

Notas sobre la Ley 26.683 en lavado de activos de origen ilícito: un nuevo delito y excesivas obligaciones para los contadores.

La presente colaboración tiene la finalidad de realizar unas consideraciones relativas al tratamiento brindado por el legislador a este nuevo delito, ya previsto en la primera ley de lavado de activos de origen ilícito N° 25.246, frente al recientemente incorporado a través de la Ley 26.683¹. Reitera, además, opiniones vertidas en publicaciones anteriores respecto de las excesivas actividades delegadas a los contadores públicos en su calidad de sujetos obligados a informar operaciones sospechosas, sin el apoyo en pautas objetivas para el eficaz cumplimiento de estos deberes.

I. La configuración normativa del delito de lavado en la original Ley 25.246:

En el año 2000 el legislador incorporó este nuevo delito como lesivo del bien jurídico "Administración Pública" al Título XII del Código Penal, situándolo - en particular - en su Capítulo 13, con la finalidad de proteger el bien "Administración de Justicia" que el lavador persigue burlar al brindar apariencia de lícitos a bienes provenientes de un delito cometido por un tercero y en el que no participó.

Así, al configurar normativamente el lavado como *especie agravada* del género encubrimiento, lo sujetó a sus reglas, las que deberán ser tenidas en vista también por los *sujetos obligados a informar* a la hora de cumplir sus obligaciones (entre ellos, los profesionales en ciencias económicas alcanzados). Estas reglas, que funcionan en realidad como verdaderos *presupuestos del delito*, son dos, uno positivo (el delito anterior) y el otro negativo (inexistencia de participación criminal prevista en los arts. 45 y siguientes del C.P.):

I.1. Existencia anterior del delito previo: no habrá encubrimiento sin la preexistencia de un hecho típico previo, de modo que sólo cuando sea interpuesta la *querrela* el encubrimiento será punible². Por ello, el *hecho encubierto*, consumado o tentado, debe ser algo concluido, encontrarse en el pasado y tener estado judicial. A su vez, no es necesario que el delito esté consumado en el momento en que el encubrimiento se produce, porque lo que transforma al encubrimiento en participación no es sólo el auxilio, sino la promesa anterior de prestarlo. En este caso limítrofe es

¹ B.O. 21/06/2011.

² Sebastian Soler: Tratado de Derecho Penal Argentino, T.V, págs. 250 y ss

necesario establecer que el acto de encubrimiento no constituya en modo alguno una manera de contribuir a la consumación. Por ello es muy importante fijar el momento consumativo, porque cualquier auxilio anterior prestado al autor del hecho es participación (arts. 46 y 47 del CP) y no encubrimiento.

Con respecto al delito precedente pueden ocurrir otras situaciones que inciden en el plano subjetivo en beneficio del imputado, tales como las causales de justificación, inculpabilidad u otros motivos de exención. Dado a que el delito de encubrimiento es una ofensa a la *administración de justicia* que consiste en trabarla o entorpecerla, así como también al procedimiento conducente a una sentencia, para la existencia del encubrimiento es indiferente que el proceso concluya en una condena o en una absolución, ya que las causas de justificación y de inculpabilidad deben ser también juzgadas.

Respecto de la *prescripción*, Sebastian Soler³ entiende que el acto de encubrimiento que ayudó a que la acción perezca es punible, pero si la ayuda es posterior sin este propósito, no será punible si el hecho previo ha prescrito o existen causas extintivas de la pena dotadas de una carácter objetivo como la amnistía y el indulto, ya que dicha conducta dejó de ser delito y la pena dejó de ser pena. Si el delito previo está prescrito no habrá conducta punible.

I.2. Inexistencia de participación criminal. El encubrimiento tiene, además, un presupuesto negativo: debe ser prestado sin promesa anterior al delito, de lo contrario estamos en presencia de una forma de participación no punible, en resguardo del *non bis in ídem*. De donde se concluye que el *autoencubrimiento* no es delito⁴. Recordemos que el legislador -en el encubrimiento- excluyó como posibilidad la participación criminal en el delito de lavado de dinero a cualquiera que hubiera participado en el delito previo. Por tanto, este sujeto no puede ser inculpatado como partícipe en el delito de lavado en virtud de la condición impuesta por la ley (art. 278): quien lava no participó en la comisión del delito previo. En el sistema jurídico de la originaria Ley 25.246 no sería posible -excepto que se tratara de bienes jurídicos distintos- castigar al que cometió el delito previo y, además, castigar por el delito de lavado cometido posteriormente para aprovechar su resultado, ya que violaría el *non bis in ídem* (se lo estaría castigando dos veces)⁵. Así, el lavado sería el hecho penal copenado que desaparece por consunción de

³ Idem nota anterior.

⁴ Miguel Bajo Fernandez, Compendio de Derecho Penal (parte especial) Vol II, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 556 y ss.

⁵ Francisco J. D'Albora (h) "Lavado de Dinero. El delito de Legitimación de Activos Provenientes de Ilícitos", ED T 180.

la pena recaída en el delito previo (por aplicación de la regla del concurso aparente de normas penales y en resguardo de la garantía constitucional del *non bis in ídem*)⁶.

II. La nueva configuración del delito en la Ley 26.683:

El legislador ha incorporado un nuevo Título XIII al Código Penal bajo la denominación de "Delitos contra el orden económico y financiero", con la finalidad brindarle autonomía propia a esta figura y proteger un bien jurídico diferente a la "Administración de Justicia", de naturaleza *supra - individual*, como es el sistema económico⁷. A la vez, ha mantenido el delito de **encubrimiento** en la nueva denominación que recibe el Capítulo 13, como único tipo penal.

Como lo afirmamos en otra ocasión, esta figura trata de un tipo delictivo distinto del delito previo en la medida en que le atribuye **autonomía** y una penalidad que *no depende* de la pena que pueda recaer en aquel: si bien requiere una conexión con un hecho típico cuyo autor ahora puede ser otro, al realizar un ataque a un bien jurídico distinto (el sistema económico), dispone de un contenido de injusto y culpabilidad autónomo. Tal relación o conexión no fundamenta la pena para el autor del lavado, por lo que al no ser un delito accesorio la pena no depende de la asignada al autor del delito base ni de la suerte del juicio seguido en su contra⁸.

- **Con relación al tipo subjetivo** en este delito, a diferencia de lo exigido en el encubrimiento⁹ - al prescindir de algunas de las referencias utilizadas en la legislación comparada relativas al *conocimiento* del delito previo - el legislador ha optado por no exigir un **dolo directo** en la conducta, bastando para su incriminación con el mero **dolo eventual**, en el que el autor entiende posible la realización del tipo legal y, pese a ello, acepta, conforma, permite la posibilidad de su producción.

Recordemos con Creus que *"...La característica del dolo sí es distinta en el llamado dolo eventual, en el que el autor prevé que la acción que va a realizar puede resultar típicamente antijurídica y, aunque su voluntad no está directamente dirigida a realizarla con ese carácter, acepta que ella se produzca con tal adecuación o, dicho de otra manera, el autor prevé el resultado típico como una de las consecuencias de su acción y*

⁶ Confr. art. 1 - in fine - del CPPN.

⁷ Con igual criterio lo legisló España, Bélgica, Francia y Alemania, entre otros países que integran el GAFI.

⁸ D. Yedro: Doctrina Penal Tributaria de Errepar, Marzo de 2011.

⁹ Aquí el agente debe saber que los bienes provienen de un delito, es decir, que fue obtenido por quien se lo da a través de una acción típica sin lugar a dudas ni sospechas, sino que debe tratarse de un conocimiento positivo, en el razonamiento de Carlos Creus en su Derecho Penal, T. II, págs. 350 y ss.

acepta que éste se produzca; la consideración de la probabilidad del resultado típico no detiene su acción: quiere disparar su escopeta sobre la bandada de pájaros que vuela a ras del agua en dirección a donde se encuentra apostado un compañero de cacería, sabiendo que puede herirlo, pero prefiere probar puntería aceptando que se produzca aquel resultado. En verdad, como se ve, el carácter del dolo eventual se apoya sobre una particular conformación de ambos elementos del dolo (conocimiento y voluntad), pero veremos que es en el volitivo en el que se separa de la llamada culpa consciente o con representación"¹⁰.

II.a. en el plano procesal:

Las consecuencias en el orden procesal son de envergadura en virtud de que las disposiciones sobre lavado se aplicarán:

1. al sujeto que realiza el **autolavado**: es decir, al sujeto activo del delito previo que luego lava los bienes provenientes de aquel a los fines de asegurar su aprovechamiento mediante su incorporación al circuito económico formal, y concluir dándole apariencia lícita. Ello, porque en esta figura desapareció el *presupuesto negativo* presente en el encubrimiento (no haber participado en el delito precedente). Además, ahora el *autolavador* podrá ser castigado dos veces en razón de que la reforma protege un bien jurídico distinto al del encubrimiento. En nuestro sistema, la doble persecución se resuelve mediante la solución que brinda el *concurso real* de delitos¹¹.

2. aún cuando el autor o cómplices del hecho previo fueran **irresponsables**: o sea, los sujetos contemplados en las **causas de inculpabilidad** (minoría de edad, alteración o anomalía síquica o miedo insuperable, fuerza mayor, en estado de necesidad disculpante, previstas en el artículo 34* de nuestro C.P.).

3. o estuvieran personalmente **exentos de pena**: recordemos que como causas de **exclusión de pena** tenemos las **excusas absolutorias del art. 277 inciso 4** del C.P. que incluye a "*los que hubieren obrado a favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad ...*", en tanto se trate de las figuras atenuadas de esa norma.

4. o cuando no existiera la querrela: condición impuesta para la persecución en el encubrimiento, desaparece en la reforma al exigir sólo el **conocimiento** del lavador de que los bienes provienen de un "ilícito penal". Este **conocimiento** – como arriba adelantamos – comprende tanto el actuar "*a sabiendas*" (dolo directo) cuanto el aceptar

¹⁰ Creus, Carlos: "Derecho Penal. Parte General" - Ed. Astrea - Bs. As. - 1990 – 2da. Edición actualizada, pág. 249 y ss.

¹¹ Art. 55* del Código Penal: se aplica como mínimo el mínimo mayor de las penas previstas para cada delito y como máximo la suma de la acumulación de las penas que correspondan a los diversos hechos, con el tope del máximo legal de la pena mayor.

como *probable* que dichos bienes provienen de un ilícito punible (dolo eventual) y, a pesar de ello, el autor prosigue con las acciones descriptas en el tipo (convierte, transfiere, administra, vende...o de otro modo los coloca en el circuito económico).

5. o cuando el **delito antecedente hubiere prescripto**: dado su autonomía del delito precedente, aquí no interesa si respecto del mismo ha operado la prescripción, sólo interesa si el origen de los bienes proviene de un *ilícito penal*. Lo que hará depender la prescripción del lavado al cómputo de la pena prevista sólo para él y no de la correspondiente al delito precedente, como ocurre en el encubrimiento.

II.b. extensión del tipo penal: novedades y nuevos límites.

En la redacción del nuevo artículo 303 del Código Penal tenemos las siguientes novedades:

1. ha desaparecido la conducta "*applicare*", presente en el texto anterior del artículo 278 del C.P.

2. se incorporó la conducta "*disimulare*" y la que de "*...cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal*".

3. están ausentes **dos** conductas propias de este delito como las del que "*comprare*"¹² o "*mantuviere*" bienes provenientes de un delito, expresamente incorporadas en otras legislaciones: esta omisión crea una *laguna de punibilidad* muy grave que conspira contra la efectividad del sistema, ya que brinda impunidad al lavador que *compra* bienes con fondos de origen ilícito y luego los *mantiene* en su patrimonio¹³, logrando el objetivo del delito. Igual beneficio obtendría el evasor que *compra* bienes con el importe del tributo evadido y los *mantiene* en su patrimonio (configurando un supuesto de *autolavado* no punible). Esta omisión no es subsanable mediante la aplicación de la *analogía*, proscripta por el principio rector de "**reserva de ley**".

4. para la versión básica de lavado de su inciso 1)- reprimido con penas de prisión de 3 a 10 años y multa de 2 a 10 veces del monto de la operación - prevé un límite cuantitativo a ser superado en la suma de \$300.000 respecto a los bienes objeto de este delito. Ello es a los fines de centrar su persecución en supuestos de significación, evitando hacerlo respecto de delitos menores. Aquí, como en otras normas que fijan límites cuantitativos, el problema es su posterior desactualización producida por la inflación, frustrando su propósito inicial.

¹² Este tipo penal se encontraba en el texto del derogado art. 25* de la ley 23.737.

¹³ Impunidad, claro está, que alcanza sólo a este delito, ya que deberá afrontar la pena por el delito precedente.

5. la versión agravada del inciso 2) comprende a los sujetos que realizan el lavado "...con *habitualidad* o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza". Con relación a la "*habitualidad*" cabe apuntar que esta modalidad de *receptación* viene del texto originario del artículo 277*, que luego se llevó al artículo 278 - b). En el encubrimiento alcanza a quien actúe como "reducidor" de cosas provenientes de un delito sin exigir la ley que al momento de su acción este sujeto conozca con certeza la procedencia delictuosa de los objetos a ser "reducidos". Entendemos que esta agravante para el delito de lavado ha devenido inaplicable en razón de que el lavador difícilmente acuda a esta categoría de sujetos para lograr sus fines.

6. con relación a la versión atenuada prevista al inciso 3), reprimida con pena de prisión de 6 meses a tres años, al "*...que recibiere dinero y otros bienes provenientes de un ilícito penal con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1)..*", nos sorprende su benigna amplitud ya que comprende al dinero y otros bienes como aquellas mismas cosas que fueron objeto del delito previo: es indiferente que se trate de una cosa robada, estafada, obtenida del tráfico de estupefacientes, de la venta ilegal de armas, de la evasión fiscal, de la extorsión (o de cualquier otro delito de los enumerados en el artículo 6* de la ley reformada). Esta norma, al igual que en el caso del anterior apartado 3), atenta contra la eficacia del sistema ya que acarrea el beneficio de la "*norma penal más benigna*" para el lavador que reciba dinero y otros bienes provenientes de un delito - en su estado original -, que de recibir una condena de 3 a 10 años tendrá una atenuada con graduación de 6 meses a 3 años!!!

7. En su inciso 5) la reforma mantiene el principio de "*extraterritorialidad*" ya adoptado en la anterior regulación y en el encubrimiento del art. 277.

Señaladas las omisiones y defectos en que incurrió el legislador a la hora de definir los nuevos tipos penales objeto de persecución - seguro motivo de posteriores reformas si de corregirlos se trata - del texto legal surgen indeterminaciones que ponen en peligro los objetivos buscados: dotar al Estado de una herramienta eficaz para prevenir y perseguir el lavado de activos de origen ilícito, así como **aislar** las operaciones de lavado para su posterior enjuiciamiento.

Si bien cabe reconocer que el delito en sí ofrece grandes dificultades para lograr una descripción ajustada de los tipos que se pretende incriminar, la solución no pasa por adoptar modelos provenientes de países con diferentes grados de desarrollo en su sistema económico y jurídico al existente en el nuestro. Ni tampoco fórmulas teóricas aconsejadas por el GAFI para ser plasmadas en leyes dictadas de apuro.

II.c. el problema del delito fiscal como subyacente al de lavado:

La reforma, de acuerdo con los instrumentos internacionales en la materia¹⁴, considera objeto material del delito de blanqueo a los bienes que provengan de un ilícito penal (art. 303 – inc.1). La procedencia implica que los bienes han de tener su origen en una actividad ilícita y para ello el intérprete deberá contar con criterios normativos que permitan concretar con algún grado de precisión cuándo un bien objeto de lavado tiene su causa en una actividad delictiva previa, por caso el delito fiscal. Ello parece lógico en la medida en que los bienes susceptibles de ser blanqueados han de tener su origen, su causa, en un hecho delictivo previo, derivarse de él, aún cuando no se exija aquí su estado judicial, como ocurre en el *encubrimiento*¹⁵.

En el momento en que esto se demuestra así, la doctrina los define como bienes **"contaminados"**¹⁶. Sobre el particular, coincidimos con el desarrollo del catedrático español Blanco Cordero en que *"Las teorías desarrolladas por la ciencia jurídico-penal para afirmar la existencia de una relación a la causalidad entre un comportamiento y un resultado nos sirven para determinar qué bienes están conectados causalmente con una actividad delictiva previa. Siguiendo la teoría más comúnmente aceptada de la equivalencia de las condiciones, y recurriendo a la fórmula de la conditio sine qua non para su aplicación, podemos afirmar que un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración. Y esta concreta configuración incluye claramente todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del*

¹⁴ Por ejemplo, la Convención de Viena, que en su artículo 3 n° 1 a) y b) emplea el término "proceden".

¹⁵ No obstante, sectores de la doctrina advierten sobre el riesgo de caer en un supuesto de escándalo jurídico: hipótesis en que el fisco dicta una Determinación de Oficio por un monto superior a \$ 400.000 y formula la denuncia penal por encuadrar el contribuyente en el tipo del art. 1* de la L. 24.769, que a la postre resulte desestimada por falta de mérito; en tanto también había reportado como sospechoso de lavado al mismo sujeto que no puede demostrar su inocencia y resulta condenado por este delito. Más, en tal supuesto, de ser declarado inocente por el delito previo, deberán elevarse dichas actuaciones al juez que interviene en el delito de lavado. A efectos de que tome razón de los aspectos objetivos y subjetivos de la conducta del encartado frente a este delito. Pero hasta tanto ello ocurra, el lavado será juzgado y condenado según el caso.

¹⁶ Isidoro Blanco Cordero en "El Delito Fiscal como actividad delictiva propia del Blanqueo de Capitales", en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2011, núm. 13-01, p. 01:1-01:46 – ISSN 1695-0194.

bien. En sentido negativo, no existirá nexa causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia”.

Yendo al **nuevo texto del artículo 6* de la L. 25.246 – en su art. j)** sustituido por art. 8* de la L. 26.683 – es delito precedente el de Evasión Fiscal previsto en la ley 24.769¹⁷. La reforma, si bien viene a zanjar la discusión abierta en la doctrina en oportunidad del dictado de esta ley entre quienes propugnaban la inclusión del delito fiscal como precedente al de lavado y quienes rechazaban esta tesis, pone al descubierto algunas carencias que describimos a continuación.

En efecto, el reformador omitió brindar las reglas a seguir para distinguir entre **dinero negro**: aquél que proviene de actividades **lícitas** que por configurar conductas típicas de evasión a normas fiscales no ha tributado conforme a ley; y **dinero sucio**: aquél originado en una actividad **ilícita** expresamente perseguida por la ley penal. En la evasión fiscal el **dinero sucio** lo configura la **cuota tributaria defraudada**. De allí la regla que formula: *el dinero negro se blanquea...el dinero sucio se lava*. Al respecto, surgen dos dudas que deberán ser solucionadas por el legislador próximamente:

1) para enjuiciar por lavado, y en orden a que su existencia proviene de otra jurisdicción, *se deberá aguardar a que el organismo competente (la AFIP) dicte la resolución determinativa de oficio¹⁸ fijando el impuesto defraudado superior a los \$400.000 (o los \$4.000.000, en su caso)?*; y

2) *cómo se individualiza a un bien subrogante como el resultado de una operación de lavado cuando su procedencia contiene tanto una porción de dinero negro (lícito) y otra porción de dinero sucio (o ilícito), como sucede en el delito fiscal?...qué dinero lava primero el sujeto activo al momento de poner en circulación el dinero sucio objeto de lavado?.. el dinero negro o el dinero sucio?*

Para concluir este apretado análisis conviene traer a cita nuestra repetida crítica a la inclusión de este delito como antecedente al de lavado. Entendemos que *“...no es aconsejable, como cuestión de política criminal, propender a la inclusión del delito fiscal*

¹⁷ El proyecto de “ley correctiva” aprobada por el Senado el pasado 01/06/2011 precisó que sólo comprenderá a los **delitos fiscales graves, o sea**: evasión fiscal agravada, evasión provisional agravada, aprovechamiento indebido de subsidios, obtención fraudulenta de beneficios fiscales y asociación ilícita fiscal. Este proyecto fue remitido a la Cámara de Diputados para su tratamiento.

¹⁸ Confr. Artículo 17* de la L. 11683.

como delito previo al de lavado en las economías informales: colocar en la misma bolsa el narcotráfico, el terrorismo y la informalidad fiscal es la mejor manera de proteger a los delincuentes de delitos graves. De lo contrario, en el supuesto de incluirlo expresamente, se deberán dictar normas legales precisas para distinguir el dinero negro del dinero sucio, tales como las reglas de la contaminación para indagar el origen de los bienes objeto del lavado y qué hacer en supuestos en que un bien ya lavado sea adquirido por un comprador de buena fe¹⁹.

Además, advertimos que en el esfuerzo de situar al delito fiscal como precedente al de lavado se ha puesto especial énfasis en mirar "hacia atrás" las conductas punibles, en tanto se ha omitido mirar "hacia delante" los hechos ocurridos después de efectuado el supuesto delito: seguramente el autor de lavado adoptará una buena conducta fiscal respecto de estas exteriorizaciones patrimoniales y abonará en tiempo y forma dichas obligaciones a efectos de afirmar la apariencia de "licitud" perseguida en este delito. En estos casos de contribuyentes cumplidores con significativos incrementos patrimoniales justificados...no estaríamos en presencia de "operaciones sospechosas" no previstas normativamente?

III. Las normas reglamentarias dictadas por la UIF y el "reclutamiento" de los contadores:

Mas de diez años de ausencia de una política criminal efectiva en materia de lucha contra el lavado de dinero y la financiación del terrorismo han llevado a la Argentina a convertirse en uno de los países con el peor desempeño de todos los nucleados en torno al Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI): desde la vigencia de la Ley 25.246 en mayo de 2000 hubo una sola condena por este delito²⁰.

Seguramente a ello obedece la superproducción reglamentaria de la Unidad de Información Financiera (UIF) al dictar una gran cantidad de regulaciones y controles formales sobre el sector privado con la sola pretensión de que ello pueda ser considerado por la comunidad internacional como una acción efectiva contra el crimen organizado. En ellas se han dispuesto nuevas y mayores obligaciones a ser cumplidas por los "sujetos obligados a informar" (los enumerados en el artículo 20* de la Ley 25.246 ahora ampliados por la L. 26.683), dentro de los que se encuentran los

¹⁹ Idem Nota N° 8..

²⁰ Tribunal Oral Federal N° 2 de Córdoba, en expte. N° A-5/09, del 15/12/09.

profesionales matriculados cuyas actividades estén reguladas por los Consejos Profesionales de Ciencias Económicas.

Más, se advierte, que en el dictado de las normas reglamentarias – sean las anteriores así como las últimas difundidas en el curso de este año – la UIF viene desconociendo que la actuación de los *sujetos obligados a informar* debe estar encuadrada, necesariamente, en la *fase preventiva* del delito, por tratarse del ejercicio de deberes de colaboración exigidos a terceros que no revisten la condición de funcionarios públicos y a quienes la carga pública de suministrar informes no debe requerirles especialización, infraestructura material y cargas horarias adicionales (entre otras), de modo que puedan cumplirla sobre *pautas objetivas* y de manera rápida y eficaz. De lo contrario, como ha ocurrido en la realidad, ha concluído imponiendo a estos sujetos no sólo una excesiva carga de actividades propias de los organismos estatales²¹, sino el riesgo de inducirlos a formular denuncias viciadas de falsedad²².

III.a. Novedades que traen las Res. UIF 25/2011 y 65/2011 a los Contadores:

1. Al ubicar a los profesionales en Ciencias Económicas, en particular, en la *fase represiva* del delito en calidad de **investigadores ad-hoc**, se los está "reclutando" en una actividad para la cual no fueron formados. Ella es ajena a sus incumbencias previstas en la Ley 20.488 y las herramientas legales que emplean síndicos societarios (Res. Téc. CECYT N* 15), auditores externos (Res. Téc. CECYT N* 7), **no fueron diseñadas para la prevención del delito de lavado de activos**²³.

2. Si bien la Res. UIF N* 25/2011 – que trajo controversias llevadas a la justicia por los Consejos Profesionales de varias provincias, con resultados exitosos en la mayoría de los casos²⁴ – ha sido derogada por la nueva norma Res. UIF N* 65, esta ha tenido el demérito de recrear de aquella todos los vicios denunciados por nuestras instituciones. Por ello, la Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas y el Consejo CABA en una presentación conjunta peticionaron por su modificación en

²¹ Advertimos que es la propia Ley 26.683, en la versión del nuevo artículo 21 bis – inc.c), quien exige la aplicación de procedimientos investigativos adicionales ante casos de clientes que actúan por cuenta propia. En tanto la UIF hace lo propio en los arts. 3* a 20* de la Res. 65/11.

²² Ello, atento a la amenaza de que todo incumplimiento a sus deberes de colaboración será sancionado con multas graduadas entre el 100% al 1.000% del valor de la operación de lavado a que se refiera la infracción según artículo 24* de la ley, equivalentes a las vigentes para el autor de lavado!!

²³ Idem Nota N*8.

²⁴ Bajo distintas modalidades obtuvieron medidas cautelares contra la Res. 25/2011 los Consejos Profesionales de las provincias de Entre Ríos, Neuquén, Salta, Río Negro, San Juan, San Luis y Ushuaia. En tanto que les fueron rechazadas a Córdoba y Santa Fe. Estando pendiente de resolución la impugnación administrativa presentada por el Consejo de la provincia de Buenos Aires.

atención a numerosos planteos recibidos de los profesionales involucrados y solicitaron a la UIF: a) la elevación a \$6.000.000 el monto de los activos fijado como límite a los fines de definir quienes son los entes a auditar con normas preventivas antilavado, b) eximir de dicha obligación a los contadores que se desempeñen como síndicos societarios y liquidadores de impuestos, y 3) eliminar de las responsabilidades de actuar como Sujetos Obligados a informar a los Consejos Profesionales (adecuando el art. 23 de la Res. 25/11), entre otros puntos.

3. Recogiendo parcialmente dicha petición, la UIF al dictar la Res. 65/2011 excluyó como sujetos obligados a actuar como agentes de información a los liquidadores tributarios, manteniendo a los Auditores Externos y Síndicos Societarios cuando dichas actividades se brinden a los sujetos enumerados en el artículo 20 de la Ley, o a aquellos no incluidos en dicha lista que posean un activo superior a \$ 6.000.000²⁵ según sus estados contables auditados (quedan excluidos los entes unipersonales y sociedades de hecho que no presenten tales estados). Sobre el particular, destacamos que el proyecto de "ley correctiva" aprobado por el Senado el pasado 01/06/11 excluyó a los Síndicos Societarios como sujetos obligados. Por otra parte, fijó la vigencia de esta norma para los ejercicios iniciados a partir del 01/01/2011.

4. Por el contrario, luego de derogar la obligación de remitir el Reporte Sistemático (previsto en el texto del art. 21* de la Res. 25/11), mantuvo todas las **pautas subjetivas** de valoración para definir una "operación sospechosa" - a ser reportada vía el ROS - presentes en la Res. 25/11 (reporte ahora regulado en el artículo 21* de la Res. 65/11). Las mismas se encuentran en pugna con el mandato de la Ley 25.246, toda vez que su inciso b) *in fine* del artículo 21* condiciona la actividad reglamentaria al dictado de **pautas objetivas** por parte de la UIF, a ser observadas por los Agentes de Información al momento de reportar **operaciones sospechosas**. Ello quiere decir que el levantamiento de la *confidencialidad* (anclada en el Secreto Profesional) que este artículo ocasiona no es *indiscriminada*, ya que la **objetividad** de la norma reglamentaria deberá indicar, no solo la forma y oportunidad en que se informe, sino también el alcance de dicha obligación; es decir, todo lo que se podrá requerir del sujeto obligado. Este es un condicionamiento esencial porque impide que las directivas de la UIF se dicten sobre **pautas subjetivas** que permitan fundar, a partir de ellas, denuncias sin *justa causa* o, en caso de omisión del agente, un *tipo penal en blanco* en su contra.

A modo de ilustración, se analizan algunos supuestos previstos por el art. 21* de la Res. UIF N* 65 - de los cuales se deducirían ciertas operaciones sospechosas -, siendo

²⁵ Posteriormente elevado a \$ 8.000.000 por medio de la Res. UIF N* 01/2012 (B.O. 09/01/2012).

lo suficientemente demostrativos de la vulneración que hizo el reglamentador del texto legal:

Inc. a) "Los montos, tipos, frecuencia y naturaleza de las operaciones que realicen los clientes que no guarden relación con los antecedentes y la actividad económica de ellos"

Inc. b) "Los montos inusualmente elevados, la complejidad y las modalidades no habituales de las operaciones que realicen los clientes;"

La relación entre la actividad de distintos clientes, aún siendo similar, y los movimientos de fondos, inversiones y servicios profesionales demandados, puede variar dependiendo de las circunstancias particulares de cada cliente, como por ejemplo, sus accionistas y las decisiones de negocio adoptadas por sus directores y gerentes. No existe un estándar único en donde se pueda determinar qué tipo de operaciones guardan relación con la actividad, como así tampoco es posible desentrañar cuándo estaríamos ante "... montos inusualmente elevados" o de operaciones complejas o no habituales. Todo ello dependerá de cada profesional con un alto nivel de subjetividad.

Inc. h) "Cuando el cliente exhibe una inusual despreocupación respecto de los riesgos que asume y/o costos de las transacciones incompatible con el perfil económico del mismo"

Tampoco este parámetro puede ser interpretado de manera uniforme por todos los obligados a informar. Lo que para algunos puede representar una despreocupación, o incompatibilidad con el perfil económico, para otros la situación se puede presentar de otra manera, sin que por ello, se le pueda reprochar nada.

Inc. k-2 "La formación de empresas o fideicomisos sin aparente objeto comercial o de otra índole."

Dado que la norma no define qué se entiende por "sin aparente objeto comercial o de otra índole", es ambigua, y da lugar a múltiples interpretaciones lo que convierte a la pauta en subjetiva.

Inc. k-3 "El uso de asesores financieros o de otra naturaleza para hacer figurar sus nombres como directores o representantes, con poca o ninguna participación en el negocio."

Este supuesto podría ser consecuencia de la necesidad de resolver en la práctica algunas cuestiones operativas con mayor celeridad por parte de accionistas

residentes en el exterior. Determinar en cuales circunstancias esta problemática representa, por sí misma, un indicio real de existencia de transacciones sospechosas o inusuales de lavado de activos es realmente un juicio de valor altamente subjetivo exigiendo datos de nada fácil acceso y conocimiento del contador publico.

Inc. k-5 "Solicitud de gestiones de negocios en países o áreas internacionalmente considerados como paraísos fiscales o no cooperativos por el Grupo de Acción Financiera Internacional."

En este punto del artículo no es posible comprender qué se intentó abarcar con la expresión "solicitud de gestiones de negocios" con algún grado de objetividad razonable fuera que puede exceder toda posibilidad de conocimiento. El concepto de gestión de negocios, podría interpretarse de diversas maneras, y la pauta no detalla cuales son las "gestiones de negocios" que en este contexto serían indicativas para determinar si una operación es o no sospechosa.

Inc. k-9 "Compra/venta de bienes o servicios a precios significativamente superiores o inferiores a los precios del mercado."

Este inciso contiene elementos ajenos a la incumbencia del profesional del Contador Público en la ejecución de sus labores. La subjetividad de esta pauta nace a partir de obligar al profesional a evaluar un acto de gestión de la sociedad que es responsabilidad exclusiva de sus administradores, que como tal puede ser decidido a partir de distintos elementos, objetivos y subjetivos, y además a realizar dicha evaluación sobre la base de parámetros de significatividad y mercado que no están definidos en la norma. Para una misma transacción podrían identificarse diferentes precios de mercado o aún asumir que si se tratara de una transacción entre partes independientes, el precio pactado entre las mismas siempre sería de mercado. En consecuencia, a los efectos de clarificar este punto y su aplicación práctica resulta necesario definir qué se entiende en este contexto por precio de mercado y, adicionalmente, qué se entiende por "significativamente".

Inc. k-10 "Transacciones inusuales, en relación a la operatoria normal del ente, con empresas registradas en el exterior"

La ley 25.246 dispone la obligación de informar "*operaciones inusuales, sin justificación económica o de complejidad inusitada o injustificada*" y manda establecer a través de pautas objetivas las modalidades, oportunidades y límites

de la misma. Este punto no contiene ninguna pauta objetiva por lo que es ambigua y no cumple la exigencia legal.

Inc. k-14 "Inversiones en activos físicos o proyectos por montos que alcancen el veinte por ciento (20%) del activo total del ente, destinadas a actividades cuya generación de flujos de fondos resulten insuficientes para justificarlas económicamente".

Esta pauta implica realizar la evaluación de proyectos de inversión, que es incumbencia del Licenciado en Economía (art. 11 inciso 2) de la Ley 20.488) y ajena al contador público. En este caso el auditor deberá atenerse al estudio e informe de ese graduado competente so pena de incurrir en falta. Recordemos que los Licenciados en Economía no son sujetos obligados por la reglamentación a brindar información, actuación limitada a los Contadores Públicos que desarrollen su actividad como auditores externos y síndicos societarios (Art. 2 -inc. e- de la Resolución nº 65/2011).

Inc. k-17 "Clientes que presentan cambios de modalidades súbitos o irregulares en el tipo de operaciones realizadas "

Tampoco aporta pautas objetivas y es ambigua por lo que no cumple la exigencia legal. Queda al absoluto criterio de los obligados a informar.

Inc. k-20 "Comisiones de ventas u honorarios a agentes que parezcan excesivos en relación con los que abona normalmente la entidad".

No resulta claro en este punto que se debe interpretar por excesivo. Para ser pauta objetiva debiera establecer un porcentual sobre valores de referencia. Asimismo, otro aspecto subjetivo de dicha pauta es el concepto "normalmente", que dependiendo del criterio profesional podría interpretarse según el sujeto que analice la situación.

Inc. k-24 "Solicitud para realizar en nombre del cliente operaciones financieras de cualquier índole, sin que haya una causa justificada."

En el caso que a un auditor o síndico, profesional en ciencias económicas, se le solicite realizar operaciones financieras en nombre del cliente, se estarían violando los requisitos de **independencia** establecidos por las normas de auditoría vigentes. En consecuencia, este supuesto no podría suceder en cabeza del síndico o auditor y si ocurriera nos hallaríamos ante una manifiesta y muy grave violación de los deberes éticos por lo que dudosamente sería informado. En definitiva, dicha obligación es de cumplimiento imposible.

Inc. k-27 "Depósitos en efectivo de grandes sumas en cuentas bancarias relacionadas con la operatoria habitual o de fondos recibidos en operatorias no habituales".

"Grandes sumas" de efectivo es un concepto subjetivo que puede variar en función del juicio y análisis de materialidad realizado por cada profesional.

Inc. k-31 "Contratación de pólizas de seguro de vida para personas de bajo nivel de ingresos, habiendo celebrado las mismas por montos elevados y con cargo a los resultados de la sociedad".

Al no estar adecuadamente definido, identificar a las personas con bajo nivel de ingresos se transforma en un juicio de valor subjetivo sobre datos imprecisos. La materialidad del nivel de ingresos de las personas puede definirse en base a diferentes parámetros (ingresos del ente, costos del ente, nivel de ingresos del mercado laboral argentino o mundial, etc.) y con diferentes límites de materialidad.

III.b. Posición adoptada por los órganos de la matrícula: FACPCE y CPCE de Córdoba:

a. La Federación Argentina de Consejos Profesionales de Ciencias Económicas (FACPCE) en la Junta de Gobierno celebrada el pasado 12/08/11 dictó una norma técnica a efectos de brindar a los profesionales obligados a actuar como "sujetos obligados a informar operaciones sospechosas" un conjunto de herramientas y procedimientos para aplicar la Resolución N° 65/11 de UIF: la **Res. N° 420/11**. La misma constituye un material de ayuda al profesional obligado desde el momento que le brinda definiciones acerca de este nuevo delito, antecedentes normativos del GAFI, extremos de aplicación para cumplir con la regla "conoce a tu cliente", las actividades a cargo de los auditores externos y síndicos societarios respecto de clientes que se encuentran obligados a reportar operaciones sospechosas (los incluidos en el artículo 20 de la Ley 26.683), así como aquellas a realizar en sujetos no obligados a informar que superan el monto de activos de \$ 8.000.000.

Más, a la hora de diseñar el "Programa de trabajo para auditores y/o síndicos sobre la existencia y funcionamiento del control interno de sujetos no obligados...", en el Anexo B.II esta Resolución recomienda aplicar **todos** los parámetros subjetivos arriba reprochados por colocar al profesional en ciencias económicas en una actividad que le

resulta ajena: participar en la fase represiva del delito como un verdadero investigador *ad-hoc*²⁶.

b. Conocida la posición esgrimida por nuestro Consejo Profesional de Córdoba en cuanto a rechazar todo tipo de "pautas subjetivas" dictadas por la UIF en violación del artículo 21 de la Ley 26.683 (que sólo la autoriza al dictado de **pautas objetivas** para el cumplimiento de las tareas de los sujetos obligados) y, atento a que todos los Consejos del país han delegado la facultad para el dictado de normas técnicas en la Federación²⁷, el pasado 30/08/2011 dictó la **Res. 40/2011** en la que dispuso "**Artículo 1º:** *Incorporar como norma técnica obligatoria, la Resolución de Junta de Gobierno N° 420/11 "Normas sobre la actuación del contador público como auditor externo y síndico societario relacionadas con la prevención del lavado de activos de origen delictivo y financiación del terrorismo" excepto los puntos 2,3,4,9,10,14,19, 25 y 29 del Anexo BII de la Resolución N° 420/11, y los procedimientos adicionales sugeridos por dicho anexo bajo los números B.10), B)13 y B)14"*.

Para ello se apoyó en que "...este H. Consejo, en función de lo establecido en la Ley Nacional N° 20.488, considera que los elementos subjetivos que incorpora la Resolución N° 65/11 de la UIF, no corresponden a las incumbencias de los graduados en ciencias económicas y considera que los profesionales matriculados que realizan el ejercicio profesional en esta jurisdicción no deben realizar en forma obligatoria los controles establecidos en los citados puntos, y por lo tanto deberán aplicar la Resolución N° 420/11 de la FACPCE con las modificaciones correspondientes, hasta tanto se culmine con un estudio exhaustivo y meduloso sobre los mencionados procedimientos subjetivos".

Con el dictado de estas normas se cierra un capítulo – no así el debate – acerca de los excesos reglamentarios de un órgano dependiente del Poder Ejecutivo, como es la Unidad de Información Financiera, en su inocultable propósito de mostrar al GAFI su profusa actividad normativa para ocultar su ineficaz actividad a lo largo de estos últimos años en los que se dictó sólo una condena por lavado de dinero.

En definitiva, surge evidente entonces que la reglamentación dictada por la UIF se ha extralimitado en su función específica, delegando en los profesionales en Ciencias Económicas funciones que le corresponden exclusivamente al ente estatal, y exigiendo

²⁶ En una rémora de lo contenido en la Res. 311/04, no puesta en vigencia por nuestro Consejo Profesional de Córdoba.

²⁷ Conforme al Acta Acuerdo firmada en Catamarca el 27/12/2002.

de los mismos actividades que sobrepasan la simple tarea de "informar", como lo estatuye la propia Ley 25.246 (modificada por la L. 26.683), y aun en exceso de su propia capacidad e idoneidad. Ello así, ha tornado de cumplimiento imposible, para el sujeto obligado, sus deberes de colaboración, colocando al mismo en un palmario estado de indefensión y configurando una grave arbitrariedad.

Para finalizar, auguramos un andar muy conflictivo a esta nueva regulación. Será necesario realizar un debate intenso, abierto, multidisciplinario y enriquecedor, tanto por parte de la doctrina cuanto de los distintos sectores involucrados (públicos y privados), para despejar las dudas que hoy surgen y lograr una herramienta eficaz contra este grave y complejo delito.

Diuvigildo Yedro.

Córdoba, Enero 28 de 2013.