4707 y ss.. y en Las relaciones de organización. El sistema jurídico del Derecho Privado, 2ª Ed. Advocatus, Córdoba 2002.

6 PLURILATERALIDAD ESTRUCTURAL. Parece fundamental, para desbrozar la cuestión el ingresar en las dificultades clasificatorias, fijar el criterio de plurilateralidad. Domenico Barbero en su "Derecho Privado" -Buenos Aires 1967 t. I pág. 450- expresa "b. El llamado "contrato plurilateral". Pero si el "contrato" es siempre bilateral en cuanto "negocio", ¿cómo es que se habla de "contrato plurilateral" ? Tampoco éste -en nuestra opinión- debe confundirse con el "negocio plurilateral", pero la distinción, aquí, no es ya en términos iguales o análogos entre unilateralidad y bilateralidad del negocio y unilateralidad y bilateralidad del contrato. "Contrato" y "negocio" plurilaterales tienen un cierto terreno en común, ya que ambos comportan proveniencia de la manifestación negocial de más de dos "partes" y pueden tener también común la asunción de obligaciones recíprocas a cargo de todas las partes. Pero he aquí, en nuestra opinión, el rasgo diferencial: a) el "negocio plurilateral" tiene una estructura en que la disposición de las "partes" es típica e inalterable, es decir, necesariamente, son más de dos los centros de interés, "partes" de donde provienen las "manifestaciones"). Así, por ejemplo, en la constitución de dote por obra de un tercero, o como algunos lo admiten, en la delegación hay tres posiciones (constituyente, marido y mujer); delegante, delegado y delegatario) tipificantes caracterizadas ineliminables e inconvertibles, de manera que el negocio no puede existir sin alguna de ellas. b) En el "contrato plurilateral", la pluralidad, en cambio, cuando es posible, es puramente eventual, mientras que el mismo tipo de contrato puede subsistir con dos "partes", o sea, como bilateral. Piénsese en el contrato de sociedad: los socios tienen que ser, por lo menos, dos (bilateralidad necesaria), pero pueden ser también más (pluralidad eventual), sin que por ello cambie el tipo.

7 Art. 957 CCC.

8 FREYTES, Alejandro A. "Noción y clasificación del contrato en el proyecto de Código Civil y Comercial 2012" en Semanario Jurídico, Fallos y Doctrina, n° 1924, 19 de septiembre de 2013, pág. 485.

plurilaterales de organización encontraríamos a aquellos que dan nacimiento, necesariamente, a un sujeto de derecho.

En ese mismo sentido, pero con distinta terminología, Carlo⁹ refiere que la categoría de sujetos no personificados de los cuales forman parte la sociedad personal, el consorcio, el condominio, las asociaciones no reconocidas, deben contemplarse frente a una única categoría: la de persona jurídica: "Abbiamo affermato costantemente che il contratto plurilaterale associativo ha la funzione di creare enti a struttura corporativa". Joaquín Garriguez se refería a la Sociedad Anónima como un capital con personalidad, como un centro de imputación autogestante a partir de un patrimonio afectado.

El negocio personificante abarcaría tanto la sociedad de un solo socio, como la fundación y a los contratos asociativos. Por supuesto que la referencia "asociativos" en este caso esta usada en el sentido lato¹⁰, pero en cuanto personificante, abarcando a la asociación, la mutual, los sindicatos, la cooperativa, la fundación, la sociedad, etc..

En un segundo paso, dentro de la clasificación, como sub especie, los contratos de "organización", como aquellos en que los contratantes organizan una forma de expresión de la voluntad colectiva, como colegios, grupos, e incluso a aquellos en el que subyace una organización económica, al que se le fija una normativa jurídica contractual, sin alcanzar a generar una actuación personalizada distinta a los contratantes o partícipes, ni generar una afectación patrimonial que daría nacimiento a un sujeto de derecho. Ciertos contratos organizativos, por expreso reconocimiento legal generarían la personalidad: fundación, o por reconocimiento doctrinario y judicial: consorcio de propietarios. Gervasio R. Colombres¹¹ señala la sociedad como una especie entre los contratos plurilaterales, singularizada por determinación una organización colectiva. Aserta que dentro de los contratos plurilaterales se distinguen con caracteres propios los contratos de organización o asociativos, estimando Messineo que es más moderna la denominación "de organización"¹².

1. Dentro de las normas de las relaciones de organización, que son introducidas por el derecho a través de normas sobre sociedades, originariamente la anónima y luego acercadas

9 CARLO, Antonio Il contratto plurilaterale associativo, Napoles 1967, págs.177 y ss., especialmente pág.189 y pág.198.

10 FONTANARROSA, Rodolfo A. Derecho Comercial Argentino.Doctrina general de los contratos comerciales. T.II p. 139 y ss.-, citando a G.B. Ferri ("Causa e tipo nella teoria del negocio jurídico, pág. 34), en nota 63, Buenos Aires 1969, ver su exposición a p.139.

11 En su Curso de Derecho Societario (p.25/6), donde señala que la discusión subsiste sobre si puede distinguirse entre el negocio y el contrato plurilateral, citando a L. Cariota Ferrara "El negocio jurídico", Madrid 1956, ed. española, págs. 135 y ss..

12 Algunos aspectos terminológicos: RELACIÓN: Vínculo. Conexión, correspondencia de una cosa con otra. Trato. RELACION JURÍDICA: Todo vínculo de derecho entre dos o más personas, o entre una de ellas al menos y una cosa corporal o incorporal, con trascendencia en el ordenamiento vigente. Un sujeto al menos (y la colectividad obligada al reconocimiento o respeto), un contenido (material o personal) y una norma rectora caracterizan los elementos necesarios de la relación jurídica. Sobre ésta centró su sistema Savigny, y ha tenido entrada en diversos códigos, como expresión tan amplia que puede comprender la regulación de los derechos reales y de las obligaciones y contratos. Es la visión de negocio jurídico. Se utiliza relación como sinónimo de contrato? No, es más amplia que contrato pues intenta incluir el acto individual de persona física o persona jurídica (Sociedad constituida por declaración unilateral de voluntad, fideicomiso, y escisión). ORGANIZACIÓN. "Disposición, arreglo, orden". ORGANIZAR Establecer o reformar una cosa, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla (Diccionario). Bajo esos parámetros, Con un sentido lato relación de organización es toda relación jurídica tendiente a establecer o reformar una cosa o derechos, sujetando a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que la componen o han de componerla".

desestructurada y aluvionalmente en el derecho general de las sociedades o tímidamente en algunos códigos, aparecen normas que tienden a evitar que estas relaciones puedan dañar.

La temática introduce en los contratos coaligados¹³, por los especiales vínculos que se generan, haciendo aplicable las nociones de control (art. 33 LS) y de responsabilidad por imputación aditiva (art. 54 ter LS¹⁴). Se trata de advertir los recursos técnicos de imputación de relaciones asumidos por la autonomía de la voluntad, y como un sistema de responsabilidad propio de estas relaciones de organización. Y a su vez los de actividad ilícita (art. 19 LS).

Claro que, y entendemos que esta es parte de la dificultad interpretativa, que todo lo concerniente a los contratos de organización genera ciertas perplejidades a un método de trabajo fijado por las relaciones de cambio. La asunción de la relación, la imputabilidad real del acto, la asunción de responsabilidad, son diversos medios de reparación dentro de un método de cambio o de mercado. Cuando existe una sociedad, esa relación aparece dificultada por la interacción no sólo de la sociedad, sino de los administradores, socios y terceros. La cuestión debe ser encarada con método diferente, de empresa o de organización¹⁵.

2. A la empresa -como realidad socio económica- el derecho debe darle respuesta para su organización, generando medios de imputación, personificación, preferencias, en torno a los bienes y relaciones de la empresa en favor de los terceros. Cuando la titularidad y desarrollo de la empresa es pluripersonal se afronta a través de otras técnicas de organización, como la societaria.

La empresa es una unidad económica, social y técnica, a diferencia del establecimiento¹⁶, registrando tantas nociones como autores se ocupan del tema¹⁷. Nos inclinamos por una noción funcional y organizativa: la actividad¹⁸. La idea de intercambio -que calificaba la actividad de empresa- es hoy superada por la de planificación u organización. La empresa planifica o programa sus relaciones en su integridad, conformando metodologías de producción y comercialización¹⁹, y específicamente en torno a los riesgos a asumir. Una empresa que no está planificada para obtener rentabilidad y no contaminar no es empresa, generando responsabilidad a sus

13 LORENZETTI, Ricardo Luis, "Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad", en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 17 Responsabilidad Contractual I, pág. 207 y ss., esp. 210, donde señala que si una empresa vende a un distribuidor estamos ante una relación de cambio, pero si arma una red de distribuidores, todos deben actuar coordinadamente y si bien hay contratos autónomos, hay algo que los une, no hay contratos sucesivos sino coordinados.

14 Cfme. trabajo publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: "La unificación del Derecho Privado: lo conveniente y lo posible", www.acaderc.org.ar.

15 A las III JORNADAS NACIONALES DE PROFESORES DE DERECHO, Buenos Aires, 30 de junio y 1º de julio de 1994, organizadas por la UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA, en C OMISION DE ESTUDIO N° 3: EL DERECHO DEL CONSUMIDOR, comunicación denominada LAS SOCIEDADES Y LA ALTERACION EN FORMA HABITUAL DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR

16 CALDANI, Ciuro "Aportes para la jusfilosofía de la empresa", en Derecho y Empresa tomos 1/2 Publicación del Departamento de Derecho de la Facultad de Ciencias Empresariales de la Universidad Austral, Rosario 1994.

17 Jorge Mosset Iturraspe "Contratos de colaboración empresaria" en Revista de Derecho Privado y Comunitario" n° 3 Contratos modernos, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 7 y ss.,

18 nto. "La conservación de la empresa" en tomo XXV de Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, año 1986, p. 107 y ss.. El reconocimiento de la noción "actividad" en el derecho positivo puede verse en ntos. "Sociedad en insolvencia y actividad ilícita". en Doctrina Societaria y Concursal n° 185 abril 2003 p. 313 tomo XV, Buenos Aires, y "Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita" en libro colectivo que dirigíeramos "Anomalías Societarias", Editorial Advocatus, 1ª. Edición 1992.

19 GHERSI, Carlos A. "Contratos civiles y comerciales" tomo 1 p. 17. Ed. Astrea, Bs. Aires 1994.

administradores²⁰.

La organización de la empresa se formaliza normalmente a través de la sociedad-sujeto de derecho como medio técnico de simplificación de las relaciones internas y externas. La sociedad-empresa, por otra parte se vale de otras sociedades en la organización de la producción y comercialización, ligadas por contratos de distintos tipos.

3. Mientras se advierte que en el nuevo orden económico jurídico internacional en el que pululan los paraísos fiscales las relaciones de cambio son inmunizadas substancial y procesalmente a través de la *lex mercatoria*, por los contratos de empresa, imponiendo la ley del contrato o la ley extranjera sin reenvío a sus normas de derecho internacional privado, y en lo procesal al arbitraje o a las garantías de primer demanda.

En cambio no es posible sustraer la aplicación del derecho nacional sobre las relaciones de organización (empresa, establecimiento, sociedad). Ello se encuentra vinculado a un tema original de "orden público"²¹ cuál era la "concesión de la personería jurídica a las sociedades.

La Unión Europea, partiendo de ese mismo punto se ha limitado en sus Directivas a referirse a la seguridad en el reconocimiento de personalidad jurídica, la limitación de nulidades que afecten esa personalidad, y principios de exposición contable o de unidad económica para enfrentar fusiones o escisiones internacionales, y hoy se intentan atisbos desde Unidroit a regímenes de quiebra transnacional.

4. Dentro de la afirmación de esas relaciones de organización, que dan cabida a instrumentos fundamentales para la actividad empresarial, debemos rescatar que la personificación de ciertos entes y de las sociedades en general no puede autorizar una actividad dañosa.

Por eso, a la par de las referencias que haremos sobre el art. 19 LS en torno a la actividad ilícita, entendemos que las relaciones de organización personificadas tienen normas precisas para sus crisis económico patrimoniales que son desconocidas por la doctrina concursalista en general y por la jurisprudencia, particularmente al analizar si existe abuso en las propuestas de acuerdo aceptadas por la mayoría de los acreedores que pueden exteriorizar su voluntad en forma vinculante. Por ello entendemos que el derecho concursal es parte de las normas de este sistema.

Aparece así claramente el sistema concursal como un sistema diferente al de las relaciones de cambio, para ser incluido dentro de lo que hemos llamado relaciones de organización.

II – Volvamos al capitalismo productivo. Nuestro país está intentando –con evidentes magros resultados- atraer al circuito financiero productivo a capitales evadidos del mismo.

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

20 Nto. "El plan de empresa. ética y responsabilidad del empresario" en Estudios en homenaje a Pedro Frías, Córdoba 1994, tomo II pág. 1189.

21 Nto. "La autonomía de la voluntad en Materia societaria. Aspectos generales y situaciones especiales" en III JORNADAS URUGUAYAS DE DERECHO PRIVADO Prof. Esc. Eugenio B. Cafaro Montevideo, 13 al 16 de mayo de 1998.; Ed. Asociación de Escribanos del Uruguay, Montevideo 1998, p g. 141.

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 dólares²², 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 promulgó²³, 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 confié 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 contención de los riegos 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 medidas²⁴”.

Ingresaremos 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

22 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.

23 Ley 26869. RICHARD, Efraín Hugo EN TORNO 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-.

24 *La Voz del Interior*, versión electrónica del jueves 8 de agosto de 2013.

2007²⁵, 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 Zaffaroni²⁶ 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 complot²⁷.

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 brokers 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.

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

25 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.

26 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..

27 ¿Complot o negocio financiero?.

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 modificada²⁸. 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 Multinacionales²⁹. 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 20 el 2 de abril de 2009³⁰ 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.

28 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.

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

30 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".

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

1. 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.

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 2001-2002³¹, 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.

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. Marguch³² “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.

2. 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.

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 fuente³³, numerosos bancos y cajas de ahorro captan ahorro en el mercado español a través de un producto financiero

31 “Tiempo Argentino” recogido por La Voz del Interior del 15 de julio de 2013 A 11.

32 MARGUCH, Juan F. Sombras que vuelven del pasado en La Voz del Interior, 11 de agosto de 2008, pág. A 12 “Opinión”.

33 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”.

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 Pública³⁴.

Así multaron con 2,1 Millones de Euros al HSBC Español³⁵. 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 país³⁶.

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 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 vehicular 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.

34 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".

35link: <http://www.abogados.com.ar/multan-con-millones-de-euros-al-hsbc-/espanol/12444>

36 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.

En el país, el escándalo del Banco República iniciado el año 1999, vinculo negocios con “Ludgate Investment Ltd., Siuthward Asset Managment 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.³⁷.

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 informes³⁸ y ha sido la causa –entre otras- de la liquidación de los siguientes bancos autorizados para funcionar en el País: Banco Mayo Cooperativo Ltda³⁹; Banco Extrader⁴⁰ el Banco General de Negocios⁴¹, entre otros y ello sin perjuicio de otras Entidades Financieras que –al no 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.”⁴² y a la operatoria FOREX⁴³, donde apuntamos al sistema financiero, a los

37 www.mercadodytransparencia.org/noticia/la-gran-moneta?piwik_campaign=new... 3.7.2013 mercadodedinero.com/argentina “El derecho a saber”.

38 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

39 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.

40 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..

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

42 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.

43 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 FOREX43.

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.

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 euros⁴⁴.

3. 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 shore⁴⁵. Ello usando el sistema FOREX o cuentas de corresponsalía en un banco de Nueva York.

En Estados Unidos⁴⁶ 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 Información⁴⁷. 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.

44 La Voz del Interior, Córdoba lunes 23 de julio de 2012 sección A pág. 14, dando cuenta del análisis del dominical británico The Observer.

45 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.

46 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 “Foreign Banks Win New Delayed in Tax Evasion Rule by Lynnley Browning.

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

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. Bank⁴⁸.

III - 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 financieras del exterior, ejerciendo –en consecuencia- de forma abusiva la actividad financiera legítima, en el aparente marco del negocio para el cual está habilitada⁴⁹, 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 receptor 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 compañías⁵⁰.

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

48 De lo que da cuenta extensamente el especialista Azam Ahmed en Internet el 9 de julio de 2012, 8.38 PM:

49 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”.

50 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

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 Austral⁵¹, 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 Lorenzetti⁵² 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 aquélla, 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..."

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

51 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 .

52 En "Los desafíos de la Justicia" en La Voz del Interior 13 de diciembre de 2009 pag. 10 A.

finés 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.

IV - 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”) ⁵³, 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 ⁵⁴. 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.

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 ⁵⁵.

53 “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

54 Quién quiera conocer más sobre estos aspectos, la declaración del G 20, 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

55 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 esta 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

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.

V – Sobre la ilicitud veamos algunos 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 1955056, 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 país⁵⁷.

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”.

1. 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 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

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.

56 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, nº 2008 – 3 pág. 191 a 246.

57 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.

financiera off shore, se torna ilícita⁵⁸.

Este ensayo 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 reclamos⁵⁹.

2. 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 garantizados⁶⁰. 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 denunciábamos en “La Economía del Derecho”⁶¹. El Síndico que asumió posteriormente en el BCRA se negó a suscribir el balance hasta que no se regularizó dicha fantasmagórica cuenta.

VI – Pero lo importante es determinar que 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.

La norma específica reza: Art. 19. Sociedad de objeto lícito, con actividad ilícita. Cuando la sociedad de objeto lícito realizare actividades ilícitas, se procederá a su disolución y liquidación a pedido de parte o de oficio, aplicándose las normas dispuestas en el artículo 18. Los socios que acrediten su buena fe quedarán excluidos de lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del artículo anterior”. La remisión al art. 18 impone la transcripción de los párrafos segundo, tercero y cuarto: “Art. 18. Objeto ilícito... Liquidación. Declarada la nulidad se procederá a la liquidación por quién designe el juez. – Realizado el activo y cancelado el pasivo social y los perjuicios causados, el remanente ingresará al patrimonio estatal para el fomento de la educación común de la jurisdicción respectiva.- Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y

58 RICHARD, Efraín Hugo “Operatoria off shore y sus efectos sobre la actividad mercantil en Argentina” en www.acaderc.org.ar

59 Trabajos vinculados y otros pueden verse en www.acaderc.org.ar de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

60 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.

61 En Revista La Ley, Sección Actualidad p. 2 y ss., Buenos Aires 18 de abril de 1989.

solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”.

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

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

En tema 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 desinteresase 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.

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 mercado⁶².

Es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse, en su reiteración, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada⁶³.

La L.S.C. formaliza un catálogo de ilicitudes en relación a la actividad o al objeto, que otras legislaciones no abordan de igual manera⁶⁴. 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 (sin perjuicio del pedido de parte interesada) –e iniciación del proceso de liquidación–, responsabilidad solidaria de todos los socios 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.

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

63 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.

64 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.

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.⁶⁵.

1. Un segundo aspecto se advierte en la violación a la disposición del art. 124 L.S.C., que señala la Corte⁶⁶. 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 insolventados. 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.

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

⁶⁵ 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..*

⁶⁶ RICHARD, Efraín Hugo *SOCIEDADES CONSTITUÍDAS 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.

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.

2. Lo importante es destacar que se generan derivaciones officiosas. 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.

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.

VII – Es importante que no sólo los juristas analicen, sino que los políticos piensen y ejecuten si pueden.

Alberdi⁶⁷ 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...”.

“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

⁶⁷ Sistema económico y rentístico en la misma colección citada, tomo IV p. 14.

sistema financiero y evitar notorias ilegalidades.

El sistema del “indirect doing business” impide todo ejercicio de acciones de responsabilidad judicial o administrativa que correspondería⁶⁸, salvo que se decida “descubrir”, lo que nuestra capacitada 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 descartable⁶⁹. 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 financiera⁷⁰ 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 devolviéndose a su importante rol accesorio, globalizando la fustigación de la

⁶⁸ 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.

⁶⁹ LA VOZ DEL INTERIOR, Córdoba 17 de mayo de 2013, Sección A pág. 14.

⁷⁰ La mundialización financiera en R.D.C.O. DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, nº 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.

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 Toffler⁷¹ 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.

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.

Remarcamos que sólo pretendemos que los profesionales mediten... y los funcionarios públicos que tienen las específicas incumbencias sepan escuchar y analizar... Y quizá ejecutar...

4. La cuestión se reitera. Se ha difundido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no revió el fallo de la Sala D de la Cámara Comercial que legitimó que una cueva financiera, que operaba ilegalmente en Buenos Aires en los pisos 24 y 25 de Bouchard 547, y se quedara con los ahorros de casi 600 personas, conforme anoticia la publicación electrónica mercadodedinero.com del 23 de

⁷¹ Citado por Norberto Malatesta en Armas para ganar en la Glogalización, La Nación 27 de junio de 1999, 2ª. Sección pág. 11..

agosto de 2013.

Según la referida fuente el recurso extraordinario había sido presentado en el 2011 por la entonces fiscal general de la Cámara Comercial, Alejandra Gils Carbó, y explicaba el fraude realizado por el Banco Interfinanzas -nombre de fantasía local del BII Creditanstalt SA- a 570 personas físicas y 19 inversores institucionales argentinos.

La Procuradora fiscal ante la Corte, Marta Beiró, mantuvo el recurso, señalando que lo resuelto por la Sala D trascendía el interés individual de las partes, revistiendo gravedad institucional, dado que al reconocer validez a una sentencia extranjera, se afectó la garantía de juez natural, el debido proceso y el derecho de defensa de los acreedores damnificados.

También manifestó que la decisión de la Cámara implicaba neutralizar las consecuencias jurídicas derivadas de una actividad no autorizada por el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA), en violación a lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526. Beiró advirtió a la Corte que los magistrados declinaron su competencia en clara violación a lo dispuesto por las normas de derecho internacional de fuente sin valorar que la sociedad sólo estaba inscripta en la Inspección General de Justicia para participar en otras sociedades y no para realizar actividades en forma habitual, y que varias personas vinculadas con la operatoria de la sociedad fueron procesadas por el delito de defraudación por administración fraudulenta.

Los Ministros de la Corte Suprema Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Enrique Petracchi y Juan Carlos Maqueda no consideraron -por mayoría- el planteo, y así quedó firme la sentencia de la Sala D de la Cámara Comercial aplicando el artículo 280 del Código Procesal, que permite rechazar un recurso extraordinario de plano, sin tratar los planteos de las partes, por simple “falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”. Es decir, la Corte juzgó en el caso donde se relega soberanía nacional en favor de un concurso realizado en las islas Caimán no representa un agravio que merezca ser examinado, absteniéndose de dictar una sentencia fundada..

A su vez, la misma fuente en entrega del 18 de septiembre bajo el título “La banca lava, la justicia plancha”, refiere las preocupaciones y desventuras de tres fiscales para lograr la actuación judicial de indagatoria de directivos de una cueva financiera que funcionaba en una sucursal del BNP Paribas.

Se advertirá que en ninguno de los dos casos se ha intentado aplicar la previsión del art. 19 de la ley de sociedades 19550 que generaría un enfoque muy distinto, precipitando actuaciones judiciales oficiosas, generando claras responsabilidades y actuando particularmente como antídoto de futuras conductas irregulares que dañan la economía nacional.

¿Un olvido? Casi creeríamos que es un inexcusable desconocimiento de la ley, pero la culpa es, a nuestro entender, fundamentalmente de la doctrina argentina que parecería estar a ¡De esto no se habla! Pero ello no exime a la judicatura. Quizá es una puerta no abierta hasta ahora, pero creo que lo estamos haciendo con claridad y nadie en el futuro podrá desviar la atención de estos argumentos, aunque sea para rechazarlos, pero no para ignorarlos.