

Voces: BANCO PRIVADO ~ ENTIDAD FINANCIERA ~ ACTIVIDAD FINANCIERA ~ BANCO EXTRANJERO ~ DEPOSITO BANCARIO ~ DEPOSITO A PLAZO FIJO ~ INVERSION ~ SOCIEDAD CONSTITUIDA EN EL EXTERIOR ~ PARAISO FISCAL ~ IURA NOVIT CURIA ~ ACTO PROHIBIDO ~ RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA ~ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA ~ CONTROL DE ENTIDADES FINANCIERAS

Título: Banca privada off shore (con fondos captados en la Argentina)

Autores: Saravia Frías, Bernardo Mazzinghi, Marcos

Publicado en: LA LEY 15/12/2009, 15/12/2009, 5 - LA LEY2010-A, 90

Fallo comentado: [Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A \(CNCom\)\(SalaA\) CNCom., sala A ~ 2009-08-20 ~ Banco Austral s/quiebra s/inc. de rev. promovido por: Porcelli, Luis A.](#)

Cita Online: [AR/DOC/4424/2009](#)

Sumario: I. Introducción. II. Los hechos. III. La sentencia. IV. Nuestra opinión. V. Lo impropio de generalizar. VI. Conclusión.

I. Introducción

El objetivo de estas líneas es reflexionar sobre la muchas veces denostada actividad conocida bajo el anglicismo de private banking o banca privada, a partir de un reciente pronunciamiento judicial dictado en la causa "Banco Austral s/Incidente de revisión (promovido por Porcelli, Luis A.)". (1)

II. Los hechos

Una persona física constituyó dos plazos fijos en un banco del exterior (Austral Bank International) con sede en un paraíso fiscal (2) ("ABI"), concretándose la entrega del dinero respectivo en las oficinas que el Banco Austral S.A. tenía en la Ciudad de Buenos Aires, República Argentina, habiéndose emitido los certificados a nombre de la primera de las entidades citadas.

Con posterioridad a la constitución de los depósitos a plazo fijo, tanto el ABI como el Banco Austral S.A. entraron en situación de insolvencia, lo que derivó en que la entidad financiera del exterior no restituyera los fondos a su titular. Ante el incumplimiento del ABI, el titular de los plazos fijos interpuso un reclamo contra la entidad financiera local, argumentando que aquellos habrían sido recibidos por esta última entidad, la que por ende quedaba obligada a devolverlos a su vencimiento.

El titular de los depósitos sostuvo que, pese a aparecer en la prueba documental que el receptor de los plazos fijos era el banco extranjero, en rigor de verdad habría sido el Banco Austral S.A. quien recibió los fondos, por lo que el contrato de depósito debía entenderse concretado con esta última entidad y no con ABI. En menos palabras, a pesar de que firmó un contrato con Banco Austral S.A., debía entenderse firmado con ABI.

Por su parte, el Banco Austral S.A. controvirtió esta afirmación, arguyendo que la recepción de los fondos tuvo lugar en el marco de un "acuerdo de colaboración" celebrado entre el ABI y el banco local, a través del cual este último aceptó realizar tareas por cuenta y orden de aquel, conforme a las instrucciones específicas que en cada caso le eran impartidas.

El titular de los depósitos promovió un incidente de revisión en el proceso falencial del Banco Austral S.A., procurando el reconocimiento de su crédito, lo que fue rechazado por el Juez de primera instancia, fundamentalmente por considerar que no había quedado demostrado que el vínculo contractual se hubiera entablado entre la actora y el Banco Austral S.A.

La sentencia fue apelada, y la Cámara revirtió el decisorio de primera instancia, a través del fallo que motiva este comentario y que a continuación describiremos.

III. La sentencia

Al referirse a las pruebas ofrecidas por la actora, la Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial comienza destacando que existe una "total orfandad probatoria en la que respecta a su alegación sobre la existencia de un vínculo contractual habido entre aquél y la demandada, en tanto no ha arrimado al expediente ningún elemento susceptible de acreditar que, no obstante lo que surge de la prueba instrumental, las operaciones bancarias llevadas a cabo por su parte fueron efectivamente concretadas con el B.A.S.A. y no con el A.B.I.". (3)

Asimismo, la Cámara señala que no había quedado acreditado que las sumas de dinero hubieran sido recibidas "en propiedad" por el Banco Austral S.A. y remarca que tampoco se había invocado la falsedad de los certificados de plazo fijo con la denominación Austral Bank International.

Sobre la base de estos argumentos, rechaza el agravio de la actora en cuanto a que el vínculo contractual se habría entablado con el Banco Austral S.A. y no con ABI.

Sin embargo, la Cámara considera que también debe analizarse el marco fáctico de la litis desde la perspectiva de la responsabilidad que podría caberle al Banco Austral S.A., por haber actuado por cuenta y orden de una entidad extranjera que no contaba con autorización para realizar operaciones de esta naturaleza en el territorio nacional.

La Cámara concluye que el accionar del Banco Austral S.A. resultó violatorio de la Ley de Entidades Financieras N° 21.526 (Adla, XXXVII-A, 121) ("LEF") en cuanto prohíbe a las entidades extranjeras captar depósitos en la Argentina sin estar debidamente autorizadas por la autoridad de contralor (arts. 13, 17 y 19 de la LEF), y que dicha conducta podía calificarse como dolosa, teniendo especialmente en cuenta el elevado estándar de responsabilidad que le corresponde a una entidad bancaria (arts. 512 y 902 Código Civil). En base a estos argumentos —e invocando el principio del *iuria curia novit*— el tribunal realiza un nuevo encuadre de la actuación del Banco Austral S.A., y en lugar de endilgarle responsabilidad contractual, le imputa responsabilidad aquiliana, por haber contribuido a violar la prohibición de que una entidad financiera foránea capte depósitos en el país, sin estar previamente habilitada por el BCRA.

El tribunal sostiene acertadamente que no "cabe desatender a la circunstancia de que el actor optó por colocar sus ahorros en una sociedad off shore que ofrecía —indiscutiblemente— réditos ostensiblemente superiores (13%) a los acordados a los ahorristas por la banca local en aquellos tiempos", pero sin embargo concluye que esta conducta no interrumpe el nexo de causalidad que obliga al Banco Austral S.A. a indemnizar al titular de los plazos fijos, por ser la misma meramente culposa y quedar por ende subsumida por el dolo de la entidad financiera.

Apoyándose en estos argumentos la Cámara revoca la sentencia de primera instancia, y declara verificado en la quiebra de Banco Austral S.A. un crédito a favor del Sr. Luis Porcelli, por la suma equivalente a los plazos fijos no restituidos por la entidad financiera extranjera (convertidos a Pesos al tipo de cambio vigente a la fecha de declaración de la quiebra) más un interés del 6% anual.

IV. Nuestra opinión

El fallo es acertado, con algunas salvedades sobre las que corresponde discurrir.

No puede negarse que la conducta del Banco Austral S.A. resulta reprochable, ya que prestar sus instalaciones y su estructura organizativa para captar depósitos en el país por cuenta y orden de una entidad del exterior no autorizada por el BCRA vulnera la prohibición contemplada en la LEF.

Coincidimos también en que —conforme a las probanzas obrantes en el expediente— no podía válidamente sostenerse la existencia de un vínculo contractual entre el titular de los plazos fijos y el banco local. Consideramos acertada la utilización del principio del *iuria curia novit* para reemplazar el enfoque contractual que la actora dio a su demanda, por el de la responsabilidad aquiliana emergente de la violación de una norma de orden público (la LEF).

Disentimos empero con el alcance otorgado a la conducta de la actora, que —pese a ser calificada como negligente por el tribunal— no disminuyó ni atenuó la sanción impuesta al Banco Austral S.A.

En primer lugar entendemos discutible que se afirme que existió "dolo" por parte del Banco Austral S.A., en el sentido de que hubo intención de dañar al titular de los plazos fijos, y creemos que la conducta de aquél encuadraría más bien en el ámbito de una conducta ilícita que contradice lo previsto en la LEF.

La acepción del dolo que configura el delito civil requiere de la intención de provocar un daño, (4) por lo que no cualquier conducta ilícita puede incluirse sin más dentro de la categoría de la acción dolosa. (5) El Banco Austral S.A. voluntariamente infringió la LEF pero de ello no se deriva necesariamente que haya actuado con dolo hacia el titular de los plazos fijos, esto es, habiendo intencionalmente dirigido su conducta a causarle un daño. (6)

El Banco Austral S.A. infringió la LEF al captar fondos en el país actuando por cuenta y orden de un banco del exterior que no contaba con autorización del BCRA, pero no quedó demostrado que esa conducta haya sido efectuada con la intención directa de impedir que los titulares de los depósitos a plazo fijo pudieran recobrar sus inversiones. (7)

La LEF prevé en su artículo 19 in fine que: "Queda prohibida toda publicidad o acción tendiente a captar recursos del público por parte de personas o entidades no autorizadas. Toda transgresión faculta al Banco Central de la República Argentina a disponer su cese inmediato y definitivo, aplicar las sanciones previstas en el artículo 41 e iniciar las acciones penales que pudieran corresponder asumiendo la calidad de parte querellante".

La principal consecuencia de haber violado la prohibición contenida en dicha norma debería ser la aplicación de las sanciones allí previstas, que van desde multa a la posibilidad de iniciar acciones penales si se configura alguna conducta penalmente típica.

Estamos de acuerdo con que quien haya sido perjudicado por la violación a dicha prohibición tenga a su disposición la posibilidad de iniciar una acción civil de daños y perjuicios, pero creemos que si esta persona actuó de manera voluntaria y consciente de la antijuridicidad de su conducta, esta circunstancia debería ser ponderada a la hora de evaluar las consecuencias que se deriven de dicho hecho.

Está probado que el titular de los plazos fijos era un profesional del derecho, y que sabía a ciencia cierta que las inversiones que estaba realizando eran en una entidad del exterior, no sólo porque así lo preveía expresamente la documentación utilizada, sino porque además la tasa de interés ofrecida superaba ostensiblemente la utilizada para retribuir plazos fijos locales. *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans*.

Si en el libre ejercicio de su voluntad esta persona decidió constituir los plazos fijos en el exterior, creemos que dicha conducta no puede ser neutra a la hora de analizar la responsabilidad que le cabe a cada uno de los participantes en la operación. Adherimos plenamente a la tesis de que el Banco Austral S.A. actuó al margen de la ley, y que por ende debe ser sancionado con todo el rigor del caso, pero no compartimos la opinión de que la conducta del ahorrista sea irrelevante, ni que el supuesto "dolo" de la entidad absorba por completo el reproche que pueda caberle a aquél.

El ahorrista tomó la decisión de invertir en una entidad del exterior —que no cuenta con la garantía de los depósitos ofrecida por el BCRA— y sus plazos fijos eran retribuidos con una tasa de interés muy superior a la pagada en la plaza local, por lo que tiene que asumir parte de los riesgos ínsitos en la operación. Caso contrario se estaría brindando una sobreprotección a un inversor avezado —a quien el mayor riesgo se le compensaba con mayor interés— en desmedro del ahorrista conservador que invirtió localmente y a tasas de mercado. (8)

Cabe preguntarse qué hubiera ocurrido en la hipótesis de que el ABI no hubiera exhibido problemas financieros y sólo el Banco Austral se hubiera visto inmerso en un estado falencial. ¿El titular de los plazos fijos sostendría también en ese caso que las inversiones se habrían efectuado en la entidad financiera local?

¿Y si antes del vencimiento de los plazos fijos hubiera entrado en vigencia la normativa local conforme a la cual las obligaciones en moneda extranjera debían convertirse a Pesos a un tipo de cambio alejado del valor real de la moneda foránea?

La Ley 25.561 (Adla, LXII-A, 44), el Decreto PEN N° 214/2002 (Adla, LXII-A, 117), y las demás normas reglamentarias y modificatorias que integran el compendio denominado "de emergencia" dejaron a salvo del frenesí "pesificador" a las obligaciones regidas por la ley extranjera. ¿Cuáles hubieran sido los argumentos empleados por el Sr. Porcelli en ese caso?

Evidentemente que en ese escenario hubiera abogado por la tesis de que los plazos fijos fueron realizados en el banco del exterior, y que la actividad del Banco Austral S.A. sólo fue un servicio brindado por cuenta y orden del primero. La actora acomoda el marco fáctico de acuerdo a su conveniencia, y basada en un incumplimiento objetivo de la LEF por parte de la entidad financiera local, pretende deshacerse de las consecuencias dañosas derivadas de su propia conducta negligente.

El titular de los plazos fijos tendría que asumir las consecuencias de sus propios actos (art. 1111 Código Civil) y en este caso creemos que lo más justo hubiera sido reducir proporcionalmente la indemnización por considerar que existió culpa de la víctima no subsumible enteramente en la conducta ilícita de la entidad financiera.

V. Lo impropio de generalizar

La actividad de la banca privada florece hoy en aquellos países signados por la inseguridad jurídica y económica, usualmente agrupados bajo el confuso eufemismo de países "en desarrollo". Persiguiendo un albur más estable y predecible para sus fondos, los habitantes de los estratos más pudientes suelen enviar sus dineros al exterior, confiando en destinos despejados de insensatas arbitrariedades gubernamentales y vaivenes políticos. Sin intención de abrir un juicio de valor al respecto, lo cierto es que en estos países, el negocio bancario más rentable suele concentrarse en gran parte en la actividad de private banking, que hace de nexo y asesora a aquellos que desean transferir sus dineros fuera del país, y en el crédito a los estratos más bajos, con altas tasas de interés que compensen el riesgo de prestar con menores seguridades y garantías.

Pretender que los habitantes de un país en el que los depósitos bancarios fueron confiscados y unilateralmente convertidos a una moneda diferente a la pactada entre la entidad financiera y el ahorrista (9) confíen en el sistema financiero local constituye una mera expresión de deseos que se enfrenta con la triste realidad. Esta situación se ve agravada por el hecho de que el Máximo Tribunal omitió respaldar —de manera contundente y sin ambigüedades— el derecho de propiedad de los ahorristas, inclinándose más bien por una solución intermedia consistente en declarar que la situación se había vuelto abstracta debido a que los \$1,40 + CER mas una tasa de interés creada pretorianamente equivalían a la cotización del Dólar en el mercado único y libre de cambios. (10) Esta solución —dictada con una demora de más de 5 años y luego de emitir otros pronunciamientos en sentido contrario— (11) contribuyó a que se extienda el descreimiento en la seguridad y solvencia de nuestro sistema financiero, y hace que quienes tienen una mayor capacidad de ahorro, decidan preservar su capital en plazas más seguras y menos permeables a la voracidad de un Estado que una y otra vez hace caso omiso de la propiedad privada.

Se estima que hay aproximadamente US\$ 150.000 millones de Dólares de argentinos depositados en el exterior. A través de la normativa de blanqueo se pretendió atraer parte de esos fondos para que los mismos fueran volcados a la economía vernácula, con no demasiado éxito y sentando un precedente nefasto en términos de la igualdad que debe regir la tributación. (12)

A esta altura resulta cándido preguntarse el porqué de la fuga de depósitos al exterior a la vez que la reticencia de los capitales foráneos en radicarse en nuestro país.

Evidentemente la política de pisotear la propiedad privada y apropiarse de lo ajeno va dejando sus huellas,

ratificando la máxima que postula que en economía no hay decisiones que sean gratuitas o neutras.

Tarde es ya para lamentarse, pero no lo es para precisar y distinguir los diferentes escenarios, a fin de evitar que la doctrina emanada de precedentes como el aquí comentado sea malinterpretada y utilizada para situaciones en las que la tenencia de fondos en el exterior no viola ninguna de las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

5.1. Diferentes posibilidades. Importancia de dar un trato diferenciado a situaciones que no son análogas

Si bien coincidimos con el fallo aquí anotado en que no es lícito que una entidad financiera reciba fondos localmente a cambio de la emisión de un certificado de plazo fijo emitido por una entidad del exterior, creemos necesario hacer algunas aclaraciones para evitar que se arraigue la tendencia de generalizar y tildar de ilegal cualquier operación a través de la cual un residente de la Argentina deposite fondos en el exterior.

En este sentido, es importante destacar que resulta muy distinta la situación en la que una persona acude a un banco local a realizar un depósito y recibe un certificado emitido por un banco del exterior, (13) que la hipótesis en que esa misma persona decide voluntariamente transferir fondos al exterior —al amparo de la normativa de cambios actualmente vigente que admite transferir hasta US\$ 2 millones mensuales—, (14) a los efectos de depositar los mismos en entidades financieras del extranjero.

Esta última posibilidad es perfectamente legítima e irreprochable, y no implica un quebrantamiento del ordenamiento jurídico local, independientemente del juicio axiológico crítico que pudiera recibir de parte de quienes cuestionan la modalidad de ahorrar en el exterior.

La conducta que estaría vedada por nuestro ordenamiento jurídico es la captación de fondos en el país por parte de entidades que no cuenten con la autorización previa del BCRA, en los términos previstos en la LEF.

Lo que la LEF prohíbe en su artículo 7° es que una entidad se dedique a la intermediación habitual de la oferta y la demanda de dinero en el país sin estar previamente autorizada al efecto.

Esto no resulta opinable ni admite margen para la discusión, pero lo que claramente la LEF no prohíbe es que los sujetos residentes en la Argentina opten por transferir sus ahorros al exterior, depositando los mismos en entidades que lógicamente escapan a la órbita de control del BCRA. Esta última entidad es el órgano de aplicación de la LEF (artículo 4°), y es quien a través de su reglamentación ha permitido expresamente el acceso al mercado de cambios para transferir al exterior hasta US\$ 2 millones mensuales, los que pueden ser destinados a un amplio espectro de posibilidades, que van desde la inversión inmobiliaria hasta el depósito en entidades financieras del extranjero.

La manera en que los fondos son transferidos y depositados en el extranjero es la que presenta mayores aristas de complejidad y matices muy sutiles que pueden inclinar la balanza desde la legalidad hacia la violación del ordenamiento jurídico local.

Las normas del BCRA admiten expresamente que una persona pueda invertir en el exterior, por lo que hay que ser cuidadosos al analizar cuando se configura que hay captación de depósitos por parte de una entidad financiera extranjera. Evidentemente, si los fondos son receptados en la Argentina —como en el caso aquí comentado—, habrá violación de la LEF, pero no la habrá cuando la inversión se perfecciona después de que el cliente haya optado por transferir sus ahorros al exterior.

Si un cliente interesado en transferir sus ahorros al exterior consulta con su entidad financiera local para que lo asesore sobre las posibilidades de realizar inversiones en otro país. ¿Viola la prohibición de la LEF que el banco local referencie dicho cliente a una filial del extranjero?

El análisis debe ser casuístico, pero siempre teniendo en cuenta que el marco legal permite expresamente invertir en el exterior, y que en definitiva lo trascendente es discernir si la entidad extranjera promovió activamente la captación de fondos en el país sin estar habilitada previamente por el BCRA, o si por el contrario se limitó a recibir fondos que su cliente previamente había decidido retirar de la Argentina.

5.2. Comunicación del BCRA "A" 4981

Con fecha 1° de octubre de 2009, el BCRA emitió la Comunicación "A" 4981, a través de la cual modificó el régimen aplicable a las entidades financieras del exterior no autorizadas a operar en el país. Este tipo de entidades deben contar con un representante inscripto ante el BCRA, y sólo podrán intervenir en operaciones de financiamiento (como prestamistas o garantes) a favor de residentes del país (Punto 1.4), quedándoles vedada la posibilidad de "realizar forma alguna de intermediación financiera" (Punto 1.5.2) ni "llevar a cabo acciones que posibiliten —directa o indirectamente— la captación de recursos financieros bajo cualquier modalidad para sí, para terceros o para la entidad representada" (Punto 1.5.3).

Se estipulan una serie de requisitos formales para el funcionamiento, aunque no por ello irrelevantes, entre los que se destaca la necesidad de contar con independencia funcional de otras empresas, con entrada suficientemente identificada y servicios y medios de comunicación que no pueden ser compartidos.

A los fines de otorgar la autorización previa o mantenerla, el BCRA (Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias), "ponderará especialmente" si la entidad financiera del exterior en cuestión, sus

controlantes o cualquiera de sus subsidiarias participen en el capital de una entidad financiera local. Sin perjuicio de la aplicación del artículo 41 de la ley de entidades financieras (que regula las sanciones que el BCRA puede imponer a las entidades bajo su ejido de contralor: llamado de atención, apercibimiento, multa, inhabilitación y revocación de la licencia para funcionar), la Superintendencia de Entidades Financieras puede revocar la autorización otorgada al representante bajo un estándar considerablemente laxo: "cuando se hayan producido cambios fundamentales en las condiciones básicas que se tuvieron en cuenta para acordar la autorización".

Sin desmedro de la información contable y el régimen informativo que se debe respetar (estados contables de la entidad representada, plan anual de actividades y proyecciones y estado anual de flujo de efectivo, estados contables anuales del representante) la Comunicación estipula que todas las gestiones del representante deben quedar asentadas en un libro especial.

Las entidades financieras del exterior que se encuentren abarcadas por los términos de la Comunicación disponen de 180 días corridos para adecuarse a sus disposiciones.

VI. Conclusión

Los últimos años de nuestro país han estado signados por un Estado que ha hecho honor a la descriptiva frase acuñada por Octavio Paz: un verdadero Ogro Filantrópico, que sin pudor ha avanzado desenfrenadamente a casi todos los sectores de nuestra vapuleada economía. En el sector bancario, las consecuencias han sido el retraimiento del clásico rol de prestamistas de las entidades financieras, buscando éstas el lucro a través de la banca privada, servicio principalmente concentrado en los sectores de alto poder adquisitivo que buscan escapar de las incesantes violaciones a la propiedad privada del Estado, y el crédito a aquellos de menos recursos, con altas tasas de interés que —muchas veces con abusos— persiguen compensar el riesgo asumido.

La actividad de banca privada no está prohibida en nuestro país, aun con las últimas regulaciones impuestas por la reciente Comunicación "A" 4981. Tampoco la transferencia de divisas al exterior, aun con los límites mensuales del caso. El fallo aquí comentado resuelve sobre un caso particular, en el que una entidad financiera actuó en franca violación a la Ley de Entidades Financieras. Lo hace equitativamente, forzando algunos conceptos como el dolo y dejando de considerar otros de no menor relevancia, como es el profesionalismo que se presume en los inversores de banca privada, que los distingue, por ejemplo, de la mayoría de los clientes de la banca individual. No creemos que pueda hacerse extensivo sin más a la actividad de banca privada en general, en base a generalizaciones impropias.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A de fecha 20 de Agosto de 2009.

(2) El ABI era una sociedad constituida en Georgetown, Gran Cayman, Islas Cayman, Indias Occidentales Británicas. De conformidad con lo previsto en el séptimo artículo agregado a continuación del artículo 21 del Decreto Reglamentario a la Ley de Impuesto a las Ganancias, las Islas Caimán es considerado un país de baja o nula tributación.

(3) Considerando 4° del fallo de Cámara.

(4) BUERES, Alberto, HIGHTON Elena, Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 1998, Tomo 2 B, pág. 492.

(5) De acuerdo a lo sostenido por ALTERINI, AMEAL y LOPEZ CABANA "en nuestro sistema no hay delito civil sin dolo directo (art. 1072 Cód. Civ.), de manera que los demás supuestos engloban genéricamente en la noción de culpa extracontractual". Estos autores distinguen entre dolo directo, dolo eventual y culpa con representación, pero aclaran que únicamente el primero de ellos configura el delito civil. Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales, Segunda Edición Actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pág. 197. En este mismo sentido, la mayoría de la doctrina nacional coincide en señalar que el dolo eventual no queda incluido dentro de la definición del dolo delictual, por carecer del elemento intencional. LLAMBIAS, Código Civil Anotado, 1980, t. II-b, pág. 316, LLAMBIAS- RAFFO BANEGAS-SASSOT, Manual de Derecho Civil. Obligaciones, 1987, pág. 586, KEMELMAJER DE CARLUCCI, en Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado, A. C. BELLUSCIO (dir.) - E. A. ZANNONI (coord.), 1984, t. 5, pág. 90.

(6) Si en lugar de caer en insolvencia el ABI hubiera devuelto los fondos de los plazos fijos pagando la tasa de interés prometida ello no subsanaría la ilicitud de la conducta del Banco Austral S.A., el que seguiría siendo responsable por haber infringido la LEF. De ello se deriva que hay que distinguir entre el incumplimiento objetivo a la LEF de la conducta deliberada y ejecutada a sabiendas con intención de causar un daño directo a la contraparte, único supuesto que configura el dolo en los términos previstos en el artículo 1072 del Código Civil.

(7) De acuerdo a lo sostenido por ALTERINI, "en el delito civil debe haber "previsión" del resultado dañoso, buscado por el agente a través de su acto". Responsabilidad Civil. Límites de la reparación civil, 1992, pág. 96, N° 107.

(8) Con el mismo argumento utilizado por la Cámara, aquellas personas que invierten sus ahorros en la Argentina pero de manera informal (mesas de dinero, financieras no autorizadas, etc.) y a sabiendas de dicha informalidad, podrían invocar que la violación a la LEF por parte del receptor de los fondos constituye una conducta dolosa que los exime de cualquier tipo de responsabilidad y les brinda una protección que en cierta forma los equipara a quienes actuaron dentro de la ley, invirtiendo sus ahorros en entidades financieras autorizadas, y siendo compensados con tasas de interés sustancialmente inferiores a las percibidas por los primeros.

(9) Esta fue la decisión impuesta a través del Decreto PEN N° 214/02 (Adla, LXII-A, 117), que convirtió los depósitos en moneda extranjera a Pesos a \$1,40 por cada Dólar, más el ajuste correspondiente al Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER), previendo su restitución en un cronograma que se extendía durante un plazo aproximado de 2 años (Resolución del Ministerio de Economía N° 46/2002 —Adla, LXII-B, 1768—). Al convertir forzosa y unilateralmente la moneda de origen de los depósitos bancarios no sólo se violó lisa y llanamente el artículo 17 de nuestra Constitución Nacional, sino que se soslayó olímpicamente una ley que el Congreso Nacional había dictado pocas semanas antes (Ley 25.466 —Adla, LXI-E, 5443—), en las que se había declarado la "intangibilidad de los depósitos bancarios", quedando terminantemente prohibido "alterar las condiciones pactadas entre el/los depositantes y la entidad financiera, esto significa la prohibición de canjearlos por títulos de la deuda pública nacional, u otro activo del Estado nacional, ni prorrogar el pago de los mismos, ni alterar las tasas pactadas, ni la moneda de origen, ni reestructurar los vencimientos, los que operarán en las fechas establecidas entre las partes".

(10) Fallo "Massa, Juan Agustín c. Poder Ejecutivo Nacional", de fecha 27/12/2006, publicado en: LA LEY 2007-A, 316.

(11) En la causa "Smith" ("Smith, Carlos A. con P.E.N. s/sumarísimo", de fecha 01/02/2002, publicado en LA LEY 2002-A, 770), la Corte declaró la inconstitucionalidad de la normativa de emergencia, pero luego en el fallo "Kiper" ("Banco de la Ciudad de Buenos Aires —en autos "Kiper"— s/solicita se declare estado de emergencia económica (Corralito financiero)", de fecha 28/12/2001, publicado en Fallos 324:4520) modificó llamativamente su criterio y respaldó la constitucionalidad de las normas "pesificadoras". Posteriormente, el Tribunal volvió a considerar inconstitucional el compendio de emergencia (fallo "Provincia de San Luis c. Estado Nacional", de fecha 05/03/2003, publicado en LA LEY 2003-E, 472), para de nuevo volver sobre sus pasos en el precedente "Bustos" ("Bustos, Alberto R. y otros c. Estado nacional y otros", de fecha 26/10/2004, publicado en Sup. Especial LA LEY 2004 (octubre), 41).

(12) Véase al efecto, "El blanqueo de capitales ante principios constitucionales", LA LEY 3 de Marzo de 2009.

(13) Esta misma situación se habría planteado en otro de los recientes precedentes judiciales que existen sobre la operatoria de la banca privada en la Argentina: el caso Wachovia. En este caso, el actor sostuvo que el depósito del dinero habría también ocurrido en las oficinas de Wachovia en Buenos Aires, en prueba de lo cual adjuntó copia de un recibo firmado por la secretaria de uno de los dependientes de aquella, también involucrados en la acción judicial.

(14) Véase al efecto las Comunicaciones del BCRA "A" 3722 y 4871.