



# UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

## **Título de la Tesis:**

La responsabilidad corporativa de grupos de sociedades por ilícito civil de lavado  
de dinero

## **Tesis de Maestría en Derecho Empresario**

**Autor:** Marcio Cruz Nunes de Carvalho

**Tutor:** Doutora Paola Alejandra Urbina

**Co-Tutor:** Magíster Nicolás Daniel Ramírez

Buenos Aires, marzo de 2018

## **Dedicatoria**

Dedico mi tesis de Maestría a mi esposa,  
a mi hijas Catharina y Priscila,  
porque son el sentido de toda mi existencia

## **Agradecimientos**

A UCES por la oportunidad de democratizarme el conocimiento de sus expertos, al Magíster Nicolás Daniel Ramírez y a la Doctora Paola Alejandra Urbina por acompañarme y estimularme en este esfuerzo.

## Resumen

La realidad actual del mundo de los negocios trae aparejado en todas las jurisdicciones importantes acciones para combatir toda clase de ilicitud en el universo empresarial. No es una tarea sencilla, pues la dinámica societaria puede valerse de estrategias que combinen estructuras societarias y jurisdicciones extranjeras para limitar su responsabilidad, innovando las técnicas de lavado de dinero.

Por lo tanto, caben a los jueces, a los órganos de control, a las leyes y a las propias corporaciones prohibir esta práctica. No obstante, para el combate de lavado de dinero, es insuficiente actos normativos estrictamente asociados a los delitos de terrorismo, tráfico de estupefacientes o prostitución.

Nuevas doctrinas han contribuido para el avance de la lucha contra el lavado de dinero, las cuales apuntan que todo lo practicado por las empresas y grupos económicos, que implique camuflar a los recursos financieros para integrarlos en otras actividades con el objeto de que tengan apariencia de legítimos, también debe ser considerado como lavado de dinero.

Este trabajo constituye nuevo pensamiento y es un marco importante para pensar a futuro y avanzar en la investigación de grupos económicos que utilicen la dinámica societaria para viabilizar el desvío de recursos o patrimonio en perjuicio de acreedores, accionistas y terceros, como también para dar una aparente legitimación a recursos cuyo origen es ilícito.

En esa línea, se torna también fundamental evitar que la regla sea la desconsideración de la personalidad jurídica en violación a la privacidad y confidencialidad de los negocios corporativos, actividad esencial para el desarrollo económico.

## Índice de siglas

BCBA	Bolsa de Comercio de Buenos Aires
BCRA	Banco Central de la Republica de la Argentina
CNV	Comisión Nacional de Valores
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
GVC	<i>Global Value Chain</i>
FMI	Fondo Monetario Internacional
FATF	<i>Financial Action Task Force</i>
INTERPOL	<i>International Criminal Police Commission</i>
LOP	Ley de Oferta Pública
MVBA	Mercado de Valores de Buenos Aires
OECD	<i>Organization for Economic Co-operative and Development</i>
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio
OTC	<i>Over the Counter</i>
ROS	Reporte de Operaciones Sospechosas
UIF	Unidad de Información Financiera

## Índice temático

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	11
<b>CAPÍTULO I. NUEVO CONCEPTO DE DERECHO EMPRESARIAL Y GRUPOS ECONÓMICOS</b> .....	16
I.1. Introducción .....	16
I.2. Concepto de <i>entity law</i> y <i>enterprise law</i> .....	16
I.3. Grupo de sociedades en el derecho de <i>enterprise law</i> .....	18
I.4. La realidad de los grupos societarios.....	20
I.5. Los roles de los grupos económicos en la economía.....	22
I.6. Relaciones entre sociedades.....	26
I.6.1 Grupos de sociedades.....	26
a) Presupuestos.....	26
b) Clasificación.....	29
I.6.2 Participaciones societarias.....	29
a) Coligadas.....	29
b) Controladas.....	30
I.7. La sociedad <i>holding</i> .....	31
<b>CAPÍTULO II. LOS GRUPOS ECONÓMICOS DELANTE DEL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN</b> .....	33
II.1. Introducción .....	33
II.2. El fenómeno de la globalización.....	33
II.3. Globalización y soberanía.....	35
II.4. Las teorías de la personalidad jurídica.....	38
II.5. Derecho transnacional.....	40
II.6. Los roles de los grupos económicos en la globalización.....	41
II.6.1 Los elementos esenciales de las corporaciones globales..	41
II.6.2 La dependencia de la economía global de los grupos económicos.....	44
II.6.3 La preponderancia de los grupos económicos sobre los Estados nacionales.....	45
II.6.4 La realidad societaria y los mercados globales.....	46

<b>CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LOS GRUPOS ECONÓMICOS.....</b>	<b>49</b>
III.1. Introducción .....	49
III.2. El concepto de responsabilidad grupal.....	49
III.3. Las teorías de imputación de responsabilidad en grupo.....	54
III.3.1 La doctrina de la instrumentalidad.....	55
III.3.2 La doctrina de la equidad .....	56
III.3.3 La teoría del <i>estoppel</i> .....	57
III.3.4 La doctrina del alter ego.....	58
III.3.5 La doctrina de la identidad.....	58
III.4. El abuso por utilización de la personalidad jurídica .....	59
<b>CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD INTRA-GRUPO POR LAS SOCIEDADES INTEGRANTES.....</b>	<b>61</b>
IV.1. Introducción .....	61
IV.2. Responsabilidad directa y responsabilidad solidaria.....	61
IV.3. Responsabilidad por infracapitalización.....	63
IV.4. Responsabilidad por relaciones intragrupal desventajosas.....	65
IV.5. Responsabilidad por movimientos de capitales.....	66
IV.6. Responsabilidad por préstamos y garantías.....	68
<b>CAPÍTULO V. LOS ACTOS ILÍCITOS O DE ABUSO POR LAS SOCIEDADES DE UN MISMO GRUPO ECONÓMICO.....</b>	<b>71</b>
V.1. Introducción.....	71
V.2. La sumisión de la controlada.....	71
V.2.1. Manipulación de precios y activos.....	71
V.2.2. Inexistencia de ganancias.....	73
V.2.3. Desvío en los negocios.....	73
V.2.4. Violación de deberes.....	74
V.3. Infracapitalización.....	76
<b>CAPÍTULO VI. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL LAVADO DE DINERO.....</b>	<b>77</b>
VI.1. Introducción.....	77
VI.2. La evolución del dinero y el lavado.....	78
VI.3. Lo ciclo del lavado de dinero.....	82

VI.4. Los roles de los bancos, operaciones y transferencias.....	85
<b>CAPÍTULO VII. EL CONTROL INTERNACIONAL CONTRA LAVADO DE DINERO.....</b>	<b>91</b>
VII.1. Introducción .....	91
VII.2. INTERPOL.....	91
VII.3. Las Naciones Unidas.....	94
VII.4. FATF – <i>Financial Action Task Force</i> .....	96
VII.5. El <i>Egmont Group</i> .....	97
VII.6. Otras iniciativas.....	98
<b>CAPÍTULO VIII. LA UIF .....</b>	<b>100</b>
VIII.1. Introducción .....	100
VIII.2. Características.....	100
VIII.3. La UIF en Argentina.....	102
VIII.4. Sujetos obligados a informar.....	108
VIII.5. Reportes de operación sospechosa (ROS).....	111
VIII.6. Las medidas de prevención de lavado de activos en un mercado de capitales.....	113
<b>CAPÍTULO IX. LAS OPERACIONES DEL LAVADO EN UN GRUPO ECONÓMICO.....</b>	<b>115</b>
IX.1. Introducción .....	115
IX.2. Lavado de dinero y sociedades <i>off shore</i> .....	116
IX.3. Los mercados financieros.....	118
IX.4. Mercado de capitales y el lavado de dinero.....	119
IX.5. La criminalidad en la empresa.....	124
<b>CAPÍTULO X. LA RESPONSABILIDAD DE SOCIEDADES INTEGRANTES DEL GRUPO POR ACTOS DE LAVADO DE DINERO.....</b>	<b>127</b>
X.1. Introducción.....	127
X.2. Lo sigilo .....	128
X.2.1 Secreto bancario.....	128
X.2.2 Marco normativo de la zona de reserva y secreto bancario .....	128
X.2.3 Secreto bancario y fiscal en Argentina.....	132
X.3. Lavado de dinero como un delito económico.....	133
X.4. Lavado de dinero como un delito de encubrimiento.....	134

X.5. Lavado de dinero como delito de deber o delito de dominio.....	136
X.6. Lavado de dinero como delito doloso y su grado.....	138
X.7. La responsabilidad dentro de una estructura de grupo.....	140
X.8. La transferencia de responsabilidad en grupo.....	142
<b>CAPÍTULO XI. MARCO METODOLOGICO.....</b>	<b>145</b>
XI.1. La metodología.....	145
XI.2. La investigación.....	145
XI.3. La hipótesis.....	147
XI.4 La relevancia.....	147
XI.5. Investigación cualitativa.....	147
XI.6. El diseño.....	149
XI.7. Organización de bibliografía.....	149
<b>CAPÍTULO XII. CONCLUSIONES .....</b>	<b>151</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE</b>	
<b>INFORMACIÓN.....</b>	<b>160/164</b>

## ÍNDICE DE GRÁFICOS

I. FIGURA 1.....	39
II. FIGURA 2.....	39
III. FIGURA 3.....	39

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis de Maestría se propone desarrollar un tema complejo aunque plantea su investigación en la realidad de las corporaciones en un contexto de globalización, en la cual hay transferencias de capital e inversiones en múltiples jurisdicciones, lo que permite que estructuras societarias, muchas de ellas conocidas por grupos económicos, incidan en actos ilícitos o se utilicen de prácticas de ocultación de patrimonio en perjuicio de terceros, ante lo que actualmente se puede apuntar como lavado de dinero, según moderna doctrina que define el lavado no solamente asociado al terrorismo, tráfico de estupefacientes o prostitución.

Es notorio que el crimen organizado transnacional y el terrorismo internacional constituyen flagelos de nuestro tiempo que ningún Estado moderno puede ignorar, estando obligados a tomar acciones esenciales vinculadas para la búsqueda de paz y seguridad a todos los ciudadanos. A pesar de que el compromiso de la República Argentina es proporcional a la envergadura de esas acciones indelegables, lo que ha determinado que esta cuestión se haya constituido en una clara política de Estado, el lavado de dinero no se aplica sólo a situaciones contempladas en el tipo penal descrito en la ley. Cualquier acto practicado por las empresas y grupos económicos que implique camuflar los recursos financieros para integrarlos en otras actividades para que sean legítimos también debe ser considerado como lavado de dinero.

La situación de Argentina no es diferente a lo que ocurre en el resto del mundo. Son incontables las situaciones donde la práctica del lavado es frecuente. Hay intereses societarios que invocan estrategias del lavado dentro de los grupos económicos. La estructura de un grupo económico pudo haber sido diseñada para permitir la ocultación de la propia existencia del grupo, con la finalidad de permitir operaciones fraudulentas por algunas sociedades para perjudicar accionistas minoritarios o que no tengan poder de control, así como también para perjudicar intereses del Fisco.

Muchas de las normas reguladoras de la lucha contra el lavado de dinero tienen carácter estrictamente penal, con el objetivo de restringir y castigar a lo que en realidad no se trata de lavado de dinero, pero sí su destino. El tratamiento normativo de la naturaleza puramente delictual, permite la práctica

de actos de comercio dirigido a ocultar activos, o desviarlos de las sociedades, en perjuicio de los derechos de los accionistas y acreedores, así como de la hacienda. Hay otras situaciones que se desarrollan en la pérdida financiera en la sucesión y en el régimen matrimonial por medio de mecanismos que hacen uso de estructuras societarias para el ocultamiento de activos.

El lavado de dinero es el proceso en el que el producto del delito se transforma en dinero aparentemente legítimo u otros activos. Sin embargo, en algunos sistemas legales y reglamentarios el lavado de dinero se ha convertido en término fusionado con otras formas de delincuencia financiera, y suele ser utilizado a través del sistema financiero -que incluye cosas como valores, divisas digitales, tarjetas de crédito y moneda tradicional-, para la financiación del terrorismo, evasión de impuestos y evasión de las sanciones internacionales.

Hablamos de delincuencia financiera, porque las personas que han estudiado este problema apuntan al lavado de dinero como un ciclo, cuyo objetivo es “limpiar” o “blanquear” el dinero de actividades ilícitas para darle un aparente origen lícito. De ahí que sean los bancos frecuentemente utilizados como instrumentos para que esta práctica de blanqueamiento sea efectiva, la cual se lleva a cabo en tres etapas: colocación (*placement*); estratificación (*layering*); e integración (*integration*).

En la primera etapa, el dinero necesita de una conversión, en la mayoría de las veces, de moneda para cheques o depósitos bancarios, toda vez que en la mayoría de las actividades hay muchas transacciones en dinero. En la segunda etapa, se busca ocultar los rastros de las transacciones bancarias, donde el dinero ingresó, empleando para ello jurisdicciones en otros países. En la última etapa, las instituciones financieras desempeñan un importante papel para que los recursos tengan un aparente origen lícito y no tengan conexión con su origen, pudiendo ser utilizados libremente.

Durante todo el proceso de lavado de dinero hay un importantísimo papel a ser desempeñado por los bancos que, muchas veces, crean facilidades o no cumplen con las leyes para la obtención de sus propias ganancias.

La mayoría de las leyes contra el lavado de dinero confunden el lavado de dinero -que se ocupa de la fuente de los fondos-, con la financiación del terrorismo -que tiene que ver con el destino de los fondos.

El dinero obtenido de ciertos delitos, como la extorsión, el tráfico de información privilegiada, el tráfico de drogas, apuestas ilegales y la evasión fiscal es "sucio". Así, los bancos y otras instituciones financieras constituyen instrumentos indispensables para que las transacciones con este dinero no tengan ninguna sospecha.

En este sentido, nos proponemos indagar sobre las medidas contra el lavado de dinero, pero no en los aspectos penales, sino en sus aspectos corporativos, a efectos de aportar una nueva interpretación acerca de la aplicación de las leyes contra el lavado de dinero también a los ilícitos civiles y a los grupos de corporaciones. Consideramos que esta interpretación podría permitir una aplicación de las técnicas de represión anti lavado por las autoridades, los órganos de control, las corporaciones y la Justicia.

Consecuentemente, consideramos que la presente investigación servirá para ampliar el campo de conocimiento y combate al lavado de dinero, partiendo nuevas premisas que no se restringen a la definición del lavado de dinero ligado únicamente a los actos de terrorismo y tráfico de drogas, sino que alcanza a los grupos económicos y sus ilícitos civiles.

En este contexto el interrogante que nos proponemos responder a través de esta investigación es **¿En vista de la moderna doctrina del *enterprise law* aplicada a los grupos económicos, cómo es posible imputar los conceptos de responsabilidad objetiva y subjetiva, interna o externamente a los grupos económicos en Argentina por actos de lavado de dinero?**

Para responder a este interrogante nos planteamos como objetivo general señalar cómo responden en Argentina las empresas y los grupos económicos por actos de lavado de dinero, a fin de profundizar en los conceptos de identificación de los grupos económicos y establecer criterios para la aplicación de la doctrina del *piercing the corporate veil* en los grupos.

Por otro lado, nuestros objetivos específicos son: identificar los límites actuales de la lucha contra el lavado de dinero y su marco normativo internacional a fin de compararlos con el escenario normativo argentino; relevar la jurisprudencia, doctrina y legislación imperante sobre el tema en Argentina, Estados Unidos y países europeos, con el objeto de compararlos y profundizar en los procedimientos anti lavado en los grupos económicos; y determinar qué

tipo de responsabilidad es aplicable a las empresas y grupos económicos y cuáles son sus consecuencias.

La hipótesis que pretendemos demostrar a través de este trabajo de investigación es que las empresas y los grupos económicos responden objetivamente por el ilícito civil de lavado de dinero.

En este sentido, procuraremos iniciar el desarrollo de la investigación abordando el nuevo concepto de Derecho Empresarial y su dinámica en grupos económicos. En el Capítulo I es necesario abordar el tema de la globalización en el mundo de las empresas, así como también la importancia de la empresa como fuente de incremento económico.

Por lo tanto, la expansión de las corporaciones por diversas y distintas jurisdicciones conlleva a grandes desafíos relativos a su responsabilidad social, civil y corporativa, las cuales deben ser enfrentadas por la doctrina y la jurisprudencia.

En el Capítulo II es profundizado el tema de los grupos económicos ante la globalización. En este tópico consideramos preponderante conceptualizar lo que sería *entity law* y *enterprise law*, y como se desarrollan las teorías de la personalidad jurídica.

En el Capítulo III clasificaremos a los grupos económicos y cómo son tratados legalmente y doctrinariamente, para luego pasar a analizar la aplicación de la teoría de la personalidad jurídica en el contexto de los grupos económicos.

En el Capítulo IV analizaremos la responsabilidad intragrupo por las sociedades integrantes para que podamos avanzar en el Capítulo V con las posibles ilicitudes derivadas por la existencia de los grupos económicos. Se trata de enfrentar ilicitudes que son inherentes a la existencia de los propios grupos y que no ocurrirían sin la existencia del mismo.

Así podremos pasar al abordaje de una de esas ilicitudes que es, precisamente, el lavado de dinero asociado a los grupos económicos. También conceptualizaremos qué es el lavado de dinero, sus características, sus fases y cómo se desarrollan los procedimientos de control.

En el Capítulo VII el tema central será el control internacional del lavado y cómo hacen la comunidad y órganos internacionales para combatirlo.

Procuraremos apuntar cuáles son los principales actores en el combate al lavado de dinero y también sus antecedentes históricos.

Las Unidad de Información Financiera – UIFs –, sus características, naturaleza, tratamiento por los organismos internacionales, protocolos, recomendaciones y formas de reportes, así también su importancia como un instrumento eficiente para el combate al lavado serán tratados en el ítem 8.

En el Capítulo IX las operaciones del lavado en grupos económicos, su estructuración y el papel de las corporaciones *off shore* serán objeto de estudio.

Por fin, en el Capítulo X trataremos la responsabilidad de las sociedades integrantes de un grupo económicos por actos de lavado de dinero.

Así surge la necesidad de hacer frente a la responsabilidad de las empresas que cometen actos ilícitos. La responsabilidad corporativa limitada siempre ha sido importante. Con esta se puede promover la división del trabajo a través de la delegación empresarial de la responsabilidad, que cotiza públicamente sus acciones, permitiendo el crecimiento a gran escala y genéricamente de la actividad económica.

Evidentemente hay que evitar y cohibir las conductas ilícitas derivadas del abuso de la personificación de las sociedades. No estamos defendiendo, por lo tanto, la abolición de la responsabilidad limitada. Solamente creemos que hay que profundizar en los conceptos de identificación de los grupos económicos y establecer criterios precisos para la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario para la responsabilidad en los grupos. Esto es lo que nos proponemos a través de esta tesis.

# CAPÍTULO I. NUEVO CONCEPTO DE DERECHO EMPRESARIAL Y GRUPOS ECONÓMICOS

## I.1. Introducción

El derecho comercial no corresponde más a la realidad abrigada por el comercio. Tradicionalmente el derecho comercial era concebido como un conjunto de actos ejercidos con habitualidad en un sentido de intermediación en una cadena de producción (Tomazette, 2004, p. 1). Hoy este derecho va más allá que el simple acto de comercio.

Es en este sentido que se busca desarrollar un nuevo concepto de derecho empresario y la participación de la empresa en un contexto de globalización, en el cual es natural la actividad empresarial en grupos económicos.

Por lo tanto, hay la necesidad evidente de que se clasifiquen a los grupos de sociedades, lo que son participaciones societarias, y el rol de una sociedad *holding* en este contexto.

## I.2. Concepto de *entity law* y *entreprise law*

El derecho empresario es un hecho social. En una remota época de la civilización, cada grupo social era autosuficiente, siendo responsables por la producción de bienes para suplir sus propias necesidades (Martins, 2005, p. 13).

La realidad mostró que ese tipo de producción no era suficiente ante el crecimiento de la población, surgiendo mecanismos de intercambio de mercancías para satisfacer las necesidades de los pueblos. Estos intercambios para el atendimento de necesidades y también para la salida de los excedentes fueron capaces de crear una mejoría en la calidad de vida. Dice Ferreira que el comercio es una forma evolutiva de esta práctica de intercambio de las mercancías (Ferreira, 1960, Vol. I, p. 14).

La dificultad en intercambiar las mercancías entre los grupos sociales, porque algunos bienes no les eran útiles al adquirente, dio origen a la moneda. La moneda generó una comodidad para las intermediaciones de mercancías y bienes.

Muchos dicen que el origen de la noción de la moneda remonta a millones de años, siendo más antiguo que el dinero impreso. Todo el comercio tiene en

sus bases la idea del cambio. Dice Madinger que una gran ventaja de los intercambios fue la creación de una proximidad entre las personas, sea para negociar, sea para su propia socialización (Madinger, 2012, p. 1).

La expansión del comercio promovió también el comercio marítimo y la creación de grandes e importantes centros comerciales a orillas del mediterráneo (*verbi gratia* Lyon). Así nacieron los primeros mercados y ferias, en los cuales se reunían comerciantes, que más adelante se reunirían en corporaciones, creando sus propios reglamentos (Chagas, 2014, p. 44).

Chagas (2014, p. 44) apunta la existencia de tres etapas del derecho comercial en la Edad Media, particularmente en razón de los sujetos involucrados: Una primera etapa del tipo subjetiva, en la cual el sujeto era un burgués, matriculado en las corporaciones de oficios; una segunda etapa era objetiva, pautada por los actos de comercios, donde habría la figura del comerciante; y la tercera etapa es la subjetiva hodierna, en la cual el sujeto del derecho empresario se le denomina empresario.

Acompañando esta evolución en el derecho empresario también ha evolucionado la noción de las corporaciones o sociedades. Es posible decir que un antiguo derecho de las sociedades es llamado por la doctrina como *entity law* o derecho societario y una nueva concepción doctrinaria muestra el cambio para *enterprise law* o derecho empresarial (Miguens, 2009, p. XXIX).

Este cambio, según Miguens (2009, p. 2), tiene como características a los grupos económicos en los sectores de política empresarial, contabilidad, control, producción, *marketing*, recursos humanos y finanzas.

La doctrina de derecho societario -*entity law*- sufre con las críticas doctrinarias que dicen que este se refiere especialmente a la forma jurídica y no a la sustancia de la existencia societaria; que no avanza en una comprensión de existencia de grupos, está enfocado prácticamente en la distinción formal entre las sociedades; que no está adecuado a una realidad económica del negocio en grupos; y que es muy dependiente de la actuación judicial para el levantamiento del velo societario (Miguens, 2009, p. 7).

La doctrina del derecho empresarial o *enterprise law* ha sido aplicada por los tribunales, especialmente en el campo del derecho concursal, considerando que las teorías de la personalidad jurídica no son suficientes para los casos de actos ilícitos empresariales. Se debe considerar la existencia de relaciones

intragrupo, sean ellas transacciones, garantías o estructuras formales. Para Miguens (2009, p. 11) existe hoy en la jurisprudencia consideraciones que invocan una política empresarial unificada o de integración, para las decisiones concursales. Aquí apunta Miguens que el nuevo fenómeno empresarial cuenta con: la política empresarial unificada, según las practicas del grupo; la existencia de un régimen propio para tratamiento de los recursos humanos; la existencia del poder de control; la práctica de contabilidad consolidada; la existencia de una estrategia de financiación específica para el grupo.

### **I.3. Grupo de sociedades en el derecho de *enterprise law***

Un nuevo derecho de grupo de sociedades llamado *enterprise law* comenzó a reemplazar al tradicional derecho societario. Una sociedad puede tener diversas formas de relacionamiento con otras sociedades. Este relacionamiento muchas veces tiene como objetivo una mejoría en el desempeño, la búsqueda de otras inversiones o diversificación, su crecimiento o solamente ganancias.

Grandes emprendimientos demandan aproximación de sociedades para su concretización, lo que es común en el desarrollo del capitalismo. La asociación de sociedades resultó en la existencia de grupos de sociedades.

Los grupos societarios desempeñan un importante rol en la economía moderna. Gracias a la formación de estos grupos se pudo avanzar en el progreso tecnológico, en la integración de mercados, en la reducción de los costos de producción, y no solamente en el aumento de las ganancias.

Para Miguens (2009, p. 4), los grupos de sociedades nacieron como un fenómeno empresarial según una ley de 1888 en el Estado de Nueva Jersey, Estados Unidos. Galgano (2007) también señala esta ley como fuente de su nacimiento, pero data de 1896 (p. 3). Su configuración era dependiente de la existencia de dos o más sujetos de derecho, de una política empresarial unificada y del ejercicio de un control de las decisiones empresariales.

Calcaterra (2007, p. 31) entiende que el paradigma en materia de grupos es el derecho alemán, apuntando otros países también como referencia en esto asunto, como Brasil, Portugal, Croacia y Eslovenia.

Es decir que la participación de una sociedad en el capital de otra sociedad es relevante cuando hay el ejercicio de un poder de control. Este poder permite que una sociedad tenga preponderancia en las asambleas de la otra y pueda

nombrar a sus administradores. Es posible, como se verá adelante, que tal control sea ejercido por una sociedad intermedia o por actos contractuales sin que haya una participación efectiva en su conjunto de acciones.

Galgano (2007, p. 1) afirma que el grupo de sociedades es una forma societaria de los tiempos modernos. Dice eso porque es posible que una sociedad alcance una dimensión económica muy grande, con una enorme complejidad, pudiendo tener una extensión en diversos mercados. Apunta que:

Su aparición en el terreno de la organización jurídica de la actividad económica produjo una innovación tan profunda como en el siglo diecinueve generó el advenimiento de la sociedad por acciones, caracterizada por la división del capital social en acciones y la responsabilidad limitada de los socios. (Galgano, 2007, p. 1)

Consecuentemente, su aparición no se debe definir como una creación legislativa, aunque siendo un fenómeno de hecho es el fruto de la existencia de las sociedades por acciones y de las acciones humana.

Habiendo acciones circulantes en los más diversos mercados, cualquier sociedad puede adquirir una cantidad suficiente para tener el control de la otra. Por lo tanto, ante el derecho de propiedad, una sociedad puede gozar o disponer de las acciones de otra. Con la formación de los grupos es posible promover una diversificación de los riesgos, aunque cada una de las sociedades integrantes de un mismo grupo es, en verdad, una entidad distinta de las demás ante terceros.

En la cabeza de un grupo hay una sociedad llamada de *holding*. Esta sociedad tiene como función la dirección del grupo, pero también se suman otras actividades, como aquellas de asistencia técnica y financiera. Tales asistencias permiten la producción de los balances, promoción de acción de *marketing*, el procesamiento de datos de informática, el control de la producción, innovación tecnológica, nombramiento de fiadores, obtención de cartas de patrocinio.

Todos estos asuntos hacen que el tradicional derecho societario o *entity law* sufra una evolución para lo que la doctrina denomina derecho empresario o *enterprise law*, *verbis*:

(...) la doctrina del *enterprise law* está siendo crecientemente aceptada, sobre todo en el derecho estadounidense, en el campo de la subordinación equitativa, la validez de las

garantías intragrupo, las transacciones como transferencias fraudulentas, preferencias anulables o prohibidas, consolidación sustancial, el *turnover*, la jurisdicción, la protección de los acreedores y la responsabilidad de la sociedad dominante por las deudas de las dominadas. Mediante este tipo de razonamientos se deja de lado el análisis desde la sociedad individual – *entity law* – para pasar en su lugar a una óptica desde la realidad económico-empresaria de los grupos para atribuir efectos al dato de su sustancial unidad de intereses y organización, esto es, bajo un concepto central superador, el *enterprise law*. (Miguens, 2009, p. 13)

Por eso se puede decir que, aunque las sociedades tengan alteridad ante terceros, no es esta la única categorización de ellas, una vez que también existe una estructura de grupo, para la cual las teorías del *piercing the corporate veil*, *agency*, instrumentalidad o *alter ego* no son suficientes para explicarla.

#### **I.4. La realidad de los grupos societarios**

Un nuevo mundo nació con la llamada globalización. Este fenómeno creó un impacto en la comprensión geopolítica del mundo y de la noción de estado. Las barreras geográficas dejaron de existir, las relaciones jurídicas entre las naciones fueron redefinidas y se revolucionó las dimensiones de producción (Tomazette, 2014, p. 1).

A la evidencia surge un nuevo actor en la economía global ejerciendo un rol anteriormente ocupado por el estado. A este actor lo denominan grupo transnacional.

Algunas de las transformaciones mundiales en el siglo XX son relacionadas a cambios tecnológicos, comerciales, financieros, institucionales, políticos y organizacionales. Concretamente se identifican la ocurrencia de revocaciones de monopolios estatales, el desarrollo de medios de transportes y de comunicaciones, desreglamentación de los mercados financieros, liberalización del comercio internacional, creación de la Organización Mundial del Comercio – OMC –.

Ocurrió, por lo tanto, un progreso terciario interno en la industria y también externo a ella. Esto es una característica de la globalización que no se confunde con solamente una evolución del comercio internacional, *verbis*:

La verdadera novedad de nuestro tiempo reside, más bien, en la expansión planetaria de la organización productiva. En la era

de la economía industrial, la producción era siempre nacional; eran internacionales los mercados de provisión de las materias primas y de colocación de productos terminados. (Galgano, 2007, p. 12)

No es correcto hacer una correspondencia entre globalización y conflicto entre Estados. Esto es solo una visión imperialista de las grandes naciones, pero en verdad no traduce la realidad que se vive hoy. Las empresas transnacionales son en realidad la marca característica de la globalización.

La constatación que se hace parte de una comprensión que es sencilla. Un mercado mundial no necesita de potencia militar o imperialismo estatal para que sea conquistado, la propia fuerza de un grupo transnacional es capaz de conquistar la economía regional o global. Galgano (2007) muestra críticamente esta fuerza, *verbis*:

El escenario resultante contradice la fórmula de Smith de la riqueza de las naciones. La riqueza no tiene nación, las naciones no tienen riqueza. También la idea misma de nación cambia de significado. El renaciente nacionalismo actual no tiene, mirándolo bien, el mismo valor de antaño. En el pasado el nacionalismo era el estandarte de los pueblos que querían independizarse de potencias que consideraban extranjeras. Hoy es más bien una opción de mercado. La independencia que se reivindica está en función de una nueva dependencia económica electiva. Se quiere sustraer de un área de influencia, para entrar en un área de influencia diferente. A la soberanía nacional, no asociada más a una riqueza nacional, le queda solo un dato nominalista. La adhesión a entidades supranacionales es para los Estados una renuncia a la propia soberanía sólo en sentido formal. En términos sustanciales estas adhesiones del conocimiento de que la dimensión nacional no es más la dimensión idónea para un efectivo ejercicio de la soberanía. (p. 16)

Se puede resaltar la existencia de estos grupos tanto de hecho como de derecho, esto depende de la existencia formal de una convención entre las sociedades. En los grupos de hecho no existe una organización jurídica entre ellos, pero existe una cierta disciplina entre las sociedades. Existen también en los grupos de derecho aquellos que son conocidos como grupos de subordinación y otros como grupos de coordinación. En los grupos de subordinación hay una sociedad con el poder de control sobre las otras, esta es la sociedad denominada *holding*. En los grupos de coordinación – igualitarios – no existe una sociedad con este poder de control, estando todas las

sociedades en situación igualitaria, contando con una única dirección, pero sin el poder de control. Son empresas jurídicamente autónomas, actúan en igualdad económica y detienen el mismo poder de decisión.

### **I.5. Los roles de los grupos económicos en la economía**

La globalización cambió con profundidad las relaciones de trabajo, porque modificó los locales laborales y creó nuevas profesiones. No se puede olvidar los aspectos negativos de estos cambios, por la búsqueda de fuerza de trabajo a un bajo costo.

Se señala que la globalización tiene un potencial altamente conflictivo (Tomazette, 2014, p. 12). Una mayor eficiencia en la producción puede tender a una fragmentación de la producción en la economía global con un consecuente aumento de las desigualdades entre las naciones, especialmente en los países que no tienen una buena reglamentación de derechos:

La globalización trae potencialmente una sociedad de riesgo, que tiene como característica: la incerteza, la contingencia, la imprevisibilidad y la inseguridad, con el consecuente agotamiento de las técnicas de control social. En razón de esos riesgos, hay quien afirme que la globalización tiende más a dividir que a unir, aumentando la desigualdad en la sociedad, con el aislamiento de aquellos que no poseen recursos, lo que le genera a la globalización la fama de injusta. (Tomazette, 2014, p. 13)

No estamos de acuerdo con esa posición. Aunque sea una realidad la desigualdad, especialmente en los países no desarrollados, la globalización trae también muchos beneficios y oportunidades. Creemos que la comunidad internacional debe dar soporte para que las naciones menos favorecidas reglamenten sus derechos, lo que a la final también puede considerarse como un beneficio resultante del proceso de globalización.

La economía global sí cambió profundamente con las transformaciones de los mercados. Una característica fue la integración de los mercados a través de la liberalización del comercio, aglomeración de economías, disminución de los costos del transporte y de las transacciones, integración regional de mercados, y avances tecnológicos. Otra característica fue la desintegración del proceso de producción, con el surgimiento de los bienes intermedios en el comercio

internacional, en una posición distinta del modelo tradicional integrado y vertical (Hernández, Martínez-Piva, Mulder, 2014, p. 21).

Las cadenas globales de valor son una gran variedad de actividades que empresas y trabajadores realizan para que un producto pueda salir desde su concepción y llegar a su destinatario final. Estas cadenas globales de valor incluyen concepción, producción, *marketing*, distribución y soporte a su destino final.

Es una característica en una cadena global de valor las producciones industriales fragmentadas y dispersas geográficamente para un mismo grupo transnacional. También es una característica la especialización de diversas naciones cuanto a ciertos productos o negocios y los roles de los proveedores globales y sus compradores.

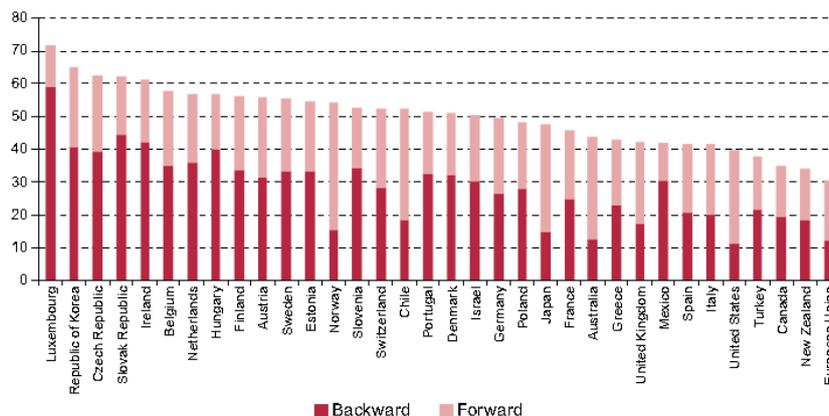
Los estudiosos consideran que las cadenas globales de valor existen desde 1970 (Hernández, Martínez-Piva, Mulder, 2014, p. 45) y algunos optan por llamarlas de redes globales de valor. Otros afirman que este fenómeno surgió hace más tiempo, como Bertil Ohlin (1933) que afirmó que no existía solamente dos etapas de producción – materia bruta y producto acabado –, sino muchas otras.

Evidentemente que todo el desarrollo de las cadenas globales de valor está asociados a la disminución de los costos de producción – transporte, portuarios, arancelarios, de seguridad, de trabajo, de reventa y distribución –, los cuales se beneficiaron del avance tecnológico y de las comunicaciones.

La fragmentación de las cadenas es muy dependiente de las características de los productos y son naturalmente menos fragmentadas en caso de los servicios. Estas cadenas cambian constantemente.

Para tener una idea de que no son las naciones que definen el comercio mundial, sino en verdad los grupos transnacionales, sigue abajo un gráfico que muestra las exportaciones brutas de un país en relación a la producción en terceros países. Estos gráficos son un resultado de los estudios de la Organization for Economic Co-operative and Development (OCDE) presentado en un trabajo de las Naciones Unidas (Hernández, Martínez-Piva, Mulder, 2014, pp. 51-52):

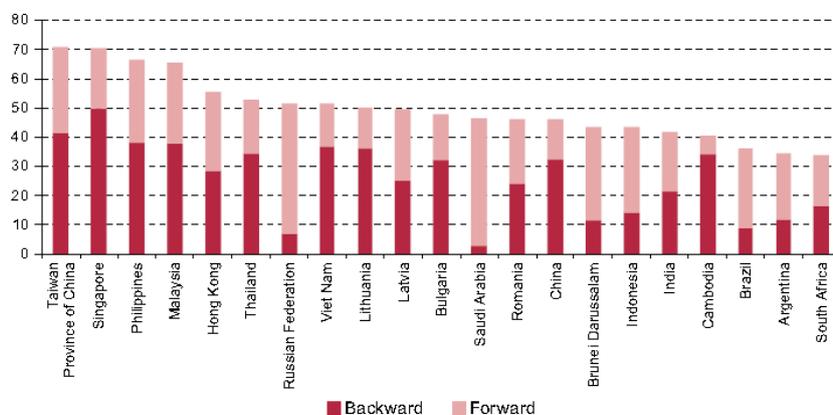
**Figure I.1**  
**GVC participation index in OECD countries, 2009**  
 (Foreign inputs (backward participation) and domestically-produced inputs used in third countries' exports (forward participation), as a percentage of gross exports)



Source: Authors' calculations on the basis of the OECD ICIO model, May 2013.

*Figura 1: GVC participation index in OECD countries, 2009*

**Figure I.2**  
**GVC participation index for selected non-OECD economies, 2009**  
 (Foreign inputs (backward participation) and domestically-produced inputs used in third countries' exports (forward participation), as a percentage of gross exports)



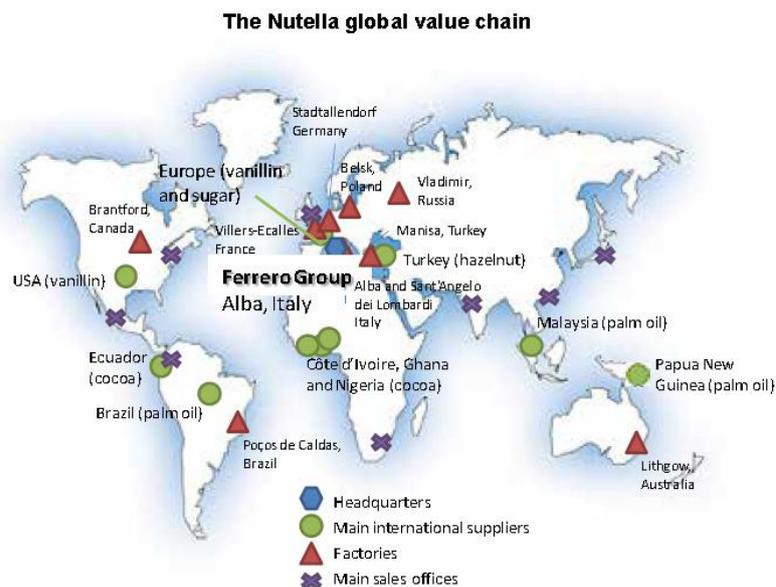
Source: Authors' calculations on the basis of the OECD ICIO model, May 2013.

*Figura 2: GVC participation index for selected non-OECD countries, 2009*

*Backward participation* significa la participación de un país en las cadenas globales de valor ante la utilización de recursos extranjeros y *Forward participation* significa la participación como proveedor de productos en la exportación de otros países.

En el primer gráfico los Estados Unidos de América tienen 15% de exportaciones en el índice de cadenas globales de valor contra 40% de producción en terceros países. Argentina tiene 10% de exportaciones contra 35% de producción en terceros países.

Este análisis es una demostración de que los grupos transnacionales son hoy los grandes actores en el mundo globalizado y que su producción está ampliamente fragmentada. Estos estudiosos hicieron una investigación de las cadenas globales de producción del grupo transnacional Ferrero – Nutella – en la que se comprueba esta realidad, conforme el gráfico abajo:



**Source:** Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), *Mapping Global Value Chains*, Paris, 2012 [online] [http://www.oecd-ilibrary.org/trade/mapping-global-value-chains\\_5k3v1trgnbr4-en](http://www.oecd-ilibrary.org/trade/mapping-global-value-chains_5k3v1trgnbr4-en).

*Figura 3: GVC The Nutella global value chain*

Los locales de producción están cerca de los mercados finales. En los locales donde este producto no es muy consumido no hay fábricas de producción. Esta realidad de las cadenas de producción global de agricultura ha contado con países en desarrollo y economías emergentes.

América Latina ha emergido a partir del año 2000 como un participante clave para algunas de las etapas de las cadenas globales de valor. Hoy es un importante centro exportador de servicios y según *2009 AT Kearney Global Service Location Index* Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y México están entre las 50 naciones más competitivas en estos servicios (Hernández, Martínez-Piva, Mulder, 2014, p. 90).

## I.6. Relaciones entre sociedades

### I.6.1. Grupos de sociedades

#### a. Presupuestos

Escribir acerca de grupos de sociedades no es tarea fácil. La dificultad empieza cuando hay que conjugar la idea de unidad con pluralidad. La pluralidad es una consecuencia de la alteridad de las sociedades que integran el grupo, el cual se pretende ver como una unidad. Un ejemplo de eso es la teoría de *disregard of legal entity*, la cual es una manera de unir a las sociedades a partir de la eliminación del velo societario, lo que de cierta forma niega la existencia de un grupo en sí mismo, el cual se concibe en una faceta sólo económica. Veamos una importante constatación:

En la literatura en materia de grupos aparece un equívoco del cual talvez es necesario liberarnos. Se supone que, para afirmar la existencia de una única empresa de grupo, se deba superar la pantalla de la diferente personalidad jurídica de las sociedades y considerar el grupo a un único sujeto de derecho. (...) Se entiende que la técnica de la superación de la pantalla de la personalidad jurídica puede ser empleada también para los grupos de sociedades; pero esto se refiere como se dirá más adelante a la patología de los grupos. (Galvano, 2007, p. 32)

A partir de estas concepciones que no ven a un grupo en su unidad, dependientes de acciones invasivas, típicas de un *holding*, se creó una definición en la cual la sociedad *holding* no trabaja como empresa; el *holding* sería apenas una sociedad de actividad auxiliar o de mera participación.

En el otro se encuentra el entendimiento con el cual trabaja justicia laboral, capaz de ver una unidad en el grupo de sociedades, pero de forma muy complaciente con los empleados, pues dejó de observar algunos de los presupuestos necesarios de la definición de grupo de sociedades.

Las dificultades residían en la falta de aceptación de que una empresa podría tener diversos sujetos y también que una misma empresa podría ser dividida en inúmeras funciones asignadas cada cual a un empresario.

El derecho alemán (Calcaterra, 2007, p. 31) concibe que las sociedades miembros pueden perseguir los fines grupales, aunque sus propios fines sean subordinados. En esta medida se caracteriza la existencia de un interés del grupo al cual el interés de la controlada está subordinado.

La unidad de empresas, bajo el punto de vista de grupo de sociedades debe someterse a algunas reflexiones (Galgano, 2007, p. 6).

La actividad *holding* (i) no debe ser entendida solo como una actividad de mera participación en otras sociedades. El *holding* no es una mera sociedad auxiliar que presta asistencia técnica y financiera a las demás sociedades del grupo. La sociedad vértice ejerce actividad empresarial, siendo por lo tanto empresa de intercambio o productiva, ejerciendo tal actividad por sus controladas.

Como grupo de sociedades (ii), debe presentarse como única empresa con una característica de unidad competitiva.

No habría necesidad de que su marca sea licenciada (iii) a las controladas; las cuales tendrían la libertad para su utilización. La sociedad tenedora es la titular de la licencia.

Siendo un grupo económico hay que producir un balance consolidado (iv) del propio grupo, siendo este un deber de la sociedad matriz.

Teniéndose en cuenta a un grupo, no sería deber de las sociedades que lo integran tener que hacer oferta pública de acciones (v) cuando se trata de transacciones internas de acciones.

Los grupos de sociedad deben exteriorizar (vi) su condición de grupo, señalando la naturaleza del sujeto, su identidad y su *holding*.

En las asambleas del controlado debería ser posible la transposición (vii) de sus decisiones por directivas de la controlante para la realización del interés externos de la controlada con correspondencia del interés general del grupo.

No habría subordinación de la controlada al interés extraño (viii) de una controlante, aunque la controlada tenga muchas ventajas al pertenecer a un grupo.

No existiría un conflicto de interés (ix) cuando los administradores de la controlante voten en la asamblea de la controlada, aunque las controladas deben perseguir un interés mayor del propio grupo.

Tales corolarios apuntan por la existencia de una política empresarial unificada o integración y control como criterios para concebirse a un grupo de sociedades. En estos grupos es posible identificar una unificación de estrategia empresarial, métodos de comercialización de sus productos de una forma peculiar y distinta de otras sociedades, así como su propio régimen de manejo

de empleados, la existencia de control bajo sus procedimientos, criterios propios de financiación, y contabilización con cierta consolidación.

Un fallo francés conocido como el caso Rozenblum de 1985 es paradigmático en la doctrina de grupos de sociedades (Calcaterra, 2007, p. 65). Una cuestión penal relativa a la alegación de abuso de bienes sociales. En la primera instancia el señor Rozenblum fue condenado por utilizar recursos financieros de una sociedad en otra de un mismo grupo en la cual estaba interesado.

El tribunal entendió que debe haber una motivación por un interés social, económico, o financiero común, ante una política grupal para que haya legitimidad en estos actos.

Defiende la doctrina que para la existencia de un grupo son necesarios tres requisitos: (i) una política común debe existir como motivación a las sociedades de un grupo; (ii) hay que haber compensación a una subordinada por actos de sacrificio en beneficio del grupo; (iii) no se puede imponer a una subordinada un sacrificio tan grande que no pueda soportar. (Calcaterra, 2007, p. 66)

El reconocimiento de la existencia de interés de grupo es un divisor de aguas porque no se podrá más apuntar perjuicio a una subordinada si los actos practicados lo fueron en razón de un interés grupal.

Es evidente que la unificación en grupo puede ser más o menos compleja y su integración puede también ser más o menos intensa en los planos verticales u horizontales. En los grupos horizontales es muy fuerte los acuerdos paritarios entre sociedades y entre los grupos verticales, donde es preponderante la relación de control. Los acuerdos firmados entre distintas sociedades, fenómeno característico de los grupos horizontales, tienen el objetivo de crear una coordinación organizativa y financiera, lo que no implica en subordinación entre ellas.

La unificación no constituye al grupo como sujeto de imputación laboral. Esta solamente debe ocurrir ante la práctica de actos ilícitos. El grupo, por lo tanto, no es concebido como un sujeto unitario de derecho.

Bajo su aspecto penal, no es común que la sociedad practique un delito. La tradición se asienta en que los crímenes son practicados por las personas naturales, las cuales hacen estos actos para satisfacer a sus propios intereses. Ya la responsabilidad es una cuestión diferente.

## **b. Clasificación**

Existen distintos criterios de clasificación de las sociedades y, por consecuencia, de los grupos de sociedades.

Cuanto a personalidad jurídica, existen sociedades personificadas y no personificadas. Cuanto a su naturaleza pueden ser empresarias o sociedades no empresarias. Cuanto a su acto de constitución pueden ser contractuales o institucionales. Cuanto a la persona de sus socios pueden ser sociedades de personas o sociedades de capitales. Cuanto a la responsabilidad pueden ser sociedades de responsabilidad limitada al capital de suscripción, sociedades ilimitadas o sociedades con distintos grados de responsabilidad social. Cuanto a nacionalidad pueden ser extranjeras o nacionales. Por fin, cuanto a la concentración empresarial pueden ser concentradas o no concentradas.

Las sociedades concentradas son las más importantes para este estudio, considerando a las sociedades unificadas en grupos empresariales.

Cuando una sociedad tiene participación societaria en otra o sus socios son sociedades ocurre concentración de empresas, pudiendo ser clasificadas como controladoras, controladas o coligadas.

Los grupos también pueden ser de hecho o de derecho, a depender de la existencia de una convención formal entre ellos, y se clasifican como grupos de subordinación o grupos de coordinación.

## **I.6.2. Participaciones societarias**

### **a. Coligadas**

La definición de sociedades coligadas consiste en la inexistencia del poder de control. No existiendo tal poder, se dice que existe una sociedad coligada, cuya participación en el capital social de la otra no asegura el poder.

La ley argentina nº 19.550 dice en su artículo 31, *verbis*:

Ninguna sociedad excepto aquellas cuyo objeto sea exclusivamente financiero o de inversión puede tomar o mantener participación en otra u otras sociedades por un monto superior a sus reservas libres y a la mitad de su capital y de las reservas legales. Se exceptúa el caso en que el exceso en la participación resultare del pago de dividendos en acciones o por la capitalización de reservas. Quedan excluidas de estas limitaciones las entidades reguladas por la Ley N 18.061. El Poder Ejecutivo Nacional podrá autorizar en casos concretos el apartamiento de los límites previstos.

Las participaciones, sea en partes de interés, cuotas o acciones, que excedan de dicho monto deberán ser enajenadas dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de aprobación del balance general del que resulte que el límite ha sido superado. Esta constatación deberá ser comunicada a la sociedad participada dentro del plazo de diez (10) días de la aprobación del referido balance general. El incumplimiento en la enajenación del excedente produce la pérdida de los derechos de voto y a las utilidades que correspondan a esas participaciones en exceso hasta que se cumpla con ella.

A su vez el artículo 33 define a las sociedades controladas y vinculadas – coligadas –, *verbis*:

Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:

- 1) Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;
- 2) Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Sociedades vinculadas.

Se consideran sociedades vinculadas, a los efectos de la Sección IX de este capítulo, cuando una participe en mas del diez por ciento (10%) del capital de otra.

La sociedad que participe en mas del veinticinco por ciento (25%) del capital de otra, deberá comunicárselo a fin de que su próxima asamblea ordinaria tome conocimiento del hecho.

En las sociedades vinculadas hay una participación en el capital de la otra sociedad superior a 10% sin que tengan algún poder de control. Abajo de ese porcentaje apenas habrá una mera participación.

## **b. Controladas**

Las sociedades controladas están sujetas a la voluntad social de una sociedad controlante. La voluntad de la sociedad controlante es ejercida por la participación en el capital de la controlada reuniendo votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones o asambleas ordinarias y también para que ejerza una influencia dominante como consecuencia de sus acciones o cuotas o partes de interés, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

Puede decirse que la existencia de la mayoría de los votos ejercitables en la asamblea ordinaria es un control interno de derecho, aunque se fundamenta en la participación accionaria. Este control de derecho le es conferido por la propiedad de acciones o cuotas. No se puede olvidar que existe la posibilidad de un acuerdo de accionistas haciendo una distribución de votos distinta.

En otros casos una sociedad tiene votos suficientes para el ejercicio del control, aún mismo sin la mayoría, en estos casos se trata del control interno de hecho. La influencia dominante es capaz de configurar el control en la asamblea, considerando la cantidad de capital presente en ella.

Por otro lado, existe el control externo, cuando una sociedad se encuentra bajo la influencia dominante de otra, por vínculos contractuales. En estos casos no hay una sociedad con el control accionario de la otra. Situaciones como esta ocurren en los contratos de agencia, concesión, comisión, licencia de producción o comercialización, o por una simple dependencia económica.

Galgano (2007) esclarece la existencia de un control específico, asociado al control interno de derecho y de hecho, pero llamándolo control indirecto y efecto telescopio. Hay en estos casos un control ejercido por interposición entre la controlante y la controlada de la otra sociedad controlada por la primera y la controlante de la segunda. Tal control puede ocurrir por ella misma o a través de una sociedad fiduciaria... (p. 52)

Esta realidad de control ejercido por una sociedad de interposición está presente en situaciones en que la controlante no tiene intención de mostrar su existencia, permaneciendo oculta. Son utilizadas a las sociedades *off shore* para ocultar su participación u ocultación en las actividades que prefieren mantenerse en reserva.

### **1.7. La sociedad *holding***

El *holding* es una sociedad que detiene participaciones sociales de control en otras sociedades. Por eso es un sujeto de coordinación y dirección de sociedades. Dirección y coordinación pueden ser concebidos como dirección unitaria. La dirección unitaria debe perseguir un interés empresarial (Galgano, 2007, p. 52).

La concepción de interés empresarial justifica adoptar una nueva concepción de actividad *holding*, no siendo más de una simple sociedad

auxiliar, para acoger una posición de que el *holding* ejerce actividad empresarial a través de las controladas, pero de una forma indirecta y mediata.

Una sociedad *holding*, por lo tanto, debe tener participaciones de control en otras sociedades y ejercer actos de empresario, coordinando y dirigiendo a sus controladas de forma a que persiga un interés empresarial.

No se debe confundir interés empresarial con un mero interés de obtener ganancias, apuntase que:

Frente a las empresas mutualistas se ha tenido que ampliar la perspectiva y afirmar que a la noción de empresario no corresponde únicamente la finalidad de lucro, sino la de “obtener una utilidad económica, consistente en un lucro, un ahorro de gastos o en otro beneficio patrimonial”, o bien una finalidad “egoísta” o al menos “no altruista”. (Galvano, 2007, p. 54)

Surge así un concepto de economicidad objetiva que concibe una actividad económica ejercida por un empresario sin necesariamente tender exclusivamente a un lucro, buscando como objetivo apenas un reembolso de los factores de producción empleados. Con eso una asociación puede ejercitar actos empresariales y obtener un provecho objetivo, pero jamás una ganancia subjetiva para su reparto.

## **CAPÍTULO II. LOS GRUPOS ECONÓMICOS TRAS EL FENÓMENO DE LA GLOBALIZACIÓN**

### **II.1. Introducción**

Las sociedades tienen un importante rol en la economía, una vez que son capaces de crear riquezas. Actualmente la economía es de escala global y las fronteras nacionales son superadas por los negocios internacionales.

Con el fenómeno de la globalización surgieron las sociedades transnacionales, como resultado de este proceso como también por causa de su aceleración.

Estos grupos transnacionales traen tanto beneficios como perjuicios a las comunidades y acaban por superar a los Estados nacionales en el contexto económico mundial.

Esta realidad impone a los Estados la necesidad de reglamentación de normas y definición de responsabilidades a estas corporaciones transnacionales, la cual es ineficiente. El derecho societario se desarrolla, e está evolucionando a un derecho empresarial de los grupos.

Este escenario apunta para un conflicto entre los grupos globales y soberanía de los Estado; y los estudios de derecho enfrentan temas relativos a la personalidad jurídica, los modelos empresarios, la responsabilidad de accionistas, de administradores y de empresa.

### **II.2. El fenómeno de la globalización**

La globalización es un fenómeno reconocido mundialmente. Este fenómeno desencadenó desafíos e impactos en concepciones tradicionales en la práctica empresarial y por eso es posible señalar que no existe más el Estado nacional como antes se pensó. Tomazette (2014) presenta una lección de José Eduardo Faria acerca de este tema, *verbis*:

(La globalización) subvirtió las nociones de tiempo y espacio, derrumbó barreras geográficas, redujo fronteras burocráticas y jurídicas entre las naciones, revolucionó los sistemas de producción. (p. 1)

El Estado nacional tiene un rol menor en la sociedad. Esto es un hecho. La capacidad estatal ha disminuido, sea en cuestiones de seguridad o en las cuestiones de comercio internacional. Las entidades supranacionales ganan

mayor importancia y se puede afirmar que ocurrió un cambio en el sistema económico mundial, un cambio en razón de la globalización. Beck (1999) traduce este sentimiento: “Una acción sin fronteras en sus dimensiones económicas, de información, de ecología, de la técnica, de los conflictos transculturales e de la sociedad civil” (p. 46).

Por lo tanto, la integración de personas y países, resultante del fenómeno de la globalización es capaz de eliminar fronteras, una consecuencia también del desarrollo de los transportes y las comunicaciones, haciendo que las personas en locales distantes sientan los reflejos de los actos y las acciones de otros locales.

La globalización es una consecuencia de esta integración sobre todos los parámetros nacionales, con lo que el Estado nacional está bajo una coyuntura mundial. Este solapamiento puede ser una transformación con aspectos positivos y negativos, armonizando y desagregando. Consecuencias de una evidente transformación, sea política, económica o cultural.

Tomazette (2014, p. 5) afirma que la globalización se desarrolla a través del comercio, de la inversión extranjera directa, de los flujos de capitales de corto plazo, del flujo internacional de trabajadores y personal, y de los flujos de tecnología.

La integración regional o mundial no conoce las fronteras tradicionales. Los capitales circulan en este escenario. El comercio es mayor y hay muchos más participantes y competencia.

El mercado pasó a tener más importancia que los Estados nacionales. La disputa por los consumidores ocurre en otra escala, en una escala global, y la producción no es restricta a un Estado. Nuevos agentes ganan importancia, grandes grupos crean nuevas estrategias de producción.

Muchos son los factores que dan la idea de que el fenómeno de la globalización es algo extremadamente positivo y se traduce en beneficios a todos. Este pensamiento es natural, en la medida que se piensa en un amplio acceso a productos y con mejores precios. Eso es verdad en parte. Es verdad también que la globalización provocó un cambio en las relaciones laborales, ocurrió un cambio en los locales de ejecución de las tareas, con reflejos en las comunidades y culturas. La búsqueda de bajos costos laborales transformó profesiones y hace ahondar menores cualificaciones.

La competencia entre trabajadores en países en desarrollo y trabajadores en países desarrollados trae desigualdades también, eso porque es común la pérdida de salarios para la mantención de condiciones de competencia entre empresas en países de bajos costos de producción, como son los países menos desarrollados.

La capacidad de un Estado de mantener los programas sociales es abalada, aunque no coincidan más los centros de producción con los límites de fronteras nacionales. En este aspecto los Estados nacionales deben actuar más positivamente para sanar tales desigualdades.

### **II.3. Globalización y soberanía**

Tomazette (2014, p. 19) cita Fleiner-Gester para mostrar que los Estados nacionales están en un tripié: pueblo, territorio y soberanía. Acrecienta que para otros como Darcy Azambuja la idea reposa sobre población, territorio y gobierno, y por fin José Geraldo Filomeno destaca cinco elementos para la configuración de un Estado nacional: territorio, población, gobierno soberano, orden jurídica y bien común.

Para los fines de este trabajo lo que nos interesa es el confrontación entre Estado y soberanía, porque la soberanía de los Estados, como elemento fundamental, cede espacio e importancia para ordenes supranacionales, derivadas de la aproximación de los mercados, el intercambio, mantención e integración de mercados regionales.

Los Estados tenían un rol más presente en la sociedad, sea como administrador, con presencia territorial definida, sea como garantizador de la seguridad para sus ciudadanos y su propio comercio, sea dictando los actos de fuerza a través de un sistema de justicia.

La inexistencia de una correspondencia entre Estado nacional y mercados globales, grupos económicos, cadenas de producción, dificulta una actuación Estatal contra las desigualdades, contra los delitos internacionales, contra los grupos criminosos, o dificulta una actuación en favor de los derechos de sus trabajadores que se encuentran en el extranjero, o sobre los derechos de consumidores de bienes y servicios con origen en otros Estados.

Todos estos factores apuntan para un conflicto entre globalización y soberanía, entendida esta como un poder absoluto y perpetuo, según el concepto de Jean Bodin.

Comprendida la soberanía como unidad de acción en un límite estatal, es evidente la existencia de un conflicto o crisis ante el fenómeno de la globalización. Este fenómeno trae ínsito un proceso de transnacionalización que colide directamente con la idea de un poder absoluto de universalización de decisiones y acciones dentro de su propio territorio.

Decisiones en un Estado pueden afectar personas en otro y no existe más una coincidencia entre la toma de decisiones entre participes de un mismo mercado, aunque un mercado no corresponde a un Estado nacional.

La soberanía se presenta hoy en un proceso evolutivo, cuyo gran ejemplo es la comunidad europea, otros son los mercados regionales, como Mercosur. Estos procesos de integración regionales son complejos.

Los procesos de integración regionales deben considerar y enfrentar las desigualdades tanto de las estructuras como de las políticas públicas. Sectores económicos y el territorio de un país sufren a lo largo del tiempo con deformidades en su estructura, lo que refleja consecuencias en sus aspectos económicos, sociales y ambientales. Por lo tanto, no solamente los aspectos del tamaño geográfico o la cantidad de habitantes de un país serán suficientes para la conducción de un proceso de integración.

Tales aspectos demandan voluntad política, colectiva y bajo un aspecto democrático para que se pueda desarrollar el aspecto económico, social y ambiental.

Veamos la situación del Mercosur. Brasil es cinco veces más grande que Argentina en su PIB. Argentina, a su vez, es 10 veces más grande que Uruguay. Uruguay es dos veces más grande que Paraguay. La población de Brasil es cinco veces más grande que la de Argentina que es 13 veces más grande que la de Uruguay y este es la mitad del Paraguay. Dicho esto, es evidente las inúmeras asimetrías entre los países miembros del Mercosur, lo que refleja las inversiones extranjeras directas en cada uno de esos países de una forma muy diversa.

Es cierto que hay una gran desigualdad y exclusión dentro del bloque del Mercosur. Esto es seguramente el gran problema que afecta a los países

miembros. Por eso debe ser un aspecto de la integración regional una política pública concebida buscando la elaboración y aplicación de planes, estrategias, tácticas e instrumentos que puedan enfrentar la cuestión de la desigualdad.

El desafío para tal superación depende de que ocurra un desarrollo sostenible. No basta solamente una estrategia de eliminación de impuestos para el comercio en el Mercosur.

Una integración regional debe considerar los siguientes aspectos: integración geográfica para un beneficio social y progreso económico; políticas públicas para la mejoría de las condiciones laborales, sociales, ambientales; delegación parcial de soberanía a una institución superior; creación de puestos laborales; políticas de favorecimiento de la educación; mejoría de infraestructura; acceso a financiamiento; reducción de la pobreza; garantías de la seguridad jurídica (Rodríguez Silvero, CEFIR, 2011).

En relación al Mercosur, se señala que entre los años 1991-2003 se ha vivido bajo una ideología neo-liberal, la cual defiende que haya un beneficio mayor a los países menores que a los otros más grandes. Esta ideología implicó en acciones que no priorizaron la distribución de beneficios o la integración por la implementación de políticas públicas. Solamente entre los años 2003-2007 es que se reconoce en los documentos del Mercosur la necesidad de implementación de las políticas públicas, como una forma de eliminación de las asimetrías entre los países miembros.

La decisión n° 33/07 establece un plan para el desarrollo de las medidas de superación de las asimetrías. Sus pilares son: acciones para el desarrollo e integración de las encomiendas de los países sin litoral marítimo; acciones de apoyo a la competitividad de las economías menores; acciones para facilitar el efectivo acceso a los mercados y la definición de un marco institucional.

En seguida, para la ejecución del plan, se definieron sus instrumentos, tales como: FOCEM, programas de cooperación, mecanismos para facilitar la integración y complementación de los sectores productivos, programa de inversión compartida y de promoción comercial conjunta.

Hay mucho que hacer para que sea efectivo el Tratado de Asunción. Los propios países integrantes no tendrán éxito internamente para superar sus propias asimetrías, lo que vuelve muy difícil que se consiga también tal

superación en el ámbito del Mercosur. Esta superación de asimetrías que depende de políticas públicas es el más grande reto del Mercosur.

Por eso se puede afirmar que en la actualidad se está pasando por un momento de crisis del Estado nacional y de su soberanía ante este proceso transnacional de integración de los mercados por consecuencia del fenómeno de la globalización.

#### **II.4. Las teorías de la personalidad jurídica**

Es muy antigua la concepción de que los entes colectivos que consisten en una universalidad de personas o de bienes deberían ser agrupamientos capaces de racionalizar recursos e intereses comunes.

El Código de Hamurabi en su artículo 102 y 103 da a entender que un capital de inversión aplicado en el negocio de otra persona debe ser recuperado. Así se reconocería un riesgo inherente a las inversiones o a los emprendimientos.

Con el pasar del tiempo se desarrolló el reconocimiento de la personalidad jurídica a los emprendimientos y se determinó un límite patrimonial para cubrir estos riesgos y no afectar a los bienes de sus socios. La idea era que los costos no podrían superar las ganancias.

El tema de la personificación de una persona jurídica sufre divergencias en las doctrinas jurídicas. Dos grupos son bastante definidos: los negativistas y los afirmativistas. Las personas que defienden la teoría negativista no reconocen a las personas jurídicas como sujetos de derecho. Estos entienden que una sociedad o asociación se resume apenas a un conjunto de bienes en copropiedad. Rudolf von Ihering (1818-1892) fue una de las personas que señalaba la inexistencia de un interés propio a la persona jurídica, su interés reflejaba el interés de las personas naturales agrupadas. Lo mismo defendían August Immanuel Bekker (1785-1871), Marcel Planiol (1855-1912), Léon Duguit (1859-1928) y Alois von Brinz (1820-1887).

Ya las teorías afirmativas tienen diversos defensores, uno de ellos es Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) que creó la teoría de la ficción legal, afirmando que las personas naturales también son detentoras de derecho por una ficción del derecho positivo, por lo tanto, lo mismo se puede aplicar a las

personas colectivas. La teoría de la ficción doctrinaria es una variante de la teoría de la ficción legal.

La teoría de la voluntad es otra teoría afirmativista que defiende que la voluntad es personificada. La que sostiene la personalidad es la voluntad de las personas naturales. Es evidente que esta teoría apunta la persona jurídica como un ente ficcional y por eso sufre críticas. La teoría del patrimonio de afectación defiende una personalidad moral de una persona jurídica que tiene solamente el objetivo de agrupar su patrimonio sin un sujeto. Este patrimonio tendría una finalidad definida.

Maurice Hauriou (1968) defendió la teoría de la institución, la cual sostiene que la persona jurídica son instituciones destinadas a la ejecución de servicios para una finalidad (p. 18)

La teoría de la realidad objetiva u orgánica, Otto von Gierke (1841-1921), es una evolución de las teorías negativistas que niegan que la persona jurídica sea una ficción legal o doctrinaria, y defiende que la persona jurídica es un organismo natural, como las personas naturales, con voluntad, interés y bienes propios, por lo tanto han sido entes reales, capaces de producir actos y sufrir sus efectos.

Actualmente la teoría de la realidad técnica es la más aceptada en la doctrina. El derecho es capaz de crear personas jurídicas a partir de una realidad, es un atributo que el Estado nacional concibe a ciertos entes. Es una realidad del universo jurídico. Exponentes de esta teoría son Raymond Saleilles (1855-1912), François Gény (1861-1959) y Léon Muchoud (1855-1916).

La teoría de la realidad técnica atrae elementos de la teoría ficcional y de la teoría orgánica. En este contexto el Estado nacional es central y motor de la producción de las normas jurídicas.

Aunque todas las teorías afirmativistas reconozcan la persona jurídica, su voluntad es dependiente de un órgano social para expresarse. Su capacidad de expresión depende de los poderes conferidos por el estatuto social de la persona jurídica. No se trata de un mandato o representación legal o delegación a tal órgano. Las personas jurídicas son dotadas de capacidad plena, por eso no se debe confundir su órgano con el representante.

A la par de la existencia de una persona jurídica surgen sus atributos, como su nombre, su nacionalidad, su domicilio, su capacidad procesal y contractual,

su autonomía patrimonial y su existencia, siendo todo distinto a la de sus socios.

## **II.5. Derecho transnacional**

Una consecuencia natural en una realidad que presenta un papel reducido para los Estados nacionales en detrimento de las empresas transnacionales es la evidente insuficiencia de las leyes nacionales que garanticen y regulen derechos relativos a los nuevos estándares de producción global, a los grupos económicos internacionales, a los procesos de integración regionales, a la unificación de los mercados financieros, a los transportes y telecomunicaciones internacionales y muchos otros temas relevantes de la globalización.

Todos esos temas tienen una influencia en el derecho y promueven un cambio en las formalidades tradicionales. Un proceso legislativo pasa naturalmente por una progresiva flexibilización y desreglamentación en ciertas áreas. Incrementa e incentiva también cada vez más la utilización de instrumentos de tecnología para los procedimientos civiles y penales. La adopción de un estándar financiero ya existente y preponderante es otra tendencia sobre el derecho, como también un mayor incentivo de la autonomía privada y la debilitación de los derechos del trabajo y humanos (Tomazette, 2014, p. 40-41).

Los contenidos de las leyes sufren igual reflejo del proceso de globalización. La dificultad de reglamentación e imposición de su eficacia positiva imponen al legislador cada vez más la edición de normas más generales y flexibles. Son consideradas normas de contenido abierto para las cuales hay necesidad de un nuevo criterio de interpretación llamado interpretación creadora, cuya aplicabilidad de la norma solamente existirá cuando la misma pueda ser utilizada en los fallos de los casos concretos, haciendo con que los jueces crean la norma durante su propia aplicación para la resolución de los casos.

En ese contexto otra fuente del derecho que gana más importancia, los contratos pasan a ser más dinámicos y más creativos. Por eso se dice que hay un creciente progreso de la autonomía de la voluntad. Se habla de una pluralidad jurídica, en una armonización jurídica global con inúmeros actores internacionales en el proceso de elaboración de reglas.

Los mercados ganan más espacios sobre los antes ocupados por los Estados nacionales. La idea de territorialidad de una nación no es tan relevante como parámetro para la aplicación de las leyes.

Estos mercados acaban siendo muy fuertes entre ciertas economías, nasciendo inclusive interdependencias entre ellas. De estas interdependencias surgen nuevos modos de producción legislativa, no necesariamente exclusivamente nacional. La OMC es un gran ejemplo de cómo pueden los actores privados producir reglas internacionales. Reglas internacionales pasan a ser “nacionalizadas” e incorporadas a los derechos de los Estados nacionales.

Tomazette (2014) apunta formas de internacionalización del derecho: imitación de otro sistema jurídico e imitación de institutos jurídicos, los cuales son formas de coordinación por el intrecruzamiento. Otras formas son la armonización por aproximación -llamada integración vertical-, con la característica de la identificación y establecimiento de principios comunes; la unificación, como forma más perfecta de integración; trasplatación como la transferencia de institutos jurídicos de forma unilateral en un proceso de unificación; y unificación por hibridación como un proceso de cambios para creación de reglas uniformes... (p. 59-62).

Ninguno se traduce como un derecho universal. Esto no es posible de ser alcanzado. La ocurrencia es de internacionalización de normas o nacionalización del derecho internacional.

Por ser la internacionalización del derecho un fenómeno decurrente de la globalización económica, es evidente que hay un impacto y al mismo tiempo una causa en el campo de actuación empresarial, sin la cual no hay mercado global.

## **II.6. Los roles de los grupos económicos en la globalización**

### **II.6.1. Los elementos esenciales de las corporaciones globales**

Se afirma que el derecho de grupos es una especialidad del derecho societario, con un enfoque en el derecho comparado y una recurrencia de la aplicación de normas del derecho societario y de los principios empresarios. Cita Calcaterra (2007) que son tan fuertes los principios empresariales que en el derecho alemán el rol dominante es desempeñado por una empresa y

cuando el sujeto dominante no es un empresario, no se considera la existencia de los requisitos típicos... (p. 115)

Eso porque no siendo dominante el espíritu empresarial no se tendría la preponderancia del interés del grupo y si la satisfacción del interés del empresario fuera de la sociedad, habrá un evidente conflicto de intereses.

No se olvide que a lo derecho de grupos no si deba aplicar los principios generales del derecho societario de una forma absoluta e incondicional. Los grupos de sociedades tienen un régimen jurídico propio. No se trata de la misma relación existente entre la sociedad y los accionistas, o de una sociedad con participación en otra sociedad, una vez que en el derecho de grupos se presupone la existencia de sociedades distintas bajo dominación de otra.

Mientras un contrato social de una sociedad tiene una naturaleza de contrato plurilateral, fruto de un consenso y creación de un órgano de gobierno para cumplimiento de la voluntad social; en un grupo de sociedades hay un solo titular, en un contexto de nueva empresa policorporativa, aunque existan varias sociedades integrantes, pero con una unidad económica, un único poder de dirección para cumplir un interés de grupo que no es el mismo interés de las sociedades coligadas.

Dice Calcaterra (2007):

No obstante ello, en materia de unicidad la pluralidad de sociedades integrantes del grupo produce efectos económicos y no jurídicos, toda vez que no son presupuestos para un contrato de grupo, y conlleva a la formación de una empresa más, pero no de un sujeto de derecho nuevo. Por ello no se delimitan las cuestiones de capacidad y consentimiento. (p. 118)

Así apunta la existencia de dos categorías de miembros. Una categoría sería la de los internos o controladores, cuyo objetivo es alcanzar resultados para el grupo, y otra categoría es la de los externos o inversores, los cuales tienen como objetivo la rentabilidad de sus inversiones.

Ante la existencia de una organización económica, bajo la estructura jurídica de la sociedad, existe una relación productiva que subyace a los intereses del grupo. Los grupos, por lo tanto, son organizaciones de los factores de producción. Según Calcaterra (2007):

La empresa es un patrimonio invertido y organizado económica y jurídicamente para la producción. (...) La diferencia parece asentarse sobre las dimensiones interna y externa de la organización de la empresa: en la dimensión interna, es objeto de normas que rigen el secreto empresarial, y permite la descentralización de la estructura organizativa mediante la creación de sucursales o de grupos de sociedades a través de los procedimientos de escisión, fusión o adquisición de acciones de control. En la dimensión externa, se regulan, fomentan y controlan las operaciones de concentración económica que tienen a la sociedad como sujeto y al grupo como causa fin. En el proceso de concentración participan diversas sociedades: algunas destinadas a desaparecer, otras a lograr su verdadera dimensión. En ocasiones adaptarán sus actividades según los objetivos perseguidos con la concentración. (p. 119)

Cada una de las sociedades integrantes del grupo poseen derechos y deberes, su autonomía jurídica, no habiendo capital grupal, o tipicidad del propio grupo. La personalidad jurídica de las sociedades es independiente, aunque haya un conflicto de interés entre la sociedad e el grupo. Un interés del grupo puede inclusive restringir una controlada a un tratamiento como si fuera solamente un centro de producción. Por eso se afirma que se cambia la individualidad patrimonial y organizativa de las controladas, cuyas consecuencias alcanzan a sus accionistas y acreedores.

Los objetos sociales de las controladas tienden a una aproximación, por cuenta de la dirección unitaria dentro del grupo, lo que podrá frustrar el alcance del interés de la controlada bajo el interés del grupo. Ya la controlante ejerce el objeto social de la controlada de una forma indirecta, duplicando a los sujetos de un objeto social grupal, confirmando la existencia de integración intergrupo.

De esta integración surge el concepto de interés de grupo. Es evidente que puede ocurrir que la controlante imponga un interés de grupo colidiendo totalmente con el interés social de la controlada. Algunos ejemplos son dados por Calcaterra (2007, p. 125), como: imponer límites a la actuación territorial de una controlada extranjera o la exportación a los países vecinos, imponer una política de precios en beneficio a otras coligadas del grupo con pérdidas a los accionistas o acreedores, y otras más.

Estos conflictos de intereses entre el grupo y las coligadas ponen también en conflicto la idea de derecho de grupo con derecho societario. Sin que haya

un desprendimiento de los conceptos tradicionales de este derecho no se alcanzará la aceptación de que el derecho del grupo es un desarrollo del derecho empresario.

La identificación de una posible jerarquía entre interés de controladas e interés del grupo trae reflejos en un tema delicado, el de la responsabilidad. Una posición clara bien apunta los cambios necesarios:

En suma, en nuestro sistema jurídico de derecho societario el conflicto de intereses juega un rol distinto que en el grupo, donde, como lo señala ENGRÁCIA ANTUNES, la sociedad abandona la persecución de sus propios intereses para perseguir el interés de otra empresa social. En estas condiciones, los accionistas también deben adecuar su interés propio al interés del grupo. (Calcaterra, 2007, p. 128)

Obviamente que un interés del grupo jamás podrá resumirse a lo simple cumplimiento de los intereses de las controladas, porque estas son el presupuesto de existencia del propio grupo.

Aquí hace nacer una grave cuestión, relativa a la responsabilidad de los administradores que conflictúa con los intereses de la sociedad que administran, cuando aceptan las directivas para cumplimiento de una política empresarial unificada. Los intereses sociales de las controladas pueden imponer a sus administradores límites para el cumplimiento del interés grupal.

### **II.6.2. La dependencia de la economía global de los grupos económicos**

Una difusión de los negocios internacionales trae en la misma medida una expansión de las sociedades globales, como agentes económicos en escala global. Las actividades económicas son dependientes fundamentalmente de un esfuerzo conjunto de las personas, que se traduce en la formación de sociedades.

Por lo tanto, las sociedades son fundamentales para la economía mundial. Las sociedades son formadas por personas que se agrupan para la realización de intereses comunes y de las comunidades en las cuales están inseridas.

Es posible que se diga que las sociedades son instrumentos para que los objetivos económicos sean alcanzados o sean alcanzados los negocios pretendidos. El esfuerzo común es la característica de las sociedades, una vez que individualmente no se lograría el mismo resultado.

Esta característica es lo que marca a una sociedad como agente capaz de promover a la economía.

Otras características como la minimización del riesgo, la existencia de la personalidad jurídica distinta de la persona de los accionistas, la administración profesional, la transferibilidad de participación accionaria, la posibilidad de recepción de inversiones, la garantía del derecho a las ganancias, transforma a la sociedad en un instrumento eficaz de la economía global.

Tomazetti (2014) apunta, *verbis*:

Actualmente, en términos de importancia, la gran mayoría de las actividades económicas son desarrolladas por sociedades y, en términos de volumen económico, tienen especial importancia las actividades desarrolladas por las corporaciones. En suma, se puede decir que las sociedades, en especial corporaciones, representan hoy a la institución económica dominante, porque su gran ventaja comparativa es la aptitud para producir riqueza. (p. 129)

La existencia de riesgos en la actividad empresarial es inherente a las sociedades, pero tales riesgos no apagan la importancia de los grupos como un propulsor de la actividad económica global.

### **II.6.3. La preponderancia de los grupos económicos sobre los Estados nacionales**

La tendencia natural de una economía global es contar con la expansión de las corporaciones en una misma escala, con el fin de garantizar su participación en cadenas globales de producción. La consecuencia es el surgimiento de las empresas transnacionales.

Estas empresas transnacionales están sujetas a una gran complejidad jurídica, pues se extienden por diversas jurisdicciones. Como no se limitan solamente a la extensión territorial de un Estado nacional, las sociedades globales adoptan un régimen supra nacional de conductas y normas, haciendo nacer un conflicto entre la regulación nacional y la regulación global.

La adopción de estándares globales es preponderante para la concurrencia con otros grupos económicos y la movilidad empresarial es una característica. No es raro ver sociedades con la toma de decisiones en un Estado nacional, con la ejecución en Estado diverso, y con la producción en otros Estados.

Factores como transportes, comunicaciones, bancos, costos laborales y de producción son determinantes en la estructuración de los grupos.

Un ciclo se crea. La globalización es la recurrencia de la expansión de grupos transnacionales y la expansión de estos también son determinantes para la globalización.

El derecho nacional no es capaz de una eficiente regulación de la participación de los grupos transnacionales en la economía global. La soberanía nacional no es factor limitante para la presencia de las empresas en el mercado global. El derecho societario no puede ser visto solo sujeto a los límites nacionales. Una vez que las sociedades tienen relaciones con terceros, en los cuales apuntase extranjeros, adoptan estrategias de concurrencia global, y ya no se puede defender la suficiencia de normativas solo nacionales.

El mercado es mundial, como lo son muchos grupos económicos. El derecho societario debe procurar la solución de las necesidades empresariales y siendo así los Estados nacionales no sobrepujan a los grupos transnacionales que tienen preponderancia sobre ellos, haciendo surgir demandas nacionales de adaptación de las leyes y normas a las necesidades societarias del derecho.

#### **II.6.4. La realidad societaria y los mercados globales**

Las sociedades transnacionales son una cadena productiva organizada jurídicamente en forma de grupo económico, los cuales se sujetan a jurisdicciones distintas. Por eso se dice que tienen una naturaleza de corporación plurisocietaria.

Su existencia en países diversos trae problemas complejos de responsabilidad civil, porque, aunque ejerzan actividad empresarial bajo una dirección unificada, sus actos traen consecuencias en países distintos de los locales donde fueron tomadas las decisiones. En algunas situaciones la opción por ciertas jurisdicciones es exactamente para reducir responsabilidades societarias o crear obstáculos para el cumplimiento de deberes a terceros.

Este tema de responsabilidad lo vamos a tratar en un tópico propio y por lo tanto pasamos a enfrentar la realidad societaria según la actuación de las sociedades globales. Algunos modelos son presentados por la doctrina en relación a una clasificación por el interés que rige a las sociedades. Estos son

los modelos: *stakeholder-oriented*, *director-primacy*, *manager-oriented*, *labor-oriented*, *shareholder-oriented*, *elighted shareholder*.

Entender a la sociedad conforme el interés de las personas o grupos involucrados es importante para la comprensión de los roles de las sociedades en las comunidades y también para apuntar sus responsabilidades o lo que se espera de ellas para generar riquezas a su alrededor.

Según la comprensión de los administradores, los negocios deben atender a los intereses públicos en general. Tomazetti (2014) afirma que eso es un modelo estadounidense que trabaja con la responsabilidad social de las sociedades (p. 162). Un modelo intermedio es el que se orienta a través de un consejo social, que crea un equilibrio entre gestión e interés de accionistas. Otro modelo tiene a los trabajadores en el rol principal, en estas sociedades le son a estos garantizados la participación en la administración y en los resultados. En algunas jurisdicciones el Estado es el cerne del interés social, con una pérdida de poderes de los accionistas. Un modelo orientado por las partes interesadas (*stakeholders*) considera no solamente a los accionistas, pero también a los acreedores, al Estado, a los consumidores, a los gremios, a los empleados y a los demás participantes.

De todos los modelos, es considerado como el estándar aquel que tiene como interés central el de los socios o accionistas, según Tomazetti (2014, p. 163). La administración debe perseguir los objetivos de los socios y, cuanto a los demás participantes, solo la obediencia a las leyes. Este modelo está consagrado en el derecho estadounidense es también muy adoptado en el resto del mundo.

Por lo tanto, el objetivo de las sociedades es garantizar ganancias a sus accionistas, consagrando la idea de su propiedad sobre la sociedad. Una importante marca de este concepto es la compensación a los socios por los riesgos asumidos para el desarrollo de los emprendimientos.

La garantía de riqueza de los accionistas puede ser vista como un beneficio competitivo en los mercados empujando a los socios a la búsqueda de los productos más desarrollados, eficientes, económicos, como dominación de la competencia, lo que genera a las comunidades vecinas un beneficio en calidad, eficiencia y baja de los costos de adquisición.

Este modelo crea oportunidad de inversiones de terceros. Los inversionistas ocupan un papel importante en las economías y su existencia es un poderoso factor económico.

Evidentemente que ningún modelo es perfecto. Aunque haya una tendencia de prevalencia del modelo de preponderancia de los intereses de los socios, las sociedades transnacionales y sociedades en general deben no solamente permanecer en búsqueda de la riqueza de sus accionistas, pero también crear mejoras en las comunidades y jurisdicciones que las abriguen.

Por lo tanto, es deber de los administradores la defensa de los intereses de las sociedades y no de los accionistas. Estos son propietarios de las participaciones en la sociedad, pero no específicamente de ella. Existe un rol social de las empresas a ser cumplido.

Es posible que digamos que las ganancias son un objetivo a ser alcanzado en la medida del beneficio que la sociedad debe crear para la comunidad en donde se insiere.

## **CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA Y LOS GRUPOS ECONÓMICOS**

### **III.1. Introducción**

En materia de responsabilidad societaria existen tres ejes importantes para una comprensión del tema. Se presenta la responsabilidad de la sociedad, la responsabilidad de sus administradores y la responsabilidad de sus socios. Específicamente para los grupos económicos no se puede señalar la responsabilidad grupal solo por la simple existencia de un grupo. Es necesario el ejercicio del poder de control y política empresarial unificada para que se pueda pensar en la responsabilidad en grupo, aunque el propio grupo no existe como entidad jurídica dotada de personalidad, pero si como solo entidad económica.

En este sentido la doctrina apunta la necesidad de identificación del hecho generador de responsabilidad, culpabilidad, nexo de causalidad y daño, sin los cuales sería difícil apurar la responsabilidad existente y quienes son los responsables: la sociedad, los socios o los administradores.

A partir del análisis de estos presupuestos será posible adentrar en las teorías que tratan sobre los instrumentos aptos para la imputación de la responsabilidad a ser aplicada por las autoridades.

El levantamiento del velo societario es el más común para la imputación de la responsabilidad del grupo, responsabilidad de los socios y administradores y, por eso es necesario estudiar sus orígenes, su desarrollo y también otras teorías aplicables.

En la parte final de este capítulo será realizado un abordaje del levantamiento del velo societario de los grupos económicos.

### **III.2. El concepto de responsabilidad grupal**

El derecho grupal en la doctrina del *common law* se desarrolló en un sentido inverso al de otros sistemas, considerando que el derecho anglosajón hizo la evolución del concepto de grupo a partir de la teoría de levantamiento del velo societario.

En la doctrina del *common law* un grupo societario es definido como una relación existente entre una sociedad matriz o *holding* y sus subsidiarias. Así se

concibe una configuración de empresas con una autonomía de producción, de operación y de responsabilidad propias de sus actividades.

De plano ocurrió una mayor valoración de los aspectos económicos de la empresa en contrapartida a los aspectos societarios y formales. Con el pasar del tiempo, la doctrina norteamericana también pasó a considerar a la autonomía de las controladas, cuando la actividad desarrollada fuese no equitativa, fraudulenta y en perjuicio de los acreedores.

Para la jurisprudencia norteamericana una sociedad controlante tiene la misma responsabilidad que tienen los administradores de la sociedad controlada. Los deberes fiduciarios están en la raíz de esa concepción para la aplicación del levantamiento del velo societario. Calcaterra (2007) afirma, *verbis*:

En esta variante, los factores tradicionales como la necesidad de mostrar una laguna de las formas de existencia Independiente o de sociedad que funciona separadamente, o la existencia de algún fraude, inequidad, o fundamentalmente injusticia, se convirtieron en irrelevantes. En su lugar, los jueces determinan el asunto a la luz de los estatutos objetivos y en previsión de la evasión o violación del estatuto, ocupándose de la cuestión solamente como un problema de construcción del estatuto. (p. 254)

La concepción del concepto de *entity law* es fuerte en la doctrina norteamericana, siendo seguidora de los ideales tradicionales del derecho inglés. Por considerarse la absoluta separación de la entidad y sus socios, el concepto de limitación de responsabilidad se construyó y contribuyó para dificultar la aplicación de los instrumentos de imputación de responsabilidad en materia grupal, como es la técnica de levantamiento del velo societario, cuya perspectiva niega la propia existencia de un grupo económico dotado de un interés propio y grupal.

La evolución del derecho norteamericano después de cien años de una tradicional concepción de la idea de *entity law*, pasó a considerar la existencia de un deber de lealtad y de diligencia (*fiduciary duties*) aplicable a la sociedad controlante en relación a sus controladas, haciendo para la aplicación de la técnica del levantamiento del velo societario consideraciones de los principios de la *agency* y de la *equity*.

Aunque el derecho norteamericano está fuertemente ligado al derecho inglés, en este no se desarrolló un concepto de interés de grupo o *enterprise law* como en aquel. Es preponderante en el derecho inglés el énfasis en el interés de las sociedades individualmente consideradas.

Para que sea posible la comprensión de la responsabilidad grupal, no se puede pensar en un grupo como la suma de las entidades que lo componen. Se debe verlo como una unidad empresarial, o sea como una unidad económica, aunque no tenga personalidad jurídica.

Un grupo visto tan solo como coordinador de centros autónomos creará consecuencias importantes en el tema de la responsabilidad. No se trata de mera coordinación, una vez que en la idea de grupo de sociedades hay el presupuesto del ejercicio del control.

La primera aparición de este presupuesto grupal fue en la legislación alemana, para Calcaterra (2007) dice: “Se puede hablar de influencia cuando la decisión y la iniciativa de un sujeto son desviadas de su curso natural por la intervención de otro sujeto en grado de ejercer un cierto peso en su determinación” (p. 94).

Evidentemente que ese poder de influencia jamás podrá ser entendido como una facultad de ultrapasar a los límites soportables por la controlada. A este poder de control se le suma una política empresarial unificada, o dirección unificada, que es la razón legitimadora para ejercer el control sobre las controladas, cuyo objetivo es el alcance de un interés grupal.

Ese interés de grupo es lo que torna a las sociedades integrantes un conglomerado económico. La concepción de interés de grupo fue consagrada en el fallo Rozenblum (4 de febrero de 1985) por la Corte de Casación en Francia, estableciendo que un grupo requiere una estructura sólida, una política coherente y un equilibrio interno entre las cargas y ventajas de cada sociedad. Calcaterra (2007) así lo resume, *verbis*:

El tribunal consideró que el concurso financiero aportado por los administradores de derecho o de hecho de una sociedad a otra sociedad de un mismo grupo en el cual están interesados directa o indirectamente debe estar motivado por un interés económico, social o financiero común, apreciado a la vista de ser disminuidos en contrapartida, o romper el equilibrio entre los vínculos respectivos de distintas sociedades involucradas, ni exceder las posibilidades de la que soporta el cargo. (p. 66)

La existencia de entidades autónomas con personalidad jurídica no retira del grupo la posibilidad de la existencia en forma de organización económica, la cual corporifica a los conceptos de empresa, con observancia de producción armónica, coordinada y según un interés común.

Internamente un grupo se organiza de forma a descentralizar su propia estructura, buscando optimizar su cadena productiva; externamente es visto como una concentración económica sujeta a un control.

A partir de ese concepto de interés grupal se puede afirmar que las sociedades controladas abandonan a sus propios intereses para perseguir a los intereses del grupo al cual pertenecen. Cuando la empresa dominante ultrapasa un interés de directriz grupal de las controladas, ocurre un evidente acto ilícito. Pues es diferente aceptar un sacrificio de las controladas para alcanzar a algún objetivo grupal, el cual le es también ventajoso para ellas. Pero las cargas sufridas por una sociedad controlada fuera de un interés mayor, crea responsabilidades, sea para la controlante, sea para los administradores, sea para los socios.

Es necesario que sea identificada la naturaleza de esa responsabilidad. Para los que defienden la naturaleza contractual, perciben la existencia de un incumplimiento de la obligación que lo distingue de lo que sería una correcta gestión empresarial y societaria. En ese sentido, Galgano (2007) apunta, *verbis*:

Se invocan principios elaborados por nuestra jurisprudencia en torno a la responsabilidad emanada del contrato social, entendida como responsabilidad por violación del deber de protección, originariamente aplicada a la relación entre el médico dependiente de una estructura sanitaria y el paciente que contrató con la estructura. (p. 84)

Todavía, como bien planteado por Calcaterra (2007), no es posible que exista una responsabilidad aplicable a la sociedad, a los socios y a los administradores en coexistencia de una fuente contractual, ya que tales personas son de categorías relacionales muy distintas... (p. 148)

Por eso es preponderante en la doctrina que los actos ilícitos que generan la responsabilidad empresarial grupal son extracontractuales, no existiendo una relación contractual previa. Por un hecho ajeno a la sociedad, esta responde

objetivamente a partir de la comprobación de la ocurrencia de una culpa *in eligendo, in vigilando o in instruendo*.

Calcaterra (2007) tiene una opinión más especializada de esta responsabilidad extracontractual. Para ella, el derecho grupal avanza para una especificidad y ya cuenta con una responsabilidad orgánica. Así explica:

Entre ambas posturas, adhiero a la doctrina que sostiene que no se trata de una relación contractual, desde el momento que la causa fuente de esta relación no es un contrato, como ocurre, por ejemplo, con los administradores que se desempeñan como mandatarios en las personas jurídicas reguladas por las normas del Código Civil.

Sin embargo, la representación que ejerce el administrador no es ni voluntaria ni necesaria sino orgánica y eso importa la aplicación de los postulados de la teoría organicista. (p. 174)

Así un administrador ingresa e integra naturalmente a la sociedad. Hay un alejamiento de la teoría de *entity law*, sin embargo, se aproxima de la teoría de *enterprise law*. Ahí interesa la figura del administrador de hecho, especialmente cuando se está ante grupos económicos con poder de control de hecho.

El administrador de hecho ejerce la administración sin una designación formal. En regla, por la teoría del órgano es este quien manifiesta la atribución de la nominación. La primera vez que se reconoció la figura del administrador de hecho fue en un fallo del derecho inglés, *Canaria Land Reclaiming and Colonizing Company* (1880), que declaró la responsabilidad al llamado *shadow director* por la gestión social.

El administrador de hecho puede ser una sociedad controlante que impone una política grupal, ejerciendo el poder de control para alcanzar el interés del grupo. Es evidente que la efectividad de esa gestión depende de la aceptación y la adopción de directrices por parte de las controladas, legitimando la política unificada del grupo. Mientras la controlante establezca solo directrices ejercerá una administración indirecta y será la administradora de hecho cuando asuma la gestión operativa a través de los administradores formalmente designados por los órganos de las controladas.

### III.3. Las teorías de imputación de responsabilidad en grupo

Sea en los Estados Unidos o en el *common law*, la imputación de la responsabilidad en grupo es vista como una situación extrema, pues los jueces entienden que el derecho societario tiene su raíz en la protección de la responsabilidad limitada.

Por eso se puede afirmar que el levantamiento del velo societario sirve como instrumento para aquellas situaciones en que la personalidad jurídica es utilizada para servir a actos ilícitos, lo que sería una justificativa para perforar el velo de la entidad.

Existe un conflicto de interpretación del derecho cuando se está ante las ideas de *entity law* y *enterprise law*. Para el primero, cuya visión es tradicional, una entidad es separada de sus socios o accionistas. Aquí no se concibe un grupo con interés propio y política empresarial unificada. Es asegurada, por lo tanto, un absoluto reconocimiento de la sociedad cuanto persona, la cual detiene autonomía. Por eso, hay una regla clara de que los accionistas o socios no tienen responsabilidad sobre los actos de la sociedad. La responsabilidad es limitada.

Evidente que existen ventajas y desventajas para la adopción de la limitación de responsabilidad, pero lo cierto es que no se considera a la entidad económica en forma de grupo. Por eso, se toma progresivamente la teoría de *enterprise law*. Apunta Miguens (2009), *verbis*:

En definitiva, muchas, pero no todas las ventajas de la responsabilidad limitada simplemente no se verifican en el caso de los grupos de sociedades y en el caso de las más relevantes no se aplican totalmente. Por otra parte no se conoce el efecto económico de la regla de la responsabilidad durante los períodos en los que no existió la responsabilidad limitada, en la entidad y en las dimensiones de los negocios. Además, las ventajas de la responsabilidad limitada aducidas por los economistas no son compartidas por todos ellos con unanimidad. Lo cierto es que cuando nació la posibilidad de la existencia de los grupos de sociedades, en 1888, el privilegio de la responsabilidad limitada no había sido diseñado pensando en ellos, pero les fue aplicado en forma automática, sin consideraciones acerca de la creación de estructuras segmentadas para evitar caer en responsabilidad por la actuación integrada de los grupos. (p. 33)

La concepción de que hay la necesidad de identificar a los socios personas naturales de una sociedad para que se pueda haber efectividad en materia de responsabilidad civil parte del presupuesto de que la propia personalidad jurídica es casi una ilicitud.

Tratándose de grupos económicos, esta situación es más grave, aunque es posible imputar responsabilidad sin que sea necesario perforar el velo societario. Para proceder así, hay que comprender al grupo con política empresarial unificada e interés grupal.

### **III.3.1. La doctrina de la instrumentalidad**

Frederick Powell es considerado el formulador de la teoría de la instrumentalidad (Miguens, 2009, p. 15). El fallo *Lowendahl v. Baltimore & Oil Railroad* de la Corte Suprema de los Estados Unidos trató de analizar la responsabilidad extracontractual.

Para la doctrina de la instrumentalidad, el ejercicio del control debe ser excesivo para que no sea posible tener una separación entre sociedad controlante y sociedad controlada. A eso se le suma un acto ilícito y la relación causal de pérdidas.

Otro fallo muy citado es la sentencia de la Corte Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de 1909, *Watertown Paper Co*, *verbis*:

La ficción legal puede ser también levantada o perforada en un caso en el que una sociedad está de tal manera organizada y controlada y sus asuntos son de tal manera conducidos que la convierten en un mero instrumento o sociedad adjunta de otra. (Miguens, 2009, p. 83)

Este fallo fue muy considerado por la Corte en diversas decisiones y esta regla de la instrumentalidad pasó a ser común para el tratamiento de relaciones entre controlante y controladas.

Héctor Miguens (2009) apunta en conclusión que:

La doctrina de la instrumentalidad se convirtió de esta manera en una variante de la doctrina de la perforación o levantamiento del velo, aplicable incluso en casos en que la subordinada o dominada era sólo una simulación, impostura o engaño sin realidad separada o independiente. (p. 84)

Esta doctrina tuvo aplicación especialmente en situaciones concursales para hacer la subordinación de créditos de la controlante en el concurso de la controlada. Sin embargo, fue surgiendo en los tribunales de los Estados Unidos otras teorías para sustituir la aplicación de la doctrina de la instrumentalidad, especialmente a partir de los años 1935 con el fallo *Deep Rock*, que será abordado más abajo, en la teoría de la *fairness*, que defiende la lealtad, la honestidad, la justicia y la transparencia a los acreedores.

### **III.3.2. La doctrina de la equidad**

La doctrina de la *fairness* o equidad puede ser entendida como un desarrollo de la teoría de la instrumentalidad. Para Héctor Miguens es una sustituta de la teoría del levantamiento del velo societario (Miguens, 2009, p. 85), por ser más adecuada a la actualidad de los grupos societarios.

La adopción de esta teoría fue una revolución en la jurisprudencia de la instrumentalidad y de la perforación del velo societario. El fallo *Deep Rock, Taylor vs. Standard Gas & Electric Co.* *Deep Rock* fue una sociedad subordinada de la Standard Gas, esta era una sociedad *holding* y no tenía en su objeto social intereses petroleros. *Deep Rock* fue incorporada en 1919 para participar en la empresa del señor Shaffer, la cual hacía producción, refinamiento y distribución de petróleo.

Con el pasar del tiempo *Deep Rock* tenía absoluto control del paquete accionario de la empresa del señor Shaffer y estaba bajo total control del *holding Standard Gas*.

*Deep Rock* entró en situación de quiebra y su accionista Standard Gas tenía acciones ordinarias de aquella e inició una demanda por la suma de U\$S 9.343.000 por una cuenta corriente abierta de su controlada *Deep Rock*.

En el análisis de la Corte Suprema del fallo *Deep Rock* fue rechazada la aplicación de la teoría de la instrumentalidad y se decidió en favor de los accionistas en razón de la conducta de la empresa *Standard Gas* por mala administración de los negocios de *Deep Rock*, la cual violó los deberes fiduciarios de un buen administrador, que fue responsable por una inadecuada capitalización de *Deep Rock* en perjuicio de los trabajadores y accionistas.

Miguens (2009) afirma que:

La decisión del caso “Deep Rock” es de primer orden. Ella ha reformulado una entera doctrina de equidad sobre la subordinación y ha dado nuevas dimensiones a la subordinación en cuatro aspectos que constituyen un rumbo nuevo en la doctrina de la instrumentalidad:

1º) Como lo más importante, ha fundado la subordinación firmemente en las realidades de la relación entre la sociedad dominante y la dominada, que han sido evaluadas de acuerdo con los requerimientos de la equidad y a la obligación fiduciaria (...).

2º) El caso aprobó, aparentemente por vez primera por cualquier tribunal, la subordinación a favor de los accionistas preferidos.

3º) Aprobó la subordinación en el caso de una sociedad subordinada que estaba llevando adelante un negocio que había sido organizado y conducido con independencia, con anterioridad a su adquisición por la dominante.

4º) aprobó la subordinación en un caso en que la subordinada operaba en una industria diferente a la de su dominante. (p. 90)

Este fallo hizo una revolución en las teorías grupales. Controlante y controlada no necesariamente necesitan de identidad de sus objetos sociales. Los fundamentos del fallo *Deep Rock* fueron la manipulación de la controlante sobre la controlada para obtener beneficios intragrupo, la inadecuada capitalización de la controlada y una excesiva participación de la controlante en la administración de la controlada.

En el fallo *Comstock v. Group of Institutional Investors* la doctrina de la *fairness* fue nuevamente aplicada y creó nuevas consideraciones para esta teoría señalando que no es la simple participación de la controlante en la controlada que imputará responsabilidad a la controlante, que los actos ilícitos pueden ser analizados bajo el punto de vista grupal, no es necesario la existencia de una inadecuada infra capitalización de la controlada para la aplicación de la teoría.

### **III.3.3. La teoría de *estoppel***

Esta teoría es utilizada como fundamento para la aplicación de la perforación del velo societario. *Estoppel* es un concepto complejo. Puede significar un impedimento para que la sociedad controlante pueda alegar ser distinta de la controlada en las situaciones en las cuales la dominación sea tan

grande que la controlada sirva solo como un instrumento de política de la controlante.

En otro sentido, *estoppel* puede significar un concepto en que un tercero realiza actos en su perjuicio por confiar que la sociedad controlante tiene garantizada su relación con la subordinada.

Por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia *estoppel* es un principio que obliga una persona a honrar su posición en relación a un determinado hecho o posición legal... (p. 3), según Ovchar (2009) escribió en *Bond Law Review*.

Sin embargo, este principio ha sido aplicado de un modo muy difuso y con una grande variedad de interpretaciones para que sea posible un concepto uniforme.

#### **III.3.4. La doctrina del *alter ego***

Otro fundamento para el levantamiento del velo societario es la doctrina del *alter ego*, especialmente en situaciones grupales. Existiendo una cierta unidad de intereses y propiedad entre la controlante y controlada a punto de ser posible apuntar que la controlada se tornó un *alter ego* de la dominante.

Se resalta también la necesidad de que haya para su aplicación una constatación de que la separación de las sociedades dominante y dominada pueda ocasionar una situación de perjuicio o fraude.

Para Miguens (2009), autores europeos indican que el incumplimiento de las formalidades societarias y la injusticia son presupuestos para su aplicación... (p. 16)

#### **III.3.5. La doctrina de la identidad**

Con otra connotación, pero con el mismo sentido, la doctrina de la identidad es otra forma de levantar el velo societario cuando sea posible ver una identidad entre las sociedades dominante y dominada. Entonces, no habiendo posibilidad de verificación de independencia entre controlante y controlada, habiendo una unidad de intereses y propiedad, no se podrá apuntar autonomía o independencia y sin una visión unitaria grupal ocurrirá violación a los principios de equidad y justicia.

### III.4. El abuso por la utilización de la personalidad jurídica

La posibilidad de que una sociedad *holding* sea responsable por actos de sociedades controladas es una innovación, aunque se imputa responsabilidad no a los administradores de la controlada, pero a un socio o accionista que es la sociedad *holding*, una entidad y no una persona natural.

La regla más común es aquella que dice que la responsabilidad es de una persona natural, sea un administrador o un socio que pudo utilizarse de la sociedad para ocultar su acto ilícito. Por eso la tradicional afirmación de que una persona jurídica no puede practicar un delito.

Así se dice que los delitos de una sociedad son delitos practicados *uti universo* por sus miembros con el objetivo de obtener ventajas en las ganancias de la entidad. Entonces una aplicación de sanción sobre el patrimonio de la sociedad aflige a los socios o accionistas, aunque afecta el patrimonio social de la entidad. Sobre este tema Galgano (2007) apunta:

El ente colectivo es, por así decirlo, sujeto excluido de la acción de responsabilidad, siendo en definitiva sus socios los sujetos gravados, ya que el desembolso que debe hacer el ente colectivo cuando es condenado a resarcir el daño, se refleja en la esfera patrimonial de los socios como una reducción del valor patrimonial de su participación y una disminución de las utilidades distribuibles; golpeándose así a quienes, la mayoría de las veces, son los verdaderos artífices del ilícito del que los administradores son meros ejecutores. (p. 82)

Los socios o accionistas no tienen una responsabilidad directa, pero sí sufren una responsabilidad indirecta. La controlante, a su vez, podrá probar que tomó las medidas necesarias para evitar cualquier práctica de actos ilícitos, siendo una forma de eximirse de su responsabilidad.

Cuando se piensa en grupo de sociedades se piensa en una empresa cuya actividad es dividida en cuantas controladas sean necesarias para el desarrollo de una política grupal unificada.

En este sentido hay que tomar en cuenta que los accionistas minoritarios de la controlada no tienen un rol preponderante en la política empresarial grupal dictada por la controlante. Por eso no se puede imputar la responsabilidad directa a los socios o accionistas.

También por esta misma razón los acreedores de las controladas no tienen cualquier derecho a demandar directamente sobre el patrimonio de la sociedad controlante o *holding*.

El levantamiento del velo societario no se hace necesario en estos casos, aunque que declarada la responsabilidad civil extracontractual, es plenamente posible el ejercicio de los derechos de las víctimas contra la sociedad controlante.

Para el ejercicio del derecho a una indemnización contra la controlante es necesario identificar el ejercicio del control y política empresarial unificada para que se tenga una caracterización de grupo de sociedades. Estos grupos, a su vez, son verticales u horizontales, según la relación del control.

El grupo horizontal es el fruto de un acuerdo entre sociedades, cuyo objeto es el establecimiento de una coordinación financiera y organizativa, por lo tanto, no tendrán vínculos de subordinación. Ello considerando que la doctrina posee defensores de la idea de que grupos horizontales no son grupos económicos, ante la ausencia del control.

## **CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD INTRAGRUPO POR LAS SOCIEDADES INTEGRANTE**

### **IV.1. Introducción**

El derecho grupal, tratado en la moderna *enterprise law*, trae una nueva forma de concepción de responsabilidad empresarial. No se puede hacer un abordaje de responsabilidad de una forma aislada y sólo considerando individualmente a una sociedad. Las sociedades integrantes de un grupo económico siguen una política empresarial unificada y sus actos, movimientos de capitales, toma de préstamos, otorga de garantías, capitalización, deben ser analizados bajo una concepción grupal, como forma de un desarrollo de la política unificada.

La responsabilidad, por lo tanto, puede ser directa, indirecta o subsidiaria, y puede surgir de una obligación de capitalización o por las operaciones tomadas en grupo, como aquellas aquí referidas.

De una forma u otra, siempre habrá responsabilidad por los actos ilícitos derivados del abuso del poder de control o de aquellos que no sigan la política empresarial unificada, pero una operación desventajosa a una controlada, una otorga de garantía sin contraprestación, la infracapitalización no pueden ser automáticamente una fuente de responsabilidad de la controlante o de otra sociedad del mismo grupo, eso porque estas operaciones, aunque en principio puedan ser en desventaja, pueden traer a la sociedad controlada una ventaja o compensación por su participación en el grupo.

Evidentemente que el análisis de un posible acto ilícito y responsabilidad de una sociedad deberá tener en cuenta el abuso del poder del control y observar también la posible existencia de compensaciones por las transacciones desventajosas, que será abordado en este capítulo.

### **IV.2. Responsabilidad directa y responsabilidad solidaria**

Una responsabilidad directa es responsabilizar a una sociedad controlante por actos practicados por una de sus sociedades controladas. Así se concluye que se tratar de responsabilidad de una sociedad que no practicó formalmente un acto, pero por esto puede ser responsabilizada. Es por lo tanto una responsabilidad directa y no una responsabilidad subsidiaria.

Por otro lado, una responsabilidad indirecta significa que en algunos casos será llamada a responder la controlante si no es posible la satisfacción de terceros solo con el patrimonio de la controlada.

Si los acreedores de la controlada pueden proponer una demanda contra la controlante por acto de su controlada tendremos esta llamada responsabilidad directa. Hay que preguntarse si es posible sostener la existencia de la responsabilidad directa.

Según un principio de la doctrina alemana la controlante debe mantener las condiciones de supervivencia del patrimonio de las controladas. Para Salvador Berger en cita de Miguens (2009), *verbis*:

Este principio podría formularse en el sentido de referirse al mantenimiento del capital de trabajo de la dependiente. No obstante, no debe confundirse este concepto con el de mantener solvente el patrimonio de la dependiente, sino sólo las condiciones básicas de supervivencia. Ello porque la controlante no puede ser responsabilizada en el caso de que la insolvencia se deba a razones del riesgo empresarial ajenas a la conducta de la controlante, situación en la que no puede responder la controlante. (p. 194)

Este punto de vista es muy aclarador para comprender que la responsabilidad directa no tiene como causa la insolvencia de una controlada, especialmente por situaciones en las cuales la controlada es involucrada por cuestiones de mercado. La controlante solo tendrá responsabilidad directa si hay una falta del deber de mantener el capital de trabajo de su controlada.

Otro principio alemán es de mantener la aptitud de supervivencia de la controlada, con el cual se impone la obligación de la controlante de garantizar una correcta liquidación de la controlada y también de que la controlante tenga una conducción adecuada de los negocios grupales. Ante la ausencia de observación de estos presupuestos, habría responsabilidad directa de la controlante.

Ya en otro sentido, imponiendo de una forma más amplia la idea de la responsabilidad directa, el *Forum Europeum* reconoce el principio de mantener solvente el patrimonio de la controlada, lo que caracteriza una amplitud mayor a este principio que a los principios anteriores, aunque la solvencia de este patrimonio no es solo afectada por actos de la controlante y puede ocurrir una

no solvencia por condiciones ajenas al ejercicio del control y de las políticas grupales.

A su vez la responsabilidad solidaria nos es negatoria de la responsabilidad directa, aunque no deja de ser directa, pero no será solo de la controlante o solo de la controlada.

La solidaridad es como una medida preventiva para que la controlante conduzca las políticas grupales de modo correcto y sin abuso del poder de control bajo pena de que también responda por actos de la controlada. Eso porque la solidaridad no se puede presumir, debe estar preestablecida por la norma.

### **IV.3. Responsabilidad por infracapitalización**

La responsabilidad de una sociedad controlante por actos de su controlada ya es un tema complejo. Más complejo es analizar la adecuada capitalización de una controlada por su controlante y si hay una responsabilidad por una situación de infracapitalización.

Las cuestiones planteadas son descritas en como cuantificar el monto adecuado de capitalización, si la controlante tiene un deber de capitalizar a la controlada o solo tiene el deber de aportar su capital inicial, como imputar responsabilidad a la controlante de capitalizar a su controlada; cualquiera que sea las posiciones adoptadas, se debe tener en mente que el deber de capitalización esta proporcionalmente relacionado a la magnitud del poder que la controlante ejerce sobre la controlada.

En otro sentido, la capitalización se traduce en un deber positivo de un hacer, y si la controlante no tiene interés en ir adelante con los negocios de su controlada, cambiará su responsabilidad de capitalización a una responsabilidad de asunción de las deudas de su controlada conforme dispuso en las leyes.

El deber de capitalización tiene su raíz en el rechazo de que la controlante utilice la persona de su controlada y la responsabilidad limitada para la práctica de actos en abuso y perjuicio de terceros. Surge así la obligación de mantener capitalizada su controlada si esta es una pieza del grupo económico y opera como una descentralización de la cadena de producción. Se dice eso porque a nuestro sentir es necesario el poder de control y política empresarial unificada

para que se tenga un grupo económico, sin el cual no se podría hablar de la necesidad de mantener el deber impuesto a una sociedad *holding* de capitalización.

No existiendo un grupo económico, definido a partir del poder de control y política empresarial unificada, la relación de financiación de una sociedad accionista de otra se traduce como un suministro de préstamos, en el cual no se puede imputar asunción de responsabilidad de la sociedad accionista en relación a los terceros.

Según Miguens (2009), *verbis*:

La jurisprudencia norteamericana ha dicho que el derecho no debe tolerar cualquier maniobra en la que todos los riesgos y peligros empresariales sean trasladados al público (los acreedores), teniendo la dominante un indubitable deber de financiar adecuadamente a la dependiente en sus necesidades de capital a la luz del negocio que debe emprender, tanto más cuanto que el beneficio de la responsabilidad limitada permite respaldar el riesgo con una parte de los bienes propios, formados por el capital inicial para emprender los negocios. Caso contrario se verificaría el abuso de tal privilegio. (p. 310)

La solución comúnmente adoptada por la jurisprudencia es relativa al levantamiento del velo societario para imputación de la responsabilidad sobre la controlante. Aunque esta doctrina es negatoria del propio concepto de grupo económico, una vez que parte del presupuesto del *entity law* de que solo la entidad responde con su patrimonio, sin reconocer la existencia grupal.

En este sentido, la adopción del levantamiento del velo y no el reconocimiento de la existencia de un grupo a partir de la verificación del poder de control y política empresarial unificada es una técnica no compatible con la teoría del *enterprise law*.

Por lo tanto, la inadecuada financiación es identificada como un abuso por parte de la sociedad controlante, la cual tiene la responsabilidad de mantener a la controlada con la suficiente capacidad financiera – dominación intrusiva –.

Hay una aparente situación conflictiva en la imputación de responsabilidad por inadecuada financiación por la controlante que también podría invocar su condición de acreedor de la controlada por su participación en el capital.

Por otro lado, la controlante no es vista como la que detiene una responsabilidad subsidiaria o garante de la controlada, asumiendo un rol

continuo de capitalización por todo el tiempo de existencia de su controlada. Esto es una comprensión nueva a partir del concepto de grupo.

#### **IV.4. Responsabilidad por relaciones intragrupales desventajosas**

Los grupos económicos traen ventajas considerables por un poder inherente a su status económico y por la posibilidad de optimización de la producción en diferentes sociedades y jurisdicciones donde se puedan instalar las controladas. Es verdad que las controladas tienen beneficios por su participación en un contexto de política empresarial unificada, pero también es verdad que en muchas ocasiones la controlada asume un encargo pesado o una desventaja, la cual espera una compensación por su participación en un grupo con los beneficios inherentes.

Existe la posibilidad de que una controlada pierda una oportunidad ventajosa por permitir que otra sociedad del mismo grupo la obtenga. Con eso se tiene un no cumplimiento de su objeto social por la sumisión a un poder de control de la sociedad controlante o *holding*.

La identificación de un perjuicio capaz de imputar responsabilidad a la controlante por operaciones desventajosas a una controlada es una tarea difícil, porque en todos los grupos, y es inherente a esa estructura económica, se imputan políticas que no son siempre ventajosas a sus controladas, lo que es esperado en una política grupal. Las ventajas obtenidas por las controladas compensan los encargos.

Al identificar la inexistencia de estas compensaciones y de otro lado que es una recurrencia de un excesivo poder de control, configura un abuso, esto es de difícil materialización, haciendo necesario también aclarar que no se trata de mera expectativa de un derecho.

Según Miguens (2009), *verbis*:

En los *Principles of Corporate Governance* del *American Law Institute* se ha definido una oportunidad de negocio societario como cualquier oportunidad de emprender una actividad económica que es mantenida por el accionista de la sociedad como formando parte del objeto controlante de ésta. En la jurisprudencia norteamericana se ha establecido en algunos casos como criterio la demostración de un interés legal o equitativo o una expectativa tangible que surja de un derecho o una relación preexistentes. Otra línea jurisprudencial establece que si la dominada no está en condiciones financieras o prácticas para tomar el

emprendimiento del negocio es lógico que lo asuma la dominante. Sin embargo, en otros casos se ha establecido la prueba de la *fairness* (traducible como “injusticia”) y se ha sostenido que la inhabilidad, por cualquier razón, de una sociedad solvente de asumir el negocio no es una defensa válida. (p. 45)

Es un hecho que esta práctica necesita ser continuada y persistente, porque no se puede defender que un solo negocio en desventaja sea en si una ilicitud decurrente del poder de control de la controlante. Debe ser aplicado el *business judgment rule* y la *intrinsic fairness* para que se pueda dimensionar la conducta de los administradores de las sociedades controlante y controlada para identificación de sus responsabilidades, siendo cierto que la confusión entre estos en ambas sociedades agrava la situación – *self dealing* –.

#### **IV.5. Responsabilidad por movimientos de capitales**

Un grupo de sociedades tiene muchas situaciones de moviidades de capitales intragrupo. La movilidad puede tener características diferentes y objetivos variados. En su estudio intitulado El Grupo Insolvente, Miguens (2009) ejemplifica algunas de las posibilidades de movilidad de estos capitales, como: préstamos, pagos de bienes, transferencias de capitales, pagos de servicios, pagos por uso de bienes intangibles, derecho de patentes, dividendos, royalties, pago de intereses... (p. 42)

Se presupone que todos los actos que mueve el capital son evidentemente actos lícitos y legítimos. Aunque sean legales es posible que estos actos sean manipulados en sus valores o sean una simulación de operaciones intragrupo.

La ilicitud pueda afectar terceros o bien a los accionistas y socios de la controlada, especialmente cuando la controlada soporta un encargo como en una venta que se obliga intragrupo con desventajas comerciales en sus precios. Lo inverso también es posible, cuando la controlada hace un pago por precios superiores a otra sociedad de su mismo grupo.

Estos son algunos ejemplos que pueden ocurrir en todas las citadas situaciones de movimientos de capitales intragrupo, siendo cierto que la propia cantidad o calidad de los productos o servicios pueden no representar la realidad en esas operaciones en un grupo económico.

Es relevante apuntar que algunas operaciones entre sociedades integrantes de un grupo económico pueden no ser las más ventajosas, pero la participación en un grupo trae ventajas indiscutibles a las integrantes, por eso se dice que las controladas tienen un beneficio por su participación en un grupo, aunque tengan encargos derivados del poder de control y de la política empresarial unificada que pueden en un primer momento no parecer lo mejor para la subordinada. Aquí se habla de actos lícitos y operaciones legítimas.

Otra son las situaciones de ilicitud en los movimientos, con registros contables ficticios, adulterados o simulados. No se puede confundir encargos que asume una controlada en grupo y las posibilidades de ventajas por estar en el grupo con situación impuesta de ilicitud. Jamás se podrá hacer la defensa de las ilicitudes.

La ilicitud puede traer un beneficio inicial a la controlada o controlante o a otra sociedad del mismo grupo. Pero no deja de ser una ilicitud. Estas situaciones crean una controlada sumisa o servil.

Miguens presenta una situación en que la manipulación puede afectar hasta a los precios de acciones de una sociedad controlada, afectando el mercado de capitales, Miguens afirma (2009):

Algunas veces estas técnicas sirven a los inversores para rebajar o deprimir ganancias de la subordinada a fin de desalentar a los inversores de comprar sus acciones o para inhibir presiones de los gobiernos o clientes para reducir precios o bien para suprimir reclamos por incrementos de salarios por los sindicatos. También son usadas en el campo fiscal, en el área de la planificación. (p. 42)

La manipulación de valores es compleja, especialmente para que haga prueba un tercero perjudicado.

Considerando todo, una economía globalizada con grupos transnacionales cuya actuación es presente en jurisdicciones diversas torna casi imposible un efectivo control de estos actos.

La responsabilidad es dependiente de la ocurrencia de un abuso, una ilicitud, una ausencia de equidad, o sea, cualquier teoría de imputación de responsabilidad para las situaciones grupales invocan un aspecto de abuso de poder del control.

Miguen (2009) clasifica en tres las variantes para estos abusos: (i) desnudamiento o drenaje de activos – *asset-stripping* o *draining of assets* –, (ii)

confusión de activos – *commingling of assets* –, y (iii) transferencia de activos o fondos – *shuttling of assets* –... (p. 47)

Continuando con las enseñanzas de Miguens, una situación de desnudamiento de activos ocurre cuando una controlada no es compensada por un servicio o bien que transfiere, o permite a la controlante u otra sociedad del grupo la adquisición o utilización. Sin una adecuada compensación la controlada asume un rol sumiso o de servidumbre. La controlada pasa a tener una situación de debilidad financiera. Esta debilidad afecta su propia capacidad de cumplir con sus obligaciones.

Cuando no se tiene una adecuada separación de activos entre las sociedades de un mismo grupo ocurre la llamada confusión patrimonial con posibilidad de tenerse también una confusión contable. Habiendo confusión se crea una imposibilidad de conocimiento de los bienes tangibles e intangibles de una cierta sociedad perteneciente a un grupo, con enorme dificultad para que los inversores y los acreedores tengan seguridad para realizar sus inversiones, negocios e imputación de responsabilidad.

Bienes de una sociedad pueden servir para el pago de obligaciones de otra o de la controlante en perjuicio de los accionistas de la controlada y sus acreedores. No hay en estos casos respeto a la identidad financiera de las sociedades.

Obviamente se trata de una situación de ilicitud, la cual genera responsabilidad para el grupo económico.

La situación de transferencia de activos o fondos no es necesariamente ilegítima. Puede representar préstamos y pagos. Puede significar el cumplimiento de una política empresarial unificada. Puede también configurar un abuso para la ocultación de pagos de dividendos o desvío de recursos en una simulación.

#### **IV.6. Responsabilidad por préstamos y garantías**

Los préstamos y garantías son formas comunes de financiación de sociedades empresarias. En una situación de grupo económico no es diferente, la financiación por préstamos y garantías ocurre frecuentemente y puede ser concretizado entre sociedades pertinentes al mismo grupo.

La doctrina del *ultra vires* fue muy adoptada en este tema como una forma de verificación de los poderes, la capacidad y la legitimidad para la práctica de toma de préstamos y otorga de garantías, lo que significa un análisis limitado de los estatutos sociales de las sociedades en un contexto más individual de la empresa y su dirección.

Por lo tanto, en la moderna concepción de la empresa – *enterprise law* – y el derecho grupal, no se muestra suficiente esta teoría del *ultra vires*. La teoría de la *fairness* se muestra más adecuada a las situaciones de préstamos y garantías intragrupo, porque tiene un contenido de obediencia al deber de lealtad y diligencia, no se restringe a un análisis de validez del propio acto.

Dicho eso, hay que indagar la legitimidad de la otorga de garantías intragrupo, la posibilidad de garantizar a la controlante por la controlada y viceversa, la posibilidad de otorga de una garantía sin una contraprestación, porque es posible la toma de préstamos y la otorga de garantías fraudulentos o que crean riesgos a los accionistas y a terceros.

En situación grupal no se debe tratar a las sociedades de una forma aislada. En el pasado ya se le negó la posibilidad de que una sociedad garantice operaciones de otra, ambas perteneciendo a un mismo grupo, como una especie de garantía sin contraprestación, lo que muestra la ausencia de comprensión de la materia grupal y el rol que tiene una sociedad en un grupo económico. Miguens (2009), sobre este tema, aclara:

De este modo, la *Model Business Corporation Act Annotated*, en 1971, concluía que la garantías deben ser sostenidas como válidas si es ostensible que el cuerpo de directores del garantizador ha decidido, de buena fe y en el ejercicio de su razonable criterio empresarial, que los beneficios futuros esperados derivados de las garantías eran suficientes para justificar la responsabilidad incurrida.

(...)

En el Reino Unido, la *Companies Act* de 1980 expresamente autoriza las garantías y prestamos hacia arriba (de la dominada a la dominante) y hacia abajo (de la dominante a la dominada) dentro de un grupo. (p. 143)

Este tema de las garantías es importante, porque invoca la necesidad de verificación, si esa garantía no va a crear obstáculo al cumplimiento del objeto social de la sociedad, eso porque una garantía sin contraprestación puede

configurar una donación del patrimonio de la garantizadora y así impedirla de cumplir con sus fines sociales.

El análisis de esta situación demanda el análisis de compatibilidad de la otorga de garantías y préstamos según una política empresarial unificada. No se puede solo pensar en la propia sociedad que toma el préstamo u otorga la garantía, por lo tanto, la política empresarial unificada y el adecuado ejercicio del poder de control juega un papel definitivo para la validez de estos actos intragrupo.

Son situaciones de garantías intragrupo las garantías hacia abajo, hacia arriba y cruzadas.

En la garantía hacia abajo la situación es de una sociedad controlante que garantiza las operaciones de una de sus controladas y en este sentido está actuando según el propio interés grupal – integración económica –. En sentido opuesto, la garantía hacia arriba ocurre para las garantías que una controlada presta en beneficio de la controlante. Esta forma de garantías es más problemática en los casos prácticos, porque puede significar un impedimento para que la controlada ejerza sus fines y puede traer un riesgo a sus accionistas y acreedores.

## **CAPÍTULO V. LOS ACTOS ILÍCITOS O DE ABUSO POR LAS SOCIEDADES DE UN MISMO GRUPO ECONÓMICO**

### **V.1. Introducción**

Las relaciones societarias intragrupalas pueden encerrar abuso o ilicitud en razón de la naturaleza del propio grupo económico, cuyo presupuesto es un poder de control y política empresarial unificada. No es que haya cualquier ilicitud en esto, pero puede ocurrir su utilización abusiva y resultar en la sumisión de la controlada a la controlante en detrimento de su interés, por una excesiva intromisión de la controlante. Puede también ocurrir el mantenimiento de la controlada en una situación de infracapitalización, siendo servil a su controlante.

La simple sumisión en sí no configura una ilicitud, aunque el sentido de un grupo está en las ventajas que puede tener una controlada por hacer parte del grupo y ante los sacrificios que debe asumir por la conducción de una política empresarial unificada. Al final las compensaciones entre desventajas y ventajas muestran que pertenecer al grupo es benéfico a la controlada.

Sin embargo, algunas desventajas en verdad se muestran como ilicitudes impuestas por la controlante, en perjuicio a sus accionistas, acreedores y terceros.

En este capítulo se hace un abordaje de algunas formas de sumisión, como la manipulación de precios, inexistencia de ganancias, desvío de los negocios, violación de los deberes, y la infracapitalización.

### **V.2. La sumisión de la controlada**

#### **V.2.1. Manipulación de precios y activos**

Grondona (2014) presenta una definición de los precios de transferencia como “los precios en que se realizan las transacciones entre entidades vinculadas”, siendo tales transferencias de influencia sobre los estados contables y resultados del grupo al cual son las controladas pertenecientes, con significativos aumentos de los costos de las entidades bajo jurisdicciones de alta tributación con la consecuente transferencia de ventajas a otras jurisdicciones garantizando mejor resultado a sus accionistas... (p. 176)

Es claro que la competencia con empresas no transnacionales no es equitativa y ocurre una política de elusión fiscal con posible fuga de capitales. Estima Grondona (2014) que:

En este sentido, Gaggero, Rúa y Gaggero [2013: 64 a 74] estimaron la fuga de capitales y establecieron una hipótesis acerca del impacto de la manipulación de precios de transferencia y otras maniobras del comercio exterior; entendiéndose que la misma se correspondería, en 2012, con un 9% sobre el total del comercio internacional de Argentina, representando 13.218 millones de dólares (mdd).

Por lo tanto, el uso de estos mecanismos no solo termina por aumentar las desigualdades al interior de países como Argentina, sino también entre países desarrollados y en vías de desarrollo. (p. 177)

La movilidad de los capitales puede ocurrir bajo el pago de dividendos, préstamos, pago de interés, pago de bienes y servicios, *royalties* y derechos de patentes, transferencias de capitales y uso de intangibles. Esta movilidad puede traducir precios pagos a mayor por la controlada a la controlante que los reales, lo que caracteriza una situación de controlada servil.

Muchos servicios intragrupo son contratados –logística, consultoría, comercialización, distribución etc. – como forma de enviar pagos para el exterior. Actividades financieras, especialmente utilizando sociedades de un mismo grupo en paraísos fiscales, como la toma de préstamos de recursos a partir de inversiones que la misma sociedad hace en este paraíso fiscal – *loan back*, *cash pooling* – son otras formas de realización de tales transferencias.

La subordinación de la controlada puede hacer parte de una política de imposición de perjuicio a los terceros acreedores de la controlada o sus propios accionistas minoritarios en un evidente fraude o para la eliminación de responsabilidades a terceros, o como una ejecución de planificación para elusión fiscal.

A lo largo de los años los organismos internacionales se han ocupado en tratar de uniformizar los estándares contables y fiscales para permitir que las autoridades conozcan y puedan comparar a los precios de operaciones, como también tener acceso a las informaciones bancarias y fiscales de sociedades *offshore*, como una forma de cohibir tales operaciones. Sin embargo, tales medidas son insuficientes para una mejor protección de los accionistas minoritarios y terceros acreedores.

Por otro lado, existe la confusión de activos en situaciones en las cuales no hay separación de activos de una sociedad en relación a la otra del mismo grupo económico. Los estados contables no respetan el principio de la entidad. La posibilidad de conocer el patrimonio de una sociedad se vuelve difícil, con incertezas. Esta es una clara situación de abuso o ilicitud.

### **V.2.2. Inexistencia de ganancias**

La inexistencia de ganancias no es siempre una situación económica de una sociedad. Es posible que haya una manipulación de precios y toma de servicios por dirección de la controlante que mantenga siempre la controlada en una situación de ausencia de ganancias.

Como ya fue señalado arriba, la controlada puede operar con excesiva toma de préstamos de otras controladas del mismo grupo o de la controlante, como también con excesivo pago de servicios comerciales intragrupo.

Miguens (2009) apunta algunas situaciones de ilicitud, *verbis*:

Esta finalidad puede ser lograda por transvasiamento de activos, técnicas de transferencias de precios, retenciones de pagos debidos a la dependiente y otras prácticas abusivas. Tal intencionalidad se pone de manifiesto también cuando existe un acuerdo en virtud del cual la subordinada vende toda su producción sólo a la dominante, quien simplemente reembolsa a la dependiente los costos de producción, de modo tal que no existen ganancias, o éstas son percibidas por la dominante; o también cuando una sociedad alquila la propiedad de otro miembro del grupo a un valor tan alto que le es imposible sacar una ganancia de éste. (p. 50)

Los socios tienen asegurado el derecho a ganancias, y la manipulación de los resultados de una controlada para que esta no tenga ganancias es una violación de los derechos de los socios y configura una ilicitud.

### **V.2.3. Desvío en los negocios**

El ejercicio del poder de control, característico en un grupo económico, cuando abusivo, puede resultar en la imposición de la realización o no realización de negocios a cargo de la controlada en perjuicio y violación de sus fines.

El resultado del abuso por la realización o no realización de negocios por razones ajenas a la controlada podrá implicar en perjuicio a los acreedores y accionistas de la sociedad controlada.

No es sencilla la apuración de una ilicitud en una realización o no de cierto negocio a cargo de la controlada. Tanto los negocios como las oportunidades son operaciones a veces complejas o riesgosas. Por lo tanto, no sería un perjuicio solo un acto de ilicitud o abuso.

Sin embargo, puede significar una pérdida de oportunidad la realización de un negocio en una situación de cesación de pagos a la controlada, siendo más concreto en estos casos que el negocio perdido era una oportunidad necesaria, pudiendo hacer una imputación de responsabilidad a la controlante y configurar un abuso de esta el impedimento de su realización.

El desvío por parte de la controlante de una oportunidad de realización de negocios en beneficio de sus directores u otra sociedad con menor capacidad financiera o técnica para su realización también puede configurar un acto abusivo por parte de la controlante.

#### **V.2.4. Violación de deberes**

Según la teoría organicista, la cual no se confunde con las teorías contractuales y extracontractuales, se puede decir que es como una evolución de las teorías extracontractuales aplicada a las sociedades, donde existe una relación de dependencia del administrador de la empresa controlada a los dictámenes de la controlante, aunque se someta a la obligación de buscar el interés de la sociedad a la cual pertenece.

Para Miguens (2009), bajo este tema, aclara:

La doctrina de las obligaciones fiduciarias establece que el director tiene el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad que gobierna. Si se considera a la subordinada como entidad separada de la dominante, va de suyo que los directores de aquélla no están habilitados a sacrificar los intereses de la subordinada a favor del interés de la dominante u otro miembro del grupo, salvo que también sea favorable al interés de la dependiente. (p. 52)

Aquí nace un posible conflicto de interés. De un lado, están obligados a defender los intereses de la sociedad en la cual tienen una ocupación. Por otro lado, deben también perseguir los intereses mayores del grupo, aunque no

compartamos la idea de obediencia a los estrictos intereses solo de la dominada o controlada, bajo pena de negar el concepto del propio grupo.

Calcaterra (2007) apunta:

En Estados Unidos, los administradores tienen el deber de tratar a la subsidiaria con imparcialidad y debe haber reglas severas para que se compartan las oportunidades dentro del grupo. En el derecho inglés, los directores de la subsidiaria no tienen más deberes fiduciarios con respecto a la sociedad *holding* que los que le correspondan como accionistas mayoritarios. No se ha elaborado allí un concepto de interés de grupo o una coherente doctrina sobre imparcialidad con respecto a las transacciones del grupo para aplicarlo a los deberes fiduciarios del director. (p. 341)

En una situación grupal, no se debe dejar de considerar la posibilidad de que haya eximentes de responsabilidad de los administradores de la controlada por cumplir con las directrices dictadas por los administradores de la controlante. Calcaterra (2007) explica, *verbis*:

Conforme surge del Forum Europaeum, los administradores podrán eximirse de responsabilidad si su actuación va acompañada por los tres elementos postulados por la doctrina Rozenblum: existencia de una política de grupo, que el perjuicio ocasionado a la sociedad dependiente no supere su posibilidad de subsistencia y una adecuada compensación de los perjuicios ocasionados. (p. 348)

No se trata, por lo tanto, de una responsabilidad contractual y tampoco de una responsabilidad extracontractual pura, pero sí orgánica. De esta forma, se puede afirmar que no existe relación contractual entre administradores y accionistas o terceros. Estos tienen posiblemente relación contractual con la sociedad, o también extracontractual, jamás una responsabilidad contractual con el administrador.

Para la configuración de la responsabilidad de la controlante por actos de los administradores de la controlada es necesario que esta se haga la prueba de que las directrices dictadas por los administradores de las controlantes son decurrentes de actos dolosos de estos. Ellos tienen un deber fiduciario de lealtad y fidelidad con la dominante, dominada y socios, bajo pena de incurrir en abuso del poder de control.

### V.3. Infracapitalización

Cualquier sociedad es dependiente de una adecuada financiación, sea por medio de la suscripción de acciones, internalización de capital y toma de préstamos. En un contexto grupal ocurre que una sociedad pasa a participar de otra que detiene el poder de control, aquella es una sociedad dominada por esta.

Puede darse que la controlante no aporte recursos necesarios para que la controlada logre mantenerse y cumplir con su objeto social.

Miguens (2009) plantea cuestiones difíciles. El pregunta: ¿Cómo se medirá la adecuada capitalización?; ¿Dependerá la adecuada financiación de la totalidad de los fondos invertidos?; ¿Es la obligación de proveer adecuado capital una obligación subsiguiente o es suficiente una adecuada capitalización inicial?; ¿Cuál será la solución para el caso en que la inadecuada capitalización subordinada colapse: deberá imponerse una responsabilidad ilimitada a la controlante o bastará con imponerle una indemnización equivalente a una adecuada capitalización?... (p. 56)

Sus preguntas traen más interrogantes que propiamente respuestas. La mejor respuesta que el presenta es la afirmativa de que no se debe tolerar la transferencia de los riesgos y peligros a los terceros que tienen relación con la controlada, manteniendo a la controlante solo con las ventajas.

El derecho no debe tolerar artimañas para que una sociedad controlada sea utilizada para eliminar a las responsabilidades de la controlante que desea empezar nuevos negocios.

Terceros, accionistas, acreedores deben estar protegidos de maniobras para la eliminación de responsabilidades. Sin embargo, no compartimos la idea de que exista un deber ilimitado de mantenerse a la controlada capitalizada. La responsabilidad de la controlante debe surgir del abuso del poder de control, y no de pérdidas que puedan surgir de riesgos de los propios negocios.

## CAPÍTULO VI. CONCEPTOS BÁSICOS SOBRE EL LAVADO DE DINERO

### VI.1. Introducción

Dinero es un concepto. Es muy antigua la idea de la existencia de dinero, la cual se reporta a muchos miles de años. El comercio trae un presupuesto de que cualquier cosa puede ser cambiada por otra. Por eso la propia existencia concreta o real del dinero no es un tema relevante en sí mismo.

Las cosas y bienes fueron inicialmente cambiadas por la práctica del trueque. En los trueques es evidente que ambas personas hacen el cambio de cosas por las cuales se interesan, siendo correcto afirmar que cada una de las partes tiene un específico interés en el bien perteneciente a la otra persona y por eso los intercambian.

Sin embargo, no es siempre cierto que una persona tiene interés en lo que la otra persona tiene y viceversa, esto crea una dificultad en mantenerse un comercio solo con la práctica del trueque. También no es cierto que las cosas objeto del trueque poseen un valor equivalente. Para que los trueques sean eficientes es necesaria la ocurrencia de una doble coincidencia.

La utilización del dinero – sea mediante la utilización de la sal, del oro o de la plata, del gado, del tabaco, de las monedas etc. – puede ser entendida como una evolución del sistema de trueques.

Las monedas de plata, oro o bronce tuvieron un rol importante en este proceso, porque podían tener las mismas dimensiones en diferentes locales, eran durables y su peso tenía un valor real cuando acuñadas en metales preciosos.

Con el tiempo la utilización de papel para la representación de dinero pasó a transformar al comercio, una vez que el papel representaba una promesa de pago o de que detiene determinado valor. En los Estados Unidos todas las cédulas de dinero garantizaban un valor correspondiente en oro – *gold back* –, y en los años 30 representaban certificados de plata – *silver certificates* –, con la cual se podría cambiar por plata (Madinger, 2012, p. 3).

La representación del dinero por cédulas de papel fue una disociación donde el dinero siempre tendría un valor intrínseco en sí mismo.

Esta breve introducción se muestra relevante para que se tenga una comprensión de que el dinero hace parte del proceso de trueque y que cualquier cosa pueda ser objeto de lavado.

En este capítulo, por lo tanto, se hace un abordaje de la evolución del dinero y del lavado, las características del proceso de lavado y sus formas, como los demás países crearon un control internacional para el combate al lavado, y el rol de los bancos en este proceso.

## **VI.2. La evolución del dinero y el lavado**

Las civilizaciones antiguas utilizaban los sistemas de trueques en su comercio. Aunque antiguas, evolucionaron para la utilización de dinero. Un ejemplo es la de los egipcios (Madinger, 2012, p. 2). La utilización de dinero trajo más ventajas que el sistema de trueques. El trueque necesita que haya convergencia de intereses de las personas dueñas de una cosa o bien por otra cosa o bien de la otra persona.

Esta convergencia de interés no es siempre frecuente, así como es común que ambas cosas para un trueque no tengan un mismo valor económico. En este sentido, algunos bienes de interés más comunes pasaron a ser ampliamente utilizados en estos procesos, funcionando como moneda, como por ejemplo la sal.

Los romanos utilizaron la sal para fines de comercio, como forma de pago de sueldo de sus soldados. Utilizaron también monedas acuñadas, cuya ventaja es la facilidad del tamaño y de la durabilidad, esta también fue común en China. Madinger (2012) afirma que las monedas acuñadas más antiguas, en el siglo VII DC, fueron de Lydia, donde hoy se encuentra el territorio de Turquía... (p. 2)

Un avance muy grande fue la utilización de las monedas acuñadas como dinero, pero también tenían sus desventajas, porque podrían ser de metal falsificado, como tener sus bordas cortadas para retirar parte de su metal precioso, habiendo una pérdida en su valor por la reducción de su peso, estas también eran el objetivo frecuente de los ataques de piratas contra los comerciantes que cargaban monedas en sus viajes.

Naturalmente el surgimiento del dinero en su forma de papel, el cual su material no representa el valor correspondiente a lo que representa su valor

nominal fue un paso importante para una desvinculación de la moneda con sus raíces. Con claridad apunta Madinger (2012): “Papel representó por primera vez que una cosa sin escasez o valor intrínseco sea utilizado como dinero, y el hecho de que podría ser impreso” (p. 3).

Fue común que los gobiernos garantizaran que su moneda en papel pudiera ser cambiada por oro o plata, como también por monedas acuñadas. Los Estados Confederados de América prometieron que su dinero podría ser cambiado por monedas acuñadas dos años después del fin de la guerra. (Madinger, 2012, p. 4)

El dinero hoy no tiene solo la forma de papel, puede tener la forma de moneda acuñada, cheques, tarjetas de crédito, e inclusive una forma electrónica.

Todas estas formas de representación del dinero pueden y son utilizadas en el proceso de lavado de dinero, legitimación de activos o blanqueo de capitales.

Blanco (2011) define que el lavado de activos es:

un proceso en el que los bienes delictivos se integran en el sistema económico legal, de forma que adquieren la apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita, con la finalidad última de permitir a sus titulares utilizarlos en las actividades comerciales normales sin despertar sospechas cuanto a su origen (p. 8).

El lavado de dinero, como conocido ampliamente, es un proceso. Un proceso con el objetivo de dar una apariencia de legitimidad a los activos de origen ilícito. Este proceso es tan antiguo como lo es la utilización de monedas para cambiar por bienes. Actualmente el sistema de transacciones bancarias es pieza indispensable en este proceso, aunque a través de este proceso se elimina la utilización del dinero en moneda física.

Unos piratas de nombres Henry Every, Long John Silver y William Kidd fueron utilizados por Madinger (2012, p. 8) para ejemplificar toda la sistemática del proceso. La idea tradicional de que los piratas enterraban sus tesoros, jamás fue una práctica corriente. Tesoros enterrados no podían ser utilizados.

Los piratas hacían comercio desde Europa a Américas, África, India, España y Caribe. Muchas villas o ciudades eran dependientes del comercio

que los piratas hacían. La participación de autoridades, gobiernos, y empresarios fue frecuente para el lavado de dinero de la piratería.

La piratería tenía costos elevados. Costos de adquisición de la nave, tripulación, manteamientos, armas, etc. Muchos mantenimientos y bienes fueron tomados violentamente de otros, pero una vez adquiridos, debían ser mantenidos, y los piratas negociaban en puertos amigos. Los mercadores de los puertos hacían ventas de mantenimientos, armas, bebidas, munición, comida para ellos, y también recibían cargas robadas por ellos de otras embarcaciones.

Estos comerciantes pasaron a formar parte del ciclo del lavado de dinero para ocultar el origen ilícito de la plata obtenida de los piratas. Según Madinger (2012, p. XVII), Every tomó la nave portuguesa Gungi Suwaie y su tesoro evaluado en 325,000 libras, equivalente hoy a \$400 mil millones de dólares. Después de mucho suceso en piratería Every se retiró. Decidió irse a vivir en *Jolly Old England*, y para eso necesitó ocultar el origen de su riqueza. En la ciudad de *Bideford*, condado de *Devonshire*, Every ocultó su riqueza con los mercadores locales. Como sus actos de piratería ocurrieron prácticamente en otras jurisdicciones, Every no era conocido en Inglaterra como pirata y con esto pudo ejecutar su plan.

Los bienes que los mercadores transfirieron a Every, según los estudiosos, eran mayores que muchas riquezas de las ciudades de Inglaterra. Una acción riesgosa que Every realizó fue tratar de cambiar una cantidad grande de diamantes con los mercadores de *Devonshire*, lo que creó sospecha sobre ellos. Según la historia, Every recibió un depósito inicial por sus diamantes, pero los mercadores no hicieron los demás pagos y le dijeron que hiciera el reclamo al Alguacil.

En este proceso de lavado ejecutado por Every hubo algunos señalamientos relevantes: la disposición de la plata es un constante riesgo. Mucha riqueza significa exposición del delincuente y Every no tuvo éxito en ocultar su riqueza. Por fin, todos los delitos de Every no fueron alcanzados por la justicia, su fracaso fue en la etapa final del ciclo, en la integración. Las autoridades deben tener en cuenta que los mecanismos de control incidentes sobre la integración pueden ser efectivos para el descubrimiento de los delitos precedentes.

Como un ciclo tiene básicamente tres etapas: colocación, estratificación e integración. La colocación es la etapa inicial donde se hace la conversión de la moneda en otra forma o su manipulación. Los negocios más utilizados en esta etapa inicial son aquellos que tienen regular ingreso de dinero en su forma física. En la segunda etapa, estratificación, el objetivo es la ocultación de los rasgos con el origen físico de la plata, creando una distancia de seguridad con su fuente. En la última etapa, integración, se procura disponer de los fondos dentro de una actividad económica de apariencia legítima.

En los Estados Unidos de América, el *Bank Secrecy Act* (BSA) de 1970 es la ley más relevante sobre el lavado de dinero como marco histórico – después fueron promulgadas: *The Racketeer Influenced And Corrupt Act*, 1984; y *The Money Laundering Control Act*, 1986 –. Fue un avance por imponer no solo a los bancos, pero también a otras entidades la obligación de mantener registros de transacciones bancarias. Estableció también la necesidad de que las transacciones arriba del monto de US\$ 10,000 sean informadas al Departamento del Tesoro; que las personas con cuentas bancarias en el exterior comuniquen a la hacienda – IRS – y aquellas personas que transportan suma de dinero arriba de US\$ 10,000 comuniquen a la Aduana – el límite inicial fue US\$ 5,000, hoy cambio para US\$ 10,000 –.

Importantes ejemplos se propagaron por el mundo. Según *The Bank Secrecy Act* – BSA – son exigibles los siguientes reportes:

- *Currency Transaction Report* – CTR –: es un reporte obligatorio para todas las transacciones financieras arriba del monto de US\$ 10,000;
- *Report of International Transportation of Currency or Monetary Instruments* – CMIR –: es un reporte obligatorio para cualquier movimiento de divisas para dentro o fuera del país arriba del monto de US\$ 10,000;
- *Foreign Bank Account Report* – FBAR –: reporte obligatorio para las personas americanas que tengan interés, autoridad o beneficio en actividades bancarias en el extranjero;
- *Suspicious Activity Report* – SAR –: reporte obligatorio para cualquier transacción sospechosa;

- *Report of Cash Payments over US\$ 10,000*: aplicable a las operaciones de pago en efectivo arriba de US\$ 10,000, especialmente fuera del ambiente de los bancos.

Tales medidas tienen como objetivo identificar a las operaciones sospechosas para que las autoridades desarrollaren sus investigaciones.

La historia permitió conocer la represión de delitos a partir de investigaciones del lavado de dinero, llegando a los crímenes iniciales de contrabando, tráfico de estupefacientes, y otros. La experiencia americana merece ser citada, porque es de este país la expresión *money laundering*.

La Suprema Corte Americana tiene un fallo emblemático contra Manley Sullivan (1927) en el cual se destaca que no es posible eximir a un negocio ilícito del pago de tasas, si tal negocio fue lícito y tuvo que hacer el pago (Madinger, 2012, p. 11). Con ese fallo el Departamento del Tesoro americano empezó acciones contra otros delincuentes, como Alphonse Capone, con el fin de desvendar operaciones ilegales en casos de la Hacienda.

Los criminosos buscaron protegerse de estas nuevas formas de investigación, uno de ellos fue el polaco Meyer Lansky – Maier Suchowljansky – que trató de crear mecanismos de blanqueo de capitales, sea asociándose a Benjamin “Bugsy” Siegel, a quien acusaron de idealizador del lavado en Las Vegas, sea utilizando negocios *offshore* para el encubrimiento de sus operaciones – Suiza, Hong Kong, Israel y países sudamericanos –.

Según Madinger (2012), Lansky fue el mayor blanqueador de capitales y exitoso, eso porque ninguna autoridad tuvo éxito en condenarlo y él murió, en 1983, libre. Él se utilizó de muchas jurisdicciones extranjeras y cadena de negocios de apariencia lícita para el blanqueo... (p. 12)

La experiencia extranjera avanzó para fundar las bases de combate al lavado. Sus bases son: regulación, *compliance* y aplicación de las leyes. Toda una industria de expertos y entidades fueron evolucionando para dar soporte a estos pilares del combate al lavado.

### **VI.3. El ciclo del lavado de dinero**

Es correcto afirmar que el lavado de dinero es un proceso, que como fue mencionado, está compuesto de tres etapas: colocación, estratificación – o decantación – e integración. En la etapa de la colocación los agentes buscan

ingresar el producto de sus operaciones ilícitas en el sistema bancario. La etapa siguiente, la estratificación, es aquella en que hay una numerosa cantidad de operaciones para que se vuelva irreconocible el origen de los capitales. Por fin, en la última etapa, la pretensión de los agentes es disponer de los recursos en actividades legítimas.

La colocación es una etapa muy vulnerable de los agentes. Una gran cantidad de operaciones ilícitas consiste en recibir sumas de dinero en efectivo, lo que no acostumbra ser anormal, y constituye un problema para la criminalidad económica. Camerini (2010) destaca que a partir del recibimiento del dinero se tiene como premisa siguiente que el mismo sea manejable y legalizable. Cita que se hace necesario el contrabando de dinero para plazas financieras o paraísos fiscales; apertura de cuentas bancarias por personas desconocidas; adquisición de distintos activos financieros; utilización de sociedades mercantiles... (p. 340)

Madinger (2012) aclara que existe una gran cantidad de modos de colocación, sin embargo, en todos estos modos siempre será posible una de las siguientes situaciones: esconder los recursos, transporte de los recursos, presentar recibos de legitimidad de fondos, e inserción de los fondos en alguna institución financiera... (p. 259)

Para ejecutar la colocación es posible que el agente decida utilizar un testa ferro, utilizar cómplices – *smurfs* –, crear negocios y corporaciones para recibir los fondos o abrir las cuentas bancarias, y tener algunas cuentas bancarias.

Los testas ferro son cualquier persona que reciba en su nombre bien o bienes que pertenecen a terceros, sean coches, inmuebles, obras de arte, joyería, plata, títulos de crédito, acciones de corporaciones y otros más. La pretensión del agente es no tener recursos o bienes a su propio nombre como una forma de que las autoridades no consigan una vinculación de él con la ilicitud de los fondos.

La especialidad de las circunstancias puede hacer con que las autoridades tengan por cerradas las informaciones para el descubrimiento del verdadero titular de los fondos cuando el testa ferro es, por ejemplo, un abogado en otras jurisdicciones protegido por el secreto profesional. Lo mismo ocurre cuando el testa ferro es un director de una corporación en un paraíso fiscal ejerciendo

una función solo formal sin tomar cualquier conocimiento de las operaciones en el país de origen.

Aunque un testa ferro tenga una apariencia de seguridad para el agente, ciertamente su elección se debe a una relación de confianza con el este, lo que representa un punto de vulnerabilidad de este esquema.

Más complejo que un simples testa ferro es la creación de un negocio de apariencia – *business front* –. Los ingresos de capitales o fondos ilícitos en un negocio lícito hacen que tenga ingresos netos de apariencia legítima, facilitando la inserción en los bancos. En estos casos es posible que el propio agente tenga o ejerza el control del negocio. Es común que haya opción por negocios que permitan ingresos de plata en efectivo –restaurantes, discotecas, tiendas de prenda, lavado de autos, lavandería, hoteles....

No se puede olvidar que un negocio de apariencia lícita puede tener un accionista *offshore*, lo que genera un grado mayor de dificultad para que las autoridades puedan identificar a todos los responsables.

Un tercer esquema es el de las operaciones bancarias. Aunque es riesgosa las transacciones bancarias sujetas a una cantidad de reportes para operaciones sospechosas o para ciertos montos de dinero, si tiene éxito en integrar el activo en el sistema bancario, el agente habrá superado una etapa importante en su operación ilícita. Por lo tanto, conjugando un negocio de apariencia legítima con operaciones bancarias habrá obtenido una complejidad y creado dificultad para que las autoridades de investigación.

En este esquema conjugado de negocio y sistema bancario surgen situaciones sofisticadas con operaciones *offshores*, *shell corporations*, testa ferros, *smurfs*, etc. Los *smurfs* fue un término utilizado en 1980s por las autoridades de Florida, cuando se dieron cuenta de que los agentes se utilizaban de una centena de personas para hacer los depósitos en bancos con valores abajo US\$ 10,000, los cuales eran dispensados de reporte obligatorio. Es una alusión a los personajes del dibujo animado con el mismo nombre. Otro movimiento de capitales es el *loan-back*, donde una corporación toma un préstamo de otra offshore que, en verdad, jamás pagará porque los capitales son suyos.

La segunda etapa del ciclo de lavado de dinero es la estratificación o decantación, la cual es más difícil de identificar por las autoridades. Para que el

agente pueda hacer movimientos de sus fondos y activos sin crear sospecha creará muchas camadas de protección a su operación ilícita, con la utilización de testa ferros, cuentas bancarias, corporaciones *offshore*, *shell corporations* en diversas jurisdicciones.

Esta etapa para Camerini (2010) tiene como característica el objetivo de pérdida del rastro y creación de dificultad de seguimiento y verificación de los activos transferidos, especialmente mediante transferencia a otros países. Bien apunta, *verbis*:

El concepto en juego en esta etapa es ocultar los bienes, cambiarlos de lugar, como forma de que no se pueda seguir su rastro y sobre todo, llevarlos en esta ruta de huida a paraísos fiscales o centros bancarios off-shore, donde no existen regulaciones en la materia, y de esa forma quedan protegidos de cualquier persecución que puedan tener el lavador o la organización delictiva dueña de los fondos. (p. 342)

Para ejecutar la estratificación es necesario hacer movimientos de fondos, transferencias bancarias, depósitos de cheques, utilización de títulos de créditos, cheques de viaje, transporte de efectivo.

La tercera etapa es la integración, en la cual se utilizan los mismos mecanismos citados anteriormente para que sea posible el regreso de los fondos y activos para su utilización como si fueran legítimos.

Es necesario para que la integración sea efectiva que haya una organización para poder ingresar el dinero, la cual no siempre tuvo participación en el delito inicial.

Uno de los esquemas utilizados en la integración es el de las facturas de cobro. Estos papeles permiten definir un monto cualquiera conforme el interés de un vendedor y comprador, o de un prestador de servicios y el tomador. Otro esquema es realizar una compra de un bien que ya es suyo o realizar un pago mayor para la compra de un bien cuando el vendedor devuelve un monto, por cuenta de su porcentaje, emitiendo una factura mayor que el valor del bien comprado.

#### **VI.4. Los roles de los bancos, operaciones y transferencias**

En un sistema de trueque no hay necesidad de un sistema bancario, mientras las personas involucradas actúen según sus intereses. Un banco, a su

vez, hace operaciones o presta servicios según el interés de otras personas y por tal motivo es un presupuesto de estas operaciones los registros de datos de las transacciones.

El crédito y su oferta es el primer negocio de los bancos, porque es muy rentable. El crédito hoy es una necesidad primaria en las sociedades modernas. Sin crédito no es posible tener producción, venta o compra, adquisición de bienes, préstamo, siendo cierto que para que exista un mercado y economía, el crédito debe tener un movimiento constante.

Existen actualmente una variedad grande de servicio que los bancos ofrecen, como servicios de caja fuerte, depósitos, *trust services*, seguridad, envío de cheques, consultoría para inversiones, cambio de monedas y muchos otros. Pero todos los servicios son auxiliares y el principal es trabajar con el préstamo, sea tomando prestado se prestándolo.

Los bancos son, por lo tanto, una pieza importante en la economía, generando facilidades y satisfaciendo necesidades de las personas, tanto para negocios como para actividades personales. Los bancos pueden ser clasificados como: bancos de inversión, bancos privados, bancos federales o públicos, bancos centrales, bancos correspondientes, *credit union* o cooperativas de créditos, bancos *holdings*, corredoras.

En la misma medida, los bancos también son importantes para los agentes interesados en el lavado de dinero, activos o capitales. Sin embargo, los bancos están sujetos al deber de documentación de todas las operaciones y están bajo una fuerte regulación de las autoridades.

No es diferente la necesidad de los bancos y de las cuentas *offshore*. Ellos están sometidos a algunos principios básicos de las operaciones bancarias: sigilo, seguridad, conveniencia, y beneficios financieros. Operaciones *offshore* son vitales en una economía globalizada, son necesarias y son legítimas.

Para que las operaciones entre bancos de diferentes jurisdicciones ocurran, para que haya prestaciones de servicios para los negocios internacionales, fueron creados mecanismos de correspondencia. Es casi un absurdo la cantidad de transferencia de fondos que día a día se realiza por todo el mundo. El dinero es movido por transferencias electrónicas, bolsas de valores, corredoras, bolsa de *commodities*, compañías de tarjetas de crédito, ventas a futuro, en efectivo por personas, etc.

Entre tantas formas de transferencia y movimientos de fondos, tres sistemas de transferencia electrónica de fondos – *eletronic funds transfer* – EFT – son los más utilizados: CHIPS, SWIFT y Fedwire. La tecnología avanza y surgen más formas de transferencia como *cyberbanking* y *smart cards*.

CHIPS es la abreviatura de *Clearing House Interbank Payments System* operado por la casa de compensaciones de Nueva York – *New York Clearinghouse System* –. Según Madinger es el mayor servicio de transferencias electrónicas de los Estados Unidos entre bancos internacionales, realizando transacciones en la casa de \$900 billones por día (Madinger, 2012, p. 171).

SWIFT es la abreviatura de *Society for World Wide Interbank Financial Telecommunications*, siendo un servicio de mensaje utilizado por los bancos para empezar las transferencias de fondos. Las propias transferencias por el sistema CHIPS comienzan con este mecanismo. El servicio SWIFT inició en 1973 por las necesidades que surgieron en razón del volumen y tráfico de informaciones, para operar como un enorme servicio de red de email, objetivando un patrón común, autenticación, precisión y sigilo.

El Fedwire, a su vez, es un mecanismo para las transacciones domésticas. Este sistema crea una red entre todos los bancos federales estadounidenses.

En las transferencias electrónicas de fondos los datos son encriptados, con creación de códigos para mayor precisión, con autenticación por utilización de algoritmos para confirmación de posibles cambios de datos durante la transmisión. Por eso, toda operación bancaria es fundamentalmente registrada, dejando toda una suerte de rasgos.

En contrapunto existen los servicios informales de bancos, como el *Hawala* o *Fei chi'en*, los cuales, sin embargo, no están regulados, pero son eficientes para el movimiento de fondos. Estos sistemas se sostienen por una cadena de confianza entre personas o grupo de personas.

Madinger (2012) ejemplifica su forma de operar, veamos. Vamos a suponer que un negociante chino en Hong Kong desea transferir \$50,000 a un familiar que vive en la ciudad de San Francisco. Él contactará a otro hombre en Hong Kong perteneciente a la red *Fei chi'en* – que se traduce como “dinero vuelo” –. El negociante le entregará su dinero y la comisión al miembro de la red. Este hombre llama a su contacto en la ciudad de San Francisco y le pide que preste

el dinero a los familiares del negociante. Los fondos ya están en San Francisco, y este hombre que se encuentra en esta ciudad también realiza otras operaciones similares en sentido opuesto, haciendo compensaciones y obteniendo sus ganancias... (p. 177)

Obviamente que, bajo los aspectos del lavado, aquí no se tiene cualquier registro de las operaciones, siendo esta red de movimientos de fondos muy efectivas para una cantidad de operaciones sin registros.

*Hawala* y *Fei chi'en* son muy similares. *Hawala* tiene su origen en el sudeste de Asia y no tiene su origen en el lavado de dinero. En regla estos sistemas surgieron, aunque en países distintos, en donde el sistema de bancos y el gobierno no son confiables y las personas crean mecanismos naturales para el movimiento de recursos necesarios para conducir sus vidas y negocios.

Para el lavado, las operaciones bancarias sin registro traen ventajas, pero también desventajas, porque no permite la integración de los fondos y sus movimientos en el sistema oficial.

Los bancos representan una importante fuente de informaciones para las autoridades, cuando presentan sus reportes de operaciones – ejemplos estadounidense: *Currency Transaction Report – CTR*; *Currency or Monetary Instruments Report – CMIR*; *Foreign Bank Account Report – FBAR*; *Suspicious Activity Report – SAR* –. Algunas entidades se dedican a reunir datos de los bancos, como Equifax, TransUnion, Experian.

Una nueva expresión ha surgido hoy a partir de toda la tecnología disponible y la necesidad del registro de operaciones bancarias, llamada “inteligencia financiera”, la cual representa un esfuerzo para reunir y comprender los datos financieros para facilitar la toma de decisiones por aquellas personas con mandato ejecutivo, legisladores, consultores de inversiones, abogados, autoridades etc.

Con la inteligencia financiera los datos bancarios pueden ser compartidos con otras autoridades investidas en el combate del lavado de dinero, las cuales también se utilizan de los recursos tecnológicos para ejecutar sistemas y desarrollar mecanismos de control.

La experiencia estadounidense en este campo es grande. En su base de datos federales ellos desarrollaron algunos programas que merecen destaque:

- TECS II – *Treasury Enforcement Communications System*, por medio del cual se conecta informaciones de las autoridades de migración y del tesoro. Este sistema tiene acceso a los reportes bancarios – CTRs, CMIRs, CTRs, FBARs – y registros de pasajeros aéreos o marítimos, cargas de bienes con destino a los EUA, informaciones de actividades de contrabando, informaciones de la aduana, inspecciones de aeronaves, embarcaciones entre otras;
- NADDIS – *The Narcotics and Dangerous Drugs Information System*, es un sistema utilizado por la agencia anti estupefacientes – DEA –, con datos de investigaciones, informaciones de comercio y negocios, individuos, números de teléfonos, direcciones;
- NCIC – *The National Crime Information Center*, un sistema operado por los agentes federales de investigación – FBI –, con histórico criminal, datos de digitales;
- NLETS – *The National Law Enforcement Telecommunications System*, con informaciones de histórico criminal de personas, datos de habilitación para autos, automóviles, y otros.

Con acceso a estos sistemas, autoridades estadounidenses están organizadas para el análisis, control y combate del lavado en este aspecto financiero. FinCEN es la sigla para *The Treasury Department's Financial Crimes Enforcement Network*, que tiene como objetivo coleccionar, analizar y compartir informaciones importantes para la represión del lavado.

En el contexto internacional la mayor agencia internacional de control de los reportes de operaciones de crédito es la Dun & Bradstreet, sin embargo otras regionales merecen registro: *International Credit Reports* – división de la Dun & Bradstreet –; *International Market Guide* –America Central y del Sur –; Continental Europe – negocios europeos en 39 países –; *Guide to Key British Enterprises*; Synopsis of Dun – México –; *Synopsis of Dun – Brazil* –; *Reference Book* – Argentina –; *Bradstreet Register*; e *International Mercantile Claims Division*.

No se debe olvidar que un sistema bancario parte de la premisa de que sus operaciones sean cubiertas por el secreto. Mario de Magalhães (2010) aclara que:

(...) puede entenderse por secreto financiero el deber de reserva que pesa sobre las entidades financieras respecto de la información que reciban de sus clientes, o potenciales clientes, sea que ella forme parte o no de alguna operación o contrato financiero. (...) Así, Bonfanti, Barreira Delfino, Villegas Y Supervielle Saavedra, entre otros, lo entienden como una derivación del secreto profesional. (p. 522-523)

Con estas consideraciones concluye que:

Por nuestra parte, creemos que el secreto en general, y del cual se desprende el secreto bancario, es un componente del derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, es un derecho subjetivo de carácter especial y pertenece a la jerarquía de los derechos de la personalidad o personalísimos. (Gené, Casanovas, y Camerini, 2010, p. 522-523)

La regla no puede dejar de ser el sigilo, como establece la Constitución Nacional en su artículo 19, 1ª parte, y también su artículo 18: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados (...)”.

## **CAPÍTULO VII. EL CONTROL INTERNACIONAL CONTRA LAVADO DE DINERO**

### **VII.1. Introducción**

Históricamente siempre fue un concepto en las actividades bancarias que dinero es solo dinero, no importa su origen o procedencia. Esta idea ha cambiado drásticamente, especialmente en una economía globalizada donde cada actividad genera efectos lejanos a su origen.

No se defiende la abolición del secreto bancario, por el contrario, es secreto y las informaciones protegidas deben mantenerse en situación de protección como un derecho personalísimo. Sin embargo, lo que debe ser incrementado es la obligación de los bancos y agentes de un cuidado mayor y el fortalecimiento de una red internacional de control y combate al crimen financiero.

En los años 1970 y 1980 el crimen organizado y de estupefacientes comenzó a aprovecharse de las ventajas del secreto bancario, de las operaciones *offshore* y de las técnicas del lavado para escapar de las autoridades, quienes no han tenido éxito en cohibir estas actividades. Un movimiento de las entidades nacionales en la búsqueda por cooperación internacional ha crecido entre los gobiernos y acciones diplomáticas para garantizar acceso a informaciones. Surgieron tratados internacionales de mutua asistencia en asuntos legales para el intercambio de informaciones.

En este sentido surgieron la *International Criminal Police Commission* – INTERPOL, *Financial Action Task Force* –FATF, el *Egmont Group*, Naciones Unidas con políticas y acciones contra el lavado y permitiendo el intercambio de informaciones. Estas organizaciones serán objeto de estudio en este capítulo.

### **VII.2. INTERPOL**

La INTERPOL es una entidad que reúne 190 países, siendo la mayor organización policial internacional del mundo. Tiene como objetivo la colaboración entre las policías del mundo, dando a ella apoyo técnico y operativo en la lucha contra la delincuencia.

Al tratarse del apoyo a las policías la INTERPOL procura garantizar los instrumentos y servicios para que tengan acceso a informaciones para subsidiar a las investigaciones y a través de canales de comunicación seguros para desarrollar las operaciones necesarias al combate de la delincuencia.

Su agencia central está en Lyon, Francia, atendiendo por cooperación internacional 24 horas al día. Cada país miembro tiene la responsabilidad de mantener una oficina nacional de la INTERPOL, y cuenta con siete oficinas regionales por el mundo. Cada país miembro hace un aporte anual para mantener a la entidad internacional.

En la historia de la INTERPOL es importante citar que se inició en 1914 en un Congreso Internacional de Policía Internacional, en Mónaco, tratando la discusión de procedimientos para detención, técnicas de identificación, registros penales entre abogados, jueces y funcionarios policiales. Ya en 1923 Johannes Schober, presidente de la policía de Viena, creó la Comisión Internacional de Policía Criminal – CIPC – y en 1926 se vio necesario la creación de un punto central de contacto para auxiliar a las policías nacionales.

La Oficina Central Nacional fue creada en 1927 por una resolución y de ahí en adelante fueron siendo estructurados departamentos, inicialmente para combatir la falsificación de monedas y pasaportes. El nombre INTERPOL fue aprobado en 1935, después de la muerte de Johannes Schober. Con el fin de la Segunda Grande Guerra la INTERPOL cambió su sede para París – 1946 – y fue reconocida por las Naciones Unidas como entidad no gubernamental en 1949 y en 1971 como una organización intergubernamental. Por fin, trasladó su Secretaría General a Lyon en 1989.

La INTERPOL ha desarrollado programas agresivos contra el lavado de dinero dentro de una política de combate a la delincuencia financiera. En este contexto creó modelos de leyes para los países miembros y buscó dar soporte y formación para la implementación de programas nacionales de represión al lavado de dinero.

Según informaciones en el sitio de internet de la entidad, la delincuencia financiera “también denominada delincuencia de cuello blanco, abarca una amplia gama de delitos, generalmente de ámbito internacional”, los cuales usualmente se ejecutan por internet con repercusión en los bancos y finanzas, pero también son delitos que afectan al sistema económico, a los Estados, a

las empresas y a las organizaciones. La INTERPOL se enfoca en las tarjetas de créditos, blanqueo de capitales, moneda y documentos de seguridad falsos y estafa. –<https://www.interpol.int/es/Criminalidad/Delincuencia-financiera/Delincuencia-financiera>, 24/01/2017 –

Específicamente en relación al lavado de dinero, INTERPOL lo define como “cualquier acto o intento de ocultar o disimular la identidad de los ingresos obtenidos ilegalmente por ingresos que parecen que tienen origen a partir de fuentes legítimas”. (<https://www.interpol.int/es/Crime-areas/Financial-crime/Money-laundering>, 24/01/2017 –)

A través de la cooperación por medio del compartimiento de datos entre los miembros, INTERPOL procura combatir el lavado dando a los países miembros las condiciones de conocer las informaciones y ejecutar las operaciones.

Las más importantes resoluciones en esta materia son:

- AG-2015-RES-01 – Proyecto piloto para una nueva categoría de notificación para el rastreo y recuperación de activos;
- AG-2015-RES-02 – Acuerdo entre la INTERPOL y el Instituto Basel de Gobernanza;
- AG-2013-RES-03 – Acción internacional para la identificación, la localización y el bloqueo de activos;
- AG-2012-RES-02 – Promoción internacional de acción para el que tiene como objetivo a los bienes de procedencia ilícita;
- AGN/66/RES/18 – 1997 – estadísticas de lavado de dinero;
- AGN/66/RES/17 – 1997 – Investigaciones de lavado de dinero y cooperación policial internacional;
- AGN/66/RES/15 – 1997 – Legislación: lavado de dinero;
- AGN/60/RES/4 – 1991 – medidas para lidiar con efectividad con el sistema de transacciones financieras internacionales ilegales: actividad bancaria ilegal;
- AGN/56/RES/11 – 1987 – Cooperación entre bancos e instituciones financieras y asociaciones y agencias de aplicación de las leyes;

- AGN/55/RES/18 – 1986 – Crímenes económicos y financieros; cooperación entre policías y bancos e instituciones financieras y asociaciones.

Todas las resoluciones aprobadas por la Asamblea General de la INTERPOL tienen como objetivo convocar a los miembros para concentrar sus fuentes investigativas, haciendo rastreo y bloqueo de activos de las investidas ilícitas de personas y organizaciones criminales.

### **VII.3. Las Naciones Unidas**

La Convención de Viena, conocida como Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico de Estupefacientes, 1988, impuso a los países miembros que la firmaron que sus leyes reconozcan la práctica de lavado de dinero como una ofensa criminal y extraditable. También impuso a los signatarios un deber de cooperación en este asunto.

Los países signatarios asumieron una obligación de tomar las evidencias y declaraciones de personas; tomar medidas de bloqueo de bienes; investigar locales y objetos; proveer informaciones y evidencias; proveer copias de documentos relevantes, sea de bancos, financieras, corporaciones o registros de negocios; identificar o buscar productos del delito, propiedades u otras evidencias.

En la citada Convención fue reconocido que el lavado de dinero es una fuente de energía de las empresas que ejecutan actividades en favor del tráfico. Eso porque realizan operaciones bancarias globales para lograr suceso en su movimiento de recursos.

La Asamblea General de las Naciones Unidas –UNGASS – aprobó en 1998 una declaración y un plan para ejecutar acciones contra el lavado. En este acto fueron tratadas disposiciones más específicas y después otros tratados y convenciones le han dado soporte, como la Convención Internacional contra el Financiamiento del Terrorismo – 1999 –; la Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional –2000 –; y la Convención de la ONU contra la Corrupción – 2003 –.

La UNADOC, *United Nations Office on Drugs and Crime*, es un líder mundial en la lucha contra el crimen internacional y tráfico de estupefacientes. Fue establecida en lo año de 1997 a partir de una fusión entre el Programa de

las Naciones Unidas de Control de Drogas y el Centro Internacional de Prevención de Delitos. Como un brazo de la ONU, la UNADOC en materia de lavado es responsable por promover el Programa Global contra el Lavado de Dinero.

El objetivo de la UNADOC es el fortalecimiento de las habilidades de sus miembros para implementar las medidas contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, de forma a asistirlos con la detección, bloqueo, y confisco de bienes de origen ilícita.

El Programa Global de la UNADOC contra el lavado de dinero tiene como principal función:

- Asistir para el alcance de los objetivos fijados por la Asamblea General para que todos los países adopten un modelo de leyes que puedan garantizar efectividad de los instrumentos legales contra el lavado de dinero;
- Equipar a los países con los conocimientos necesarios, medios, y experiencia para que puedan implementar una legislación nacional con provisiones que contengan medidas contra el lavado de dinero;
- Asistir a los países en todas las regiones para incrementar la cualificación y habilidades de los oficiales y autoridades responsables para combatir el lavado de dinero;
- Incentivar la cooperación internacional y regional para alcanzar el suceso del combate al lavado de dinero;
- Fortalecer la capacidad operacional, financiera y legal de los países miembros para efectivamente combatir el lavado de dinero.

Las Naciones Unidas también crearon la red de informaciones internacionales contra el lavado de dinero – IMoLIN – en 1998 a partir de una asistencia a las organizaciones internacionales involucradas en el combate del lavado de dinero. Todas las informaciones contenidas en IMoLIN son públicas para los usuarios de Internet.

A su vez, las informaciones que se encuentran en la Base de Datos Internacional contra El Lavado de Dinero – AMLID – son una fuente de informaciones protegidas y accesibles solo a los miembros.

#### **VII.4. FATF – *Financial Action Task Force***

El Grupo de la Acción Financiera – GAFI-FATF – es una organización internacional que fue creada en julio del año de 1989 por los países integrantes del G7 – Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Alemania, Francia, Italia y Japón –, la Comunidad Europea y por más ocho países.

El GAFI tiene la función de establecer los estándares, las mejores prácticas y también desarrollar políticas que objetiven el combate del lavado. En ese ámbito el GAFI ha creado recomendaciones que se reconocen como siendo el marco de las prácticas en el combate de lavado de dinero y financiación del terrorismo y proliferación de armas de destrucción en masas.

Estas recomendaciones fueron establecidas primeramente en 1990, después revisadas en 1996, 2001, 2003 y 2012. El organismo hace un monitoreo del desarrollo de las políticas en sus miembros, revisando los procedimientos del combate y promoviendo la adopción de las medidas globales más apropiadas.

El GAFI cuenta actualmente con 35 miembros y dos organizaciones regionales. La organización asumió la responsabilidad de examinar las técnicas de la práctica del lavado, haciendo un análisis en nivel nacional e internacional, fijando medidas que deben ser tomadas en nivel nacional. A partir de ahí surgieron las 40 recomendaciones.

En su primer reporte FATF I ha recomendado a los miembros:

- Criminalizar el lavado de dinero;
- Que incluya otras ofensas como precursoras del lavado y no solo el tráfico de estupefacientes;
- Imponer a los bancos el concepto de “conozca su cliente”;
- Adoptar los reportes para transacciones bancarias;
- Desarrollar mecanismos para hacer los reportes.

Después del ataque del once de septiembre, el GAFI acreció ocho recomendaciones que se sumaron a las 40 recomendaciones y les hizo sugerencias a los miembros para que:

- Ratificaran la convención de las Naciones Unidas contra el terrorismo;
- Crearan provisiones para respaldar a los reportes en las operaciones sospechosas;
- Criminalizaran la financiación del terrorismo y tomaran medidas de bloqueo de bienes;
- Crearan leyes para regular el mercado informal de transferencia de dinero;
- Fortalecieran las leyes de control sobre organizaciones de caridad y sin fines de ganancias.

En Argentina, el Legislador editó la ley 23.737, creando el tipo penal, hoy derogado, del lavado de activos proveniente del narcotráfico, en cumplimiento a la recomendación del GAFI.

Como apunta Casanovas (2010, p. 181), el GAFI no está bajo una convención o tratado internacional, sin embargo, impulsa el esfuerzo de los países a la estandarización del combate del lavado de dinero y, obviamente, las recomendaciones no son vinculantes. La importancia de las cuarenta recomendaciones hizo que el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial las reconocieran como estándares internacionales.

### **VII.5. El Egmont Group**

El *Egmont Group* surgió de una idea y reunión de Unidades de Inteligencia Financiera a partir de un encuentro en el Palacio Egmont Arenberg en Bruselas, Bélgica y reúne actualmente 152 Unidades de Inteligencia Financieras – UIFs –.

El Grupo provee una plataforma para el intercambio de experiencias y experticias para el combate al lavado de dinero, dando soporte en el esfuerzo para que los agentes internacionales sean capaces de dar efectividad a las resoluciones y recomendaciones de las Naciones Unidas, de los Ministros de Finanzas de los G20, y del GAFI-FATF.

Reconocen que compartir las informaciones colectadas por las Unidades de Inteligencia Financieras es fundamental para el éxito del combate al lavado de dinero. En este sentido explica Gené (2010), *verbis*:

El Grupo promueve e impulsa la firma de Memorandos de Entendimiento, una suerte de acuerdos institucionales entre las diferentes Unidades para simplificar el intercambio de información bilateral, intercambio que se realiza sin intervención de los sistemas jurisdiccionales de los Estados involucrados, aspecto éste que debe ser debidamente considerado ya que tiene una directa vinculación con el régimen del secreto bancario y la validez de las pruebas legales, en los procesos penales en los que pretenda utilizarse esa prueba y en la legislación de los distintos países. (p. 63)

Para que una Unidad de Inteligencia Financiera pueda volverse un miembro del Grupo es necesario que demuestre su capacidad para recibir Reportes de Operaciones Sospechosas – ROS –.

#### **VII.6. Otras iniciativas**

Según la legislación argentina, la Ley 25.246 cuida del Lavado de Dinero de Origen Delictivo y fue esta ley una respuesta a las presiones internacionales para que la Argentina hiciera una adaptación de sus normativas en conformidad con las directrices internacionales, especialmente del GAFI.

Antes de esa ley, había solo la Ley 23.737, con el apelo internacional de dar énfasis en el tráfico ilícito de estupefacientes. Por eso la Ley 25.246 fue importante, significando un cambio de la normativa argentina.

Gené (2010, p. 30) hace un esclarecimiento de que a través de la Ley 25.246 el Código Penal sufre una modificación para aplicar sanciones en carácter administrativo y fija obligaciones a los sujetos que tienen deber de informar.

El artículo 277 del Código Penal trató al lavado como una especie del género básico del encubrimiento, haciendo una diferencia con aquellos países que apuntan al lavado como una forma de receptación. El encubrimiento es un delito autónomo, lo que difiere de los delitos de autoría y participación. Para Gené (2010) existen doctrinadores, especialmente de origen española, que prefieren definir el lavado como un delito de carácter pluriofensivo, de

naturaleza supraindividual, porque se trata de delito contra el orden socioeconómico... (p. 30)

Sin embargo, el Código Penal en el artículo 277 señala como bien jurídico tutelado a la administración de justicia: “ya que la conducta que despliega el autor del encubrimiento está destinada a perturbar o entorpecer la investigación tendiente a lograr la individualización de los autores o partícipes del delito previo”. (Gené, Casanovas, y Camerini, 2010, p. 30)

D’Albora (2011) es de la misma opinión:

La ley 25.246, que tipifica el delito de lavado de dinero proveniente de cualquier delito, modificó totalmente la rúbrica del Capítulo XIII, Título XI, del Libro Segundo, del Código Penal, alterando sustancialmente el sistema del encubrimiento –género - del cual el lavado de dinero contemplado en el nuevo art. 278, inc. 1º, pasa a ser una especie. El bien jurídico protegido no es ya la salud pública contemplada por la ley 23.737 sino la Administración Pública. (p. 25)

Es posible entonces defender que hay un requisito negativo para la configuración del delito de encubrimiento: que el autor no haya participado de los delitos previos. Al participar no estará configurado el encubrimiento, pero sí la autoría o la participación en el delito previo. Veamos:

Desde el punto de vista del tipo subjetivo es una conducta dolosa, que requiere un dolo directo, dado por el conocimiento del delito previo –el sujeto activo ha de conocerlo y su intención será favorecer al autor de aquél en su propósito de eludir el accionar de la justicia-, pero no es necesario que quien ejecuta la conducta intervenga con un ánimo especial de lucro, cuál sería la intención de obtener alguna ganancia. (Gené, Casanovas, y Camerini, 2010, p. 35)

El artículo 278 del Código Penal trata de la tipificación de la pena para el lavado, aclarando que el delito antecedente puede ser cualquiera, no necesariamente el tráfico de estupefacientes como previsto en el tipo derogado de la Ley 23.737, artículo 25.

## **CAPÍTULO VIII. LA UIF**

### **VIII.1. Introducción**

La Ley 25.246, Ley de Lavado de Activos de Origen Delictivo y el Decreto de Reglamento 169/01 traen a Argentina mecanismos avanzados de combate al lavado de dinero, especialmente la prevención y el contralor. La ejecución de las competencias de la UIF y una necesaria reestructuración del sistema bancario demuestran el progreso en estas pautas internacionales.

Los estándares que deben ser adoptados por las UIFs derivan de directrices de órganos internacionales, como el Grupo Egmont, el GAFI-FATF, las Naciones Unidas y otros. El Grupo Egmont representa la unión de todas las UIFs del mundo, siendo constituido en el año de 1995.

La primacía del Grupo Egmont existe por sus objetivos, los cuales son el establecimiento de los estándares de las UIFs, coordinar sus comunicaciones y garantizar de forma segura el intercambio de datos. A su vez, es esperado de las UIFs el análisis de actividades sospechosas o inusuales, ejecutando una actuación administrativa, donde deberán participar especialistas, expertos, y mantener datos de organismos competentes.

En este capítulo se analizarán las características de las UIFs, como se estructuró en Argentina, sus funciones, naturaleza, composición, como se da la toma de decisiones, sus competencias, las medidas preventivas, los reportes y los sujetos obligados a reportar.

### **VIII.2. Características**

Curioso notar que la UIFs se cualifican como siendo unidades de inteligencia financiera. Según Gené (2010) esta caracterización se debe a, *verbis*:

El origen de las llamadas Unidades de Información Financiera o de Inteligencia Financiera –nombre más común en el orden internacional- está dado por la necesidad de disponer de una estrategia actualizada en la lucha contra el lavado de dinero, que permita privar a las organizaciones delictivas del producto de su actividad, utilizando para ello la totalidad de los activos de los cuales disponen las autoridades de prevención y el conocimiento multidisciplinario del que se puede nutrir la actividad estatal, al involucrar en la prevención a los diversos actores sociales comprometidos en aquellas actividades que

resultan más frecuentemente utilizadas para blanquear el producto de las conductas ilícitas. (p. 60)

Siendo correcto que una forma de combate eficaz de las actividades delictivas es la apropiación por el Estado de los fondos y activos de las organizaciones que actúan contra las leyes, o sea el producto del delito, cuya prevención demanda la participación de sujetos y entidades detentoras de informaciones privilegiadas para que ellas puedan remitirlas para los órganos encargados del combate, las UIFs se tornaran indispensables, desempeñando un rol fundamental contra la delincuencia financiera.

Para el desarrollo de sus actividades las UIFs deben contar con un equipo multidisciplinario, cuya capacitación permita proseguir con el análisis de datos financieros, bancarios, contables, económicos, jurídicos, de informática y de transmisión de datos.

Según parámetros del Grupo Egmont, las UIFs se caracterizan por vocaciones policial, o judicial, o administrativa, o mixtas de policial y judicial. La mayoría de las UIFs del mundo son de carácter administrativo, después siguen las de carácter policial, las mixtas y por último las judiciales. En verdad, la mayoría es de carácter administrativo y le sigue la policial.

Una tendencia de los países es retirar de las UIFs su carácter judicial para que integren el Poder Ejecutivo con naturaleza administrativa. Sin embargo, es posible verlas ubicadas en el Ministerio de Economía y Finanzas o en el Ministerio de Justicia o en el Ministerio del Interior – aunque algunas se ubican en el Departamento de Policía, o Presidencia, o Banco Central –.

Manteniéndose las UIFs fuera del sistema de justicia es lo mismo que tenerlas con funciones extritas de recepción, análisis y remisión de las informaciones a las autoridades competentes para conducir las investigaciones.

A su vez, las UIFs integradas en un sistema judicial acostumbran estar sometidas al Ministerio Público y esa realidad se muestra en los países con fuerte secreto bancario para que los bancos sean compelidos a colaborar con las investigaciones.

El GAFI recomienda a todos los países que sus UIFs, independientemente de su naturaleza, deben organizarse en un organismo central para recibir, analizar y transmitir informaciones a las autoridades. Las UIFs son abastecidas de informaciones por los Reportes de Operaciones Sospechosas – ROS –,

enviados por aquellos obligados a informar transacciones obligatorias o inusuales. Recomienda también la integración entre sujetos obligados, instancia de supervisión, UIFs, Ministerio Público y Poder Judicial.

No sería imaginable no tener una integración de las distintas actividades desarrolladas en los sectores bancarios y financieros con las UIFs, aunque los análisis de posibles operaciones sospechosas o inusuales necesitan ser detectadas y registradas para posterior utilización. Sin esto no sería posible detectar actos de lavado de dinero. Más allá de la integración, hay que definir objetivamente los parámetros para que una operación sea calificada como sospechosa o inusual y como una forma de garantizar los datos, además su entrega a la UIF no la torna pública.

### **VIII.3. La UIF en Argentina**

La Ley 25.246, sancionada en 13 de abril de 2000 y promulgada el 5 de mayo del mismo año, es la norma que regula la Unidad de Información Financiera en Argentina, la cual es una autarquía funcional bajo la jurisdicción del Ministerio de la Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

El artículo 6º de la norma apunta como su función el análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos provenientes de, *verbis*:

- a) Delitos relacionados con el tráfico y comercialización ilícita de estupefacientes – Ley 23.737 –;
- b) Delitos de contrabando de armas – Ley 22.415 –;
- c) Delitos relacionados con las actividades de una asociación ilícita calificada en los términos del artículo 210 bis del Código Penal;
- d) Hechos ilícitos cometidos por asociaciones ilícitas – artículo 210 del Código Penal – organizadas para cometer delitos por fines políticos o raciales;
- e) Delitos de fraude contra la Administración Pública – artículo 174 inciso 5º del Código Penal –;
- f) Delitos contra la Administración Pública previstos en los Capítulos VI, VII, IX y IX bis del Título XI del Libro Segundo del Código Penal;
- g) Delitos de prostitución de menores y pornografía infantil, previstos en los artículos 125, 125 bis, 127 bis y 128 del Código Penal.

Cuenta con once miembros dentro los cuales: un funcionario del Banco Central de la República Argentina; un funcionario de la Administración Federal

de Ingresos Públicos; un funcionario de la Comisión Nacional de Valores; un experto en temas relacionados con el lavado de activos de la Secretaría de Programación para la Prevención de la Drogadicción y la Lucha Contra el Narcotráfico de la Presidencia de la Nación; un funcionario por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación; un funcionario por el Ministerio de Economía de la Nación; cinco expertos financieros, penalistas, criminólogos u otros profesionales con incumbencias relativas al objeto de esta ley, según dispone el artículo ocho de la norma.

Los citados cinco expertos deben ser seleccionados del siguiente modo: dos miembros del Consejo de la Magistratura, elegidos por sus pares, con una mayoría de dos tercios; dos funcionarios del Ministerio Público, elegidos por el Procurador General de la Nación; un miembro del Directorio del Banco Central, elegido por sus pares, con una mayoría de dos tercios; un miembro designado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; un miembro designado por la Comisión Nacional de Valores; un miembro designado por el Ministerio de Economía.

Su presidente y vicepresidente son indicados por el Ministerio de la Justicia, Seguridad y Derechos Humanos del Poder Ejecutivo que ejerce la decisión de elección – Ley 26.119 –.

Con la facultad de establecer agencias nacionales, actualmente cuenta con una agencia regional del norte del país, con competencia para las provincias de Jujuy, Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca, Chaco, Salta y Formosa.

Estando en conformidad con las directrices del GAFI-FATF, la UIF se limita a confirmar el carácter de las operaciones sospechosas de lavado de activos, veamos:

(...) cuyo delito precedente refiera exclusivamente al detalle de delitos detallados en el artículo referido, juntamente con el delito de financiamiento del terrorismo, recientemente incorporado a su competencia por imperio de la ley 26.268 (b.), 5/7/2007), y su posterior comunicación al Ministerio Público. (Gené, Casanovas, Camerini, 2010, p. 190)

Su competencia, en los términos del artículo 13 es:

1. Recibir, solicitar y archivar las informaciones a que se refiere el artículo 21 de la presente ley;
2. Disponer y dirigir el análisis de los actos, actividades y operaciones que según lo dispuesto en esta ley puedan

configurar legitimación de activos provenientes de los ilícitos previstos en el artículo 6º de la presente ley y, en su caso, poner los elementos de convicción obtenidos a disposición del Ministerio Público, para el ejercicio de las acciones pertinentes;

3. Colaborar con los órganos judiciales y del Ministerio Público (para el ejercicio de las acciones pertinentes) en la persecución penal de los delitos reprimidos por esta ley;

4. Dictar su reglamento interno para lo cual se requerirá el voto de las dos terceras partes del total de sus miembros.

Toda actuación que la UIF se regirá en observancia al secreto de la identidad de los obligados a informar, hasta que haya denuncia del Ministerio Público Fiscal cuando este cesara. La toma de decisiones es de su presidente, después de previa consulta obligatoria al Consejo Asesor que opina, pero no en carácter vinculante.

La UIF detiene no apenas una función pasiva de recibimiento de los reportes, teniendo también competencia legal para solicitar informes, documentos, antecedentes y otros elementos para que sea posible ejecutar su tarea de recibir, analizar y transmitir al Ministerio Público el resultado de la investigación.

Entre sus competencias existe la previsión para la aplicación de sanciones administrativas, después del regular contradictorio en un proceso administrativo sumarial – Resolución 10/03 –, cuyas decisiones son recurribles en forma directa ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. La Ley 25.246 dispuso:

**ARTICULO 23. —**

1. Será sancionado con multa de cinco (5) a veinte (20) veces del valor de los bienes objeto del delito, la persona jurídica cuyo órgano ejecutor hubiera recolectado o provisto bienes o dinero, cualquiera sea su valor, con conocimiento de que serán utilizados por algún miembro de una asociación ilícita terrorista, en el sentido del artículo 213 quáter del Código Penal.

Cuando el hecho hubiera sido cometido por temeridad o imprudencia grave del órgano o ejecutor de una persona jurídica o por varios órganos o ejecutores suyos, la multa a la persona jurídica será del veinte por ciento (20%) al sesenta por ciento (60%) del valor de los bienes objeto del delito.

2. Cuando el órgano o ejecutor de una persona jurídica hubiera cometido en ese carácter el delito a que se refiere el artículo 22 de esta ley, la persona jurídica será pasible de multa de cincuenta mil pesos (\$ 50.000) a quinientos mil pesos (\$ 500.000).

Se refiere la norma al “órgano ejecutor”. Al tratarse de una sociedad anónima, el órgano puede revestirse del directorio, de los apoderados o de la sindicatura. Ejecutor puede ser el representante legal o apoderado, y según Casanovas (2010): “excluyendo al dependiente, puesto que de lo contrario se ampliaría de manera inquietante el marco de punibilidad”. (p. 207)

La descripción típica impone que sea: “con conocimiento de que serán utilizados por algún miembro de una asociación ilícita terrorista”. Es visible que el tratamiento dado al lavado de dinero es dependiente de esta naturaleza de delitos, lo que rechaza el reconocimiento de que el lavado puede relacionarse a la práctica de ilícitos civiles.

El artículo 24, inc. 1, da la Ley 25.246 establece que “1. La persona que actuando como órgano o ejecutor de una persona jurídica o la persona de existencia visible que incumpla alguna de las obligaciones ante la UIF creada por esta ley, será sancionada con pena de multa de una – 1 – a diez – 10 – veces del valor total de los bienes u operación a los que se refiera la infracción, siempre y cuando el hecho no constituya un delito más grave.”

La obligación de informar es el deber más relevante a la UIF. Este deber fue bien descrito en el artículo:

**ARTICULO 21.** — Las personas señaladas en el artículo precedente quedarán sometidas a las siguientes obligaciones:

a. Recabar de sus clientes, requirentes o aportantes, documentos que prueben fehacientemente su identidad, personería jurídica, domicilio y demás datos que en cada caso se estipule, para realizar cualquier tipo de actividad de las que tienen por objeto. Sin embargo, podrá obviarse esta obligación cuando los importes sean inferiores al mínimo que establezca la circular respectiva.

Cuando los clientes, requirentes o aportantes actúen en representación de terceros, se deberán tomar los recaudos necesarios a efectos de que se identifique la identidad de la persona por quienes actúen.

Toda información deberá archivar por el término y según las formas que la Unidad de Información Financiera establezca;

b. Informar cualquier hecho u operación sospechosa independientemente del monto de la misma. A los efectos de la presente ley se consideran operaciones sospechosas aquellas transacciones que de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad que se trate, como así también de la experiencia e idoneidad de las personas obligadas a informar, resulten inusuales, sin justificación económica o

jurídica o de complejidad inusitada o injustificada, sean realizadas en forma aislada o reiterada.

La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad;

c. Abstenerse de revelar al cliente o a terceros las actuaciones que se estén realizando en cumplimiento de la presente ley.

Los sujetos obligados a informar “la existencia de una situación atípica que fuese susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o financiación de terrorismo” – art. 20, bis –, se encuentran descritos en el artículo 20, *verbis*:

1. Las entidades financieras sujetas al régimen de la ley 21.526 y modificatorias.
2. Las entidades sujetas al régimen de la ley 18.924 y modificatorias y las personas físicas o jurídicas autorizadas por el Banco Central de la República Argentina para operar en la compraventa de divisas bajo forma de dinero o de cheques extendidos en divisas o mediante el uso de tarjetas de crédito o pago, o en la transmisión de fondos dentro y fuera del territorio nacional.
3. Las personas físicas o jurídicas que como actividad habitual exploten juegos de azar.
4. Los agentes y sociedades de bolsa, sociedades gerente de fondos comunes de inversión, agentes de mercado abierto electrónico, y todos aquellos intermediarios en la compra, alquiler o préstamo de títulos valores que operen bajo la órbita de bolsas de comercio con o sin mercados adheridos.
5. Los agentes intermediarios inscriptos en los mercados de futuros y opciones cualquiera sea su objeto.
6. Los registros públicos de comercio, los organismos representativos de fiscalización y control de personas jurídicas, los registros de la propiedad inmueble, los registros de la propiedad automotor, los registros prendarios, los registros de embarcaciones de todo tipo y los registros de aeronaves.
7. Las personas físicas o jurídicas dedicadas a la compraventa de obras de arte, antigüedades u otros bienes suntuarios, inversión filatélica o numismática, o a la exportación, importación, elaboración o industrialización de joyas o bienes con metales o piedras preciosas.
8. Las empresas aseguradoras.
9. Las empresas emisoras de cheques de viajero u operadoras de tarjetas de crédito o de compra.
10. Las empresas dedicadas al transporte de caudales.
11. Las empresas prestatarias o concesionarias de servicios postales que realicen operaciones de giros de divisas o de traslado de distintos tipos de moneda o billete.
12. Los escribanos públicos.

13. Las entidades comprendidas en el artículo 9º de la ley 22.315.
14. Los despachantes de aduana definidos en el artículo 36 y concordantes del Código Aduanero – ley 22.415 y modificatorias –.
15. Los organismos de la Administración Pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social y el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia;
16. Los productores, asesores de seguros, agentes, intermediarios, peritos y liquidadores de seguros cuyas actividades estén regidas por las leyes 20.091 y 22.400, sus modificatorias, concordantes y complementarias;
17. Los profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los consejos profesionales de ciencias económicas;
18. Igualmente están obligados al deber de informar todas las personas jurídicas que reciben donaciones o aportes de terceros;
19. Los agentes o corredores inmobiliarios matriculados y las sociedades de cualquier tipo que tengan por objeto el corretaje inmobiliario, integradas y/o administradas exclusivamente por agentes o corredores inmobiliarios matriculados;
20. Las asociaciones mutuales y cooperativas reguladas por las leyes 20.321 y 20.337 respectivamente;
21. Las personas físicas o jurídicas cuya actividad habitual sea la compraventa de automóviles, camiones, motos, ómnibus y microómnibus, tractores, maquinaria agrícola y vial, naves, yates y similares, aeronaves y aerodinós.
22. Las personas físicas o jurídicas que actúen como fiduciarios, en cualquier tipo de fideicomiso y las personas físicas o jurídicas titulares de o vinculadas, directa o indirectamente, con cuentas de fideicomisos, fiduciantes y fiduciarios en virtud de contratos de fideicomiso.
23. Las personas jurídicas que cumplen funciones de organización y regulación de los deportes profesionales.

El artículo 21 dispone que “La Unidad de Información Financiera establecerá, a través de pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad;”, lo que se traduce como una norma en blanco.

Estas normas penales en blanco, bajo el punto de vista del derecho penal, sufren críticas amparadas en el principio de la legalidad penal, aunque se hace

una delegación al Poder Ejecutivo de la potestad de definición de las conductas ilícitas. Se deja de observar el estado constitucional en el cual es el Poder Legislativo aquel con la premisa de describir las conductas prohibidas.

Gené (2010) ha opinado en sentido opuesto a esta posibilidad, para él:

En nuestra opinión, como ya lo hemos mencionado, la Unidad de Información Financiera ha exorbitado la delegación legal –en el dictado de las normas de complemento-, excediendo e mucho los límites de aquella y en tal sentido, creemos que la modificación de alguna de las resoluciones dictadas oportunamente por la UIF, importa, además de la búsqueda de su correlación con los requerimientos del BCRA, una suerte de reconocimiento tácito de aquello que afirmamos. (p. 160)

En particular al poder de la UIF de fijar las “pautas objetivas, las modalidades, oportunidades y límites del cumplimiento de esta obligación para cada categoría de obligado y tipo de actividad”, se evidencia una típica delegación normativa, poniendo en riesgo los principios legales.

#### **VIII.4. Sujetos obligados a informar**

Los sujetos obligados a informar son aquellos que por una opción legislativa fueron apuntados como tenedores de informaciones privilegiadas, los cuales entendió el Legislador que tuviesen un deber de vigilancia.

Siendo el lavado de dinero un proceso que se desarrolla en fases, como ya fue dicho en este texto, no se hace de una forma instantánea y por eso la medida más eficaz es evidentemente la prevención.

Siendo muchas las operaciones para la colocación, decantación o estratificación, e integración, el deber preventivo de análisis de estas operaciones es fundamental para la prevención. Sin embargo, este análisis es tarea delicada, aunque tales operaciones son operaciones comunes que ocurren todos los días.

A su vez, la naturaleza de las actividades bancarias y financieras, por su complejidad, imponen una necesaria documentación, lo que importa es materializar datos importantes para análisis.

Así, no será solo la jurisdicción penal la capaz de cohibir los actos de lavado de dinero, aunque otras entidades podrán ejercer el control y fiscalización de las operaciones. En este sentido apunta Gené (2010) que:

En este orden de ideas, la asunción por parte de los sujetos obligados de aquellas cargas de vigilancia propias de la actividad de que se trate, supone una efectiva colaboración en la prevención de las conductas criminales a la que en modo alguno pueden negarse, así como una racional utilización de los medios de que dispone la sociedad en su conjunto para actuar en contra de la actividad ilícita. (p. 108)

Para que los sujetos obligados a informar puedan cumplir con este deber de “llevar a conocimiento de la Unidad de Información Financiera, las conductas o actividades de las personas físicas o jurídicas, a través de las cuales pudiera inferirse la existencia de una situación atípica que fuese susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa”, será necesario que los obligados tengan conocimiento de sus clientes y capacidad de análisis de la situación de ellos.

Barral (2003) explica: “Estos sujetos constituyen un elemento esencial en la prevención y detección de los casos de lavado de dinero por resultar los canales habitualmente utilizados para ese tipo de maniobras” (p. 118).

Deben los sujetos obligados tener individualizadas a las personas que se vinculan a sus clientes, mediante presentación de documentos de prueba de identidad, personería jurídica, domicilio etc. Más allá de la identificación del cliente, los sujetos obligados deben seguir la regla “conozca a su cliente” para que sea posible hacer el análisis subjetivo de la identificación de sospecha.

Las operaciones sospechosas que deben ser identificadas por los sujetos obligados no se sujetan a un monto específico y son caracterizadas cuando son distintas de los usos y costumbres de la actividad correlata. El Decreto 169/01 dispone a título enunciativo:

A los fines del inciso b) del artículo 21 de la Ley, serán considerados, a mero título enunciativo, "hechos" u "operaciones sospechosas", los siguientes:

a) Los comprendidos en las reglamentaciones, que en sus respectivos ámbitos, dicten los organismos de control mencionados en el artículo 20, inciso 15: BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA, ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS, SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACION, COMISION NACIONAL DE VALORES e INSPECCION GENERAL DE JUSTICIA, en el marco de la Ley.

b) Los servicios postales, por montos o condiciones que pudieran exceder manifiesta y significativamente la razonabilidad en orden a la naturaleza de la operación.

- c) El comercio de metales o piedras preciosas y el transporte de dinero en efectivo o su envío a través de mensajerías, fuera de la actividad habitual de comercio o dentro de ella, excediendo los márgenes de la razonabilidad.
- d) La realización de operaciones secuenciales y transferencias electrónicas simultáneas entre distintas plazas, sin razón aparente.
- e) La constitución de sociedades sin giro comercial normal y habitual que realicen operaciones con bienes muebles o inmuebles, contratos de compraventa, facturas de importación o exportación, o préstamos, sin contar con una evolución patrimonial adecuada.
- f) Los registros de operaciones o transacciones entre personas o grupos societarios, asociaciones o fideicomisos que por su magnitud, habitualidad o periodicidad excedan las prácticas usuales del mercado.
- g) Las contrataciones de transporte de caudales que por su magnitud y habitualidad revelen la existencia de transacciones que excedan el giro normal de las empresas contratantes.
- h) Las operaciones conocidas o registradas por empresas aseguradoras, fundadas en hechos y circunstancias que les permitan identificar indicios de anormalidad con relación al mercado habitual del seguro.
- i) Las actividades realizadas por escribanos, martilleros, rematadores, consignatarios de hacienda, contadores, despachantes de aduana, agentes de transporte aduanero y demás profesionales y auxiliares del comercio, en el ejercicio habitual de su profesión, que por su magnitud y características se aparten de las prácticas usuales del mercado.
- j) Los supuestos en los que las entidades comprendidas en el artículo 9° de la Ley N° 22.315, detecten en sus operaciones el giro de transacciones marginales, incrementos patrimoniales, o fluctuaciones de activos que superen los promedios de coeficientes generales.
- k) Las situaciones de las que, mediante la combinación parcial de algunas pautas establecidas en los incisos precedentes u otros indicios, pudiera presumirse la configuración de conductas que excedan los parámetros normales y habituales de la actividad considerada.

Las sospechas no pueden ser reveladas a terceros, evitándose que pueda frustrar una posible investigación, no siendo los reportes una causa que pueda imputar responsabilidad a los sujetos obligados, habiendo una exención de responsabilidad por reportar a la UIF.

Evidentemente que si a cada reporte hubiese una responsabilidad del sujeto obligado, no habría cualquier reporte. El sistema no funcionaría sin o con esta exención de responsabilidad.

Sin embargo, los sujetos obligados no pueden invocar el secreto bancario, fiscal o profesional para escapar de esa obligación de informar.

En Argentina no hay previsión para el reporte automático para operaciones arriba de un monto. Hay sistemas que prevén solo las comunicaciones automáticas, otros solos la sospechosas y algunos ambos reportes.

### **VIII.5. Reportes de Operaciones Sospechosas – ROS –**

Los reportes de operaciones sospechosas son una fuente permanente de inquietud, aunque las informaciones a ser suministradas son encobertadas por el secreto fiscal, profesional o bancario.

La Constitución Nacional garantiza la inviolabilidad de la correspondencia y papeles privados en su artículo 18. El secreto profesional y oficial tiene supedáneo en la norma de los artículos 156 y 157 del Código Penal. Las leyes de Entidades Financieras y de Lavado de Activos de Origen Delictivo son posteriores al Código Penal y perfectamente aplicables por tratarse de leyes posteriores.

Por lo tanto, partiendo de las premisas de la legalidad de la aplicación de previsiones normativas que dan amparo a los reportes, debe tenerse en cuenta dos situaciones distintas: los reportes para operaciones sospechosas y los reportes para atermiento de informaciones adicionales.

Tratando de operaciones sospechosas, el secreto de las informaciones es mantenido en los reportes de los sujetos obligados a la UIF. Constituye un delito de violación de secretos calificada por la Ley 25.246, veamos:

**ARTICULO 22.** — Los funcionarios y empleados de la Unidad de Información Financiera están obligados a guardar secreto de las informaciones recibidas en razón de su cargo, al igual que de las tareas de inteligencia desarrolladas en su consecuencia. El mismo deber de guardar secreto rige para las personas y entidades obligadas por esta ley a suministrar datos a la Unidad de Información Financiera.

El funcionario o empleado de la Unidad de Información Financiera, así como también las personas que por sí o por otro revelen las informaciones secretas fuera del ámbito de la Unidad de Información Financiera, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años.

En otro sentido, es el reporte en cumplimiento a una información adicional. La cual podría, según el artículo 20 *in fine*, ser requerida a un juez, conforme la redacción original – hoy alterado por la Ley 26.683, 21/06/2011 –, *verbis*:

No serán aplicables ni podrán ser invocados por los sujetos obligados a informar por la presente ley las disposiciones legales referentes al secreto bancario, fiscal o profesional, ni los compromisos de confidencialidad establecidos por la ley o por contrato cuando el requerimiento de información sea formulado por el juez competente del lugar donde la información deba ser suministrada o del domicilio de la Unidad de Información Financiera a opción de esta, o por cualquier tribunal competente con fundamento en esta ley.

Actualmente el deber engloba ambas las formas de reportes y no podrán ser negados a la UIF con fundamento en el secreto, puede que la UIF solicite al Ministerio Público que requiera al juez la pesquisa personal y secuestro de documentos – artículo 14, inc. 6, Ley 25.246 –.

Garantizando que se eximan de responsabilidad los sujetos obligados por las informaciones secretas objeto de los reportes a la UIF, la Ley 25.246 establece en su artículo 18 el principio del “puerto seguro”, una eximente de responsabilidad cuando el cumplimiento es de buena fe.

Sin embargo, Casanovas (2010) puntualiza:

Existiría responsabilidad del sujeto obligado que se reportara un operatorio como sospechosa en los términos del art. 21, inc. B) de la Ley 25.246, sin haber cumplimentado los aspectos regulatorios sobre conocimiento del cliente (p. ej., bancos, res. UIF 228/07), situación que evidencia la falta de diligencia debida en el caso al no encontrarse en condiciones de poder determinar si existe razonable relación entre la operatoria efectuada y la actividad (fuente generadora de recursos). (p. 227)

En este sentido, los empleados de los sujetos obligados a informar, necesitan de parámetros objetivos para que puedan identificar una operación como sospechosa y no resumir una conclusión en este sentido solo por una percepción subjetiva y personal. Debe ser preservada la intimidad y el derecho al secreto de informaciones de los clientes.

### **VIII.6. Las medidas de prevención de lavado de dinero de activos en un mercado de capitales**

La actividad económica necesaria a todas las economías es dependiente de una adecuada financiación de las personas y por eso es preponderante en un mercado de capitales sano y seguro.

Los inversionistas del Estado o de las empresas son necesarios para el dinamismo del mercado. Un eficiente control de los responsables por la intermediación de las ofertas es dependiente de leyes que logren regular también los responsables por la captación de ahorros.

Es común la previa autorización por el Estado de la oferta pública de los valores negociables y es parte de los instrumentos de protección de los inversionistas de la oferta de informaciones sobre los productos financieros disponibles para su escoja.

En Argentina, la Comisión de Valores fue instituida en 1937 con el objetivo de absorber del mercado los títulos y promover la estabilidad de él. A su lado estaban la Bolsa de Comercio de Buenos Aires – BCBA – y el Mercado de Valores de Buenos Aires – MVBA –. Por su vez, la Ley 17.811, conocida como Ley de Oferta Pública – LOP – objetivó la protección del ahorro público y fomento del mercado de capitales, como también creó la Comisión Nacional de Valores.

Tratando de levado, la Ley 25.246 apuntó que:

Art. 20. Inc. 15. Los organismos de la Administración Pública y entidades descentralizadas y/o autárquicas que ejercen funciones regulatorias, de control, supervisión y/o superintendencia sobre actividades económicas y/o negocios jurídicos y/o sobre sujetos de derecho, individuales o colectivos: el Banco Central de la República Argentina, la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Superintendencia de Seguros de la Nación, la Comisión Nacional de Valores, la Inspección General de Justicia, el Instituto Nacional de Asociativo y Economía Social y el Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia;

Sin embargo, entidades como el Banco Central de la Republica de la Argentina – BCRA – y la Comisión Nacional de Valores – CNV – encuadrado en este contexto, por tratarse de organismos de control, con naturaleza de entidades autárquicas de la administración pública, según Camerini (2010), no debían estar sujetos a informar en el mismo nivel de los otros sujetos

obligados, aunque podrían funcionar en un sistema intergubernamental, para evitarse la sobre posición de una entidad de control sobre otra... (p. 365)

La resolución 6/03, dictada por la UIF, trató sobre lavado de dinero y de la CNV. No obstante una posible intromisión de la UIF en materia reglamentaria de la CNV, fijó el deber de la CNV de tener un programa para detectar operaciones sospechosas y/o inusuales; impuso control por la CNV sobre sus entidades autorreguladas; determinó que la CNV tuviera procedimientos para detectar hechos financieros o económicos que no correspondan a las actividades de las personas sujetas a su poder de fiscalización; impuso que la CNV crease un sector específico para la análisis de los casos de lavado de dinero.

## CAPÍTULO IX. LAS OPERACIONES DEL LAVADO EN UN GRUPO ECONÓMICO

### IX.1. Introducción

Los grupos económicos en el actual momento de globalización lograron transponer las fronteras nacionales para optimizar su cadena de producción y/o servicios haciéndose presentes en diversas jurisdicciones distintas. Un factor de promoción y al mismo tiempo que causa el desarrollo de la informática y telecomunicaciones permitiendo el trafago de comunicación y financiero entre las empresas de un mismo grupo donde quiera que se encuentre.

Esto avanza y permitió un incremento en las transacciones financieras y también el comercio e intermediación de servicios financieros y bancarios. El tiempo hoy para la conclusión de una transferencia de fondos es muy corto y sencillo.

Aquí se está tratando de lavado de activos y responsabilidad empresarial por actos ilícitos civiles, donde es preponderante la actuación de las empresas en los movimientos de fondos para evitar acreedores, sean socios minoritarios, sean terceros acreedores o el fisco.

Así, los actos ilícitos civiles en este sentido ocurrirán con mayor frecuencia con operaciones bancarias, financieras y sociedades *offshores*.

Las sociedades *offshores* traen ventajas para operaciones de lavados, aunque refugios fiscales posibilitan desvincular los activos de sus verdaderos dueños con la utilización de *shell corporations* bajo una acción de planificación tributaria.

Conjugando la utilización de sociedades pantalla son posible las maniobras de lavado de activos por instrumentos negociables, aunque sus características son de alta liquidez, volumen de operaciones, transnacional.

El mercado financiero, por lo tanto, tiene un rol importante en materia de oportunidad para el blanqueo de capitales.

En este capítulo será abordado los roles de las sociedades *offshores* y el mercado de valores negociables.

## IX.2. Lavado de dinero y sociedades *offshores*

Las sociedades *offshore* son aquellas que están en cualquier otro país soberano que no sea el Estado nacional. El tema despierta mayor interés cuando esta *offshore* está incorporada en un refugio fiscal. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OECD – hizo una correspondencia de refugio fiscal a las prácticas perjudiciales en un informe del año de 2000 apuntando una lista de países así considerados.

Desde entonces hay una asociación de que una sociedad *offshore* tiene algún tipo de actividad ilícita o que hace cualquier tipo de desvío de activos u ocultación, que no es verdad.

Los presupuestos utilizados por la OECD para encuadrar un país o una región en el concepto de refugio fiscal es, según Blanco (2013, p. 201):

- Que la jurisdicción no imponga impuestos o que imponga sólo una tasa nominal fija;
- Que exista falta de transparencia; y
- Que existan leyes o prácticas administrativas que impidan el intercambio efectivo con otros países de información sobre cuestiones fiscales vinculadas a los contribuyentes beneficiados con el régimen fiscal preferente.

Ocurrió una evolución del concepto para no solo adoptar la idea de baja o nula tributación, incluyendo falta de transparencia fiscal y cooperación internacional.

También apunta Hernán Blanco que (2013) otro organismo internacional llamado de *Financial Stability Forum* creó una definición de Centro Financiero *Offshore*, para el cual siguen los presupuestos:

- Bajo o inexistentes impuestos;
- Régimen de incorporación de sociedades flexibles o desregulados;
- Permisi3n para utilizaci3n de *trusts*, fundaciones, corporaciones internacionales;
- Sin exigencia de presencia f3sica en la jurisdicci3n;

- Alta confidencialidad;
- No disponibilidad de tales ventajas a los residentes. (p. 202)

Las sociedades *offshores*, sean compañías exentas, *international business corporation*-IBC o de domicilio, tienen ventajas sea por no ejercer actividad en su propia jurisdicción y por sus accionistas e socios no residir en la jurisdicción, al que se añade la inexistencia de obligación de apuntar la identidad de sus socios; dispensa de hacer contabilidad; bajo capital para su constitución; su mantención es solamente un pago de tasa anual; permitir directores nominales o personas jurídicas – titularidad legal –; permitir apoderados para la apertura de cuentas – no se aplica la regla “conozca a su cliente” –; permitir acciones al portador – prohibido en Argentina con la sanción de la Ley 24.587, 21/11/1995 –.

La Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires editó la Resolución General 7/2005 que prohíbe el otorgamiento de plenos poderes de administración a terceros, como un esfuerzo para que no sean utilizados “cómplices” y/o testaferros en las sociedades con administración por un socio oculto. Medidas como esta hacen la diferencia de las políticas que distinguen los refugios fiscales de otras jurisdicciones, como la de Argentina.

Otra medida adoptada en Argentina con supedáneo en la Ley 19.550 fue la determinación de no inscribir en el Registro Público de Comercio las *offshores* que no tengan capacidad de probar su actuación económica en su jurisdicción de origen. La acreditación de las *offshores* pasó a ser una necesidad junto al Registro con la presentación de volumen de operaciones, estados contables, contratos e etc.

Blanco (2013) apunta:

La principal función que tienen los vehículos corporativos u otros arreglos jurídicos (como los “*trusts*”) disponible en los refugios fiscales es ocultar al verdadero titular beneficiario de determinadas cuentas bancarias, bienes o incluso sociedades involucradas en esquemas complejos de lavado de activos. (p. 246)

Sin embargo de las aparentes ventajas que ciertos refugios fiscales o centros financieros presenten a los lavadores, hay una constante fuerza global de combate al lavado y la presión es cada vez más fuerte sobre estos países.

El Fondo Monetario Internacional – FMI – apunta que el lavado de dinero es hoy una de las mayores amenazas para la economía y finanzas mundiales y por lo tanto la comunidad internacional exigió este combate como una prioridad global. Los lavadores se utilizan de las diferencias del sistema financiero de una jurisdicción para otra y sus medidas de control.

Sin un efectivo combate, la integridad del sistema de un país está en riesgo, como también la estabilidad de sus instituciones financieras. La presencia de actividad de lavado causa un desinterés por parte de los inversionistas y una distorsión del flujo internacional de capitales. El desempeño macroeconómico es perjudicado, con pérdidas de riquezas.

Las directrices internacionales objetivan establecer los estándares para protección de los sistemas financieros, bancarios y garantizar transparencia a las autoridades de los reales beneficiarios de los activos y fondos.

### **IX.3. Los mercados financieros**

Un mercado financiero reúne en un mismo ambiente el comercio de bienes, de valores mobiliarios, de mercaderías, y cambio. O sea, el mercado financiero es el mercado donde circula el dinero. Todas las cosas con valor económico integran este mercado, como acciones, productos agrícolas, piedras preciosas, minerías e etc.

La proximidad entre compradores y vendedores crea el ambiente que se apunta como el mercado. Este mercado puede ser especializado, como es el mercado de capitales, mercado de cambio, mercado monetario y mercado de crédito. Una economía de mercado es aquella dependiente de las relaciones establecidas entre compradores y vendedores.

No se olvide de otras subdivisiones, como siendo parte del mercado de capitales: mercado de renta variable, de renta fija, de derivados, de fondos de inversiones.

Por así decir, un mercado financiero recibe los excedentes de la economía de ahorro para que ocurra la financiación de las empresas y de proyectos de inversiones. Los depósitos de ahorro en los bancos sirven para que haya inversiones en las empresas y en proyectos, habiendo remuneración de los bancos por la diferencia entre la toma de recursos y sus préstamos, llamado de *spread*.

La inversión en las empresas puede ser de dos formas. Inversores compran títulos de las empresas pasando a cualidad de sus acreedores o compran acciones.

La especialización del mercado de capitales permite que las transacciones entre empresas e inversores sean directas, sin necesidad del pago de un *spread* a los bancos. Es ventajoso para las empresas por que los costos son mejores y también para los inversores que pueden dejar su posición a cualquier momento con la venta de su crédito o acciones.

El mercado de capitales es fundamental para que un país pueda desarrollarse, aunque proyectos necesitan de capital y financiación para que sean ejecutados.

#### **IX. 4. Mercado de capitales y el lavado de dinero**

En un Estado Democrático de Derecho la libre iniciativa, es fundamento fundente. La orden económica, a su vez, tiene por principio la protección de la propiedad. Estas proposiciones ponen raíces en el desarrollo del Estado Liberal, en el cual el individuo es el centro, sin connotaciones de su inserción en un contexto social. Así es posible apuntar un Estado con percepción atomístico de la sociedad.

Por tal razón la libertad y propiedad son conceptos básicos y pilares del Estado. Las repercusiones sociales de estos derechos en la sociedad no son tan importantes en cuanto la garantía de ellos en sí. Son, por así decir, intangibles o absolutos, alzados a condición de derechos fundamentales a prestaciones negativas del Estado.

Este estado de derechos absolutos es concebido a partir de una visión iusnaturalista aunque se defiende la existencia de una ley mayor, natural, arriba de los hombres.

Esta percepción proporcione una acción humana tendente a proteger la voluntad humana soberana e ilimitada cuanto la fruición del derecho. Por obvio, derecho de una persona encuentra límites en los derechos de los otros y la consecuencia de un pensamiento individual absoluto es el total desinterés por las otras personas y sus proyectos.

Surge entonces un concepto de *homo oeconomicus* por lo cual la estabilización de los mercados siguen sus fuerzas naturales. El equilibrio del

mercado es una tendencia del juego de fuerzas e intervenciones no son necesarias para que eso ocurra. La libre iniciativa pasó a tener una característica egoísta y este modelo de Estado Liberal no logro el éxito de equilibrar el mercado, habiendo la necesidad de intervención estatal en la economía para su ocurrencia.

Con el pasar del tiempo ha cambiado la idea de derechos absolutos para reconocer la posibilidad de imponer limitaciones a ellos, bien como reconocer la posibilidad del ejercicio abusivo.

En la misma medida se reconoció que algunos agentes del mercado detenían un poder mayor de influencia por ejercer el control de los medios de producción, cuya necesidad de intervención estatal en el mercado es fundamental para garantizar un equilibrio entre los diversos agentes y soslayar la natural tendencia de formación de monopolios o manipulación del mercado.

Una naturaleza pública del mercado ha evolucionado para tener por necesario la participación del Estado en la economía objetivando una justa distribución de sus riquezas. La contrapartida al Estado Liberal es el Estado Social, cuya influencia de Marx y Engels es dominante, teniendo un contrapunto de no existir leyes naturales capaces de regulación del mercado.

Durkheim (2003) asegura que lo más importante no es la sapiencia para producción y su búsqueda para alcanzar cantidades mayores, al contrario, lo más importante es conocer cómo viven las personas y hasta qué punto la actividad económica es capaz de realizar los fines morales de la vida, las exigencias de justicia, humanidad y moralidad... (p. 16)

La economía, por lo tanto, también debe establecer compromisos con valores.

Este cambio de un Estado Liberal al Estado Social hace un reflejo en la preocupación que se tenía con los hombres y sus relaciones sociales, habiendo importancia de tener en cuenta las limitaciones que proyectos de los otros hacen bajo sus propios (Habermas, 2001, p. 324).

La capacidad de que dos o más individuos se contacten y la dependencia de las personas de un contexto social han promovido una reflexión acerca de la imposibilidad de hacer una defensa de los derechos absolutos, los cuales se sujetan a limitaciones. Las personas tienen que cumplir una función en la sociedad.

El interés protegido está arriba de los intereses individuales. Ihering (2002) apuntó en su teoría social que se garantiza un espacio a los individuos, sin embargo, en las teorías individualistas no habría espacio para la sociedad, el todo contiene la parte, la parte cuya existencia es la parte, excluye el todo... (p. 99)

Así nació los derechos sociales la igualdad, educación, cultura y etc., derechos concebidos a prestaciones positivas del Estado, si lo cual no son posibles de fruición. El Estado es participe en la sociedad, a través de intervención.

Intereses privados de un lado y función social de otro pasan al punto central de discusiones, pero no en verdad para sólo limitar la expansión o reducción de los poderes de los propietarios, también para que los propietarios puedan ser agentes de realización de un interés colectivo. Por así decir, la función social de la propiedad es un poder-deber, objetivando comportamientos positivos.

El mercado no puede, por lo tanto, hacer una repulsa de la intervención del Estado en la economía, bajo el punto de que él encontraría su propio equilibrio, como la mano invisible de Adam Smith. Tampoco Adam Smith hizo defensa en este sentido.

Por otro lado, la concepción del Estado Social y su poder de intervenir no es suficiente para alcanzar justicia social y un fortalecimiento exagerado del Estado promovió una concentración indeseada de sus actividades.

La propuesta de liberación de la sociedad, del riesgo, y ajá de asegurar la igualdad material absoluta es la raíz del fracaso del Estado Social. Las frustraciones son infinitas con un costo financiero muy grande. La quiebra del paradigma anterior es el neoliberalismo, que propone la búsqueda de una igualdad posible, en su aspecto formal.

No lo hacia tras una defensa de la independencia absoluta del mercado, aunque el Estado debe intervenir en la economía, incluso porque el mercado no es una creación natural, es una construcción legal.

Volviendo al inicio, el Estado Democrático de Derecho supero los presupuestos del Estado Social, haciendo una conyugación entre propiedad, función social y democracia, con capacidad de promover equilibrio de fuerzas, libertad-igualdad.

La función social de la propiedad privada de los bienes de producción puede ser considerada una función social del poder económico. Rawls reconoció el derecho de todos, la realización de sus propios proyectos de vida, sin que unos perjudiquen los de otros.

Tal es la importancia del mercado de capitales, aunque se constituye como un sistema de distribución de valores mobiliarios con el objetivo de dar liquidez a los títulos de empresas y garantizar su capitalización, sin lo cual no se puede alcanzar una economía equilibrada con distribución de las riquezas de ella generadas.

Los mercados se clasifican en organizados y no organizados, siendo esta la clasificación más importante para el tema de lavado de dinero. Los mercados organizados son regulados por reglas específicas de las autoridades y disponen de un sitio específico para los negocios y cámara de compensación. Un mercado no organizado en *Over the Counter* – OTC – no cuenta con un reglamento específico y los activos son negociados directamente entre compradores y vendedores.

Los títulos negociables en un mercado organizado son acciones, obligaciones, títulos de deuda pública, certificados de depósitos y certificados de participación en fideicomisos financieros. Añadiendo a estos existen los derivados – *derivatives* – que son instrumentos financieros más complejos. Son activos financieros sujetos a un momento futuro y que su precio es dependiente de un activo financiero, materia prima o mercancía – *commodity* – subyacente a lo cual es un derivado o hace una referencia – futuros financieros – *futures*; opciones – *options*; contratos a plazo – *forwards*; permutas financieras – *swaps* –.

En un mercado organizado existen los intermediarios, que son llamados de *brokers* o *dealers*. Los *brokers* son agentes de un inversor en beneficio de aquél, en cuanto los *dealers* actúan por su propia cuenta.

De tales características es posible decir que un mercado de valores trae ventajas para los lavadores, aunque en ellos se realizan negocios internacionales de alta liquidez y en periodos cortos de tiempo por los intermediarios, garantizando un cierto grado de conocimientos de los reales beneficiarios. Apunta Blanco (2013), *verbis*:

En cuanto al vínculo entre las maniobras que pueden efectuarse en el mercado de valores negociables y las etapas del proceso de lavado de activos, cabe señalar que el referido mercado puede utilizarse tanto para justificar desplazamientos de fondos de un país a otro (durante la etapa de estratificación) como para legitimar el ingreso de fondos a partir de la etapa de la realización de transacciones con *securities* amañadas para favorecer al beneficiario (en la etapa de integración). (p. 282)

El Banco Central de la República de Argentina dispuso a través de la Comunicación A 4805 que ingresos por no residentes en Argentina por contratos de cambio, para realización de operaciones futuras, *forwards*, opciones y derivados con compensación doméstica se sujetan a un depósito de 30% del valor del monto de ingreso por el tiempo de 365 días, como una forma de desmotivar la utilización del mercado para el lavado.

Las operaciones de lavado se utilizan de estas operaciones financieras en la fase de estratificación e integración. En regla son operaciones “consigo mismo”. Así el real beneficiario se utiliza de dinero limpio en una operación en la cual la “otra parte” trae dinero sucio y acostumbra hacer operaciones con pérdidas.

Blanco (2013) ejemplifica:

Primero, la/s persona/s (físicas o jurídicas) designada/s para hacer las veces de contraparte “perdedora” recibe/n los fondos ilícitos previamente estratificados y espera/n a recibir instrucciones respecto del momento en que debe adquirir determinados instrumentos financieros. Por su parte, los “*brokers*” del beneficiario reciben de parte de su cliente la instrucción de comprar determinados títulos (que estén a un precio razonablemente bajo) y luego ofrecerlos a un precio superior, de modo tal que la diferencia entre los precios de compra y venta equivalga al monto a legitimar. Luego, el lavador/organizador le ordena a la contraparte “perdedora” que adquiera esos títulos al precio solicitado por el *broker*. (p. 286)

A todo eso se puede añadir también la utilización de estructuras societarias o vehículos corporativos para crear un anonimato mayor de los reales beneficiarios, más allá de sociedades *offshores* o fondos *offshores* – *hedge funds* o de cobertura o *private equity funds* –.

La UIF editó la Resolución 229/2011 para apuntar algunas situaciones sospechosas, como aquellas: con pérdidas continuas; compras y ventas con

precios notoriamente más altos o bajos; pago de primas excesivamente altos; montos significativos en los márgenes de garantía pagado por posiciones abiertas en los mercados futuros; inversiones elevadas sin relación con el perfil tradicional del cliente; clientes con cuentas bajas y transacciones elevadas a favor de terceros.

### **IX.5. La criminalidad en la empresa**

La criminalidad en las empresas tiene una pauta grande. Este momento de influjo de la globalización en la economía acabó por traer un riesgo a las organizaciones políticas, económicas y sociales. Hay un reto para enfrentar, aunque la actividad empresarial no conoce más las fronteras nacionales.

Una ausencia de límites territoriales a los negocios transnacionales permite una mayor facilidad para que ocurra una apariencia de licitud a los activos oriundos de otras jurisdicciones a través de los negocios de empresas globales, regionales o que ejerzan actividades internacionales, especialmente considerando que junto a las actividades ilícitas existen negocios de orígenes licitas dando una apariencia de licitud a todas la operaciones.

No es por otra razón que existe una creciente defensa de la criminalización de actos practicados por las empresas. No se olvide que hay una evidente dificultad de imputación de responsabilidad a socios y administradores, que muchas veces no toman una parte activa en la ejecución de los actos ilícitos.

Cepeda (2002) apunta que:

con fin de identificar a los verdaderos culpables e imputar la responsabilidad de todos aquellos que de alguna forma intervienen en la comisión de un delito realizado a través de una empresa, ha desarrollado dos tesis: la primera, la tesis tradicional o determinación de la responsabilidad abajo hacia arriba, parte del sujeto que ejecuta inmediatamente el hecho delictivo, para después con las reglas clásicas de la imputación penetrar en el esquema jerarquizado de la empresa hasta determinar la responsabilidad de aquellos que integran los órganos de dirección de la empresa. La segunda tesis o determinación de la responsabilidad de arriba hacia abajo, examina, inicialmente, la responsabilidad del superior o superiores sobre la base de que en numerosas ocasiones los sujetos que se encuentran en los escalones más bajos de la organización, aunque que realizan materialmente la conducta típica, no son responsables criminalmente. (p. 106-107)

La diferencia entre las dos posiciones apuntadas arriba está en la búsqueda por la segunda posición de los reales o verdaderos responsables del hecho punible. Sin embargo, no es posible adoptar una tesis de forma absoluta. Cada caso sub análisis se hace necesario profundizar el estudio de los hechos delictivos. Apuntar si es posible imputar responsabilidad a los dirigentes, consejo de administración, por toma de decisión a la unanimidad o mayoritariamente, verificar se existe delegación de poderes, verificar las competencias por los actos, la existencia de órdenes o instrucciones.

¿Es posible la existencia de un delito colegial? Como existiendo un delito global con personalidad unitaria real. No parece sencilla la cuestión planteada. La tradición penal apunta la necesidad de individualización de una conducta y una distinción entre autoría y participación. Cepeda (2002) apunta que una decisión colegial para a practica delictiva no es nada más que el cumplimiento de un requisito de coautoría. No supone la práctica en si del tipo... (p. 109)

Por su vez, el tema de las delegaciones de funciones y competencias se refiere a actos legítimos. Sin embargo, una delegación de poderes debe revestirse de publicidad y tener un mínimo de previsibilidad, mediante actos que el delegatario deberá cumplir como una carga básica. Existen aquellos que defienden que la liberalización de responsabilidad penal solo ocurrirá para los casos de desobediencia de una delegación exacta, limitada y especial, haciendo referencia a la existencia de responsabilidad por seleccionar la persona delegataria, aunque la supuesta falta de calificación de él podría resultar en responsabilidad a aquello que hace la delegación. No obstante, cabe hablar también del deber de vigilancia y fiscalización.

Para situaciones en las cuales una jurisdicción adoptar las teorías de equiparación entre autoría y participación, cada persona tendrá responsabilidad independiente y autónoma. Por lo tanto, sin una diferencia entre el ejecutor directo del delito o miembros de un consejo de administración, todos son responsables en la medida en que han asumido voluntariamente el acto.

En otro sentido, las teorías que adoptan la coautoría rechazan el dominio de la criminalidad de empresa, eso porque el sujeto ejecutor tiene absoluta voluntad y conocimiento del tipo penal no siendo un solo instrumento para su ejecución y el consejo que decide por cumplir un acto delictivo hace solo un acto preparatorio con la toma de esta decisión. Por así decir, existe un dominio

positivo y negativo del hecho delictivo, pudiendo el ejecutor no cumplir con una orden del consejo, revelando un dominio negativo del hecho.

La modernidad desarrolló más allá de las cuestiones de autoría y participación, como tratar otros delitos que no requieren cualquier presencia física de un autor o participe, como no llamado *cyber-lavado*. Son conocidos por delitos informáticos. Hernán Blanco (2013) lo define: “una conducta en contravención con las leyes, que se efectúa como medio un equipo informático, afectando la seguridad informática (...) obteniendo datos que involucran la privacidad de las personas, instituciones o empresas, violando correos electrónicos, robando la identidad, etc.” (p. 458).

Son los *hackers*, *phreakers*, con prácticas de *cracking*, *hacking*, *ciberpunking*, *phishing*, *pharming*, *malware*, etc. y combinaciones de métodos tradicionales de colocación, estratificación e integración con herramientas cibernéticas. Un ejemplo son los *money mules*, testaferros para los movimientos de fondos electrónicamente, lo que tradicionalmente se hacía con los llamados *smurfs*, responsables por inúmeros depósitos de poca monta en una cantidad de cuentas bancarias para evitar los reportes de operaciones sospechosas.

Con la creciente onda de robos de identidades a través de internet y su utilización para movimientos de fondos por *money mules* se puede añadir un grado de anonimato tremendo.

Es necesario pensar mucho todavía sobre las nuevas facies del crimen en un mundo globalizado, considerando los roles de las empresas en un senario económico de poder en empresas transnacionales.

## **CAPÍTULO X. LA RESPONSABILIDAD DE SOCIEDADES INTEGRANTES DEL GRUPO POR ACTOS DE LAVADO DE DINERO**

### **X.1. Introducción**

Para hacer un análisis de la responsabilidad de sociedades en grupos por actos de lavado de dinero es necesario analizar una cuestión fundamental que recaiga sobre las personas que practican los actos en un grupo y si sobre esos existe alguna norma legal que les imponga un deber de acción para la prevención de los apuntados ilícitos.

Inevitablemente la acción delictuosa de blanqueo de los activos o capitales ocurre en ambientes donde operaciones y negocios legítimos también ocurren. No se puede, por lo tanto, faltar con el respeto al deber de sigilo y privacidad, aunque se misturan operaciones legítimas en un mismo ambiente donde pasan operaciones sospechosas.

Surge así un deber de prevención del ilícito que recae sobre algunas clases de personas humanas o jurídicas, más eficiente que la remoción de él., La responsabilidad de estos sujetos obligados, de prevención del ilícito, debe considerarse de resultado, bien como es necesario analizar si esa actuación preventiva se refleja en responsabilidad horizontal o vertical para actuar a través de “un agente público o particular” contra el ilícito en relación a colegas, superiores o subordinados y, en esa medida, definir los límites y la extensión de la responsabilidad.

Bajo una perspectiva criminal existen soluciones para la definición de la responsabilidad a un sujeto común u obligado, a partir de posiciones que toma el delito como de dominio del hecho o delito de deber.

A partir de las premisas bajo una perspectiva del derecho criminal, es posible delinear la responsabilidad civil aplicable a una estructura corporativa, identificando su naturaleza subjetiva u objetiva y la posibilidad de tener la transferencia de responsabilidad de una corporación a otra, la cabeza de un grupo lo ha tomado como un todo.

De este modo es estructurado este capítulo.

## **X.2. Lo sigilo**

### **X.2.1. Secreto bancario**

Secreto bancario o financiero es una especie de deber que recae sobre las entidades financieras las cuales detienen información de sus clientes, no solo las relativas a contratos bancarios, pero a todas las operaciones en estas entidades, en beneficio de clientes y potenciales clientes. Por así decir en una obligación de no hacer.

La doctrina apunta como una especie de secreto profesional, otra como un secreto comercial. Magalhaes (2010) apunta que:

el secreto en general, y de lo cual se desprende el secreto bancario, es un componente del derecho a la reserva de la intimidad de la vida privada, es un derecho subjetivo de carácter especial y pertenece a la jerarquía de los derechos de la personalidad o personalísimos. (p. 524)

La raíz del secreto bancario como una variante del derecho a la intimidad tiene fundamento en la Constitución Nacional que dicta que “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden público y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. En esta Carta también se protege el domicilio, correspondencia epistolar y los papeles privados.

En esto paso, todas las informaciones bancarias o financieras están englobadas en la protección garantizada por la Constitución Nacional como pertenecientes a la intimidad de las personas naturales o jurídicas. Si estas informaciones son confiadas a instituciones financieras, deberán estas mantener sobre sigilo de terceros, veamos posición de Magalhaes (2010):

El secreto fiscal, bancario, profesional, no son, entonces, más que distintas manifestaciones de ‘lo que cuidadosamente se tiene reservado u oculto’, pero cada uno de ellos integra la esfera de reserva o intimidad que es única. (p. 525)

### **X.2.2. Marco normativo de la zona de reserva y secreto bancario**

La Constitución Nacional trata en sus artículos 18 y 19 del secreto general y de las correspondencias y papeles privados, los cuales no son excluidos por la existencia de otros derechos, según la norma del artículo 33, no configurando también derecho absolutos, los cuales están sujetos a limitaciones impuestas por el artículo 14.

El secreto es objeto de tratamiento por tratados y convenciones internacionales, con estatus de jerarquía constitucional, destacándose la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Ley 11.179 conocida por Código Penal de la Nación Argentina trató un abordaje del secreto, vejamos:

ARTICULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

ARTICULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos.

ARTICULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;
2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otra información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviera obligado a preservar por disposición de la ley.
3. Ilegítimamente insertare o hiciera insertar datos en un archivo de datos personales.

Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años.

El Código Civil y Comercial de La Nación, Ley 26.994, dispuso de la intimidad y protección a la intimidad especialmente en los artículos siguientes:

ARTÍCULO 318.- Correspondencia. La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.

ARTICULO 1770.- Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede

ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.

De las citadas normas no se pudo apuntar si son absolutos los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pueden ser concebidos en cuanto derechos de defensa o derechos a prestaciones positivas del Estado. Los primeros son considerados aquellos relativos a las garantías a intervenciones ilegítimas del Estado y los segundos como derechos a la garantía de que se haga actos legislativos cuando el propio Estado no sea capaz de dar efectividad a los derechos previstos en las normas.

De cualquier modo, los derechos fundamentales, por su relieve e importancia, pueden ser considerados de eficacia inmediata aunque el propio Estado no es indemne da la práctica ilícita – *Annahme der prinzipiellen Möglichkeit des sataatlichen Unrechts* –, según Peter Schneider (*Apud* Mendes, 1999, p. 32).

Los derechos fundamentales en cuanto derechos de defensa, como derechos asegurados, son protegidos de actos ilegítimos del Estado, encuentran fundamento en el principio de la reserva legal.

Aunque sean tales derechos fundamentales de eficacia inmediata, muchas de las veces las normas legales serán necesarias para su reglamentación y ejercicio.

Nace entonces la posibilidad de un ciudadano buscar ante la violación de su derecho con raíz constitucional una pretensión contra el Estado, porque invadió su esfera de garantías individuales.

La reserva legal, simple o cualificada, tras la idea de adecuación de una norma a la Constitución y a la legalidad democrática, pudiendo haber por parte del ciudadano una pretensión a una abstención –*Unterlassungsanspruch*–; una pretensión a una revocación –*Aufhebungsanspruch*–; o una pretensión a una anulación –*Beseitigungsanspruch*–.

La técnica de declaración de nulidad es hábil para solucionar situaciones de violación a los derechos fundamentales, a respeto de los derechos de defensa. Sin embargo, existen técnicas de preservación de dichos derechos, especialmente identificadas por obediencia a los límites de los límites,

enumeradas como: principio de la protección de núcleo esencial del derecho, principio de la clareza y determinación de normas restrictivas y prohibición de las restricciones casuísticas y principio de la proporcionalidad.

Por la primera de las limitaciones al Legislador se considera necesario la preservación del núcleo esencial de un derecho, sin lo cual el propio derecho ha sido vaciado para no existir nada más.

Otra regla está en la clareza de la determinación de las normas restrictivas, las cuales son destinadas a la preservación de la seguridad jurídica y conocimiento de la voluntad del Legislador.

Una tercera limitación a la actividad estatal, mientras Legislador, está en la necesidad de prohibición de restricciones casuísticas, porque inexorablemente podrán violar el principio de la igualdad, perdiendo la norma su naturaleza general y abstracta alcanzando un específico grupo o individuo.

La última es el principio de la proporcionalidad, con un objetivo de proteger los derechos fundamentales, aunque presentes los presupuestos formales de las leyes, no se muestre razonable.

Por su vez, los derechos fundamentales también poseen un aspecto de garantías positivas del Estado, una vez que muchos de los derechos necesitan de reglamentación para su efectuación, aunque las normas pueden tener una eficacia restricta, limitada o libre.

La ausencia de ley para permitir la efectividad de un derecho fundamental también configura su violación. Aquí la declaración de nulidad no se muestra como técnica efectiva para corrección de la violación. Ocurre con frecuencia la llamada transmutación de la naturaleza jurídica para política con la judicialización de cuestiones políticas delante la inercia legislativa para tornar efectivo un derecho previsto y dependiente de reglamentación.

El secreto bancario es una especie de derecho a la intimidad y vida privada, configurado como un derecho a prestación negativa del Estado, no siendo permitidas injerencias en la vida privada fuera de los límites de los límites, como apuntado arriba.

### **X.2.3 Secreto bancario y fiscal en Argentina**

Acotar un derecho fundamental pero no para vacunar por completo su núcleo esencial. Así es el secreto y la vida privada, los cuales merecen protección, pero no configuran derechos absolutos.

Las leyes han evolucionado desde la Ley 12.156, de 5 de abril de 1935, que apuntó que las informaciones relevadas por los inspectores del Banco Central tenían naturaleza confidencial. La Ley 14.962, del año de 1946, ha suprimido la previsión para mantener el Presidente del Banco Central y añadió la prohibición que las informaciones pudiesen ser admitidas en juicio, salvo en apuración de delitos comunes.

El artículo 30 del Decreto 13.127, del año de 1957, ha sido retomado las disposiciones anteriores previstas en la Ley 12.156.

La Ley 18.061 ha tratado específicamente del secreto en su artículo 33 y de la responsabilidad del Banco Central en su artículo 34, veamos:

Artículo 33. - Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones que realicen, ni las informaciones que reciban de sus clientes.

Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:

a) Los jueces en causas judiciales con los recaudos establecidos por las leyes respectivas;

b) El Banco Central en ejercicio de sus funciones de contralor;

c) La Dirección General Impositiva, de acuerdo con la Ley 11.683 y sobre la base de las siguientes condiciones:

- Debe referirse a un contribuyente determinado.

- Debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese contribuyente.

- Debe haber sido emplazado previamente;

d) Las entidades entre sí, conforme a la reglamentación que se dicte.

El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento.

Artículo 34. - Las informaciones que el Banco Central reciba o recoja en ejercicio de sus funciones de contralor tendrán carácter estrictamente confidencial. Tales informaciones no serán admitidas en juicio, salvo en los procesos por delitos comunes y siempre que se hallen directamente vinculados con los hechos que se investiguen.

El personal del Banco Central deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento.

Las informaciones que publique el Banco Central sobre las entidades comprendidas en esta ley sólo mostrarán los totales de los diferentes rubros.

Otras leyes también tratan del secreto, como la Ley 21.526, 23.271 y 24.144, sin embargo hay que cambiar la sustancia de las normas anteriores.

### **X.3. Lavado de dinero como un delito económico**

Las circunstancias fácticas de las conductas del delito de lavado de activos induzcan al tratamiento dentro del derecho penal económico, comprendido como siendo parte del derecho penal y cuyos comportamientos son aquellos que transgreden el orden económico o sus instituciones, por lo que la propia actividad económica se pone en riesgo. Se ve la orden económica, en cuanto bien jurídico no individual, como el bien jurídico tutelado.

La búsqueda por la protección de los mercados internacionales, susceptibles al financiamiento de organizaciones terroristas, hizo el nacimiento en nivel internacional de la utilización de técnicas, herramientas y adopción de mecanismos de combate al lavado de dinero.

Sin embargo, las diferencias existentes entre las diversas jurisdicciones y sistemas judiciales ponen en conflicto doctrinario la identificación de la naturaleza jurídica del delito de lavado, el cual para muchos es un delito específico y no una herramienta de investigación y combate de los delitos precedentes, apuntando Blanco (2011) como:

(...) el principal reto planteado por el fenómeno del lavado de activos parece consistir en lograr que este tipo penal de contornos tan imprecisos, cuyo elemento objetivo está caracterizado por la heterogeneidad y fungibilidad de las conductas potencialmente delictivas, encaje en las categorías tradicionales de la teoría jurídica del delito, de modo tal de resguardar las garantías constitucionales de los ciudadanos sin renunciar a la eficacia en la represión de este delito, cuyos efectos nocivos sobre la economía mundial recién han comenzado a quedar claros. (p. 11)

No hay duda que los bienes de origen delictivo objeto del lavado de activos son parte integrante de un sistema económico legal, ligados en este contexto por la propia sistemática del proceso de legitimación de activos – colocación, estratificación e integración –. El proceso de reciclaje o lavado de activos crea un vínculo entre los negocios ordinarios, habituales en una economía, y los demás delictivos, como narcotráfico, terrorismo y etc. Por lo tanto es posible hacer la constatación de que las organizaciones criminosas están cada vez más identificadas en una forma empresarial y también transnacional, como

también es posible ver organizaciones empresariales adoptando técnicas criminales de lavado o legitimación de activos.

El derecho penal no es suficiente para el combate de la conocida delincuencia empresarial o criminalidad de empresa, existiendo verdadera dificultad de identificación de responsables en una acción criminal de grupo.

Así, volviendo a la clasificación del delito de lavado de dinero, apuntase tres categorías: lavado como supuesto de receptación, lavado como un delito de favorecimiento o lavado como las dos cosas anteriores. En Argentina, el delito se clasifica como una combinación de la clasificación apuntada (acciones típicas: vender, transferir, convertir, administrar y gravar; definición genérica: aplicar).

Parece fuerte una concepción unitaria del autor de los delitos de lavado, lo que contrasta con la complejidad de actos empresariales de ejecución de los delitos de lavado de activos, las cuales son en general una resultante de comandos de diversos sujetos. El resultado de toda cadena de actos de ejecución es la denominada “ceguera intencional”, haciendo nacer camadas de protección de los directivos de la empresa.

La imputación penal en este contexto de criminalidad en empresa es decisivo en materia de lavado de activos, habiendo respeto a los principios de legalidad y culpabilidad.

#### **X.4. Lavado de dinero como un delito de encubrimiento**

La complejidad de las organizaciones empresariales trae enormes dificultades de identificación de los partícipes o cómplices en los delitos de lavado de dinero. La responsabilidad penal necesita de grados para una adecuada imputación penal, especialmente aunque los actos de reciclaje no son actos distintos de actos legítimos de la vida civil o comercial.

Es importante notar por la naturaleza ordinaria de los actos de lavado que los mismos podrán ser decurrentes de actos de personas comunes o personas con una cualidad específica. Personas con cualidades específicas pueden ser identificadas como los sujetos obligados a informar operaciones sospechosas, para los cuales se debe entender que la prevención de lavado de activos es una obligación de medios y no de resultados.

La concepción clásica apunta el delito de lavado como un delito de dominio, en el cual todos los potenciales autores son iguales, mientras la moderna doctrina plantea una concepción del delito mucho más económico que simples encubrimiento y permite la convivencia del delito de lavado con otros diferentes, relativos a clases distintas de autores y de diversas formas de imputación.

Para los delitos de encubrimiento, el bien jurídico vulnerado es la administración de justicia, mientras la concepción del delito como autónomo apunta la vulneración de la orden socioeconómica.

Cuando da Ley argentina 26.683 apunta en el tipo “bienes o dinero provenientes de un delito en el que no hubiera participado” está a apuntar el delito de lavado como un tipo penal autónomo cuyo bien protegido es la orden socioeconómica, incidente en una fase pos delictual, independiente de lo delito precedente. Así explica D’Albora (2011):

Caso se pierda de vista su relación con el crimen organizado, se generan enormes riesgos para el sistema penal. Sólo justifican su consideración como tales aquellos delitos asociados a dicho fenómeno que tengan capacidad para afectar el normal funcionamiento de los mecanismos superiores de la economía. (p. 167)

Sin embargo, para que el tipo penal se concrete es necesario la imposición del tipo subjetivo que es el conocimiento del origen ilícito de los bienes o capitales lavados. No es, por lo tanto, un mero encubrimiento, es preponderante que se haga las conductas de ocultación como una transcendencia, para que sea posible la utilización en un contexto de licitud. Así se dice blanquear, reciclar, lavar o legitimar los fondos, capitales, dinero o bienes de origen ilícito.

Para los sujetos obligados, no hay en la ley anti-lavado una prohibición a su cometimiento, se sujetan como todos los ciudadanos al tipo penal general. Para estos la ley anti-lavado impone un deber positivo de actuación objetivando el reproche penal. Veamos posición de Blanco (2011):

Por ende, el tipo penal en blanco que integra la legislación anti-lavado al tipo básico, extendiendo el reproche no sólo a los casos en los que estos vulneran activamente la prohibición de no lavar activos, sino también a aquellos en los que facilitan o solo permiten que sean otros quienes la infrinjan como consecuencia de no haber cumplido, ellos mismos, con el deber positivo de actuar de un modo que

fomente la prevención del blanqueo. En el plan subjetivo se implica, a su vez, que el dolo requerido por el tipo pueda establecerse a partir del conocimiento del agente sobre su infracción a estos deberes. (p. 45)

Siendo el blanqueo un proceso, no se resume al encubrimiento, prepondera un objetivo de desvinculación de un origen ilícita. La apariencia lícita es la resultante esperada.

Sobre el enfoque de esta tesis, la concepción del lavado por las personas obligadas, guarda ligación directa al objeto de estudio, esto reside en las estrategias grupales de utilización de herramientas para el blanqueo como una estrategia empresarial, lo que se pasa a un abordaje en los tópicos siguientes.

### **X.5. Lavado de dinero como un delito de deber o delito de dominio**

Según Blanco (2011) fue Roxin quien formuló la teoría de infracción de deber en su obra *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (p. 49). Por consiguiente, también fue pionero en clasificar delitos como de dominio o de deber.

En los crímenes de dominio es importante la naturaleza externa del comportamiento y en los crímenes de deber la lesión del deber extrapenal. Por eso, los delitos de deber es una condición que existe un deber positivo que recaiga en personas de determinado estatus, o sea, sobre personas obligadas de una forma positiva. Existe un deber extrapenal y una competencia institucional restringida a algunas personas y no de alcance general.

Para Blanco (2011), *verbis*:

(...) los delitos que prima vista son de dominio se convierten siempre en delitos de infracción de deber cuando su autor sea un obligado especial, esto es, alguien que se encuentra inmerso en la institución correspondiente, tanto en el supuesto de la acción como en el de la omisión. (...) el concepto de delito de deber fue inventado por Roxin para tratar de resolver el problema de la impunidad en caso de instrumentos no calificados en la autoría mediata, para luego asegurar que la solución propugnada por aquél para el problema de la autoría en esos supuestos prescinde de su vinculación con el tipo, como resultado de considerar que en los delitos de deber, la violación de este es una forma autónoma de autoría que nada tiene que ver con el dominio del hecho, que, a su entender, solo opera en la autoría de los delitos de dominio, porque en los de deber resalta un concepto extensivo de autor. (pp. 54-74)

No se debe pensar, por otro lado, que los delitos de dominio del hecho desaparezcan. Sin embargo, tratándose de personas obligadas, la imposición positiva implica en un delito de deber cuando no cumplidas. Los dictámenes internacionales conducen a la aceptación de que el delito de lavado de dinero debe ser combatido preventivamente, por esa razón, la imposición a personas de una obligación de informar las operaciones sospechosas, obligación esa que recae a una variedad de personas, de existencia real o ideal, entidades financieras, ciertos profesionales, organismos de control etc.

Así surge el concepto, “conozca su cliente” – *know your customer*, indicada en la Declaración de Basilea –, y en cumplimiento a este ideal deberán tratar de conocer el destinatario final de las transacciones, registrar los datos, preservar la documentación, tratar con confidencialidad las operaciones, reportar a las autoridades las operaciones sospechosas, dentro otras.

En relación a la represión del lavado de dinero por sujetos obligados, una obligación de medio, a partir de una conducta interna de un empleado de una empresa que cumpla con su deber de informar una sospecha a sus superiores, resta que sea exento de responsabilidad.

Merece destacar que una organización empresarial tiene entre sus empleados y directivos jerarquía vertical u horizontal. En un mismo plan (horizontal) no se puede imputar a una persona la omisión de su deber de informar una sospecha entre sus pares fuera de su esfera funcional. Rige el principio de la confianza. Apunta Blanco (2011) que: “En el interior de la empresa, la omisión relevante será siempre la de evitar que un subalterno cometa un hecho ilícito” (p. 183)

Por así explica Blanco (2011, p. 183) que una responsabilidad penal por omisión, decurrente de acto de un subordinado, para los delitos de dominio del hecho son dependientes de una condición de garantías a respecto de la producción del resultado. Por su vez, para los delitos de deber el garante es respecto a la protección del bien jurídico o su fomento que subyace bajo el tipo penal.

Bajo esta concepción la omisión se compara a una acción positiva cuando el garante es resultado de su dominio sobre la causa del resultado. Pero para los sujetos obligados, su posición de garante no es decurrente de su dominio del hecho, aunque su obligación es de proteger el bien jurídico subyacente y su

responsabilidad penal recae en la infracción del deber de vigilancia sobre sus subordinados. Si no existe un poder de imponer ordenes de obediencia obligatoria no existiría un poder de vigilancia por los delitos de lavado practicados por terceras personas en una empresa.

La responsabilidad de los empleados y directivos en una empresa presupone apurar la existencia de una política preventiva de lavado de dinero, de modo a alcanzar el cumplimiento de una imposición positiva del deber de prevención. La estructura empresarial no puede, por lo tanto, ser una fuente de riesgos a la práctica del lavado y tampoco un fundamento de la simple negación del ilícito.

Sin embargo, las delegaciones de funciones en una empresa deben también presuponer la capacidad de los delegados para cumplir con sus obligaciones y tareas, aunque la idoneidad de él es responsabilidad del delegante. Y no existiendo el poder de decisión por estos delegados hay que persistir la posición de garante por el delegante.

Habiendo legitimidad en una delegación, persistirán los llamados deberes residuales en la persona delegante de vigilar y supervisar, informar y formar, de dotación de los medios económicos y materiales, de organización y coordinación de la actuación del delegado. (Blanco, 2011, p. 206). No existirá una exención total de responsabilidad aunque la delegación recaiga en persona capaz.

#### **X.6. Lavado de dinero como un delito doloso y su grado**

Es considerado por la doctrina, según en aspecto subjetivo, que el dolo en materia de lavado de dinero contiene dos aspectos a considerar, consistentes en conocer la origen ilícita de los bienes que son objeto de blanqueo y el conocimiento por el autor de la ilicitud de su conducta. Así apuntase que para la caracterización del ilícito de lavado no es necesario tener conocimiento del restante de los bienes o conductas que integren el complejo plan criminoso en sus fases de colocación, estratificación o integración.

Sin embargo, Blanco (2011) afirma que eso solo se aplica así para aquellos que no son sujetos obligado (p. 219). Eso se llama de concepción tradicional. Aunque tratándose de sujetos obligados, el tipo de lavado de dinero se

convierte en un delito de deber y no un delito más de dominio del hecho, habiendo la necesidad de adecuación de sus características.

En esta situación de un sujeto obligado, esto responde por omisión de cumplir con una obligación a él impuesto en la norma anti-lavado, bien como por la ejecución de alguna conducta típica. Por lo tanto, debe tener conocimiento del origen ilícito del bien, de las conductas descritas en la ley penal y, por fin, de sus propios deberes conforme la norma anti-lavado.

Apunta Blanco (2011), *verbis*:

En lo que tiene que ver con el grado de conocimiento requerido para que proceda la imputación subjetiva del delito de lavado de activos, cabe afirmar, de entrada, que desde que dicho ilícito puede cometerse, en la mayoría de los países, tanto con dolo directo como el dolo indirecto o incluso eventual, el grado de conocimiento requerido no necesariamente deberá alcanzar la certidumbre. (p. 222)

Es posible, entonces, adoptar la teoría de la “ignorancia deliberada”, o sea, el sujeto se mantiene en una condición de no querer saber de la situación, mientras debe y puede conocerla. Hace una indiferencia a la ley – *willful blindness* – y en esa medida es necesario inferir se esa conducta puede encuadrarse como dolosa. ¿Es verdaderamente ignorancia o una alta probabilidad de conocimiento? Cabe responder e investigar sus conductas de alejamiento de los actos y fatos de si para alejar la ilicitud.

Creo una estrategia para justificar una negativa de conocimiento de los actos ilícitos que han de ser practicados por sus subordinados. No deja de configurar una actuación dolosa. Importante recordar que para los sujetos obligados recae un deber positivo, o que presupone un permanente alerta para situaciones de duda, las cuales imponen su acción positiva. El dolo para los sujetos obligados, sujetos al deber de prevenir el lavado de dinero, implica conocer o sospechar que una conducta viola la ley penal.

Una situación reside en una persona subordinada que practica actos ilícitos de lavado de dinero por obediencia de su superior sin conocer la ilicitud de su conducta. No existiría dolo del subordinado, habiendo que reconocer su impunidad, por otro lado, reconocer la autoría mediata de su superior.

No se olvide que también se debe considerar que el subordinado puede conocer una parte o imaginar una posible ilicitud, pero no tiene como dejar de

cumplir una orden de su superior. Importa considerar su posición en la jerarquía de la empresa para imputarse responsabilidad en él.

Para que un sujeto obligado pueda alejar la ilicitud de su conducta no podrá incumplir con sus deberes positivos o valerse de la ceguera intencional.

Situación opuesta es aquella de un subordinado que practica la ilicitud de lavado de dinero y su superior conoce sus actos, pero nada hace para cohibir. Roxin (*apud* Blanco, 2011, p. 245) creó la teoría de “dominio de la voluntad en virtud de un aparato de poder” para permitir imputar la autoría mediata a esos casos o coautoría mediata. Para los sujetos obligados es suficiente para el ilícito que él deje de cumplir con su deber positivo de prevención impuesto en la norma. Específicamente en empresas sucesibles a los actos de lavado, ambos deben responder por la ilicitud delante la falta con su obligación de proteger el bien jurídico previsto en la norma que les impone la obligación preventiva.

Por fin, cuando el subordinado actúa ilícitamente sin el conocimiento de su superior en empresas con establecimiento de reglas de vigilancia y control, su superior, esto podrá responder por su imprudencia cuando previsto una sanción para esto o no responderá de manera alguna, excepto se considere que la nómina del subordinado, recaiga en persona descalificada para aquella función o fallo del superior con un deber de fiscalización y vigilancia.

### **X.7. La responsabilidad dentro de una estructura de grupo**

Cuando una sociedad pasa a tener control de otra sociedad ha desencadenado una serie de eventos jurídicos relacionados a la autonomía de las sociedades y la responsabilidad de sus socios con mayoría del capital por la definición de la política empresarial.

Así es posible y previsible que ocurra un reflejo en el activo y pasivo de la controlada y también un reflejo en la controlante que pasa a ser cabeza del grupo y no más solo otra sociedad individual, pudiendo acabar por transformarse en una sociedad *holding* y no ejercer su actividad empresarial de una forma directa. Sin el ejercicio de una actividad empresarial directa de sus socios minoritarios que dejan de tener control sobre la actividad económica de su propia sociedad que la pierde para la controlada. Los minoritarios de la controlada estarán sujetos a los dictámenes de la controlante, los cuales no

necesariamente serán coincidentes con los fines del objeto social de la controlada.

Una constatación de la constitución de un grupo económico es la resultante de la reducción de participación social de los socios minoritarios. Su consecuencia es el poder de ejercicio de retirada de la sociedad por los minoritarios aunque la participación de cada uno de ellos puede ser afectada con pérdida del valor de sus participaciones, de sus dividendos y otras participaciones patrimoniales.

Son más acentuadas esas inflexiones cuando se trata de un grupo de hecho. En este tipo de agente económico los derechos de los socios de participación social acaban siendo reducidos a parte de una empresa y no solo, pero a toda estructura grupal.

Como apunta Calcaterra (2007), *verbis*:

Las prácticas más comunes son: 1) transferencia de activos de una sociedad del grupo a otra controlada o controlante; 2) transferencia de capital (ya sea de capital circulante o de reservas); 3) transferencia de actividades; 4) transferencia de personal, y 5) transferencia de ganancias, que puede hacerse de manera indirecta a través de licencias cuyos royalties fija la sociedad matriz, prestaciones de servicios, apoyo en el área de gestión, relaciones públicas, ventas, etc.; contratos de exclusividad con la matriz o con las sociedades del grupo, aunque pueda encontrar mejores condiciones fuera del grupo; añadidos junto a la matriz. Inclusive existen sistemas de reparto geográfico del mercado. (p. 292)

Por todos los actos de una política empresarial unificada y el ejercicio del poder de control que cabrá a la sociedad controlante mantener la subsistencia de la sociedad controlada, no olvidando que otra complejidad es en muchas situaciones conocer las propias sociedades que participan del grupo económico. Por lo tanto, habiendo cumplimiento del interés del grupo, reconocido como un interés mayor de que el interés individual de las sociedades participantes, existirá una causal de exoneración de responsabilidad de la controlante y sus administradores.

La doctrina Rozenblum, tratada en acápite arriba, puntuada en fundamentos penales, es un marco de la responsabilidad civil en grupo por valerse del conocimiento de la existencia de un interés económico, social o financiero común, que bajo un aspecto grupal, significa o implica que los actos

de sus administradores o controlantes deben observar aquellos, y cuando no observarlos implicaran en responsabilidad. Así es reconocida la existencia de un grupo económico con un fin propio y con lo cual participa la controlada.

Todas las sociedades participantes del grupo tienen que responder civilmente por las operaciones dentro del grupo. Sin embargo, por la política empresarial unificada del grupo que responde la controlante y cuando por ejercicio de un poder abusivo de control y cuando sus administradores han participado directamente de actos ilícitos.

### **X.8. La transferencia de responsabilidad en grupo**

Como observar un grupo de sociedades que no detiene personalidad jurídica, pero puede ser reconocido por su personalidad económica. Aunque desprovisto de la personalidad jurídica permanece la responsabilidad a cada uno de los sujetos que son intervinientes en sus relaciones. Existe la óptica de la responsabilidad a partir de la controlante, una vez que esta es responsable por la toma en asamblea de las decisiones y fijación de la política empresarial grupal. Eso no permite que el tema de la responsabilidad se resuma en ejercicio del poder de control, especialmente por la importancia que tiene la naturaleza de la relación jurídica establecida entre las sociedades y de sus administradores.

Evidentemente que un administrador de una sociedad participante puede desobedecer una orden que tenga sido impuesta como una política grupal por entender que es nocivo al interés de la controlada individualmente considerada o también cumplir con ella en perjuicio de ella.

Calcaterra (2007) plantea con razón que:

la doctrina mayoritaria acepta que el daño a la sociedad sea medido no en un acto, sino a partir del resultado de una actividad o tras un período, pues es posible que dentro de la actuación del grupo una vez se perjudique y otra se beneficie, en cuyo caso habría compensación. (p. 320)

Concluye Calcaterra (2007) que no se debe considerar cada elemento, pero el conjunto de elementos y que el interés de la sociedad no son mayores que aquellos del grupo a lo cual es perteneciente (p. 320).

Por lo tanto, el abuso del poder de control impone una responsabilidad a los administradores de la sociedad sea la controlante sea la controlada, por

cuanto, la no obediencia a la política empresarial grupal por los administradores de la controlada es un ejercicio abusivo de sus funciones y competencias.

Si considerarnos que un grupo económico nace de situaciones de dominación de hecho o de derecho por una óptica interna y para Calcaterra (2007) por situaciones externas las cuales solo pueden ser fácticas, las responsabilidades internas deben ser reconocidas como subjetivas, siendo objetivas las externas, veamos:

En materia de sociedades rige la responsabilidad subjetiva, a pesar de que, como pudo observarse en el derecho alemán, la jurisprudencia no ha sido del todo afín a este pensamiento, adscribiendo en muchas ocasiones a la moderna doctrina de la responsabilidad objetiva. La doctrina societaria, en general, rechaza el recurso a factores de atribución objetiva. No obstante, en el grupo de sociedades la situación varía, pues el propio art. 54, primera parte, incorpora la responsabilidad por ejercicio abusivo del poder, regulando así el abuso de derecho como factor de atribución de responsabilidad. Por otra parte, la aplicación de la teoría del riesgo creado, del enriquecimiento sin causa y del riesgo asumido por la víctima contribuye a la concepción de que la atribución objetiva de responsabilidad, en materia de grupos de sociedades, constituye un elemento distintivo respecto de las sociedades comerciales. (p. 323)

La toma de acciones por los administradores de las sociedades partícipes del grupo se conozca como antijurídicas cuando reflejan actos fuera del interés del grupo a lo cual son pertenecientes. Así la atribución subjetiva en la esfera interna, considerando el elemento culpa, y será un factor de atribución objetiva cuando este abuso tiene reflejos externos al grupo.

La consecuencia de esta suerte de ideas es que la dominante o controlante en un grupo no tiene responsabilidad por cualquier orden de deudas de sus controladas. Su responsabilidad es excepcional y solo existirá cuando el interés grupal impida que la controlada pueda cumplir con su objetivo social. La simple existencia de un grupo e, por lo tanto, la existencia de una sociedad en su cabeza, no hace nacer una responsabilidad.

Pensar en una responsabilidad por el simple hecho de la existencia de una controlante es, en contrario *sensu*, negar la existencia del grupo como un fenómeno económico. La consecuencia inmediata es querer aplicar las teorías de la desconsideración del velo societario a los grupos económicos, cuya base

es el *entity law* y no del *enterprise law*. Esta teoría es negatoria de la existencia de un grupo y en cuanto grupo debe responder integralmente con sus sociedades.

Calcaterra (2007) comparte de eso entendimiento, veamos:

De todo ello se infiere que a la hora de determinar la responsabilidad de la sociedad matriz, consideraremos que ésta, junto a las demás sociedades del grupo, integran una unidad de empresa, dentro de la cual existe un común interés, el interés de grupo, inspirado en la noción institucionalista del interés de la empresa, y por tanto, la responsabilidad alcanzará no sólo a la sociedad matriz, a raíz de su participación en la elaboración e imposición de directivas, sino también a las demás sociedades componentes del grupo, en la medida en que el hecho generador de responsabilidad haya repercutido, directa o indirectamente, en un beneficio económico para ellas y siempre en subsidio de la responsabilidad de la matriz. (p. 328)

La sociedad dominante podrá responder en la medida del desvío del interés grupal y los terceros podrán valerse de las teorías grupales o de la apariencia o del enriquecimiento sin causa o la teoría del administrador de hecho e etc. para buscar reparo a los daños sufridos.

No hay que hablar de una solidaridad para alcanzar todas la sociedades del grupo, debe ser prestigiada la subsidiariedad controlante-controlada en situaciones en que las controladas tuvieran participado y se beneficiado del acto dañoso.

## **CAPÍTULO XI. MARCO METODOLÓGICO**

### **XI.1. La metodología**

La metodología se funda en una investigación para la construcción de la evidencia empírica, así es basada en métodos que tienen como objetivo la producción de conocimiento científico y procedimientos. Por lo tanto, en la investigación social se utiliza un método científico para la obtención de nuevos conocimientos de la realidad. Esta realidad es muy particular de cada individuo, porque cada sujeto tendrá una manera de interpretar la realidad. Por eso se hace una diferencia entre el conocimiento cotidiano, vulgar y científico.

Los conceptos claves para una investigación son obviamente ciencia, método, metodología e investigación social. Por método se entiende un procedimiento que debe brindar la oportunidad para la enseñanza de las ciencias y la verdad. Metodología es un conjunto de métodos que las investigaciones siguen. Ciencia es el conjunto de conocimientos estructurados que resultan en principios y leyes generales, según Batthyány y Cabrera (2011).

### **XI.2. La investigación**

La producción de conocimiento científico es una resultante de la adopción de los métodos, los cuales son procedimientos de obtención de conocimiento.

Con el método es posible la formulación de interrogantes de investigación y proponer soluciones para los problemas de la realidad. El método puede clasificarse, por lo tanto, en teórico, hipotético, empírico, deductivo e inductivo.

Sin metodología no se puede obtener la evidencia empírica. A partir de los paradigmas se discute los fundamentos epistemológicos del conocimiento. La epistemología es, por lo tanto, un estudio crítico de los principios de las ciencias. Este conocimiento científico tiene como resultante la epistemología, la cual estudia los presupuestos filosóficos de las ciencias, como puntúa Batthyány y Cabrera (2011). A su vez, tiene un rigor más específico para apuntar los fenómenos, entenderlos y explicarlos.

Sin embargo, la ruptura epistemológica es una necesidad en las ciencias sociales, ya que el conjunto social no es natural y carece de una objetividad. Entonces se busca lograr una objetivación de las técnicas de investigación.

En este contexto nos hicimos la siguiente interrogante ¿Cómo responden en Argentina las empresas y los grupos económicos por actos de lavado de dinero?

El problema de investigación ha sido estructurado para que sea procesada una ruptura epistemológica, dejando aislado el conocimiento vulgar para perseguir el conocimiento a partir de la teoría concebida como proposiciones lógicas derivada de los conceptos generales y los axiomas.

La realidad por sí sola no hará conocimiento científico. Un investigador necesita organizar conceptos e interrogar. Sin embargo, las interrogantes planteadas por el investigador pueden estar cargadas por una cultura propia y por una experiencia personal, como puntúa Wainerman (2001). Así el proceso de construcción del conocimiento científico podrá ser afectado por la subjetividad, según Batthyány y Cabrera (2011).

Surge entonces la necesidad de una severa vigilancia epistemológica a fin de subordinar el uso de las técnicas y conceptos en un examen permanente de validez. Batthyány y Cabrera (2011) apuntan que esto es necesario también para romper con el empirismo, formalismo excesivo, y teoricismo de la ciencia, y para obtener nuevos conocimientos, lo mismo entiende Sampiere (1991).

La ruptura epistemológica debe mantener una distancia de seguridad del objeto de investigación, para que se pueda mantener una postura crítica, como acentuado por Sautu (2005). No se concibe el conocimiento inmediato o prenociones. Se debe conocer los obstáculos y también aplicar estas reglas de ruptura para Batthyány y Cabrera (2011).

Batthyány y Cabrera (2011) todavía esclarecen que el investigador debe tener una postura de la no conciencia, o estar consciente de lo que podrá parecer obvio, reformulando continuamente los conceptos. Dieterich (2001) esclarece que la tarea principal del científico está en la búsqueda y producción de nuevos conocimientos objetivos sobre la realidad.

Avanzando un poco más, se debe plantear el problema de investigación. Esto es un marco general para donde se converge el interés científico, excluido el conocimiento no científico. El problema se traduce en una serie de preguntas planteadas para que se inicie la búsqueda de respuestas.

### **XI.3. La hipótesis**

Frente al interrogante propuesto hemos probado la hipótesis de trabajo planteada, según la cual la toma de acciones por los administradores de las sociedades partícipes del grupo serán consideradas como antijurídicas cuando refleje actos fuera del interés del grupo al cual pertenezcan. Así la atribución subjetiva en la esfera interna, considerando el elemento culpa, será un factor de atribución objetiva cuando este abuso tenga reflejos externos al grupo.

Pensar en una responsabilidad por el simple hecho de la existencia de una controlante es, en contrario *sensu*, negar la existencia del grupo como un fenómeno económico. Fue posible apuntar una nueva interpretación acerca de la aplicación de las leyes contra el lavado de dinero también a los ilícitos civiles y a los grupos de corporaciones.

Consecuentemente, consideramos que la presente investigación ha ampliado el campo de conocimiento y contribuirá a combatir el lavado de dinero, pues proponemos nuevas premisas que no se restringen a la definición del lavado de dinero ligado únicamente a los actos de terrorismo y tráfico de drogas, sino que alcanza a los grupos económicos y sus ilícitos civiles.

### **XI.4. La relevancia**

Por lo tanto, con el análisis de las teorías fue posible identificar un marco teórico y los principales conceptos objeto de investigación. A partir del marco teórico e identificación de la bibliografía ha sido adoptado algunas teorías, según su capacidad de descripción, consistencia lógica, perspectiva, fructificación, y parsimonia, según parámetros trazados por Batthyány y Cabrera (2011).

### **XI.5. Investigación cualitativa**

La presente investigación es cualitativa, fundada en el paradigma neopositivista y el interpretativista, que según Batthyány y Cabrera (2011), es predominante en las Ciencias Sociales, cuyos enfoques son cuantitativos y cualitativos, que toma a partir de los fenómenos sociales su base y considera complejas variables. Afirman:

El paradigma neopositivista se asocia a una mirada del mundo cuantitativos, cuyo interés central radica en

describir la realidad social a través del análisis de variables, utilizando técnicas matemáticas y estadísticas, y en el cual el investigador social debe permanecer distanciado de su objeto de estudio. Por otro lado, el paradigma interpretativista, reflejado en el enfoque dominado cualitativista, se propone comprender e interpretar la realidad social en sus diferentes formas y aspectos. Para ello se basa en técnicas que no implican el análisis por variables, sino por casos y no aparece el uso de la estadística. (p. 77).

Este abordaje permite tener utilidad como herramienta para identificación de las cuestiones clave y su importancia en la realidad. Permite la identificación de la extensión total de las respuestas u opiniones acerca del tema, y el porqué de su importancia en relación a los resultados obtenidos. Se vuelve esencialmente inductiva en abordaje, según Batthyány y Cabrera (2011), *verbis*:

Los investigadores cualitativos suelen construir patrones, categorías y temas, de abajo hacia arriba, organizando sus datos hasta llegar cada vez a unidades de informaciones más abstractas. Este proceso inductivo involucra un ida y vuelta entre temas y datos hasta lograr un conjunto comprensivo de temas (p. 78).

No se trata de una investigación descriptiva, porque no demanda la observación, registro, análisis o correlación de fenómenos, hechos, y frecuencia de sus ocurrencias. Tampoco se trata de una investigación explicativa, en las cuales se busca profundizar el conocimiento científico de una realidad de estudio e investigar sobre las razones, causas de estos fenómenos estudiados. Por eso se hace una inmersión de la investigación en el contexto siendo conducida según una perspectiva interpretativa.

Para el desarrollo de la presente tesis utilizamos método cualitativo a partir de un análisis bibliográfico de periódicos, monografías, tesis de maestría, libros, boletines, y documentos electrónicos, que permiten un análisis histórico y una nueva perspectiva de interpretación.

Hemos realizado al inicio una lectura del material bibliográfico relativo al tema de investigación y sus interfaces con otras áreas, con el objetivo de hacer una selección de la bibliografía que podría ser contributiva y efectiva para alcanzar los objetivos trazados. Enseguida, fue realizada su lectura

interpretativa y profundizada, creando la posibilidad de identificación de otros criterios de análisis de datos.

### **XI.6. El diseño**

El diseño de esta investigación es no experimental, que para Sampieri (2003):

Consiste en detectar, obtener y consultar la bibliografía y otros materiales que sean útiles para los propósitos [de la investigación], de donde se tiene que extraer y recopilar la información relevante y necesaria que atañe a nuestro problema de investigación. La revisión debe ser selectiva priorizando lo más importante, reciente, y los contenidos más importantes para nuestro problema de investigación (pp. 66-67).

Ello por cuanto pretende apuntar las características, los presupuestos, la naturaleza de la responsabilidad, dentro de un universo de los grupos económicos y según los tipos de actos practicados por sus administradores en un contexto de control y política empresarial unificada a partir de las teorías y del marco teórico que se ha encontrado en la bibliografía adoptada.

El diseño experimental está excluido de este estudio.

En las investigaciones experimentales hay manipulaciones directas de las variables relativas al objeto de estudio. Es por lo tanto un método empírico con la manipulación y control de las variables independientes y observación de variaciones fruto de tal manipulación y control capaces de producción de variables dependientes. La variable independiente es la antecedente, y la dependiente es la descubierta, o sea, el consecuente. Tales variables, según este método, son manipulables para una mensuración de resultados, lo que no ocurre en esta investigación y por lo tanto no es un método aquí aplicable, como apunta Sautu (2001).

### **XI.7. Organización de la bibliografía**

La bibliografía ha sido organizada en cuatro grupos. Un primer grupo que trató de reunir las teorías del moderno derecho empresarial, el cual considera un tratamiento a los grupos económicos, como Chagas (2014); Tomazette (2004); Dignam (2012); Blumberg (1987). Un segundo grupo fue organizado por la reunión de bibliografía que ha abordado grupos económicos, como:

Miguens (2009); Calcaterra (2007); Blumberg (1987); Galgano (2007). Un tercer grupo abordó los temas de lavado de dinero, conceptos, métodos, control interno y externo, como: Barral (2003); Blanco (2011); Caputo (2006); Cepeda (2002); D'Albora (2011); Casanovas (2010); Grondona (2014); Madinger (2012). El cuarto y último grupo consideró la bibliografía que trató de la responsabilidad de empresas y grupos económicos, como: Nissen (2008); Irujo (2004); Calcaterra (2007); Blanco (2013); Cepeda (2002).

A partir de los criterios de análisis creados con el estudio de los citados grupos fue posible identificar datos capaces de viabilizar respuestas para la interrogante inicial, apuntando caminos y consideraciones que han podido esclarecerlos.

Para esta tesis no se recolectó datos en campo, entendiendo por campo el local donde se desarrolla la investigación.

Ningún caso o fallo específico fue objeto de investigación, sea de un individuo, medio ambiente, o situación específica, no aplicando el método de estudio de caso.

Por fin, no fueron aplicados los métodos de investigación acción e investigación participante, una vez que no hay cualquier coparticipación de otros investigadores.

Es evidente un enfoque en el método bibliográfico y una investigación cualitativa, lo que presupone una relación dinámica entre sujetos y el mundo real, corroborando un vínculo indisoluble entre este mundo objetivo y el sujeto subjetivo, cuyas conclusiones reflejan la interpretación que hace el autor de la tesis. Como técnicas cualitativas empleamos la observación indirecta -análisis de leyes, doctrinas y jurisprudencias argentinas, americanas y europeas-.

La tesis tiene como unidad de análisis a las leyes, a las doctrinas argentinas, americanas y brasileñas, a las normas internacionales, siendo las variables las similitudes y diferencias de las leyes y jurisprudencia.

Nuestro criterio de selección de casos se basa en doctrinas y fallos argentinos, americanos y europeos que han ahondado los temas de lavado de dinero, la responsabilidad y los grupos económicos.

## CAPÍTULO XII. CONCLUSIONES

Las sociedades modernas dentro del contexto de la globalización contemplan la existencia de grupos de empresas, lo que es en verdad una forma de optimizar la producción industrial con costo menores, que se realiza en diversos países y puede a la evidencia también provocar daños de desigualdades sociales.

Estas desigualdades no deben ser mayores que los beneficios que se pueden obtener de la globalización y no son más las naciones las que dominan el mercado internacional, un rol desarrollado por grupos de empresas que a su vez desarrolla a las cadenas globales de valor.

En doctrina hay mucha discusión teórica y jurisprudencial sobre estos grupos económicos, en torno a cómo delimitar las responsabilidades ante terceros, acreedores, socios minoritarios y responsabilidad intragrupo. Hay una predominancia de la doctrina de levantamiento del velo societario para concretizar la configuración de un grupo y su responsabilidad.

Tal doctrina parte de un presupuesto que niega la propia existencia del grupo, porque solamente ve las sociedades de una forma aisladas. Por eso la necesidad de levantamiento del velo societario para llamar a la responsabilidad social.

Otras doctrinas avanzan en lo que se señala como *enterprise law*, las cuales conciben la existencia de un grupo definido por un interés empresarial, control y política empresarial unificada, aunque el propio grupo no sea sujeto de derecho, puede responder por los actos ilícitos.

La realidad actual apunta una preponderancia de los grupos económicos como motores de la economía global y como promotores de la globalización, en un ciclo en el cual la globalización también se transforma en el combustible para estimular más y más grupos económicos en escala global.

Estos grupos son una forma más eficiente de optimizar la producción y las cadenas de producción global. Aunque este rol sea importante y la concurrencia a este nivel crea beneficios con bajos costos de producción, mejores productos y más accesibles a todas las personas, los Estados nacionales dejan de ser suficientes para reglamentar a los mercados.

El derecho como un fenómeno social busca encontrar soluciones para tales actividades empresariales y para la situación de los grupos económicos. En este sentido son estudiados las teorías de la persona jurídica y otros temas como los roles de participantes en las sociedades.

Así surgen nuevos conceptos de derecho empresarial, considerando la participación de las empresas a un nivel regional o global. De un lado se señala el *entity law* y de otro el *enterprise law* como axis de un derecho grupal o de un derecho individualista de comprensión de las empresas. Estos temas fueron objeto del Capítulo I, oportunidad en que se puede destacar que la moderna doctrina empresarial ha evolucionado para concebir la existencia de grupos empresariales como un desarrollo de los mecanismos de optimización de la producción.

Un grupo empresarial pasa a necesitar de una política empresarial unificada y actos de control para que exista como grupo económico. La capacidad de optimizar a la producción a través de una política grupal ha permitido un avance transnacional de las sociedades con una dimensión económica muy grande en contrapartida de una minimización de los riesgos de la actividad.

Es posible constatar que las entidades transnacionales pasaron a tener un rol de definir a los actos de comercio internacional, creando también las cadenas globales de valor, rol antes ejercido solo por los Estados soberanos. Consecuentemente distorsiones son un hecho constatado mundialmente, derivados del poder ejercido por naciones ricas sobre las pobres o menos desarrolladas. Esta realidad, a su vez, no es suficiente para decir que la globalización sea un hecho negativo, aunque muchos beneficios alcanzan a la población mundial por esta minimización de las fronteras.

Por así decir, el Capítulo II prosigue en la discusión del impacto de la globalización, si causa el efecto del fenómeno de la transnacionalidad de empresas. Las fronteras son disminuidas y la jurisdicción y la soberanía de los Estados no son más capaces de regular suficientemente estos nuevos mercados globales, ocupados por las empresas. La regulación por leyes del mercado global no se muestra efectiva, dada sus limitaciones territoriales. Con eso existen innúmeras ocurrencias de cambios en las relaciones laborales, por la búsqueda de bajos salarios, servicios ejecutados por menores y sin condiciones salubres.

Soberanía *versus* globalización es una realidad discutida para la cual el esfuerzo internacional es la única opción de creación de los estándares, y en algunos casos las integraciones regionales. La insuficiencia de leyes nacionales que garanticen y regulen derechos relativos a los nuevos estándares de producción global, a los grupos económicos internacionales, a los procesos de integración regionales, a la unificación de los mercados financieros, a los transportes y telecomunicaciones internacionales tal como muchos otros temas.

Las inseguridades en este tema invocan una necesidad de que sean creadas fuentes de derecho, en un contexto más dinámico y reflejadas en el mercado global, que consideren el rol de las empresas transnacionales en este proceso, criterios para delimitación de la personalidad jurídica, responsabilidades en un grupo y extraterritorialidad.

Aunque no exista la personalidad jurídica de un grupo económico, persiste el interés en analizar su responsabilidad, también la de sus socios y administradores, asunto tratado en el Capítulo III. Esta a su vez no nace solo de la existencia de participaciones societarias. Debe estar configurada la existencia grupal por consecuencia de una política empresarial unificada y el poder de control.

En el sistema del *common law* la apuración de responsabilidad necesita del levantamiento del velo societario. Esta concepción niega la existencia de propio grupo como detentor de responsabilidad grupal y está fundado en una adopción de la individualidad de las empresas. Curioso que el *common law* en el derecho norteamericano se desarrolló para la concepción de la *entity law*, pautada por el reconocimiento de la existencia de deberes fiduciarios y por derivación de la responsabilidad por actos de control.

Obviamente que ese poder de influencia jamás podrá ser entendido como una facultad de ultrapasar a los límites soportables por la controlada. A este poder de control se le suma una política empresarial unificada, o dirección unificada, que es la razón legitimadora para ejercer el control sobre las controladas, cuyo objetivo es el alcance de un interés grupal

El fallo Rozenblum (4 de febrero de 1985) por la Corte de Casación en Francia, es el paradigma de apuración de la responsabilidad en grupo,

habiendo consagrado la existencia de interés de grupo. Este interés grupal es mayor que los intereses de las controladas, considerados en sí mismo.

Los doctrinadores sostienen la existencia de una responsabilidad extracontractual para los grupos económicos, habiendo otros que más actualmente dicen tratar de una responsabilidad orgánica. En regla, es negada la responsabilidad contractual.

La teoría orgánica apunta ser el administrador un administrador de hecho en materia de grupo, cuando ejerce el poder de control sobre sus coligadas y es así por ser un órgano que manifiesta la atribución de la nominación.

En esta moderna concepción del *entity law*, la retirada del velo societario nos es condición necesaria para la imputación de la responsabilidad, eso es así aunque se conciba la existencia del propio grupo a partir de su política unificada y poder del control. En otro paso, retirar en velo societario es en cierta medida negar la existencia del grupo.

Todos esos abordajes doctrinarios de imputación de responsabilidad son objeto del Capítulo III, en el cual se concluye no ser posible la imputación de responsabilidad directa bajo accionistas o administradores de las controladas una vez que no tienen un rol preponderante sobre el poder de control y política empresarial unificada.

No existiría también el derecho de los acreedores de demandar directamente el patrimonio de la sociedad *holding*. Para el ejercicio del derecho a una indemnización contra la controlante es necesario identificar el ejercicio del control y política empresarial unificada para que se tenga una caracterización de grupo de sociedades.

La responsabilidad aislada de sociedades pertenecientes a un grupo económico es tema de la doctrina del *entity law*. Sin embargo, la doctrina del *enterprise law* busca estudiar la responsabilidad, sea directa, indirecta o subsidiaria, por una perspectiva grupal. Esto es el objeto del Capítulo IV.

La responsabilidad directa ocurrirá cuando la controlante pueda ser accionada por terceros, lo que aleja una responsabilidad subsidiaria. A su vez, la responsabilidad indirecta ocurrirá cuando la controlante no pueda ser accionada directamente por un acto de la controlada, solo, por ejemplo, una insuficiencia del patrimonio de la controlada.

En este sentido, la controlante tiene un deber de mantenimiento de patrimonio suficiente de la controlada, mantenimiento de una aptitud de supervivencia de la controlada, o de garantizar su correcta liquidación y conducción adecuada de sus negocios. Con eso es posible percibir que la responsabilidad directa puede ser solidaria entre controlante y controlada en relación a los terceros.

Nace así el conocido deber de capitalización de la controlada o deber de no mantenerla infracapitalizada, de modo a no permitir que la controlante utilice la controlada en perjuicio de los terceros.

Es posible percibir que todos los deberes que atraen responsabilidad de la controlante cuando no observados son recurrencia del poder de control o política empresarial unificada. La utilización de las técnicas de levantamiento del velo societario no se muestra compatible con la acepción de los grupos económicos, aunque niegan estos poderes y características definidoras de un grupo económico.

Sin embargo, la demostración de que ocurre una infracapitalización, por ejemplo, es tarea compleja, porque no se puede solo decir que algunas operaciones en desventajas sean suficientes para invocar la responsabilidad de la controlante. Operaciones desventajosas son naturales en estructuras grupales, especialmente porque las controladas también reciben compensaciones por ser parte integrante de los grupos.

La conclusión es que hay que sumar una desventaja con excesivo abuso del poder de control persistente y continuada para la imputación de responsabilidad de la controlante.

El Capítulo V es dedicado al abordaje de algunas formas de ilicitud impuestas por la controlante a la controlada. El ejercicio de control y una imposición de política empresarial no son ilicitudes, aunque signifiquen un sacrificio a la controlada. La ilicitud, a su vez, puede ocurrir cuando se ha configurado un abuso en el ejercicio de ese poder.

Las ilicitudes pueden estar materializadas en la manipulación de precios, la mantención de la controlada sin ganancias, imposición de que la controlada practique actos en desvío de sus finalidades sociales, violación de deberes por los administradores que deben también perseguir los intereses del grupo,

infracapitalización. Todos estos actos cuando derivan del abuso del poder de control caracterizan una ilicitud.

Los conceptos básicos sobre lavado de dinero son descritos en el Capítulo VI. Por lo tanto, una introducción a los conceptos de dinero, moneda y trueque son abordados en este capítulo.

Es importante reconocer que a partir de la utilización de la moneda acuñada, cheques, tarjetas de crédito o criptomonedas, se tiene una desvinculación de las monedas a sus raíces, y surge la necesidad del desarrollo de un sistema económico legal que permita la utilización comercial. Con eso, se crea la oportunidad de que el dinero de origen delictivo pueda circular con apariencia de legitimidad por esos sistemas legales. Así se define al lavado de dinero como un proceso de tres etapas: colocación, estratificación e integración.

Las autoridades han concebido que la mejor manera de combatir el lavado sea por prevención, por lo que han creado muchos mecanismos de reportes de transacciones financieras y procedimientos de control, pero manteniendo el secreto de los datos bancarios.

A partir de las consideraciones sobre el ciclo de lavado de dinero y los reportes de operaciones sospechosas, en el Capítulo VII se examinan las acciones internacionales sobre el combate al lavado de dinero. La INTERPOL, las Naciones Unidas, el FATF, y el *Egmont Group*, fueron iniciativas internacionales para combatir el lavado de activos por mecanismos de cooperación. A su vez, en Argentina, por las presiones internacionales, fue editada la Ley 25.246 que cuida del Lavado de Dinero de Origen Delictivo, para que la Argentina hiciera una adaptación de sus normativas en conformidad con las directrices internacionales, especialmente del GAFI. Antes de esa ley, había solo la Ley 23.737, con el apelo internacional de dar énfasis en el tráfico ilícito de estupefacientes.

La UIF en Argentina tiene sus competencias descritas en la Ley 25.246, la cual es una autarquía funcional bajo la jurisdicción del Ministerio de la Justicia y Derechos Humanos de la Nación, tratado en el Capítulo VIII. El artículo 6º de la norma determina como su función el análisis, el tratamiento y la transmisión de información a los efectos de prevenir e impedir el lavado de activos.

Importa registrar que la UIF detiene una función y competencia que no se limita a un no hacerse, solo para los recibimientos de los reportes, teniendo también competencia legal para solicitar informes, documentos, antecedentes y otros elementos para que sea posible ejecutar su tarea de recibir, analizar y transmitir al Ministerio Público el resultado de la investigación.

Ya conjugando el lavado de dinero con los grupos económicos, el Capítulo IX comienza afirmando que los grupos económicos en el actual momento de globalización lograron transponer las fronteras nacionales para optimizar su cadena de producción y/o servicios estando presentes en diversas jurisdicciones distintas. Esto avanzó y permitió un incremento en las transacciones financieras y también el comercio e intermediación de servicios financieros y bancarios, trayendo oportunidad para ilícitos civiles en el ámbito grupal, a través de la utilización indebida de sociedad *offshores*.

Los esfuerzos internacionales de combate al lavado objetivan la protección de los mercados y son esfuerzos dependientes de actos de cooperación internacional. Los mercados se constituyen como un sistema de distribución de valores mobiliarios con el objetivo de dar liquidez a los títulos de empresas y garantizar su capitalización, sin los cuales no se puede alcanzar una economía equilibrada con distribución de las riquezas por ella generadas.

Sin embargo, una ausencia de límites territoriales de los negocios transnacionales permite una mayor facilidad para que ocurra una apariencia de licitud a los activos oriundos de otras jurisdicciones a través de los negocios de empresas globales, regionales o que ejerzan actividades internacionales, especialmente considerando que junto a las actividades ilícitas existen negocios de orígenes lícitos dando una apariencia de licitud a todas la operaciones.

Así hay un gran esfuerzo internacional y de las empresas en el combate de la criminalidad organizada. Por lo tanto, temas complejos surgen, como la individualización de una conducta en una empresa, cuyas decisiones acostumbran ser colegiadas, muchas veces con funciones delegadas y distribución de competencias. En situaciones en las cuales una jurisdicción adopta las teorías de equiparación entre autoría y participación, cada persona tendrá responsabilidad independiente y autónoma. Por lo tanto, sin una diferencia entre el ejecutor directo del delito o miembros de un consejo de

administración, todos son responsables en la medida en que han asumido voluntariamente el acto.

En otro sentido, las teorías que adoptan la coautoría rechazan el dominio de la criminalidad de empresa. Ello porque el sujeto ejecutor tiene absoluta voluntad y conocimiento del tipo penal no siendo un solo instrumento para su ejecución y el consejo que decide por cumplir un acto delictivo hace solo un acto preparatorio con la toma de esta decisión. Por así decir, existe un dominio positivo y negativo del hecho delictivo, pudiendo el ejecutor no cumplir con una orden del consejo, revelando un dominio negativo del hecho.

En el Capítulo X se señala la importancia del sigilo y secreto bancario como pilares del sistema financiero, la responsabilidad de prevención por los sujetos obligados, siendo el lavado de dinero un delito de naturaleza económica, y por lo tanto, el derecho penal no se muestra suficiente para el combate de la conocida delincuencia empresarial o criminalidad de empresa, existiendo verdadera dificultad de identificación de responsables en una acción criminal de grupo.

No es, por lo tanto, un mero delito de encubrimiento, es preponderante que se haga las conductas de ocultación como una transcendencia, para que sea posible la utilización en un contexto de licitud. Así se dice blanquear, reciclar, lavar o legitimar los fondos, capitales, dinero o bienes de origen ilícito.

La toma de acciones por los administradores de las sociedades partícipes del grupo serán consideradas como antijurídicas cuando reflejen actos fuera del interés del grupo al cual pertenezcan. Así la atribución subjetiva en la esfera interna, considerando el elemento culpa, será un factor de atribución objetiva cuando este abuso tenga reflejos externos al grupo.

La consecuencia de esta suerte de ideas es que la empresa dominante o controlante en un grupo no tiene responsabilidad por cualquier orden de deudas de sus controladas. Su responsabilidad es excepcional y solo existirá cuando el interés grupal impida que la controlada pueda cumplir con su objetivo social. La simple existencia de un grupo y, por lo tanto, la existencia de una sociedad en su cabeza, no hace nacer una responsabilidad.

Pensar en una responsabilidad por el simple hecho de la existencia de una controlante es, en contrario *sensu*, negar la existencia del grupo como un fenómeno económico. La consecuencia inmediata es querer aplicar las teorías

de la desconsideración del velo societario a los grupos económicos, cuya base es el *entity law* y no del *enterprise law*. Esta teoría es negatoria de la existencia de un grupo y en cuanto grupo debe responder integralmente con sus sociedades.

En este sentido, apuntamos una nueva interpretación acerca de la aplicación de las leyes contra el lavado de dinero también a los ilícitos civiles y a los grupos de corporaciones. Consideramos que esta interpretación podrá permitir una aplicación de las técnicas de represión anti lavado por las autoridades, los órganos de control, las corporaciones y la Justicia.

Consecuentemente, consideramos que la presente investigación ha ampliado el campo de conocimiento y contribuirá a combatir el lavado de dinero, pues proponemos nuevas premisas que no se restringen a la definición del lavado de dinero ligado únicamente a los actos de terrorismo y tráfico de drogas, sino que alcanza a los grupos económicos y sus ilícitos civiles.

## BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DE INFORMACIÓN

### Bibliografía

Barral, J. (2003). *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Batthyány, K., y Cabrera, M. (2011). *Metodología de la investigación en ciencias sociales*. Montevideo: Universidad de la República.

Beck, U. (1999). *O que é a globalização*. São Paulo: Paz e Terra.

Blanco, H. (2011). *Lavado de activos por sujetos obligados. Análisis desde la teoría de los delitos de infracción de deber*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Blanco, H. (2013). *Técnicas de investigación del lavado de activos: persecución del lavado de activos desde el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal*. Buenos Aires: La Ley.

Blumberg, P. (1987). *The law of corporate groups. substantive law. tort. contracts, and other common law problems in the substantive law of parent and subsidiary corporations*. Boston: Little, Brown and Company.

Calcaterra, G. (2007). *La responsabilidad civil en los grupos de sociedades*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

Caputo, L. (2006). *Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Cepeda, A. (2002). Criminalidad de empresa: problemas de autoría y participación. *Revista Penal de Universidad de Huelva*, 9, 106-121.

Chagas, E. (2014). *Direito empresarial esquematizado*. São Paulo: Saraiva.

- D'Albora, F. (2011). *Lavado de dinero*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Dieterich, H. (2001). *Nueva guía para la investigación científica*. London: Ariel.
- Dignam, A., y Lowry, J. (2012). *Company law*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferreira, W. (1960). *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva.
- Galgano, F. (2007). *Grupo de sociedades*. Buenos Aires: La Ley.
- Gené, G., Casanovas, M., Camerini, M., y Magalhaes, M. (2010). *Legitimación de activos ilícitos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Grondona, V. (2014). *Fuga de capitales IV. La manipulación de los precios de transferencia*. Buenos Aires: CEFID-AR.
- Habermas, J. (2001). *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Littera Mundi.
- Hauriou, M. *La teoría de la institución y de la fundación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Hernández, R., Martínez-Piva, J., y Mulder, N. (2014). *Global value chains and world trade*. Chile: United Nations publications.
- Ihering, R. (2002). *A finalidade do direito*. São Paulo: Servandas.
- Irujo, J., y Vítolo, D. (2004). *Sociedades Comerciales, los administradores y los socios*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Madinger, J. (2012). *Money Laundering, a guide for criminal investigators*. Boca Raton: CRC Press, "Paper represented the first time that something with no scarcity or intrinsic value was used as Money, and the fact that it

could be printed up willy-nilly if the mood struck was a problem”.  
Traducción mía.

Martins, F. (1998). *Curso de direito comercial*. Rio de Janeiro: Forense.

Miguens, J. (2009). *El grupo insolvente*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Nissen, R. (2008). *Control externo de sociedades comerciales*. Buenos Aires: Astrea.

Ohlin, B. (1933). *Interregional and Internacional trade*. Cambridge: Harvard University Press.

Ovchar, A. (2009). Estoppel in the jurisprudence of the ICJ: a principle promoting stability threatens to undermine it. *Bond Law Review* 21(1), 124-157.

Tomazette, M. (2004). *Direito societário*. São Paulo: Juarez de Oliveira, “Ela – globalização – subverteu as noções de tempo e espaço, derrubou barreiras geográficas, reduziu as fronteiras burocráticas e jurídicas entre as nações, revolucionou os sistemas de produção... A globalização traz potencialmente uma sociedade de risco, que tem como características: a incerteza, a contingência, a imprevisibilidade e a insegurança, com o conseqüente exaurimento das técnicas de controle social. Por causa desses riscos, há quem afirme que a globalização tende mais a dividir do que a unir, aumentando a desigualdade na sociedade, com o isolamento daqueles que não possuem recursos, o que lhe traz a fama de injusta. Atualmente, em tempos de importância, a grande maioria das atividades econômicas é desenvolvida por sociedades e, em tempos de volume econômico, têm especial importância as atividades desenvolvidas pelas corporações. Em suma, pode-se dizer que as sociedades, em especial as corporações, representam hoje a instituição econômica dominante, porque a grande vantagem comparativa delas é a aptidão para produzir riqueza”. Traducción mía.

Torres, S., Bonorino, A., y Vavilova, I. (2015). *La cita y referencia bibliográfica: guía basada en las normas APA*. Buenos Aires: Biblioteca Central UCES.

Sampiere, R., Collado, C., y Lucio, P. (1991). *Metodología de la investigación*. Colombia: Mcgraw-Hill.

Sautu, R. (2001). Estrategias teórico-metodológicas en un estudio de la herencia y el desempeño ocupacional. En Wainerman, C., y Sautu, R. *La trastienda de la investigación* (pp. 45-76). Buenos Aires: Lumiere.

Schmitthoff, C. (1978). *The wholly owned and controlled subsidiary*. London: Sweet & Maxwell.

Silvero, R. (2011). Asimetrías en el Mercosur. Breve historia, situación actual y perspectivas. *Mercosur 20 años*. Montevideo: CEFIR, 283-385.

Wainerman, C. (2001). Acerca de la formación de investigadores en ciencias sociales. En Wainerman, C., y Sautu, R. *La trastienda de la investigación* (pp. 15-42). Buenos Aires: Lumiere.

### **Fuentes de información**

Decreto n° 1.936/2010, sobre Asignación facultades a la Unidad de Información Financiera. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/176447/norma.htm>.

Decreto n° 1.642/2011, mediante el cual creó "Programa Nacional de Monitoreo de la Implementación de Políticas para la Prevención del Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo", que es presidido y coordinado por el Ministro de Justicia y Derechos. Recuperado de

<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/185000-189999/188217/norma.htm>.

Decreto nº 1.936/2010, define las atribuciones de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), una agencia del gobierno autónomo dependiente del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, tratando de identificar obligado por el deber de reportar operaciones sospechosas. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/176447/norma.htm>.

Ley nº 26.683/2011, que modificó el tipo penal de lavado de activos, creando un título especial al Código Penal argentino, referido a los delitos contra el orden económico y financiero. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/180000-184999/183497/norma.htm>.

Ley 26.733/2011, que modificó el Código Penal. Recuperado de <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192139/norma.htm>.

Ley 26.734/2011, que modificó el Código Penal. Recuperado de <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/190000-194999/192137/norma.htm>.

Ley 19.550/1984, Régimen de Sociedades Comerciales. Recuperado de <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25553/texact.htm>.