



Exteriorización voluntaria de moneda extranjera: la vulneración de la ley de lavado de activos de origen delictivo y sus consecuencias prácticas

Juan Félix Marteau (*)

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 26.860 de exteriorización voluntaria de la tenencia de moneda extranjera en el país y en el exterior (en adelante, Ley de Exteriorización) vulnera prescripciones de la Ley

25.246 (y sus modificatorias) de lavado de activos de origen delictivo (en adelante, Ley de Lavado), produciendo distorsiones institucionales en el funcionamiento de los sistemas de prevención de ilícitos financieros de los sujetos obligados, en particular, las entidades financieras.⁽¹⁾

(*) Titular de Marteau Abogados y Director del Posgrado de Prevención Global de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo / UBA.

(1) Nuestra posición contraria a esta ley: MARTEAU, J-F Dólares sin origen. La posición del GAFI ante el blanqueo in: El Cronista, 21.05.13 y MARTEAU, J-F Negros y sucios: los dólares del modelo nacional y popular in: Clarín, 13.05.13. En relación a la exteriorización de 2009, MARTEAU, J-F & REGGIANI, C. Del blanqueo al lavado de dinero in: La Ley, 26.12.08 y MARTEAU, J-F & REGGIANI, C. Los núcleos problemáticos del blanqueo de capitales en relación a la prevención de lavado de dinero in: Enfoques, La Ley, 07.07.09.

Este artículo se ocupa de lo que, entiendo, son los aspectos críticos de esta medida, procurando destacar las consecuencias prácticas que los mismos generan para los “sujetos obligados” con relación al cumplimiento de las obligaciones de debida diligencia de los clientes y del deber de informar operaciones sospechosas.



2. LOS ASPECTOS CRÍTICOS DE LA LEY DE EXTERIORIZACIÓN A LA LUZ DE LA LEY DE LAVADO

La Ley de Exteriorización fue sancionada por el Congreso de la Nación el 29 de mayo de 2013 y promulgada dos días después. Cuenta con veintidós artículos distribuidos en tres Títulos: *De la creación de los instrumentos; Exteriorización voluntaria de la tenencia de moneda extranjera en el país y en el exterior; y Disposiciones generales.*

En el primer título se autoriza, en primer lugar, al Ministerio de Economía y Finanzas Públicas a emitir el “Bono Argentino de Ahorro para el Desarrollo Económico (BAA-DE)”, registrable o al portador, y el “Pagaré de Ahorro para el Desarrollo Económico” (ambos instrumentos vinculados a la financiación de proyectos de inversión pública en sectores estratégicos, como infraestructura e hidrocarburos). En segundo lugar, se autoriza al Banco Central de la República Argentina (en adelante, el BCRA) a emitir el “Certificado de Depósito para Inversión (CEDIN)”, (vinculado a compraventa de terrenos, galpones, locales, oficinas, cocheras, lotes, parcelas y viviendas ya construidas y/o a la construcción de nuevas unidades habitacionales y/o refacción de inmuebles).

En el segundo título, se establece quiénes pueden realizar la exteriorización, las modalidades en que la misma debe realizarse y los distintos beneficios que se obtienen con ella.

En el tercer título, se fijan determinadas condiciones y exclusiones para que proceda la exteriorización, se ordena a la Administración Federal de Ingresos Públicos (en adelante, la AFIP) y al BCRA que reglamenten la ley y, asimismo, se establecen otras atribuciones del Poder Ejecutivo para facilitar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por la norma.

El 6 de junio de 2013, la AFIP dictó la Resolución General 3509 (compuesta por once artículos), a efectos de reglamentar la mencionada ley.⁽²⁾

LOS ASPECTOS CRÍTICOS

• La eximición de informar el origen de los fondos a la AFIP

El artículo 9 de la Ley de Exteriorización establece que:

“Los sujetos que efectúen la exteriorización, conforme a las disposiciones de este título, no estarán obligados a informar a la Administración Federal de Ingresos Públicos, sin perjuicio del cumplimiento de la ley 25.246 y demás obligaciones que correspondan, la fecha de compra de las tenencias ni el origen de los fondos con las que fueran adquiridas, y gozarán de los siguientes beneficios [...]:

En el artículo 1 de la norma reglamentaria, se reafirma la eximición de informar el origen de los fondos, sin hacer alusión a la Ley de Lavado:

“Los sujetos que exterioricen moneda extranjera en los términos previstos en la Ley 26.860 gozarán de los siguientes beneficios:

a) No estarán obligados a informar a esta Administración Federal la fecha de compra de las tenencias ni el origen de los fondos con los que fueron adquiridas”.

Aunque la lectura inicial del artículo 9 podría llevar a alguna confusión respecto del alcance de la eximición que establece en relación con la declaración del origen de los fondos, en la medida que señala que ello es “sin perjuicio del cumplimiento” de la Ley de Lavado, la reglamentación deja bien en claro que este particular beneficio establece una verdadera “cláusula de exclusión” de las obligaciones que emanan de la Ley de Lavado, en particular, de la llamada “debida diligencia de la clientela” y del “deber de informar”

(2) Hasta la fecha, otros organismos han dictado normas complementarias: el 13 de junio de 2013, la Resolución 256/2013 del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; el 27 de junio de 2013, la Resolución General 620/2013 de la Comisión Nacional de Valores; el 27 de junio de 2013, la Resolución 62/2013 de la Secretaría de Comercio Interior (Seci) del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas; el 19 de julio de 2013, la Comunicación A 5447/2013 del Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.); el 25 de julio de 2013, la Comunicación A 5438/2013 del Banco Central de la República Argentina (B.C.R.A.).



que debe realizar la AFIP como “sujeto obligado” (artículo 20, inciso 15, de la Ley de Lavado).

La debida diligencia implica, en los términos de la Ley de Lavado, 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 (artículo 21). Debe destacarse que la averiguación del “origen y licitud de los fondos” aparece mencionado como un objetivo central de la debida diligencia, ya que los sujetos obligados deben requerir a sus clientes una declaración jurada y/o la documentación de respaldo correspondiente para acreditar el carácter de los bienes o activos de la operación de que se trate (artículo 21 bis, incisos a y b). Además, cuando se trate de personas jurídicas, la debida diligencia sobre el origen de los fondos debe extenderse a conocer la estructura de la sociedad y la identificación de sus propietarios, beneficiarios y aquellos que ejercen el control real de la misma (artículo 21 bis, inciso c).

El deber de informar implica, en los términos de la propia Ley de Lavado, poner a disposición de la Unidad de Información Financiera (en adelante, la UIF) la documentación recabada de sus clientes y de llevar a conocimiento de esta

Unidad, las conductas o actividades de sus clientes a través de las cuales pudiere inferirse la existencia de una situación atípica que fuera susceptible de configurar un hecho u operación sospechosa, de lavado de activos o de financiación del terrorismo (artículo 20 bis de la Ley de Lavado). Una operación es sospechosa, según lo establece la misma ley, cuando “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” (artículo 21, inciso b).

Puede comprenderse que el beneficio que la ley concede a los sujetos que exteriorizan sus bienes tiene el carácter de un incentivo, en el sentido que se elimina su riesgo a ser reportado por la AFIP ante la UIF; pero al concederse el mismo se priva al máximo organismo de administración fiscal del país y, correlativamente, también a la UIF de saber en qué medida este “cliente” puede estar vinculado con un ilícito penal no amniable.

En este aspecto, existe una abolición directa de una obligación nuclear de la Ley de Lavado (debida diligencia + deber de informar).



- **La obligación de cumplir con la Ley de Lavado de los demás sujetos obligados**

ARTÍCULO 14. — Ninguna de las disposiciones de esta ley liberará a las entidades financieras o demás personas obligadas, sean entidades financieras, notarios públicos, contadores, síndicos, auditores, directores u otros, de las obligaciones vinculadas con la legislación tendiente a la prevención de las operaciones de lavado de dinero, financiamiento del terrorismo u otros delitos previstos en leyes no tributarias, excepto respecto de la figura de evasión tributaria o participación en la evasión tributaria.

Una vez que el artículo 9 ha abolido las prescripciones de la Ley de Lavado en relación al circuito AFIP-UIF, el artículo 14 establece que el resto de los “sujetos obligados” por la Ley de Lavado deben cumplir con todas las obligaciones de esta norma, con la excepción de que la actividad de exteriorización esté vinculada a “la figura de la evasión tributaria”.

En primer lugar, esto significa que los sujetos obligados deben tomar los recaudos que fija la Ley de Lavado en los términos expresados arriba en relación a la debida diligencia y el deber de informar (artículos 21 y 21 bis). Bajo este supuesto, es posible decir que el sujeto de la exteriorización será sometido al escrutinio normal que los sujetos obligados realizan con cualquier cliente.

En segundo lugar, esto también implica que los sujetos obligados quedan *liberados* de tomar estos recaudos cuando el sujeto de la exteriorización sea autor o partícipe de una evasión. Para arribar a este supuesto, el cliente será sometido a un escrutinio excepcional por parte de los sujetos obligados, toda vez que estos deberán realizar una interpretación jurídica sobre la existencia del delito de evasión, algo que

excede su marco habitual de actuación (dirigido a detectar eventuales hechos u operaciones sospechosas).

En este aspecto, puede deducirse que la Ley de Exteriorización aunque no abole las obligaciones de la Ley de Lavado, erosiona su real cumplimiento.

La conclusión general, luego de examinar los artículos 9 y 14 de la Ley de Exteriorización, es que las prescripciones de la Ley de Lavado han quedado menoscabadas. Queda por examinar qué consecuencias prácticas produce este debilitamiento, tomando en consideración la posición de aquellos sujetos que deben cumplir con las obligaciones de esta última norma.

3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS EN LA EXTERIORIZACIÓN FRENTE A LA VULNERACIÓN DE LA LEY DE LAVADO: LA RIESGOSA TAREA DE DESCONTAMINACIÓN DE LOS FONDOS

Desde el punto de vista de una política de control de lavado de activos de origen delictivo, la exteriorización que promueve la Ley 26.860 es una medida de política económica excepcional orientada en última instancia a *descontaminar fondos viciados por su origen delictivo (evasión) a efectos de que puedan circular en la economía real sin producir consecuencias negativas* (más contaminación).

Procurando hacer valer la descripción objetiva por encima de la valoración ética (análisis realista), la tarea de descontaminación que pone en juego la norma en cuestión es una tarea de alto riesgo para aquellos que deben llevarla a cabo (los sujetos obligados). En esta tarea de *alto riesgo*, la cuestión más significativa tiene que ver con saber quiénes son los clientes (sujetos de la exteriorización) que ingresan -como consecuencia necesaria- a la excepción establecida en el artículo 14 de la Ley de Exteriorización.

Recordemos primero la manera en la que el artículo 303, inciso 1, del Código Penal Argentino (Ley 26.683 de 2011) configura legalmente la figura básica de lavado de activos de origen delictivo:

“Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

Numerus apertus y evasión fiscal

Esta norma ha adoptado el criterio del *numerus apertus* en relación a los delitos precedentes del lavado de activos: todos los ilícitos penales del catálogo delictivo de nuestra ley penal son susceptibles de producir fondos ilícitos susceptibles de posteriores prácticas de lavado. Esto exige ser muy preciso a la hora de saber qué conductas son las determinantes de los activos que van a exteriorizarse. Cuando el mencionado artículo 14 exime de cumplir con las prescripciones de la Ley de Lavado a las conductas de evasión ¿A qué delitos se está refiriendo exactamente?

La Ley 24.769 de Régimen Penal Tributario (deroga la Ley 23.771) contempla una multiplicidad de delitos tributarios: evasión simple, evasión agravada, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales, apropiación indebida de tributos (Título I sobre delitos fiscales); evasión simple, evasión agravada, apropiación indebida de recursos de la seguridad social (Título II sobre delitos relativos a los recursos de la seguridad social); insolvencia fiscal fraudulenta, simulación dolosa de pago, alteración dolosa de registros (Título III sobre delitos fiscales comunes).

¿De qué manera un sujeto obligado -un banco o cualquiera de los mencionados en la Ley de Lavado- podrá determinar con precisión el encuadramiento legal de su cliente (sujeto de la exteriorización) a efectos de eximirlo de los controles que exige la Ley de Lavado? En la práctica concreta, esto resulta imposible, toda vez que -como dijimos- los sujetos obligados no tienen por objeto la determinación de acciones delictivas, sino de operaciones sospechosas (lo que implica un umbral de análisis absolutamente diferente).

Autolavado

El artículo 303, inciso 1, ha incorporado la figura del autolavado. Esto significa que la ley argentina castiga la conducta del lavador cuando esté lavando los activos o bienes generados por su propia actividad delictiva previa (en la versión original de la Ley 25.246 de 2000, el autolavado no se castigaba pues era un elemento del tipo penal que el autor de lavado “no haya participado” del delito precedente). En concreto, un evasor que ha realizado la acción típica del artículo 303, inciso 1, lavando su propio dinero evadido, es susceptible de ser perseguido como (auto)lavador.

Ahora bien, como el artículo 14 de la Ley de Exteriorización nada dice de este supuesto ¿Qué actitud le cabe seguir a los sujetos obligados respecto a su cliente (sujeto de la exteriorización)? ¿Debe considerar que también debe quedar eximido de las obligaciones que fija la Ley de Lavado (debida

diligencia-deber de informar)? Evidentemente, el legislador se ha olvidado de regular esta situación problemática y los sujetos obligados están nuevamente imposibilitados de conocer con precisión cuál es el alcance de la eximente que fija la Ley de Lavado para los evasores.

Tomando estos dos supuestos fácticos (hay otros, como el vinculado a la distinción entre autores y partícipes de la evasión) puede comprenderse perfectamente que la tarea de descontaminación que contempla la Ley de Exteriorización deja expuestos a los sujetos obligados a una obligación de difícil cumplimiento, que los expone eventualmente a futuros reproches legales.

4. RESPUESTAS DE LOS SUJETOS OBLIGADOS ANTE LA VULNERACIÓN DE LA LEY DE LAVADO

Frente a esta situación que genera la Ley de Exteriorización (desobligación de la AFIP-UIF y obligación excepcional de difícil cumplimiento de los demás sujetos obligados), cabe examinar qué es lo que establecen en esta materia los estándares y buenas prácticas internacionales del Grupo de Acción Financiera (en adelante, GAFI).

En el campo de la lucha contra los ilícitos financieros en la que las normas y prácticas de los países son fruto de un proceso de estandarización global, el examen de las directrices de GAFI resulta un recurso legítimo para que el intérprete arribe a conclusiones razonables.

El GAFI renovó, en octubre de 2012, un documento sobre buenas prácticas en casos de blanqueos de capitales que resulta una guía para avanzar en el supuesto aquí planteado: *Managing the anti-money laundering and counter-terrorist financing policy implication of voluntary tax compliance programmes*. De acuerdo a este documento los sujetos deberían:

- Realizar un cumplimiento no sólo formal, sino efectivo de todas obligaciones que les fija la Ley de Lavado. En la práctica esto implica que los sujetos obligados, en particular las entidades financieras, deberán al momento de la exteriorización satisfacer todos los recaudos legales sobre debida diligencia y, también, sobre deber de informar de todos aquellos clientes (sujetos de la exteriorización). En particular, la obligación de reportar no puede inhibirse como consecuencia de la exclusión del artículo 14 de la Ley de Exteriorización.
- No realizar ninguna excepción en la identificación del beneficiario final de la operación de que se trate. Esto implica que el cliente debe ser sometido a un proceso de debida diligencia reforzada para dilucidar si la exteriorización beneficia a otros individuos o personas jurídicas.



- Promover un constante proceso de retroalimentación con las autoridades públicas (la UIF, el BCRA, otros organismos) a efectos de detectar cualquier vínculo entre la operación de exteriorización y actividades ilícitas. Ello cuando se trate de sujetos de la exteriorización que participen de aquellas situaciones de riesgo que cada entidad haya definido en sus manuales de procedimientos o cuando en el caso concreto se detecte que los fondos a exteriorizar pueden provenir de actividades de difícil encuadramiento legal.
- Reforzar el control cuando estén implicados actores que operan en jurisdicciones que no aplican debidamente las recomendaciones internacionales en esta materia. Esto implica que los sujetos obligados deben realizar un análisis profundo sobre el lugar de resguardo de los fondos a exteriorizar.

5. CONCLUSIÓN

Ha quedado demostrado que la Ley de Exteriorización colisiona con las prescripciones de la Ley de Lavado. Esto se

comprende en la lógica de una medida excepcional que se orienta a descontaminar activos viciados por el delito de evasión, ya que las excepciones arriba analizadas pretenden jugar como un incentivo para que los evasores no perciban a los controles antilavado como un riesgo que puede ocasionarles consecuencias negativas en el futuro.

Sin embargo, es muy probable que la abolición-erosión de la Ley de Lavado que provoca esta norma lleve a los sujetos obligados (entidades financieras, notarios públicos, contadores, síndicos, auditores, directores u otros) a maximizar los esfuerzos para cumplir con las prescripciones legales como si este tipo de operaciones fuesen de alto riesgo.

La consecuencia más importante es que los sujetos obligados mantengan en funcionamiento el circuito con la UIF, de modo que sobre este organismo recaiga la mayor responsabilidad de este difícil proceso de descontaminación de fondos de origen delictivo (evasión), con el resultado anexo de garantizar que el sistema económico-financiero no se intoxique con fondos de otro origen delictivo.