

*La Banca "Off Shore" en Argentina y la Protección Judicial del Ahorrista Frente a la Insolvencia**

Por Eduardo M. Favier Dubois (h)

Favier Dubois & Spagnolo
Buenos Aires, Argentina

La actividad bancaria en Argentina se encuentra reglada por el Estado, el cual ejerce su poder de policía a través de la Superintendencia de Entidades Financieras que funciona en la órbita del Banco Central de la República Argentina (BCRA).

La empresa que se dedique a explotar la actividad bancaria, debe contar necesariamente con la pertinente autorización previa del BCRA para funcionar. A pesar de ello, la actividad bancaria *off shore*, sin autorización del BCRA, es y ha sido habitual en la República Argentina.

Mediante la misma se colocan depósitos de muchos argentinos, en el exterior, especialmente en paraísos fiscales.

La captación de los fondos se concreta dentro de entidades financieras locales y debidamente autorizadas por el BCRA.

Resulta una operatoria bastante común que bancos que operan en Argentina ofrezcan a sus clientes, con la finalidad expresa de proteger sus ahorros y demás activos financieros, situarlos en una entidad financiera del exterior, radicada en un paraíso fiscal. Tal entidad guarda alguna relación con el banco local y este último se encarga de vehicular los depósitos hacia ella.

De esta manera el ahorrista recibe un certificado o constancia expedida por la compañía bancaria *off shore* por su dinero, no obstante a que toda la operación fue realizada en el país mediante la banca local, por personal y en oficinas de esta última.

El problema se suscita cuando la entidad bancaria *off shore* no da cumplimiento a la devolución de los depósitos o fondos colocados, desaparece o se declara en bancarota en su país de origen, careciendo al mismo tiempo de activo alguno en la Argentina.

En tal caso, el régimen concursal argentino (ley 24.522 y sus reformas) no parece proteger adecuadamente al ahorrista frente a la insolvencia en tanto adopta el principio de la "territorialidad" y, por ende, es muy limitado en materia de quiebra transfronteriza. En efecto, el concurso en el extranjero no tiene efectos en el país mientras no se abra un concurso en Argentina (art. 4º, primer párrafo, *in fine*).

A su vez, un concurso en Argentina requiere, respecto de un sujeto domiciliado en el extranjero como es el Banco *off shore*, que posea bienes en el país (art. 2º inc. 2º) y/o que sea pedido por el titular de un crédito pagadero en el país (art. 4º, primer párrafo, primera parte), lo que nunca ocurre con los certificados de los bancos *off shore*.

La situación se agrava si se trata de un banco que se domicilie en alguno de los otros países que suscribieron el Tratado de Montevideo de 1940 (Uruguay y Paraguay) en tanto dicho tratado establece el principio de "unidad" de concursos atribuible al domicilio comercial de la sociedad y, como excepción, el caso de "casa comercial independiente", entendiéndose por tal a la sucursal que económica y financieramente no depende de la matriz.

De tal suerte, aunque la sociedad tenga bienes en el país, si está comprendida en el Tratado de Montevideo no puede decretársele la quiebra prescindiendo de las reglas de éste último.

* Article appeared in INSOL World Q4 2011

Adicionalmente, corresponde destacar que el banco local que participó materialmente en la captación se desentiende de la situación invocando no ser parte contractual y, en muchos casos, también se encuentra en bancarrota.

Sin embargo, tal grave situación ha sido mitigada por algunos fallos. En efecto, y con relación al banco local que participó en la captación de los fondos, la jurisprudencia imperante ha reconocido su responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al ahorrista por la falta de devolución en tiempo y forma de los depósitos efectuados en la entidad extranjera.

El criterio aplicado por los jueces se basó mayoritariamente en la relación entre las entidades financieras, considerándolas en algunos casos como la misma compañía, en otros en atención a la falsa instrumentación del negocio jurídico, y con un común denominador, la captación engañosa e ilícita de los ahorros (Fallo "Bsereni c/Nuevo Banco de Santa Fe", 15-3-06, C. Civ. y Com. Sta. Fe, Sala I; LL 2007-a-163, entre otros).

Asimismo, en caso de quiebra del banco local que había captado los fondos, se admitió la verificación como acreedor del ahorrista *off shore* con fundamento en que tal captación se había hecho para una entidad no autorizada por el BCRA, siendo irrelevante la eventual falta de relación contractual. (Fallo "Banco Austral s/quiebra", 20-8-09, C.N.Com., Sala A; LL 2009-F-309, entre otros).

Finalmente, con relación a la posibilidad de decretar en el país la quiebra del propio banco *off shore*, en el caso "Compañía General de Negocios s/pedido de quiebra" (24-2-09; C.4633 XLI C4210 XLI) la Corte Suprema de Justicia admitió la competencia de la justicia argentina para entender en el pedido de quiebra formulado contra un banco *off shore* uruguayo con fundamento en que, más allá de su inscripción registral, su "domicilio comercial" debía juzgarse con criterio de realidad y éste se ubicaba en el país.

De todo ello resulta que a pesar de la dureza e impermeabilidad del sistema territorial de bancarrota adoptado por Argentina, en materia de protección del ahorrista de banca *off shore*, los jueces han comenzado a articular un sistema de responsabilidades tendiente a reparar, al menos parcialmente, los daños derivados de la insolvencia.