

XV REUNIÓN CONJUNTA DE LAS ACADEMIAS NACIONALES DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES Y CÓRDOBA.

CORDOBA, 23 y 24 de octubre de 2003

“POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO. Equilibrios y desequilibrios

- a. **Política y economía para seguridad jurídica en el Estado de Derecho.**
- b. **Política y economía en la globalización”**

“REALIDAD, ECONOMÍA Y DERECHO”

Efraín Hugo RICHARD¹

Con escepticismo podríamos apuntar que "Hay que poner el corazón en el arte, el ingenio en las relaciones con la gente, el cuerpo allí donde se encuentre a gusto, el monedero en el bolsillo, y la esperanza en ninguna parte" (de Gustave Flaubert). Por que mantenemos esperanza en nuestra vocación es que estamos aquí, hablando de lo que tenemos que hablar... pues como afirmaba Platon “El comienzo es la parte más importante de toda tarea”, y este es un comienzo.

INDICE: INTRODUCCIÓN.- PRIMERA PARTE: I – REALIDAD. APRECIACIÓN SOCIOLOGICA. II – POLÍTICA. 2. Política y orden social. 3. Orden social y medios de propaganda. III – DERECHO Y ECONOMÍA. IV – LA ECONOMÍA DEL DERECHO. 1. ¿Economía del Derecho? 2. Eficiencia del sistema jurídico. 3. Costos de la mediación jurídica. V – POLÍTICA Y ECONOMÍA. 2. Política económica y postergación social. VI – LA MUNDIALIZACIÓN. 1. ¿Quién fija las políticas y sugiere las normas? 2. Orden social y mundialización financiera. 3. ¿Qué orden social pretendemos? 4. Deuda externa. 4.2. La crisis financiera. VII. ÉTICA.

SEGUNDA PARTE. ALGUNAS FACHADAS DE LA SUPUESTA SEGURIDAD JURÍDICA. I – PREVENCIÓN DE LA CRISIS. RESPONSABILIDAD Y SALVATAJE EMPRESARIO. 2. Los acuerdos espúreos y las sociedades extranjeras. II – SOCIEDADES EXTRANJERAS. 2. Las sucursales de bancos extranjeros. III – AUDITORÍAS. IV – MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA Y BANCOS. V – ADUANA – DUMPING. VI – FACTURA DE CRÉDITO. VII – LEVERAGE BUY OUT – PRIVATIZACIONES. VIII – ¿SEGURIDAD JURÍDICA? POSITIVISMO vs. EQUIDAD. IX – COROLARIO.

INTRODUCCION

Nos consta que este temario fue determinado entre los Dres. Ghirardi, Frías y otros, en el medio de la crisis del año pasado

Cuando indicamos el título de la comunicación que se nos había encomendado, no conocíamos los subtítulos que enmarcan la convocatoria. Los “equilibrios” entre Política, Economía y Derecho corresponden a casi un como, con que método engarzar las disciplinas, y los “desequilibrios” a mirar la realidad, que es en lo que centraremos estas líneas, como método del Derecho Comercial y de afrontar el equilibrio. El subtítulo a. “Política y economía para seguridad jurídica en el Estado de Derecho” implica una afirmación, quizá un grito desgarrado, una

¹ Agradeceremos los comentarios a richardjuris@arnet.com.ar

forma de intentar los equilibrios. Y el b. “Política y economía en la globalización” impone a nuestro entender una mirada a la realidad dolorosa que se observa, los desequilibrios, sectorización o marginación económica y jurídica que atenga contra los derechos humanos, contra la visión humanista de los que vemos en el derecho un elemento para la convivencia y no para la dominación.

Nuestro método, además de algunas divagaciones, será presentar algunos casos testigos dentro de la específica disciplina.

No dudamos que los disertantes precedentes han de señalar con erudición las relaciones específicas de las ciencias en análisis.

Nosotros lo haremos con los criterios que venimos afirmando desde hace muchos años, pues no aceptamos la crítica o la adhesión oportunista a ciertas políticas. Criterios que afirmamos en el Congreso de Academias Iberoamericanas de Derecho, y los jalones que señalamos en el discurso de clausura. Los criterios que hemos escuchado en la apertura de las Jornadas en Homenaje a Alberdi – como formas de explicar criterios anteriores- por los Académicos Frías, Ghirardi y Yanzi Ferreira, las oportunas y lejanas advertencias de Moisset de Espanés, los criterios teleológicos que en ocasión de Educación como Política de Estado concretó Martínez Paz –como expresión de su posición jusfilosófica con la que nos viene entrenando-, Daniel Pablo Carreras y Vanossi², los criterios comercialistas de Otaegui en la coyuntura financiera, son voces que no hemos dejado de escuchar y compartir aunque no siempre citemos.

Desde el año 1987 y en el seno de estos Encuentros comenzamos a enmarcar situaciones. No podemos dejar de observar el camino recorrido, para mirar el horizonte, y quizá por lo afirmado en ese camino, particularmente desde la Academia, es que se nos señaló para intervenir en este Encuentro, habiendo preparado esta versión escrita de una muy limitada en la temporalidad de las mismas, exponiendo algunos casos de la realidad respecto a la eficiencia del sistema jurídico.

Sostuvimos que³ "Reconvertir la vida en democracia aparece como una sujeción de la vida al derecho, a las normas jurídicas. Pero la estabilidad parece esquiva, pues la vida social resulta más gobernada por las reglas económicas que por las normas de convivencia".

"El derecho es un medio de servicio, un medio de convivencia, y tengo para mí que también lo es la economía, pero esta última irrumpe en la Nación con fuerza inusitada alterando las reglas de solidaridad social, hasta con una nueva pseudo ética. Se ha perdido esa noción del derecho como conjunto de cuanto es legítimo". Se sostiene⁴ que la difícil conjunción intelectual de juristas y economistas puede “surgir de la comprobación de dos derrotas. De cómo la ingeniosidad jurídica no ha logrado todavía dominar la complejidad desestabilizante de las estructuras financieras del capitalismo maduro (que son, al contrario, frecuentemente favorecidas en resguardo de derechos de tipo paleocapitalista). Y de como el arsenal técnico matemático econométrico de los economistas no pudo todavía impedir que sea necesario recurrir a la irracional destrucción de cosechas agrícolas o a la embarazosa acumulación de "stock"

² *La educación política de Estado* Abril de 2000, Academia Nacional de Educación y otras.

³ 7a. Reunión Conjunta de Academias de Derecho, Córdoba, 10-12 de noviembre de 1988, ECONOMIA Y DERECHO nto. *La Economía del Derecho*, y *La Economía del Derecho, la Realidad y la Empresa Bancaria* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 p.205 y ss...

⁴ CAFFÉ, Federico (economista italiano), en artículo *Derecho y Economía: un encuentro difícil* en RDCO año 17 p.759 y ss..

invendible, a pesar de que centenares de hombres en el mundo sigan muriendo por inanición".

"Pero mi preocupación es mucho más aguda que la grave degradación de un método científico de base de ese sistema de convivencia, y deseo compartirla. Estas apreciaciones se vinculan al trabajo con el que me incorporé a esta Academia *El posible futuro del derecho mercantil*⁵. Parece hoy, por los anticipos reseñados que estudiar un Derecho de la Economía llevaría a la desesperanza. La aplicación tradicional del derecho nos ha llevado a este estado de cosas, parecen impotentes las normas jurídicas de defensa de la sociedad, de la República, ante los hechos y actos "económicos"."

Lo expresado pone en duda a la economía como ciencia, pero ello es por cuanto aparece en la vida social con su pragmatismo acientífico y anti ético en la idea de lo utilitario, una desviación economicista, y no de la creación de riqueza para atender al solidarismo social. La economía es considerada como una actividad humana destinada a la producción de ciertos valores de utilidad. Por eso la ontología de la economía es una de las llamadas ontologías regionales. Como lo producido son valores, la ontología en cuestión se yuxtapone a una axiología o teoría de los valores útiles, y en ocasiones a ciertas partes de la antropología filosófica. En tanto que objeto de una epistemología de las ciencias naturales, la economía es considerada como una actividad humana sometida a ciertas leyes de acuerdo con las cuales tiene lugar la producción de bienes, su distribución y su consumo. Tal epistemología alcanza sus mayores triunfos cuando prescinde, en la medida de lo posible, de factores históricos, o históricos psicológicos, y cuando se refiere a la actividad económica que tiene lugar en sociedades cuantitativamente importantes y relativamente niveladas.

Ante el descreimiento en el sistema jurídico y judicial, la colaboración del derecho mercantil al orden de un orden social más equilibrado, que asegure la gobernabilidad y la subsistencia del sistema, se estructura en volver a lo que justificó su nacimiento: 1°. Inmediatez en la resolución de conflictos, y 2°. Simplicidad de las normas, como retorno a los usos y costumbres, a través de la ética.

"En el derecho comercial debe ponderarse la preeminencia de la realidad social sobre las normas, en procura de evitar que el orden jurídico se transforme en un conjunto de principios sin contenido social con la consiguiente desnaturalización en su aplicación práctica. Esta distancia acarrea el peligro de transformar las instituciones en un discurso esquizofrénico o hipócrita"⁶.

Consideramos que intentar mantener la visión seudo capitalista con la que se impuso el régimen político social en nuestro país, podría implicar terminar de destruir las fuerzas productivas serias que restan.

Dentro de esa visión anticipatoria pensamos que se generó un derecho de la economía, no un derecho económico, sino un derecho ad hoc para el neoliberalismo o sea para la globalización financiera.

Abogamos por una economía del derecho, que tiene un parentesco lejano con el análisis económico del derecho en cuanto a efectividad de las técnicas, pero no para receptar las leyes del mercado. Un derecho que no tenga su justificativo ni

⁵ Publicado en Anuario de Derecho Comercial, tomo 2, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1985.

⁶ citando a Ana L. Piaggi, LOPEZ, Selene Carolina I. *Acuerdo preventivo extrajudicial: el derecho judicial y lo que vendrá* Semanario Jurídico año XXVI, pág. 292, jueves 4 de septiembre de 2003.

en la economía ni en sí mismo, sino en el hombre solidariamente engarzado en su comunidad.

PRIMERA PARTE.

I – REALIDAD. APRECIACION SOCIOLOGICA.

1. Hablar de realidad impone una mirada hacia lo que ocurre. No podemos actuar indiferentemente, particularmente ante una administración de justicia lenta en el Estado de Derecho, o la existencia concreta de una globalización financiera como determinante de las políticas y de la economía en el mundo globalizado.

¿La realidad es ambigua? Sin duda es compleja, pero ambiguos son los políticos, los abogados, los contadores y particularmente los dirigentes cualquiera sea su profesión. Y ello es porque se embarcan en interesadas discusiones dogmáticas sobre derecho y/o economía, normalmente inducidas desde la comunicación globalizante y unificadora, para omitir poner en claro que orden social pretendemos.

Definido un orden social, que obviamente no se logrará en un día pero marcará el camino, cada paso, las técnicas jurídicas se enderezarán a que la economía se ajuste a ese orden social. Ese es el rol del derecho, nuestro rol...

El surgimiento de modalidades alternativas de ejercicio de los derechos se desarrolla en un momento de profundas crisis en el modo de entender el papel del Estado Moderno y su instrumento de regulación privilegiado: el Derecho⁷. La complejidad creciente de las sociedades globalizadas de fines del siglo XX y comienzos del XXI, con las sucesivas crisis de los modelos de estatalidad-bienestarista y neoliberal, acompañadas de procesos de fragmentación socio-económica y cultural, con representación política deficitaria, ha puesto de manifiesto muchas veces que resulta insuficiente la regulación de situaciones de conflicto y/o inequidad con los instrumentos tradicionales basados solamente sobre el poder (lógico jerárquico del Estado) y la propiedad individual o corporativa (lógica de los intercambios del mercado).

La realidad es que el mercado ha sido abandonado por los grandes grupos económicos⁸ que tratan de influir en los Gobiernos para recibir los grandes servicios públicos, verdaderos monopolios de hecho que aseguran el consumo y ningún riesgo para esos grandes grupos de interés, resguardados en sus ganancias por disposiciones "contractuales" impuestas a través del Estado a sus ciudadanos-consumidores, es una muestra de la cuestión. A la par, las técnicas de comercialización otorgando derechos de uso de patentes, franquicias, marcas, licencias, know how, etc., importan asegurarse ingresos al margen de las vicisitudes del mercado que quedan a cargo de las medianas y pequeñas empresas que "gozan" del beneficio del otorgamiento de esos derechos, y aún cuando esas empresas obtengan beneficios -no siempre-, la comunidad en donde operan se verá empobrecida por la salida de su circuito de los pagos de esas licencias por parte del concedido, franquiciado, licenciado, etc..

⁷ ROTH, André *El derecho en crisis: el fin del Estado moderno*, Enalce 1, Revista de sociología jurídica 1996: 217

⁸ nto. *Fraccionamiento de la responsabilidad frente a consumidores y terceros a través de los contratos de colaboración*, pág. 265 a 386 en libro "Los derechos del hombre. Daños y protección a la persona" coordinado por Carlos A. Ghersi. Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza febrero 1997.

Ni revolucionarios ni conservadores abogados. La teoría neoliberal predica el equilibrio fiscal, pero la práctica neoliberal produce un desequilibrio colosal. Es una ideología totalmente falsa que tiene su origen en siglo XVIII del hombre posesivo que lucha por su felicidad a través de la racionalidad... Cuando la gente vota contra el esquema, se dice que la gente vota a “demagogos y populistas”. Referido al proceso argentino en los últimos años, se sostiene que “Tuvo sus características propias, pero formó parte de un movimiento más amplio que practicó formas criminales de la economía basadas en las armas, la droga y los procesos de privatización extremadamente dudosos”⁹.

2. Las cosas son lo que son, no lo que dicen ser.... Por eso no podemos aceptar lo que se ha dado en llamar un capitalismo prebendario, calificado como política paleocapitalista, que ha generado una tremenda sectorización social, en lo económico y en la marginación, no dándonos cuenta que ello afecta la convivencia. Como lo decíamos en el año 1995 si no se quiere hacer por solidaridad debe hacerse por seguridad¹⁰. Sin embargo, y particularmente desde el derecho comercial o empresario, se mantenía una actitud prescindente cuando no cómplice con dichas políticas, justificando dogmáticamente soluciones prebendarias, donde al ineficiente poderoso (individual o grupalmente) era subsidiada por el Estado en forma directa o en forma indirecta a través de conductas ilícitas de sus funcionarios, en renegociaciones de contratos o con adjudicaciones dirigidas fuera de precio de mercado.

¿Sólo diagnosticar? Y proponer? Por eso debe existir una política legislativa, dirigida por el orden social como base teleológica y axiológica de los valores pretendidos.

Cual es nuestro rol? no ocultar, no apañar, dialogar, enfrentar los problemas anticipatoriamente, ese es el rol del derecho. No bajo parodias de acudir al sistema judicial, que es ineficiente, cuando no complaciente....

La ambigüedad e indiferencia se vincula al exceso de economicismo, teñido de dudosas prácticas que afectan también ese doloroso proceso de crecimiento, con falta de solidaridad, con falta de ética. Asumamos la recuperación del rol del derecho, de asegurar los repartos, la equidad, disuadiendo la ilicitud.

En ese descubrimiento, fijando un método de trabajo, viene a cuento la prudencia de unas sabias palabras de Cesar Vivante¹¹: "A los estudiantes y a los estudiosos (las dos palabras no siempre son sinónimas) que a menudo me piden consejos y temas para sus disertaciones, no puedo darles más guía que el método seguido por mí. No se aventuren nunca en ninguna tratación jurídica si no conocen a fondo la estructura técnica y la función económica del instituto objeto de sus estudios. Recojamos en las bolsas, en las bancas, en las agencias, en las sociedades comerciales, en las secretarías judiciales, el material necesario para comprender aquella estructura y aquella función. Es una deslealtad científica, es un defecto de probidad hablar de un instituto para fijar su disciplina jurídica sin conocerle en su íntima realidad. Si el derecho tiene por objeto regular los intereses de una

⁹ DOS SANTOS, Thetónio, sociólogo brasileño autor del libro “La teoría de la dependencia”, en entrevista publicada a pág. 98 de la Revista Noticias del 26 de julio de 2003.

¹⁰ *Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva* con Emma Elena Mini en libro colectivo “Il debito internazionale” a cargo de Domingo Andrés Gutiérrez y Sandro Schipani, Edición de Pontificia Università Lateranense, MURSIA, Atti de III Convegno 25/27 Maggio 1995 Coloquio sobre “Deuda externa” organizado por la Università degli Studi di Roma “TOR VERGATA”, a través de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos, pág. 233.

¹¹ *Tratado de derecho mercantil*, vol I 1ª ed. español, traducción de la 5a. ed. italiana, Reus Madrid, 1932.

institución, es evidente que debe preceder el estudio práctico de la naturaleza de ésta al estudio del derecho. Verificadas tales investigaciones *in rei veritate*, sígase en cuanto sea posible la línea histórica del instituto separándole de los que le son afines, aprovechando el conocimiento práctico e histórico para someter a una crítica las fuentes jurídicas, como las leyes, la jurisprudencia y las costumbres. No se empiece a escribir hasta que se ha ordenado todo el argumento en la propia mente, según la necesidad lógica de su renovado contenido y al escrito debe tomarse como punto de partida la última palabra a que han llegado los investigadores procedentes, tanto en Italia como en el extranjero, porque la literatura económica en materia comercial progresa sincrónicamente en todos los países pertenecientes al ciclo de nuestra cultura¹². Comiencese donde los antecendiores escritores han acabado, ya que, constituyendo las repeticiones el más penoso engorro que se pueda encontrar en el camino de los estudios jurídicos, no hay para qué ahumentar la mole ya enorme de dificultades."

En ese mismo orden de ideas, Mauricio Yadarola en el prólogo de la obra en castellano "Sociedades y Asociaciones Comerciales" de Tulio Ascarelli, refiriéndose a este jurista señala "Una innata vocación por la justicia lo lleva a profundizar el examen de los problemas jurídicos especializándose en la rama del derecho comercial, cuyo estudio realiza guiado por un método que se asienta en estos dos postulados esenciales: a) el derecho comercial debe estudiarse a través de los principios generales del derecho y de las ciencias jurídicas para alcanzar sus propios principios y su propio método; b) el conocimiento de los fenómenos económicos es previo al examen de las normas jurídicas que los regulan. Por esto este libro se inicia con un estudio económico de las sociedades comerciales".

Auscultemos esa realidad y ciertos aspectos económicos.

La seguridad jurídica no se alcanza a través de prolijas normativas, sino de pocas reglas que aseguren un respeto funcional en el cumplimiento del contrato, lograble por el rápido restablecimiento en el equilibrio de las relaciones, tanto por la aceptación de claros principios universales como los de buena fe y ejercicio regular de los derechos, como por la aplicación de cláusulas compromisorias. Con esos métodos y no con oscuras o confusas legislaciones, se aseguran los valores justicia y seguridad.

3. Hay que mirar la realidad como la miran los escritores, pues lamentablemente como ellos conocemos poco, carecemos de estadísticas, y de conocimientos de economía, pero sabemos para que sirve esta ciencia (crear y distribuir la riqueza), y parece que ello no se practica desde hace muchos años. La opinión de la doctrina, la prensa y los escritores, y en muchos casos sus referencias, nos servirán como recepción del pensamiento popular.

La realidad es que la gente no cree en el sistema jurídico, ni del poder que hace las leyes, ni del que las aplica tardíamente, o con exceso ritualismo –que esta condenado por la Corte y la doctrina-, claro que su límite es confuso, y no se aplica ni en lo penal, ni en lo fiscal, ni en lo concursal. Sólo entre partes particulares es aplicado ese exceso ritual.

Hoy debemos pensar en una lógica de la incertidumbre, con ruptura de la predictibilidad. Pero ello no debe impedir mirar el pasado para no repetir los problemas. Con visión cortoplacista se mira lo que sucede hoy, mientras se oculta o disfraza la realidad.

¹² No ha ocurrido así con la "factura de crédito" vinculada al contrato de subprovisión, desconocido en nuestro país con un criterio economicista de los grupos de poder en perjuicio de sus proveedores.

Como realidad, es evidente que a la par de un progreso impensable, desarrollado junto a nuestros hijos pero que supera los sistemas de educación y absorción tradicionales, con una posibilidad de acceso al conocimiento y a la información que escapa a las posibilidades del investigador más dedicado, se desarrolla un proceso de degradación de nuestra sociedad -que sin duda tiene paralelos en otros momentos de la corta vida de la tierra-, pero que nunca se ha visto tan acelerado.

Se ha producido en los últimos años, aquello que prevenía Alberdi en el Siglo XIX: la destrucción de la economía, de la producción y el advenimiento del desempleo y la pobreza.

De continuar las partes involucradas con esta actitud, anticipamos resultados apocalípticos y paradójicos, desde el punto de vista político-económico, las soluciones, siempre coyunturales y urgentes, continuarán con las transferencias de recursos de los países endeudados y pobres a los más ricos y capitalizados, todo en pos de una solución económico política-eficiente; los gobiernos de los países deudores solo se ocuparán de salvar obstáculos económicos inmediatos, a partir de la creación de un sin número de leyes, muchas de ellas respondiendo a grupos de presión o a meras necesidades electorales y no a las necesidades de la realidad social, que lejos de permitir el crecimiento económico y el consiguiente desarrollo económico-social, solo crean una gran inseguridad jurídica, que detendrá la inversión, y el mismo desarrollo que se pretende lograr¹³.

La realidad nos muestra una faceta más de la sociedad mundializada, con cada vez más profundas diferencias entre los incluidos y excluidos del modelo, pero ya no dividiendo el mundo en países centrales o periféricos -división que también se mantiene agravando la cuestión-, sino dentro de cada Estado, pues el asentamiento territorial ha dejado de ser una razón de soberanía y los organismos internacionales financieros imponen condicionamientos de ajuste económico que torna cada vez más débiles las naciones, y entonces en su seno se produce el avatar más importante de este inicio de siglo y desafío para el derecho en el Siglo XXI: los que acceden a la herramienta del derecho para consolidar su poder y los excluidos, dentro de los que se incluye a sectores enteros de la economía.

No nos dejemos conquistar por la solución fácil de lograr una normativa que tranquilice nuestros espíritus frente a la novedad aportada por la volición de los operadores económicos.

4. El neoliberalismo pretendía, y pretende, hacernos creer que es necesario primero consolidar un modelo económico, donde la desregulación y la no injerencia del Estado van a optimizar la redistribución por el mercado y el saber que llegará a todos los rincones de la tierra con sus beneficios, sin embargo, realiza esta

¹³ Debemos recordar, en orden a esa reflexión en torno a un derecho con menos cantidad de normas pero más eficaz en sus efectos las conclusiones del Coloquio Internacional de Derecho Económico realizado en el año 88 en Buenos Aires que expresaban: "la aplicación desigual de políticas liberales por influencia de los gobiernos conservadores de las potencias anglosajonas (no se están refiriendo a la Argentina, sino a las grandes potencias), imponiendo conductas inequitativas a los gobiernos de países en desarrollo a ellos vinculados, la fijación de políticas por grupos económicos que superan los gobiernos aún de los países más desarrollados, el crecimiento notable del sector terciario de servicios, el progreso tecnológico de magnitud desconocida que ha provocado el gran desarrollo de la sociedad de servicios o posindustrial, más la desocupación masiva ocurrida en los países del mercado libre, derivados del sobrante por el avance tecnológico y de los despedidos con motivo de las privatizaciones, obligan a los gobiernos a replantear sus sistemas jurídicos y económicos". A la postre es el hombre y no el gobierno el destinatario de todos nuestros esfuerzos.

transformación con la postergación del derecho de los marginados, quiebras y desempleo, y se coloca a la economía al servicio de la economía misma, como algo centrípeto. Y es evidente que, al mismo tiempo que se requiere seguridad para las inversiones extranjeras, se autoriza y pretende un mayor intervencionismo sobre la economía interna, tendiendo a recaudar tributos desviándolos de los fines fundamentales del Estado: educación, salud y desarrollo.

La marginación del derecho, por los poderosos y los marginados por el sistema, la sectorización económica y la sectorización social, son realidades que aparecen agravadas en la última década del siglo XX. Así el sacrificio de la población rural, su éxodo, la pauperización y el síndrome urbano. Sorpresivamente en Europa, se requiere más inmigración, las empresas lo piden pese a la desocupación, buscando sueldos bajos.

¿El mundo ha sido puesto al revés? ¿O quizá las dificultades son más visibles por la comunicación, las especulaciones son más rápidas, los cambios son más vertiginosos o más acelerados, y no los afrontamos?

Se intenta influir a través del derecho en las conductas, pero ello hay que lograrlo desde la educación, la cultura social. Si una sanción no la considera correcta una sociedad, de nada sirve la sanción penal, pues no se induce a la conducta, sólo se sanciona tardía y costosamente.

¿Igualdad o libertad? Se pretende que no puede otorgarse igualdad sin alguna pérdida de libertad, priorizando así este concepto. Ponemos en duda estas afirmaciones....

Los conceptos de soberanía han variado profundamente, y una política globalizada se intuye, pero no se institucionaliza como tal, aunque existen instituciones mundiales.

Parecería que existe una política del más fuerte.

Comenzamos el tercer milenio con una victoria, un triunfo absoluto en todo el mundo del capitalismo como forma posible de organización económica, fundamentado siempre sobre el mismo sistema institucional, la libre fijación de los precios en el mercado y la libre propiedad de los medios de producción; los derechos humanos, y en primer lugar la libertad de conciencia; la evolución progresiva hacia la separación de poderes y la democracia. Se permitió así la consolidación del tan mentado proceso de globalización económica, basada en reglas de libre y absoluta competitividad, bajo una *lex mercatoria*, o las reglas del mercado o que dictan los empresarios.

Hay una corrupción del sentido del Estado y de la utilización de la ciencia económica que, pretendidamente exacta, se transforma en una justificación de intereses de grupos.... el neoliberalismo surgió como una fuerza movilizadora de carácter global que usó lo que podríamos llamar el terrorismo intelectual: todo lo que salía del esquema neoliberal era presentado como algo totalmente superado que no merecía discusión. En ese sentido, el neoliberalismo fue un instrumento de barbarie intelectual porque paralizó las discusiones, el análisis, la confrontación de ideas...

Las leyes de mercado sólo corresponden a un marco de libre y perfecta competencia, lo que implica una utopía pues la posición dominante en las relaciones económicas y jurídicas ha sido y es una realidad¹⁴, y las incuestionables

¹⁴ Las leyes de mercado son una expresión usada como barrera para que el Estado tenga pretexto para no intervenir, pero significa más o menos que no hay leyes y que el poderío económico puede hacer lo que quiere.

leyes de protección a la libre competencia, anti monopolios y de lealtad comercial¹⁵ resultan de dudosa efectividad.

Pero lejos ello de generar el crecimiento económico o el desarrollo global de la humanidad saneando las diferencias existentes entre países pobres y países ricos, solo ha contribuido a profundizarlas aún más, llevando a una cada vez mayor parte del planeta, tal el caso de América Latina, gran parte de Africa y en algunas zonas de Asia, a condiciones de vida en constante deterioro, donde el crecimiento económico (uno de los paradigmas del capitalismo), es inexistente o nos atreveríamos a decir inalcanzable por sus altos niveles de endeudamiento y por las cuentas de sus balanzas de pagos permanentemente negativas.

5. En *Deuda externa y mercado*¹⁶, hemos subrayado que desde comienzos de la década del 70, se ha advertido en el contexto de la economía internacional cierta desaceleración en los niveles de crecimiento económico. Este fenómeno sumado a otros factores, llevó a los países en desarrollo, y especialmente a los latinoamericanos, a recurrir al empréstito internacional, para mantener o elevar sus niveles de crecimiento.

Al propio tiempo el ineficaz manejo de esos fondos por los gobernantes hizo que el endeudamiento externo comenzara a crecer con más rapidez que el PBI, lo que los condujo a experimentar problemas de solvencia e incapacidad para hacer frente a las obligaciones del servicio de la deuda contraída, agudizando aún más el mismo problema de crecimiento que intentaban salvar. Así el mundo se enfrenta a dos crisis, la crisis de la deuda y la crisis de crecimiento. Estas situaciones obligan tanto a los países industrializados como a los países en desarrollo a elaborar políticas tendientes a fomentar el desarrollo.

Los Gobiernos intentan salvar al Estado (su Gobierno) y no a la Nación (el conjunto de ciudadanos), tratando de transferir los riesgos a los grupos con menos poder de oposición, a los que carecen de posibilidad de organizar grupos de presión (desde las sombras muchas veces¹⁷), para influir sobre el dictado de esas normas¹⁸. En ese esquema chocan o compiten dos fuerzas: la del Estado y las empresas poderosas por una parte, y por la otra la de las pequeñas y medianas empresas, próxima a los ciudadanos sin poder. El crecimiento de los primeros afecta la subsistencia de los segundos, pese a todos componer la Nación. Y si no hay una visión integral de la Nación como "empresa", el éxito del primer grupo puede ser efímero ante la destrucción del segundo, pues se comprometerá la existencia de la Nación misma, que afectará inmediatamente la subsistencia de ese primer grupo, particularmente en la macroempresa mundial.

Es un error, sostenido durante años, tomar como variante de ajuste el valor del trabajo como variable económica, sin pensar en los costos de los servicios y en la afectación que una pauperización del salario y la desocupación traerán sobre el

¹⁵ Basta ver los cuestionados premios al consumo que se formalizan en cualquier hipermercado o en productos de consumo masivo contrariando la disposición de la ley que descarta cualquier forma de sorteo o de azar.

¹⁶ Con la docente de la Cátedra de Economía MINI, Emma Elena, trabajo presentado en la Universidad de Salamanca en el año 1995.

¹⁷ Nto. *La Economía del Derecho* en Revista La Ley, Sección Actualidad p. 2 y ss., Buenos Aires 18 de abril de 1989.

¹⁸ Cfr. AARON, Raymond citado por LANYI, Anthony, Jefe de la División de estudios sobre Países en desarrollo del F.M.I., en conferencia dictada en Bs. As., Octubre de 1986; en referencia a los países endeudados y sus problemas sociales, al afirmar: "Son países donde el Estado construye a la Nación y no la Nación al Estado".-

mercado interno, a la postre sobre la producción y la devastación interna del país, aunque se produzca un alza en ciertos indicadores económicos, que a la postre generarán la inseguridad jurídica y física interna, la emigración de los capitales externos e internos a paraísos fiscales, como producto de la globalización financiera.

El Estado administra la apocalipsis generada por los operadores económicos que quieren tener menos costo, pero sin tocar sus propios intereses: Bancos, Empresas Privadas de Servicios Públicos, por eso se afecta a los asalariados. El continente se muestra incapaz de ejercer sobre sí mismo una acción suficientemente transformadora.

De persistir esta situación, se podrán distinguir en el mundo, desde la perspectiva económica, dos zonas perfectamente diferenciadas: una, la zona capitalizada, rica, afectada por la imposibilidad de recuperar los capitales prestados, (con posible riesgo para su estabilidad financiera), o directamente por no poder prestarlos. Otra las "extra zonas" no podrán subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por aquellas dos erosiones: transferencia de utilidades (por la falta de inversión interna en investigación científica y tecnológica) y pago de servicios de intereses cada vez más altos por ser más alta la tasa de "riesgo"¹⁹.

Una descripción de realidad la encontramos en Alberdi: *“La pobreza actual de ese país, no es simple y una sola; se compone de dos pobrezas: la pobreza crónica, permanente y orgánica del país, que ha sido colonia de España, y la pobreza accidental y aguda de su crisis reciente”*²⁰. En *“Naturaleza y causas de la crisis argentina”*. Continúa Alberdi exponiendo²¹ *“Un estado de empobrecimiento general, de abatimiento y depresión de todos los valores, que paraliza todos los negocios... Lo cierto es que, dada la política económica (o antieconómica)... sólo por un milagro, el más extraordinario, podía haber dejado de producirse, como su consecuencia inevitable, la pobreza y decaimiento en que han venido a caer los país del Río de la Plata...”*

El shock de esta internacionalización de "roles" implicará capitales improductivos en una zona y desocupación por falta de capitales de riesgo en la otra zona.

La agresión económica deberá ser considerada como una ruptura del pacto social, como una falta ética para recomponer un método de mercado por un método de empresa, donde todos los componentes son valorados y, en particular, el elemento personal, con el correlativo ético de actuar de buena fe en la administración de cada "empresa", privada, pública, grupal, nación²².

II - POLITICA.

1. En cuanto a POLITICA sólo nos referiremos en este Encuentro a la POLITICA LEGISLATIVA, que debería definirse claramente no sólo para la

¹⁹ Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompañada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo - PEREZ AYALA, José Luis *La economía financiera pública*, Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

²⁰ Alberdi en *Estudios Económicos* Buenos Aires, Viracocha 1954 t. X p. 137.

²¹ *Estudios...* cit. pág. 159.

²² nto. *El "Buen Hombre de Negocios" y El "Plan de Empresa* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, tomo V p. 337.

interpretación teleológica de la norma, sino también para la construcción eficaz de la misma, recurriendo a técnicas legislativas que aseguren aquella política –que es una forma de presencia del orden social pretendido–.

No obstante corresponde distinguir entre varios aspectos sobre que debe entenderse por POLITICA²³:

1º La política como una actividad que comporta una actitud reflexiva. Se trata de la actividad del político y también la de todo miembro de una sociedad en la medida en que interviene o trata de intervenir en los procesos que permiten llegar a decisiones respecto a la forma de gobierno, la estructura de gobierno, los planes gubernamentales, las condiciones dentro de las que cuales se ejerce la libertad individual, el cumplimiento de la justicia, etc.

2º La ciencia política o politología, que estudia los hechos políticos –en un sentido muy amplio de “hechos”- que incluye asimismo, planes, aspiraciones, fines, etc.

3º La filosofía política, la cual se ocupa desde luego, de los métodos y conceptos usados en la ciencia política, pero puede hacer más que esto. Por un lado, puede estudiar las relaciones que hay entre la actividad política y otras actividades. En este Encuentro vinculamos Economía y Derecho.

Y de allí lo importante de fijar políticas legislativas en atención al orden social pretendido, para que las técnicas jurídicas empleadas satisfagan la axiología o valores determinados.

2. Política y orden social.

De la política como actualidad y efectividad humana²⁴, refieren su acepción etimológica²⁵ y su significado científico: “la política aparece, como el estudio de la organización y gobierno de las comunidades humanas y su dominio se extiende al conocimiento de todas las formas de gobierno, la política práctica, teórica y filosofía política²⁶: “como acción se nos presenta como técnica o política práctica, como acción inmediata, que se genera espontáneamente y que se traduce en el arte o técnica de gobierno. La política como idea corresponde a la ciencia política o política teórica. Comprende el estudio de los fenómenos políticos para establecer sus relaciones, fijar sus principios y determinar su regularidad. Por último la política comprende la delimitación de los fines, y en ese sentido existe una filosofía política. Su conocimiento busca el deber ser, el porqué de la política, sus fines últimos. No lo que la política es ni cómo actúa, sino lo esencialmente valioso en todos los tiempos y lugares en que la naturaleza humana afronta los problemas de la esencia de su ser político y del Estado”.

Es el Gobierno, como los otros poderes constitucionales, el que debe definir el “orden social” de nuestra comunidad o Nación, para que los juristas puedan contribuir para que el Derecho actúe como “orden”, a través de las técnicas jurídicas correspondientes, de aquel orden social. Tenemos la responsabilidad que los derechos no sean simplemente fórmulas sino realidades para asegurar los ideales y valores básicos que iluminan desde el Preámbulo de nuestra Constitución

²³ Seguimos a FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*º Alianza Editorial, tomo 3 p. 2620, voz “Política”.

²⁴ FAYT, Carlos S. *Teoría de la política en el Siglo XXI. La política, el poder y el Estado. La democratización de la democracia.*, Editorial La Ley, Buenos Aires 2002, pág. 13.

²⁵ FAYT, ob. cit. pág. 21.

²⁶ FAYT, ob. cit. pág. 31.

Nacional "afianzar la justicia, promover al bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad...".

Ghersi sostiene²⁷ que debe existir una fuerte decisión del Estado de querer instituir un modelo –un orden social- y para ello es necesario que se acepte condicionamientos esenciales para la funcionalidad dinámica de aquél.

Las condiciones mínimas serían: condiciones de desarrollo económico para los sujetos, que les permita disponer de recursos económicos en términos de valor suficientemente eficientes para evitar una subordinación por necesidad; la presencia de una administración de justicia suficientemente autónoma de los otros poderes pero lo suficientemente comprometida con los intereses de los ciudadanos minusválidos (económicos y jurídicos), de tal forma de reequilibrar la situación de poder fáctico; el espíritu de la ley en sentido integral y teleológico, por consiguiente considerar a la institución contrato como herramienta de calidad de vida; por último, la existencia de idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad, evitando la actual contradicción entre sociedad civil versus Estado como lo plantea el neoliberalismo²⁸.

En el ocaso del pasado viernes 17 de octubre de 2003, como respuesta al reclamo popular, renunció el Presidente de la República de Bolivia y asumió el Vicepresidente que se apresuró a delinear el nuevo orden social pretendido, que país se quería, y delineó una serie de técnicas de participación y limitaciones a las decisiones político económicas, en aras a lograr la nación anhelada. Esto resulta claro que no lo hicieron los políticos, como señala el sistema democrático, sino que lo impuso el ciudadano.

La reciente pueblada en Alejo Ledesma, en la Provincia de Jujuy, motivó la inmediata respuesta gubernamental, pero no de violencia como se acostumbraba, sino de derecho.

3. Orden social y medios de propaganda.

Advertimos un descreimiento de la sociedad en el sistema jurídico. Ante ello, la perplejidad de los viejos, de la que no pueden ser ajenos los jóvenes es el nuevo rol en lo jurídico que parecen tener los medios masivos, la prensa, la radio, la televisión. Allí se encuentran los formadores y deformadores de opinión social.

Se trata de la irrupción en la escena, con un protagonismo inédito, de los medios masivos de comunicación, que sorprenden haciendo públicas cuestiones, reprochándoseles que suplantán las instituciones judiciales, y no tenemos dudas de su rol en cuanto aseguren justamente el adecuado funcionamiento de esas instituciones, con la presencia y temporaneidad que la sociedad reclama, pero sin interferir la labor de los magistrados.

No hay fachadas, no hay zonas de marginación, que impidan ese acceso, eliminando toda posibilidad de la insoportable imposición de convivir con la mentira.

La realidad siempre aparece. No hay defectos ni temores que puedan ocultarse por mucho tiempo. Los medios masivos de difusión los revelan.

Debemos aprovechar esa actitud, no para entorpecer a la Justicia sino para favorecerla. Los medios masivos no pueden sustituir a la Justicia. Sería aceptar la imposibilidad del Derecho y de sus instituciones de afrontar la solución de

²⁷ Metodología de la Investigación, pág. 192, Buenos Aires.

²⁸ GIDDENS, Anthony *Consecuencias de la modernidad* pág. 50 y ss. Ed. Alianza, Madrid 1990.

conflictos, la convivencia, el respeto del derecho, que se entregaría a los medios masivos.

Corresponde apuntar que “La información, la propaganda y la agitación²⁹ se diferencian por su contenido y por sus efectos. La información es la divulgación de doctrinas e ideas, orientada a la educación política del pueblo. La propaganda, según la fórmula de Lasswell, es la manifestación de símbolos como medios de influenciar actitudes en asuntos de controversia. La agitación, por último, consiste en la excitación para provocar acciones o reacciones. La primera tiende a diseminar ideas, la segunda, a lograr la adhesión y el reclutamiento de voluntades, y la tercera, a llamar a la acción, operando, respectivamente en el plano de las ideas, de las creencias y de los impulsos.... La idea de que los electores³⁰ son consumidores de candidatos sirve de base a un esfuerzo deliberado por paralizar, y aun destruir, la marcha de la democracia contemporánea. Se necesita meter los dedos en el alma del individuo, penetrar a saqueo en el mundo de sus representaciones, operar sobre el campo de su irracionalidad, para anular a la razón, a fin de impedir que la decisión política sea ejercida por los millones de seres en cuyas manos actualmente se encuentra. El manipuleo de la mente, el hurgamiento en profundidad de la conciencia para anular toda potencia crítica, no es otra cosa que una empresa de depredación humana al servicio de la desigualdad social y económica.... Destruir los mitos, enseñar a los hombres y a los pueblos a no dejarse engañar ni someter, construir el futuro del mundo sirviendo a la libertad y a la justicia, para triunfo y gloria del espíritu y la razón humano, es el sentido último de la actividad política”, y nuestra misión..

“La prensa de Estados Unidos celebraba el triunfo del sistema económico y atribuía a Pinochet el mérito de haber convertido a ese pobre país en la estrella de Latinoamérica; pero los índices no mostraban la distribución de la riqueza; nada se sabía de la pobreza y la inseguridad en que vivían varios millones de personas. No se mencionaban las ollas comunes en las poblaciones, que alimentaban a miles de familia –llegaron a existir más de quinientas sólo en Santiago- ni el hecho de que la caridad privada y de las iglesias intentaba reemplazar la labor social que correspondía al Estado. No existía ningún foro abierto para discutir las acciones del Gobierno o de los empresarios; así se entregaron impunemente a compañías privadas los servicios públicos y a empresas extranjeras los recursos naturales, como los bosques y los mares, que han sido explotados con muy poca conciencia ecológica. Se creó una sociedad inclemente en la cual la ganancia es sagrada; si usted es pobre, es culpa suya y si se queja, seguro es comunista. La libertad consiste en que hay muchas marcas para escoger lo que se puede comprar a crédito... Aún hoy, al cabo de más de una década de democracia, la desigualdad económica es pavorosa, porque el modelo económico no ha cambiado. Los tres presidentes que han sucedido a Pinochet han estado atados de manos, porque la derecha controla la economía, el Congreso y la prensa. Sin embargo, Chile se ha propuesto convertirse en un país desarrollado en el plazo de una década, lo cual es muy posible, siempre que se redistribuya la riqueza en la forma más equilibrada”³¹, y parece encaminado a lograrlo.

Hay que discernir cuando se presentan cuestiones como fachada, suerte de parámetro exterior de un edificio, la apariencia que define un edificio, y que en las ciudades cinematográficas representa sólo una imagen, que lleva a presumir un

²⁹ FAYT, ob. cit. pag. 257.

³⁰ FAYT, ob. cit. pág. 260.

³¹ ALLENDE, Isabel *Mi país inventado*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 2003, pág. 190/2.

interior que no existe. Intentamos demitificar las fachadas adornadas con las que se nos presentan ciertas corsas, para que adhiramos a ellas sin analizar el contenido y los efectos de las mismas. La fachada se advierte en tratar de ampararse en formas o instituciones, cuando la situación es otra. Así Nazareno en *La Voz del Interior* del 7.6.03 acusó al Presidente de la Nación de “socavar las instituciones”. No hay duda que la ciudadanía ha sonreído ante tal afirmación. La institución judicial se encuentra socavada desde adentro, por sus actitudes, por sus propios actos.

Para estos aspectos impone recordar un pensamiento de Otto Friedrich Bollnow, de Tübingia "El hombre no vive en un espacio vacío, y debe imponer lo que quiere hacer realidad en un medio determinado y contra la resistencia de su medio. El poder es en ese sentido la facultad de crear espacio para el propio desarrollo y afirmarlo, y con ello el afán de imponerse a la resistencia del medio. Esto vale ya en el dominio puramente espiritual. Cada estilo artístico nuevo, cada nueva teoría científica no es aceptada de antemano con beneplácito, sino que se presenta al principio como una interferencia molesta con las concepciones tradicionales y debe imponerse trabajosamente a la resistencia de éstas"³².

Por eso debe destacarse el rol del derecho y de la política legislativa para que los medios instrumentales del derecho puedan ser efectivos y no una mera fachada de cobertura de intereses economicistas privados y espúreos. El sistema se ha convertido en una suerte de fachada, para intentar justificar los incumplimientos, abriendo largos juicios.

El coro griego anticipaba a los protagonistas de sus tragedias su triste final sin modificarlo....

No queda otra situación que perseverar en el camino, se trata de una militancia reclamando desde los medios masivos, para transmitir sus ideas, el imperio del derecho, no para hacer justicia a través de los medios masivos sino para colaborar con que los hombres recuperen su eticidad.

III - DERECHO Y ECONOMIA.

La posmodernidad utilizó como método la lógica de la abstracción como proceso y resultado investigativo, como ya se había hecho a principio de la modernidad³³, presentando al derecho desde ese discurso. El derecho puede aparecer como una cuestión de fin en sí mismo, como ahora la economía y sirviéndole el derecho, la exaltación de la individualidad aparece en reemplazo de la socialización de los derechos. Se evita la reflexión epistemológica tratando de esparcir conceptos separados o discontinuos, aislados del contexto, de sus incidencias en lo social.

El derecho no se puede construir en la dogmática de la abstracción, de espaldas al hombre, como erudita ilustración³⁴, sino dentro y no fuera del fenómeno social, como orden del orden social pretendido, y el jurista no puede ser neutral en torno a ello.

1. Desde la ciencia jurídica, generalmente, se realiza el análisis desde una perspectiva normativa pura y exclusivamente jurídica, las más de las veces abordando aspectos normativos restringidos, limitándose a lo formal, contingente

³² BOLLNOW, Otto Friedrich *Antropología filosófica*, Profesor Tübingia, pág. 85 (91) Revista Universitas diciembre 1989, Revista Trimestral Alemana de Letras, Ciencias y Arte.

³³ SOBOUK, Albert *La Francia de Napoleón*, Ed. Crítica de Barcelona, año 1992, p. 13.

³⁴ como critica KOSELLECK, Reinhart en *Historia Magistra Vitae*, Ed. Zukunft, Frankfurt 1979.

o dogmático del Derecho Positivo -derechos del acreedor y límites de su pretensión-, olvidando incorporar al análisis la relación existente entre la norma jurídica y la realidad social (hecho social). A ese mismo hecho social que normará, regulará y encausará en pos de un determinado objetivo teleológico, solo lográble con una adecuada interrelación con el resto de las ciencias sociales. Así, la ciencia jurídica al estudiar el fenómeno económico, o sea su base fáctica, no solo ampliará su sustento epistemológico sino que también le permitirá contribuir a cumplir con el fin axiológico que les da vida, como son el bienestar común, la distribución de la riqueza, etc.³⁵.

Introduciendo en el marco social, o sea la realidad económica de la que debe partirse, afirmamos que la ahora advertida globalización económica corresponde a una globalización financiera y cultural, generada por la velocidad de traslación de noticias y capitales. Globalización financiera conforme a la cual se nos sugiere dejar actuar al mercado, tanto como un retiro de la acción y presencia del Estado, pero sin atender a una mundialización económica desde lo productivo.

Deseamos resaltar una visión integral reconociendo, como lo hace Norbert Reich en *Mercado y Derecho* el doble carácter del derecho que, por un lado, organiza los procesos que discurren conforme a las reglas de una economía de mercado, poniendo a su disposición normas e instituciones (en especial el contrato, la propiedad industrial, etc.) y por otro, se convierte en un instrumento del Estado para ejercer su influencia en dichos procesos y obtener la consecución de determinados objetivos de política social. Así pues, el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblemente: por parte del Estado (social) y por parte de los agentes que actúan en el mercado.

Para ello el segundo rol del derecho, que dispone el Estado para reequilibrar la situación de poder fáctico; considerando a la institución contrato como herramienta de calidad de vida; en la existencia de la idea común en los poderes constituidos de construir condiciones para que la sociedad civil, actúe con eficiencia en búsqueda de la justicia y equidad.

Expresa Reich en la obra citada: “El jurista que piense que hay que poner a disposición de los procesos de mercado instrumentos jurídicos para su organización o mantenimiento, no puede invocar una pretendida neutralidad científica del derecho. Tampoco actúa de forma neutral aquel que pretende transformar el derecho en un instrumento para la consecución de fines de política social. La decisión última no puede ser, sin embargo, premeditada, sino que debe ser consecuencia de una teoría constitucional del Estado social: la teoría constitucional tendrá que aclarar de que modo es dable contemplar la relación entre el Estado y el derecho frente a los procesos de mercado y cuál deba ser aquí la posición del jurista”.

Estamos acostumbrados a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho *ad hoc*. Somos individuos antes que ciudadanos. Decía Borges que las generalidades como el Estado o la sociedad nos parecen entelequias. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida,

³⁵ "El objeto de la Ciencia Jurídica debe ser el estudio del sistema normativo objetivado, interactuando dinámicamente con la realidad social", Cfme. LOPEZ GODARACENA, Oscar A. *Deuda Externa (Análisis Jurídico)*, Ed. Depalma, Bs. As. 1994.

terminanos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías.

2. La ley y el derecho son proyectos de formas de vida capaces de organizar el futuro, y no sólo instrumentos de coacción, control o sanción. Pero no bastan buenas normas que las hay, sino son efectivas. No basta declamar el derecho si el mismo no es aplicado o lo es tardíamente. Es un problema de eficiencia que debe encararse.

Enfrentamos en esta paradoja resolver todas las cuestiones a través del derecho como pauta de paz social, y asistimos a la presencia de grandes zonas sociales de marginación del sistema jurídico: grupos de poder y grupos de marginados, donde imperan otras normas no escritas (p. ej. la “ley del hampa”, que hemos tenido ocasión de conocer en una causa judicial).

La recurrencia a la protesta social, siempre con un lado oscuro, aparece en nuestra sociedad como un medio idóneo para obtener respuestas de gobernantes insensibles, que abusan de la impunidad de la aparente falta de actuación o de la lenta actuación del sistema jurídico.

El mercado aparece como la institución nuclear de nuestro sistema económico y, partiendo de su conformación en el pensamiento económico neoliberal, constata las transformaciones habidas en la estructura económica (concentración e internacionalización), que han llevado a formas asimétricas de mercado en perjuicio de los más débiles. Estas transformaciones motivan la intervención del Estado en el proceso económico, en el proceso de mercado, el cual pierde de este modo su carácter privado para adquirir carácter público.

La relación ciudadano-Estado aparece así debilitada, y sin justificación el sistema jurídico, fundamental en la construcción del orden social a través del cumplimiento de la ley, que debe tener base en el orden social pretendido.

A este mercado se dirigen las normas jurídicas –más que a los ciudadanos-, y se constata la contradicción que afecta al derecho de la economía, el cual debe, por una parte, organizar el desenvolvimiento de los procesos económicos de forma que el mercado desarrolle su función de autorregulación de los mismos y, por la otra, en razón de los postulados del Estado social de derecho, debe intervenir en estos procesos, debe manipularlos. El derecho de la economía tiene carácter instrumental en un doble sentido y frente a esta autonomía –reflejo de los conflictos entre economía y política- no caben³⁶ actitudes neutrales, rescatando su marcado sentido instrumental: orden del orden social pretendido.

La íntima conexión de economía y derecho, si bien imbuida de economicismo y falta de solidaridad la primera y de formalismo el segundo, imponen la asunción de políticas legislativas claras³⁷. La solidaridad no es sino la corresponsabilidad con el prójimo.

Esa conexión debe reconocerse para adoptar políticas legislativas más eficientes, sin perjuicio de una mayor libertad pero con responsabilidad para con terceros, a la par de mayor seguridad jurídica. La alternativa en política legislativa es más normas o un derecho no formal sino vital. Esa actitud legislativa sólo se alcanzará cuando medie una conciencia social sancionatoria moralmente de las

³⁶ REICH, Norbert en *Mercado y Derecho* como lo señalamos en párrafos anteriores.

³⁷ cfme. nto. *La economía del derecho* en *La Ley Actualidad* del 18.4.89, y *Economía y Derecho* en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año académico 1988 p. 525 y ss, y *La economía del derecho, la realidad y la empresa bancaria* en Serie II, Obras número 22 de *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 1990 p. 25 y ss..

actividades económicas desviadas, dejando de considerar como triunfador al que dispone de riqueza cualquiera sea el medio empleado para obtenerla.

Se plantea un primado de la economía sobre la política e incluso sobre el derecho, intentando así la privatización del poder económico público, la separación del poder económico y del poder político, pero manteniendo la influencia del primero sobre el segundo, para que el poder público actúe en seguridad del sector privado con poder económico.

Se intenta inducir al Estado la baja del costo de instalación y el nivel de protección de terceros para seducir a la empresa. Se genera así una cuestión de competencia legislativa que hace a política legislativa: determinar el "mínimo social" de tutela de derechos como regulación institucional del mercado. Estamos frente a un gran desafío para los juristas ante las preguntas del sociólogo francés Alain Tourain "¿ Estamos verdaderamente obligados a elegir entre la riqueza generadora de la injusticia y un deseo de igualdad que nos condenaría a la pobreza ? ¿La libertad y la igualdad se han vuelto absolutamente contradictorias?".

3. Se subraya³⁸ que para asegurar la moral social del sistema económico y político, debe proponerse la solidaridad sin alterar el mercado, pero condicionándolo, particularmente para asegurar la igualdad de oportunidades. Esa es una conducta ética de nuestros gobernantes: asegurar la real igualdad.

El bienestar no se declama ni es providencial, y la economía no satisface si no es solidaria.

Si se plantea un divorcio entre economía y derecho, porque no hacerlo entre la ley o la fuerza de los mercados, o de los grupos económicos?

Por eso el cambio debemos protagonizarlo.

Estos son parte del problema del desarrollo. Problema al que se agrega que la economía y las reglas del mercado, imbuidas de economicismo, afectan también ese doloroso proceso de crecimiento, con falta de solidaridad, con falta de ética. Recuperemos el rol del derecho, de asegurar los repartos, la equidad, de castigar la ilicitud, entendiendo por Derecho el orden que facilita e impulsa el logro de los fines sociales e individuales.

El derecho tiene un rol fundamental frente a los cambios que protagonizamos, no sólo acotar la convivencia, sino colaborar con el desarrollo a través de la llamada "economía del conocimiento", industria que se organiza para la producción y distribución del conocimiento, mediante ideas e información como etapa previa a la producción concreta de bienes, donde el derecho debe facilitar esa acción.

El derecho no es neutro, y para la planificación económica, véase como seguridad jurídica, es necesario que el Estado conozca y difunda la orientación del orden social que pretende, y de las técnicas jurídicas que a tal fin usa. Así el derecho resulta de este modo instrumentalizado doblmente: por el Estado y por los agentes económicos que actúan en el mercado. Y ante ello cabe señalar que el derecho no es neutro sino una técnica en servicio de un orden social determinado.

Para usar la técnica jurídica debe tenerse una clara visión de los objetivos de las mismas como posibilitadoras del orden del orden social apetecido, con una férrea valoración de los principios técnicos para alcanzarlos y un adecuado manejo

³⁸ FRIAS, Pedro J. *El malestar del neoliberalismo* en La Voz del Interior, diario del 29 de enero de 1998, pág. 11 A.

de los remedios jurídicos, las sanciones, asumiendo el derecho como un sistema de vida.

Enfrenta esa visión advertir que cada vez más personas quedan marginadas del sistema jurídico: los poderosos que lo ignoran, los pobres que careciendo de todo bien no tienen acceso a través del sistema jurídico a ningún disfrute, y lo más peligroso, los que voluntariamente se marginan del sistema para violarlo -que en número cada vez mayor son individualizables por la inseguridad reinante (tanto en la seguridad física como en la negocial)-.

IV – LA ECONOMÍA DEL DERECHO.

Un problema central del sistema jurídico es su estabilidad, congruencia y conocimiento social de las leyes, que se vinculan a un costo negocial o de la mediación jurídica.

1. ¿Economía del Derecho?

Cuando un inversionista programa encarar una empresa de riesgo, incluso un préstamo, toma en cuenta no sólo el “riesgo país”, sino el de la seguridad jurídica en ese país, no solo su solvencia económica.

Hernando de Soto³⁹ expresa las inseguridades jurídicas, la impenetrable jungla normativa de decretos provenientes de diversas fuentes que conducen a la ineficacia de la administración y a la carencia de *ethos* burocrático generando la imposibilidad de asegurar la vida económica y llevan a los poderes empresariales serios a sumergirse en la oscuridad de una economía sombría.

Así como en sus orígenes las partes científicas del derecho se habían multiplicado según un criterio temático, de división del sistema normológico en derecho industrial, concursal, del trabajo, civil, etc., las categorías del saber científico se articulan hoy con un criterio metodológico que invierte el esquema, de derecho de a de derecho, como explica Galgano en su Historia del Derecho Mercantil. A las formas clásicas de la filosofía del derecho y de la historia del derecho, se añaden la sociología del derecho, la política del derecho, la cibernética jurídica, la etnología jurídica y, porque no, la economía del derecho.

Quizá deba revertirse la cuestión e iniciar estudios de economía del derecho, que consiste en investigar en la misma actividad, en los hombres de negocios la fuente creadora del derecho. Implicaría generar un derecho que atienda a las conductas, con sentido positivo y potenciando su creatividad, en cuanto solidarias con la República, y desalentándolas en cuanto intenten todo aquello que los principios generales del derecho rechazan: el abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la lesión de los intereses ajenos -aún los difusos-, afecten la moral y las buenas costumbres. De nuevo un derecho simplificante y al mismo tiempo ejemplificador.

El derecho económico esta concebido en una óptica estatalista, la economía del derecho debe tender a un principio desregulatorio, a regresar al mercado, como actitud antiestatalista, no con criterio político sino epistemológico. La norma debe brotar de la comunidad entera, como aceptación de sus propias conductas y de la solidaridad social que de ellas emana, sin perjuicio que ellas sean recogidas por las instituciones legislativas. Esa apreciación permitirá el dictado de normas sencillas, de aceptación social, sin perjuicio de que cuando esos comportamientos sean antisociales el conocimiento de los mismos permita corregir las tendencias.

³⁹ en su libro *El otro sendero*.

Será el punto de conjunción de una política del derecho con una economía del derecho.

El Estado postprivatizador, pequeño pero hábil, debería dictar menos normas, pero más efectivas. Ante la globalización económica y la uniformidad jurídica de las relaciones de cambio, los países en desarrollo deberían ofrecer el mejor derecho elegible en torno a las relaciones de organización, que son los que aseguran establecimiento y no mera especulación. En ese Estado debería organizarse con menos leyes, para que todos los ciudadanos pudieran conocerlas y cumplirlas, y los jueces aplicarlas, y no ser aplicadas en forma corrupta⁴⁰.

La Economía del Derecho, en épocas de crudo economicismo, pasaría por un ahorro de la tarea legislativa: confiar y estimular la ética de los ciudadanos, y legislar contundentemente -o sea imponiendo severas sanciones- cuando las conductas afectan la convivencia o el desarrollo social. La autodisciplina es una virtud que debe devolverse a la sociedad para esa convivencia.

Intentar regular todos los fenómenos, además de esclerotizar la institución naciente, como decía Zavala Rodríguez, llevaría a caer en la advertencia de la imposibilidad de cubrir con normas todas las infinitas formas que brinda la realidad, en la posibilidad de obrar. Y si un legislador tuviera un rasgo de genialidad imposible, de atrapar en fórmulas toda la cambiante riqueza del obrar humano, podría caer en un peor vicio: la prolija oscuridad, al apartarnos de los principios generales.

Hemos sostenido la Economía del Derecho, o sea menos leyes, partiendo de la base -por lo menos del derecho mercantil- que el Estado debe abstenerse de dictar normas salvo cuando sean necesarias para asegurar el orden social o evitar actividades negativas. Se trata, como dice Santini⁴¹, de alterar el Derecho de la Economía por la Economía del Derecho.

Lo que debe existir no es un preciosismo de normas, avanzadas copias mejoradas de las legislaciones más evolucionadas, sino un derecho para nuestros problemas, que otorgue normas claras y pluscuamperfectas, y particularmente técnicas jurídicas disuasorias de las prácticas indebidas, que aseguren los comportamientos requeridos y que impusieron las normas disuasorias.

Esto, aceptado por la mayoría de los juristas, a través de la visión Vivantiana del Derecho Mercantil, se encuentra totalmente desvalorizado por la actitud de las propias empresas. Las grandes empresas que obtienen beneficios del mercado, aprovechan la globalización, sus normas y la falta de eficiencia del sistema judicial para aplastar a las empresas locales o adquirirlas, usan un sistema financiero ilícito, y particularmente por la recepción de normas concursales que alteran la libre competencia y autorizan la proliferación de administradores ineficientes que trasladan su ineptitud como buenos hombres de negocios o su dolo a los acreedores.

⁴⁰ En los albores del Siglo XXI recordemos que, hace dos milenios, al emperador romano Calígula se le ocurrió una novedosa forma de incrementar la recaudación, por la vía de imponer multas a los que violaran ciertos decretos fiscales que había promulgado en secreto. En ese momento se le exigió, por parte de los juristas, que esas leyes fueran publicitadas. Calígula los satisfizo: dispuso grabar las leyes en planchas de bronce y colocarlas al frente de un edificio para que toda la población las conociera, en forma similar a como se procedió para publicitar las famosas leyes de las XII Tablas, salvo en un aspecto ... las hizo colocar bien altas en el edificio escritas por un miniaturista, de tal modo que nadie pudiera leerlas, y en ese tiempo no se disponía de prismáticos.

⁴¹ SANTINI, Gerardo *I servizi. Nuovo saggio di economia del diritto*, Editorial il Mulino, introducción p. 9/11.

El sistema jurídico debe generar previsibilidad. No se esperen inversiones extranjeras de las que se solicitan, pues ellas vienen si obtienen beneficios extraordinarios. Hágase un país previsible, estable, y las inversiones vendrán en serio, no para obtener grandes utilidades e irse.

2. Eficiencia del sistema jurídico.

Administrar justicia es un tema de la vigencia y eficacia del sistema jurídico, al decir de Alf Ross. Es el derecho a reaccionar frente a la agresión, requiriendo la intervención del Estado.

Esas acciones y recursos no son un derecho a peticionar, son el ejercicio concreto de reacción contra el poder, contra el incumplimiento, contra quién daña, y los mismos son reglados. Lo no reglado sería la sedición o la justicia con mano propia. Hoy podemos advertir como grupos sociales se marginan del sistema jurídico, unos por su poder, otros por su total falta de acceso a ese sistema y a sus bienes, y otros voluntariamente para delinquir contra los que están dentro del sistema⁴². Los que se mantienen dentro del sistema y ven afectados sus derechos, particularmente cuando son dañados intentan revertir esa situación accionando a través de un sistema que les asegure la reparación, pero que sienten lento y muchas veces ineficaz: la sentencia largamente esperada no puede ejecutarse por falta de bienes o por el concurso del condenado.

El Siglo culminó con una preminencia de la lex mercatoria, o sea en las conductas internacionales generadas por reglas uniformes y por los contratos autónomos propuestos por los grandes grupos económicos, donde el derecho de cada país se subalterniza, incluso en la aplicación de las normas procesales.

También con la bancarización, o sea la concentración de todas las transacciones de dinero a través de los Bancos, con sistemas automáticos para disminuir gastos -eliminando puestos de trabajo-, con utilización de toda la tecnología que ya se encuentra insinuada: tarjetas de pago y de crédito, dinero plástico electrónico, banca electrónica.

2.1. La "eficiencia jurídica" la acercamos no sólo a la seguridad jurídica o sea a la efectivización del derecho sustantivo a través del acceso a la jurisdicción, sino también a la velocidad de ese restablecimiento que implica que el daño sea reparado en el menor tiempo posible.

Es de práctica en el comercio internacional que las partes inserten cláusulas especiales para determinar, conforme la autonomía de su voluntad, cual será el derecho aplicable para regir su relación, en particular los conflictos, eligiendo el más adecuado a sus fines, e inclusive determinando el juez competente.

⁴² Cfme. nto. *Posibilidad y conveniencia de la reforma del derecho privado. Aspectos metodológicos*: "La constatación de la realidad impone pensar que parte de la sociedad es la que se somete a los sistemas jurídicos. Día a día parece advertirse que dos franjas bastante importantes de la población no aceptan ese sometimiento. Por una parte una vinculada al gobierno y a los grandes grupos económicos, lo que se revela a través de leyes de consolidación, donde el Estado declara su cesación de pagos y no hace ningún esfuerzo propio para solucionar la cuestión, sino que la transmite a la población sometida, mientras se dictan normas a repetición destinadas a solucionar los incumplimientos de aquellos grupos económicos. Y por otro lado la franja marginada de población, que no tienen ingreso ni siquiera a los derechos constitucionales básicos, y los que también voluntariamente se marginan y desconocen el sistema jurídico, no tienen domicilio para ser citados, no tienen patrimonio para ser responsabilizados". En libro colectivo "Unificación Civil y Comercial: lo posible y lo conveniente", Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba nov. 1996, correspondiente al XI Encuentro de las academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba, Córdoba, 12 y 13 de octubre de 1995, pág. 61 a 111.

Esa forma de inmunizar los contratos suele incluir cláusulas de autoejecución, generándose una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional. Se recurre en muchos casos a la "garantía a primer demanda". Se trata de evitar que deba ocurrir ante la justicia pública para lograr allí la coerción de la prestación incumplida.

Creatividad, complejidad, escape al marco normativo, internacionalización, autoejecución de los contratos, son algunas de las pautas que guían la conducta de los agentes económicos, generando un nuevo microclima, que incluso impulsa la política. Se genera una nueva *lex mercatoria* en beneficio de los grandes grupos económicos, lo que es natural, lo que no resulta natural es que el Estado no asuma una tendencia similar de protección para los otros grupos, incluso para la pequeña y mediana empresa frente a la globalización económica y financiera.

3. Costos de la mediación y seguridad jurídica.

Seguridad jurídica implica también costos, o sea que la Argentina tiene un costo de seguridad jurídica, además del de su alto costo de mediación jurídica, por exceso de burocracia y corrupción.

El sistema jurídico se ordena formalmente y de manera que pueda preverse su incidencia (previsibilidad y predictibilidad como arte del jurista). La aplicación del derecho tiene lugar en la forma de programas condicionales, esto es, determinadas actuaciones de tipo económico o similares, anunciadas a modo de oraciones condicionales, desatan las correspondientes consecuencias jurídicas. En general, el contenido de estas actuaciones no aparece determinado ni por el Estado ni por el derecho. A ello responde precisamente el concepto de Estado de derecho.

Se expresa⁴³ “La necesidad de una reforma judicial también es requerida desde el exterior, por los organismos multilaterales de crédito, aun con una finalidad particular: conferir “seguridad jurídica” a los inversores extranjeros. Las agudas crisis políticas y económicas de nuestro país, expuesto a la globalización, las desavenencias familiares y sociales surgidas de la pérdida de los valores morales tradicionales en la postmodernidad, y el consecuente aumento de la criminalidad (y del incumplimiento, agregamos) han multiplicado el número de los conflictos.... frente a tales desafíos el sistema se presenta, en primer lugar: lento e ineficiente ... prevén pasos muy complejos, lentos y/o costosos, lo que dificulta el acceso a la justicia de personas sin recursos o de causas de menor cuantía” Son los costos de la llamada mediación jurídica. “... han ido creando, además, un clima de desconfianza social hacia el sistema judicial que hace más urgente su reforma.... con medidas tendientes a lograr una mayor inmediación y celeridad... Estas soluciones parten de aplicar la teoría de las organizaciones al poder judicial y proponen formar una nueva cultura de participación e innovación para la gestión racional y eficiente basada en el consenso entre jueces, empleados y abogados y con un claro objetivo de eficiencia y modernización”.

El funcionario público debe comprender desde su primer día en la oficina que cualquier amago de iniciativa será el fin de su carrera, porque no está allí para hacer mérito, sino para alcanzar dignamente su nivel de incompetencia. El propósito de mover papeles con sellos y timbres de un lado a otro no es resolver problemas, sino atascar soluciones. Si los problemas se resolvieran, la burocracia perdería poder y mucha gente honesta se quedaría sin empleo; en cambio, si empeoran, el Estado aumenta el presupuesto, contrata más gente y así disminuye

⁴³ FAVIER DUBOIS, Eduardo h. en “La página del Director” *LA REFORMA JUDICIAL*, tomo XV pág. 409 revista Doctrina Societaria y Concursal.

el índice de cesantía y todos quedamos contestos. El funcionario abusa de su pizca de poder, partiendo de la base de que el público es su enemigo, sentimiento que es plenamente correspondido. Fue una sorpresa comprobar que en Estados Unidos basta tener una licencia de conducir para moverse por el país y la mayoría de los trámites se hacen por correo. En Chile el empleado de turno le exigirá al solicitante prueba de que nació, no está preso, pagó sus impuestos, se registró para votar y sigue vivo, porque aunque patalee para probar que no se ha muerto, igual debe presentar un “certificado de supervivencia”. Como será el problema, que el gobierno ha creado una oficina para combatir la burocracia. Ahora los ciudadanos pueden reclamar por el mal trato y acusar a los funcionarios ineptos... en papel sellado con tres copias⁴⁴.

En nuestro país el costo de instalación por cumplimiento de requisitos y el tiempo de lograrlo actúa como disuasorio de inversiones y se constituye en un complemento de la inseguridad jurídica.

V - POLÍTICA Y ECONOMÍA.

Se impone, para asegurar la solidaridad, para hacerla posible, exigir a los que conducen las instituciones políticas que se atengan a los valores éticos que no pueden entrar en conflicto en el momento de adoptar decisiones políticas o ejecución de actos de gobierno.

Quiénes reflexionan sobre política e instituciones no pueden permanecer indiferentes ante el creciente malestar alrededor del neoliberalismo. Los descontentos son muchos por la falta o precarización del trabajo, aunque la flexibilización laboral sea una de las indicaciones de los economistas. Es que cuando caen las ilusiones quedan en pie los deberes, y estos deberes son ni más ni menos los de crecimiento con justicia⁴⁵. Justicia en este caso está vinculada a una idea ética de solidaridad, no de aplicación coactiva de la ley.

Debe recordarse que no hay desacuerdo cuando Juan Pablo II pide la globalización de la solidaridad.

La interrelación de la economía y la política en el sistema capitalista⁴⁶ permite apuntar que: “El capitalismo moderno es la expresión concentrada del capitalismo comercial, industrial y financiero como estudio de tránsito del capitalismo de los fisiócratas del siglo XVIII al monopolismo y capitalismo industrial del siglo XX. La crisis mundial de nuestros días⁴⁷ es el resultado final de una evolución política y espiritual, cuyos comienzos se remontan al Renacimiento, pero que sólo ha ido perfilándose con toda nitidez en el transcurso de los tres últimos siglos, hasta llevarnos al punto en que hoy nos encontramos.

La democracia política y la democracia social se basan en que⁴⁸: “La democracia liberal se fundó en una doctrina del Estado intrínsecamente negativa; una teoría del poder basada en la división, separación y equilibrio funcional... la justificación del Estado provenía de la teoría voluntarista y el consentimiento del pueblo era su sustentación y principio de legitimidad. La misión del Estado era la protección de la propiedad, como cima de un régimen de libertad, y todo lo demás

⁴⁴ ALLENDE, ob. cit. pág. 115.

⁴⁵ Las ideas corresponden a FRIAS, Pedro J. *El malestar del neoliberalismo* en La Voz del Interior, diario del 29 de enero de 1998, pág. 11 A.

⁴⁶ FAYT, ob. cit. pág. 98.

⁴⁷ Citando a ROPKE, William *La crisis social de nuestro tiempo* 2ª ed. Revista de Occidente, trad. De Valentín Andrés Álvarez, Madrid 1956 p. 47.

⁴⁸ FAYT, ob. cit. pág. 101.

su complemento natural.... El orden económico⁴⁹ quedó fuera del Estado, como órgano neutral de la comunidad, pero las fuerzas económicas se insertaron dentro del Estado, y por medios visibles e invisibles, lo hicieron el instrumento al servicio de sus intereses. Esto se hizo ostensible en las relaciones entre patronos y obreros, entre capital y trabajo”

Sobre la naturaleza de las relaciones entre política y economía⁵⁰: “Condicionada y condicionante de la economía, la política tiene un mismo grado de revalencia en el substantivo desarrollo de las condiciones sociales”.... “entre política y economía hay una interrelación funcional. El poder estatal cristaliza y protege una determinada forma de propiedad que, en el Estado occidental, ha sido el de la apropiación privada de los bienes. La política se orienta a conservar o modificar este sistema de apropiación, haciendo del poder estatal el vértice de la tensión social.... El poder político condiciona la economía por tres medios visibles: a) mediante la fijación de nuevas formas de propiedad; b) imponiéndole restricciones en ejercicio del poder de policía; y c) planificando el proceso económico. El hecho irreversible de la democracia política y el sufragio universal, el advenimiento gradual del proletariado al poder político y la tendencia del constitucionalismo social, muestra a la sociedad contemporánea enrolada en el anticapitalismo siendo rasgo distinto de nuestro tiempo el control cualitativo y cuantitativo de las relaciones económicas por el poder político. La organización de la economía ha venido a depender del poder político, y éste, de la masa del pueblo”, pero hoy el Estado ha sido conquistado por los grupos económicos a través de la sumisión de los políticos gobernantes.

Así los grupos sociales económicos de especulación y resistencia⁵¹ pues: “Lo que orienta toda acción económica es la obtención de utilidades mediante el ejercicio del poder de disposición, llamándose “explotaciones económicas” a una actividad económica permanente y organizada... El sistema capitalista actualmente imperante en Occidente como economía de mercado se caracteriza por el fin de lucro, la concurrencia y la concentración. Los grupos sociales económicos de especulación se forman con fines de lucro, mediante el aporte de capital, y están integrados, salvo las sociedades anónimas, por un número limitado de sujetos... Su gravitación como fuerzas que despliegan poder económico deriva de las formas de apropiación y uso de los medios de producción y su acción en uniones mayores expresa la concentración del capitalismo comercial, industrial y financiero en las formas monopolistas del siglo XX...”.

Es una antinomia equivocada. El desarrollo de una actividad productiva depende del pleno empleo y salarios dignos para efectivizar el consumo. De no son políticas económicas paleo capitalistas, que liquidan el sistema. Es el dualismo entre economía monetaria –más aún, meramente financiera, que es la que hemos y estamos padeciendo- y la economía productiva. Recuerden que Juan Basutista Alberdi en “Las Bases” formulaba un “Aviso importante a los hombres de Estados Sudamericanos: las escuelas primarias, los liceos, las universidades son por sí solas, pobrísimos medios de adelanto sin las Grandes Empresas de PRODUCCION, hijas de las grandes porciones de hombres”. Magnificamos lo de “produccion” como central.

A esto debemos apuntar.

⁴⁹ FAYT, ob. cit. pág. 103.

⁵⁰ FAYT, ob. cit. pág. 105.

⁵¹ FAYT, ob. cit. pág. 116, acción particularmente remarcada por Pedro J. Frías.

1. El desinterés en la política es un fenómeno del mundo occidental, según parece. “Los jóvenes no tienen interés en fosilizados esquemas políticos que se arrastran desde el siglo XIX; están preocupados de pasarlo bien y prolongan la adolescencia lo más posible, digamos hasta los cuarenta o cincuenta años. No seamos injustos, también hay un porcentaje militante de la ecología, la ciencia y la tecnología; incluso se sabe de algunos que hacen labor social a través de iglesias.- Los temas que han reemplazado a la política en la masa chilena son el dinero, que siempre falta, y el fútbol que sirve de consuelo”⁵².

La política económica de los chicanos, como llamaban a los economistas discípulos de Milton Friedman, había sido impuesta por la fuerza, porque de otro modo habría sido imposible hacerlo. Los empresarios gozaban de enormes privilegios, mientras los trabajadores habían perdido la mayoría de sus derechos⁵³.

Mientras tanto se olvidaba a la Economía como ciencia de la generación y distribución de la riqueza, y por tanto como facilitadora de las técnicas para ayudar a generar el orden social pretendido, que no podría ser otro que el que ya avisaba ecuménicamente el Concilio Vaticano.

La realidad que cuentan los escritores de novelas y los poetas, aparece también en los periódicos:

Miremos el tema de la victimología en la comunicación periodística: lo mataron porque se resistió, un justiciero mató a quienes intentaban asaltarlo (a los que asaltan se les protege la identidad visual, pero en cambio al justiciero se lo expone mostrando su casa, su familia).

La seguridad pasa en primer lugar por la seguridad jurídica, para las inversiones, para el desarrollo de los negocios, para el desarrollo de la vida. Otra forma de seguridad es la física. Que es la que hoy todos creen afectada seriamente.

Siempre hubo violencia, pero en un pueblo sin ética, que acepta la corrupción, que no actúa solidariamente, la cuestión se agrava. Sálvese cada uno, pongan rejas, vivan en barrios cerrados, contraten custodios.... todo será insuficiente.

Primero hay que generar una clara condena ética, una educación a los menores no sólo de sus derechos sino de sus obligaciones, ponderar entre los derechos de estos y de posibles muertos por ellos si usan armas. Debe apuntarse a la responsabilidad del Estado y de los padres.

La falta de confianza en la policía, su corrupción, es un efecto devastador... No existe un sistema sustituto. Pero la seguridad la crea el Estado, la ciudadanía, desde cada cuadra, desde cada barrio, con la Policía en una colaboración estrecha.

Tendemos a solucionar los problemas del país en mesas de café pero no nos preocupamos por lo que pasa en nuestra cuadra... No existe una visión política y muchas veces tampoco de la política legislativa y de las técnicas jurídicas.

2. Política, economía y postergación social.

En la postergación del ciudadano, en la generación de la grave crisis producida por la terrible sectorización social, cabe advertir que el problema viene de lejos y fue oportunamente advertido. Así es adecuado recordar algunos puntos del Concilio Vaticano II Constitución Gaudium et spes sobre la Iglesia en el mundo actual⁵⁴:

⁵² ALLENDE, ob. cit. pág. 160.

⁵³ ALLENDE, ob. cit. pág. 204.

⁵⁴ Edición Madrid 1968.

“63 “Algunos aspectos de la economía contemporánea. Cuando una vida económica ordenada podría permitir hoy la reducción de las desigualdades sociales, presenciamos, por el contrario, a veces, un aumento de éstas. Mientras algunos hombres y algunos pueblos viven en la opulencia, otros permanecen en situación indigna de persona humana.- Semejantes desequilibrios se advierten también entre las diversas categorías sociales y entre las diversas regiones de un mismo país. Es necesario, por ello, una reforma de las estructuras y un cambio de la mentalidad y de los hábitos de vida.”

“64. El desarrollo económico, al servicio del hombre. Fin del desarrollo económico no es el sólo beneficio, sino el servicio del hombre en su integridad material, intelectual y religiosa. Por tanto, la actividad económica debe realizarse según sus leyes propias, pero en el ámbito del orden moral y de los planes de Dios.”

“65. El desarrollo económico, bajo el control del hombre. El desarrollo económico no debe ser abandonado al arbitrio de unos cuantos hombres o de algunos grupos, ni de la sola comunidad política, ni de algunas nacionales poderosas, sino que debe permanecer bajo el control del hombre. Es necesario coordinar las iniciativas espontáneas de los particulares y la acción del Estado. Por ello, deben reprobarse tanto las doctrinas que en nombre de una falsa libertad se oponen a las reformas necesarias como aquellas que sacrifican los bienes fundamentales de la persona humana en aras de la organización colectiva. Recuérdese, además, el deber de todos los ciudadanos de contribuir al progreso de la propia comunidad”. ES PRÁCTICAMENTE EL JUSTIFICATIVO DEL ROL DEL DERECHO, MODIFICANDO LAS TENDENCIAS DE UNA COMUNIDAD NO SOLIDARIA.

“66. Deben desaparecer las enormes desigualdades económico-sociales. Es necesario aplicar el máximo esfuerzo para que desaparezcan las enormes disparidades económico sociales...” ¿Qué pasó? Oídos sordos al clamor de la Iglesia.

“85. La cooperación internacional en el plano económico. Casi todos los pueblos han alcanzado la independencia política, pero no la económica. Es necesario por ello la ayuda de técnicos extranjeros que vayan a dichos países, no ya como dominadores, sino como cooperadores. Para establecer un orden económico universal hay que renunciar a las ambiciones nacionalistas, a los celos del dominio político, a los cáuculos de orden militar y al prurito de imponer las propias ideológicas.”

“86. Algunas normas oportunas:

- a. Las naciones en vía de desarrollo promuevan la plena expansión humana de los ciudadanos. Y sobre su trabajo, sobre su inteligencia, sobre sus tradiciones, más que sobre las ayudas externas, deberá ser contruido su propio progreso.**
- b. Es deber gravísimo de las naciones desarrolladas ayudar en este campo a todos los pueblos. En el comercio con las naciones menos afortunadas, respeten plenamente el bien común de estas últimas.**
- c. Toca a la comunidad internacional regular estas relaciones. Hay que ir a la fundación de instituciones capaces de promover y controlar el comercio internacional.**

- d. En muchos casos es urgente una transformación de estructuras, la cual, sin embargo, deberá realizarse con cautela, teniendo en cuenta el patrimonio espiritual de cada pueblo.”

Se expresó sobre dicha Constitución⁵⁵ “hay en muchas personas una preocupación casi obsesiva por los problemas materiales, que se traduce, en el orden productivo, en el afán por la eficiencia práctica, a veces con pugna con la conciencia moral... muchos hombres parecen guiarse por la economía en forma tal, “que casi toda su vida personal y social está teñida de cierto espíritu economista, “el desarrollo implica, al mismo tiempo que la estrategia económica, la reforma social”⁵⁶, “finalidad fundamental del desarrollo no está en el aumento del bienestar material ni en puros objetivos técnicos o lucrativos, como el mero incremento de los productos o los mayores beneficios. Ni está tampoco al servicio del poder, para su empleo como instrumento de triunfalismo político. Su ley fundamental es el servicio del hombre,... como señalaba la Encíclica “Mater et magistra” la persona humana es el fundamento, el sujeto y el fin de la economía”. El desarrollo debe ser integral. Es el fundamento ético de la política y del derecho.

“La evidencia histórica no puede ser más opuesta. La regla del libre cambio ha resultado inválida para promover un desarrollo armónico y equilibrado, pues son muy desiguales en potencia económica los participantes en el mercado. El libre cambio sólo puede ser equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social. De aquí el escandaloso contraste entre el curso histórico de la realidad económica y los principios sustentados como filosofía básica del comercio internacional. LA OMC es el nuevo ejército de invasión si no asegura la igualdad en el trata y permite que ciertos países poderosos generen salvaguardas, limitaciones fiscales o parafiscales en defensa de sus productos y de sus hombres.⁵⁷

VI – LA MUNDIALIZACION.

1. ¿Quién fija las políticas y sugiere las normas?

Se trata de revisar algún concepto paleocapitalista como que “Las leyes del comercio son las leyes de la naturaleza, las leyes que Dios ha impuesto a la sociedad humana, por tanto toda regulación era un atentado contra Dios y la naturaleza. La confusión entre libertad y patrimonio hizo que el menor avance de adecuación de la propiedad a fines verdaderamente humanos fuera condenado como un asalto contra la libertad y esto garantizaba a la propiedad mobiliaria e inmobiliaria una situación de predominio social ya que el Estado era el instrumento del mantenimiento de su preeminencia y prerrogativa excepcional⁵⁸”.

Claro que ello ha sido reafirmado indirectamente con criterios limitativos de la tradicional soberanía, con los que se reemplaza ese criterio modernamente. El orden económico internacional intenta restar soberanía a los Estados, acotar sus legislaciones, en ejemplos tales como los de la O.M.C. y la O.M.P.I.. Ello sería adecuado en cuanto se asegurara principios de igualdad y resarcimiento de daños por políticas de poder, en la incorporación ética de las relaciones internacionales,

⁵⁵ CAPELO MARTINEZ, Manuel *El desarrollo económico* p. 477 Concilio Vaticano II Constitución Gaudium et spes sobre la Iglesia en el mundo actual. Madrid 1968, pág. 488/9.

⁵⁶ CAPELO MARTINEZ, ob. cit. pág. 491.

⁵⁷ CAPELO MARTINEZ, ob. cit. págs. 506/7.

⁵⁸ FAYT, ob. cit. pág. 102.

lo que parece bastante alejado de la realidad real, aunque se invoque como fachada operativa.

Es una constante los grupos de interés y su presencia como fuerzas de conservación y transformación en el panorama de la crisis contemporánea⁵⁹. “El centro magnético de todas las fuerzas sociales es el poder, foco que revierte las acciones en normas e instituciones” (y supedita el rol del derecho y la técnica de las normas para cumplir cierta política legislativa). “La visión de la crisis actual hace que busquemos en lo humano la solución de los problemas humanos, dejando de dirigir nuestra mirada hacia arriba o hacia abajo en estéril invocación de lo suprahumano o de lo infrahumano. Los millones de seres que como sombras trajinan haciendo obsesivo el ritmo de la ciudad contemporánea son hombres como nosotros, iguales a nosotros. Viven en los suburbios, desarraigados, sin propiedad, sin seguridad material alguna. No se puede mantener el orden entre los hombres en medio del desorden en los bienes. Esto hace imperativo poner en orden los bienes de la sociedad, haciendo que la política y la economía actúen en función de la vida social.- La política al desnudo, tal cual la engendran los intereses y los ideales, las tensiones sociales y las presiones económicas, nos permite apreciar que el Estado liberal, hoy definitivamente agotado en cuanto al gobierno de la clase media políticamente organizada, ocultó detrás de sus ideales de equilibrio, el predominio concreto de la economía, comprendiendo la vida social y política en función de la economía”, pero no de la economía productiva sino de la financiera (eufemísticamente disimulada como política monetaria).... Cuando se disuelve la estructura liberal, las fuerzas económicas se organizan para la defensa de sus intereses operando sobre quienes tienen a su cargo la sanción y aplicación de las leyes. Ellas sabían que el Estado constitucional era un aparato de legalidad formal (APARIENCIA O FACHADA DE LEGALIDAD), orientado a la seguridad jurídica, antes que al contenido esencial de la justicia Y CONOCÍAN POR EXPERIENCIA QUE LOS GRUPOS QUE CONTROLAN LA SANCIÓN DE LAS LEYES CONSTITUYEN EL PODER DE HECHO, EL PODER EFECTIVO Y REAL. Numéricamente en minoría, la democracia política y el sufragio universal los condenaba a perder sin remedio sus privilegios económicos (AHORA LOS PROTEGE EL F.M.I.).

Sus pretensiones como grupos de interés no poseían el suficiente contenido social como para influir por propia gravitación en las decisiones políticas. Y entonces se organizan las fuerzas económicas en grupos de presión, actuando activamente y por todos los medios a su alcance, explotando la debilidad de la estructura representativa, la debilidad de los hombres que llegaban a las asambleas legislativas y a las funciones ejecutivas y administrativas, para mantener la clausura social, la desigualdad económica y sus privilegios, mediante un sistema de coacción cuyos resortes eran sostenidos exclusivamente por el poder económico que parecía reducido a desaparecer por imperio de la democracia política. Concentraron sus esfuerzos para influir en las decisiones políticas, en la sanción de leyes, sabiendo que quienes mandan a los que mandan, son los titulares de la soberanía efectiva. La economía, de dominadora visible, en el riesgo de ser dominada, merced a nuevos grupos de presión, procura mantenerse en el rango de dominadora invisible. Es el neoliberalismo.

La reciente conferencia de Cancún de la O.M.C. (septiembre 2003) es parte de los ritos y rutinas celebratorios que cada dos años reúne a los ministros de comercio de los países pertenecientes a la organización, para tomar –

⁵⁹ FAYT, ob. cit. pág. 139.

presuntamente- decisiones realmente a propósito del movimiento mundial del tráfico de productos. De hecho, las decisiones realmente importantes, vinculadas a las patentes medicinales, los servicios privatizados o al tema del acceso de los productos agrícolas, no se toman allí sino que son el fruto de negociaciones que se han desarrollado o se están desarrollando lejos de la atención de los manifestantes de la antiglobalización; “la liturgia que reúne a globalizadores y globalizados en el foro de la O.M.C. no tiene más objeto que refrendar escénicamente la relación asimétrica que se establece entre ambos términos de esa ecuación. El primero propone y el segundo protesta sin éxito o acepta, con algunas reservas, los postulados teóricos de la desregulación del intercambio”⁶⁰.

Lo que sucede no es el resultado del libre flujo de la corriente del mercado sino el “fruto de una articulación muy compleja que integra la manipulación interesada de las palancas del poder, la saturación informativa y, cuando ha hecho falta, la desestabilización, la agresión o el derrocamiento de las instancias que podían suponer un obstáculo a la expansión de las políticas del sistema. ... hacer *tabula rasa* con todas las oposiciones e imponer un cambio de rumbo y un endeudamiento externo que virtualmente han funcionado como el grillete con una bala de cañón en la punta, que traba y hace cada vez más pesados los movimientos del país”⁶¹.

Dentro de ese panorama se advierte una extraordinaria transferencia de recursos por vía de balanzas comerciales deficitarias, pero más acentuado aún por los desequilibrios de la balanza de pagos. Ello a través de la satisfacción de servicios de intereses de la deuda externa pública y privada, por los “royalties” de aquellas modalidades de comercialización que se pagan por el uso de técnicas o marcas que no incorporara riqueza alguna a los productos, por el pago de servicios entre compañías coaligadas y de dividendos a los accionistas extranjeros.

Esto fue incentivado a través de las privatizaciones.

Únicamente gobiernos fuertes, que asuman los roles fundamentales en torno a los fines y funciones del Estado podrá paliar ese estado de cosas. Se habla ya⁶² de superar el derrumbe de su modelo tradicional -de América Latina- de intervención estatal, de su capacidad de adaptarse a transformaciones globales de la economía mundial y también, y quizá sobre todo, transformar la apertura e incluso la modernización económica en desarrollo social...atendiendo a que si los neo populismos fracasaron, el neo liberalismo también conduce a graves peligros cuando se reduce a un pilotaje desde el exterior que acarrea una acentuada dualización social y la ingobernabilidad..., por lo que se hace necesario fortalecer los actores y responsables de decisiones políticas y, ante todo, el Estado, debiendo ser el objetivo principal de las acciones el fortalecimiento de la capacidad de decisión del Estado, por lo que América Latina necesita encarar en desarrollo

⁶⁰ LACOLLA, Enrique *La economía como política predatoria* Editorial en La Voz del Interior del 14 de septiembre de 2003, página A 12.

⁶¹ LACOLLA, Enrique *El modelo: La receta de siempre* Editorial en La Voz del Interior 11 de marzo de 2001 pág. 1 F y ss. Esto implica, para decirlo claramente un sofisma, una triquiñuela polémica que consiste en atribuir al adversario proposiciones que no ha formulado. Las alternativas no son Estado o mercado, ineficacia contra eficacia, producir para adentro o producir para afuera, ni libertad versus regulación, sino una sabia dosificación de estos instrumentos con una clara perspectiva de que la economía esta para servir al hombre y no los hombres para servirla Sin embargo, en el ir y venir de las tendencias económicas y de las corrientes políticas que las expresan y hoy predominan ha estado presente siempre la coerción o la fuerza cruda y nuda como expediente final para inclinar el platillo de la balanza.

⁶² TOURAINE, Alan *Seis hipótesis sobre América Latina* en Revista de Derecho del Mercosur- Revista de Direito do Mercosul, Ed. La Ley, tomo 1º mayo 1997 pág. 41 y ss..

endógeno, lo que supone la capacitación de actores sociales autónomos y la capacidad del sistema político de administrar sus conflictos, o sea creando o reconstruyendo los núcleos endógenos de desarrollo. Se trata ni más ni menos que reforzar al político y al empresario nacional, para que pueda adoptar decisiones internas enfrentando las instrucciones exógenas contrarias al desarrollo social, y expandirse hacia el exterior como respuesta a la globalización.

A veces nos parece que nuestro Poder Legislativo no existe o es un diligente servidor de las instrucciones de otro poder, institucional o no.

2. Orden social y mundialización financiera.

El derecho comercial, con su internacionalización, cada vez tiene más contacto con la aplicación financiera que con la económica, lo accesorio y auxiliar ahoga a lo que le da razón de ser.

“Los hombres -son palabras de Santo Tomás en su “Suma Teológica, 2-2,109- no podrían vivir juntos si no tuvieran confianza recíproca, es decir, si no manifestasen la verdad. La virtud de la veracidad da justamente al prójimo lo que es debido; observar un justo medio ente lo que debe ser expresado y el secreto que debe ser guardado, implica la honradez y la discreción. En justicia un hombre debe honestamente a otro la manifestación de la verdad”, y creemos que se nos escamotea la verdad.

Justamente, ¿cuales son las reglas de esa economía global ? ¿La de fomentar la economía productiva en los países periféricos, para su propio mercado y la exportación? No es advertible...

¿Que los capitales golondrina huyen ante el más mínimo riesgo ? ó peor aún, que emigran inmediatamente que el Departamento del Tesoro de Estados Unidos aumenta en un punto los intereses, ó que se alejan del país emergente en el mismo momento que no pueden obtener una tasa retributiva importante, o sea cuando ese pueblo emergente no puede pagar más impuestos para satisfacer el deficit fiscal generado por el pago de la deuda externa ?

“El tan denostado Estado nación, sin embargo⁶³, sea en su forma originaria o, preferiblemente expandido a agrupaciones regionales reunidas por una cierta complementariedad de intereses, podría representar un relativo dique de contención a los flujos transnacionales de capital que van y vienen arransando todo a su paso. Para ello, sin embargo, sería necesario una reversión del modelo económico vigente. Cosa que, obviamente, no podría ser ejecutada por quienes han sido siempre sus agentes”.... saliendo de su fórmula mágica: el mercado abierto a la competencia más irrestricta.

Entre los cambios notables producidos en el sistema económico y los valores que implantó la dictadura, se puso de moda la ostentación: si usted no es rico, debe endeudarse para parecerlo, aunque ande con agujeros en los calcetines. El consumismo es la ideología de hoy en Chile, como en la mayor parte del mundo. La política económica, los negociados y la corrupción, que alcanzó niveles nunca vistos en el país, crearon una nueva casta de millonarios⁶⁴.

¿Marchamos hacia un nuevo orden mundial? Se afirma⁶⁵: “Con la victoria de ... Clinton... 1992... se puso en marcha una nueva política sobre la base de considerar “el pueblo primero”, recrear el sueño americano, restaurar los desos de la clase media y asegurar un futuro para los niños de la nación... reinscripción de la

⁶³ FAYT, ob. cit.

⁶⁴ ALLENDE, ob. cit. pág. 189.

⁶⁵ FAYT, ob. cit. pág. 265.

justicia social...Y esto sólo podía lograrse fortaleciendo el sistema de cuidado de la salud, desarrollando un sistema educativo que permitiera, en igualdad de oportunidades, acceder a los conocimientos a todos, en grado de excelencia de acuerdo a los avances científicos y tecnológicos, apoyar el crecimiento de la economía y crear nuevos puestos de trabajo..... El 2 de julio de 1997 Tailandia devaluó su moneda y el proceso recesivo se extendió por Asia con la fuga de los capitales de inversión y la crisis de la economía de Japón. La turbulencia de los mercados bursátiles mundiales afectó el sistema financiero de los Estados Unidos.... La crisis se extendió a América Latina y a los países del Este de Europa, es decir, a la mitad del planeta. Los fondos de pensiones, los bancos de inversión y los bancos comerciales eluden las turbulencias de los mercados por las inmensas pérdidas que les produce la disminución de los beneficios En definitiva, la economía mundial entraría en un cono de sombras... Alan Greenspan, presidente de la Reserva Federal de los Estados Unidos reconoció ante el Congreso que “debido a las impresionantes instalaciones de comunicación disponibles en todo el mundo, las negociaciones pueden ser iniciadas casi desde cualquier lugar... cualquier regulación directa estadounidense que restrinja su flexibilidad, indudablemente inducirá a los fondos más agresivos a emigrar fuera de nuestra jurisdicción”, lo que significa que nada ni nadie puede controlar la economía mundial, lo que es un error, pues sí podrían hacerlo los organismos internacionales si hubiera una firme decisión de todos los países en el mismo sentido, privilegiando a los en desarrollo. La globalización convirtió en anárquica a la hegemonía del capitalismo agresivo de corto plazo, cuya movilidad proporcionó enormes beneficios en tanto debilitó a las naciones, destruyó los nexos de solidaridad y cohesión social y arrancó de cuajo los valores y las pautas de comportamiento orientados a garantizar la dignidad humana”.

El catastrófico estado de cosas “explica el surgimiento de un nuevo orden que margina al neoliberalismo y procura construir un Estado activo de bienestar, con novísimas funciones basadas en la actividad social de las organizaciones intermedias⁶⁶....La crisis económica aventó la esperanza de un crecimiento sostenible a escala mundial.. Explica también que los gobiernos de las potencias mayores de Europa Occidental estén en manos de dirigentes socialdemócratas. Las recetas del Banco Mundial, del Fondo Monetario Internacional, del Departamento del Tesoro de los Estados Unidos y de las usinas neoliberales pueden resumirse en la disolución del Estado de Bienestar y en la aplicación de las siguientes medidas: disminuir la inflación, evitar el déficit fiscal, privatizar los servicios públicos, reducir drásticamente el sector público, y servir a la expansión del libre mercado reasignando funciones a la educación en relación de correspondencia con los intereses de la inversión y la presencia hegemónica de las empresas multinacionales”, esto marca igualmente la prensa y las negociaciones con el Fondo en septiembre de 2003 cuando comenzamos a pensar esta comunicación.

“En realidad, esa política ha tenido consecuencias devastadoras para las naciones emergentes y ha beneficiado únicamente los intereses de la multinacionales extranjeras”, particularmente con utilidades logradas en el campo financiero y no en la inversión productiva y en la generación de empleo.

La globalización es necesaria e incluso inevitable, pero no de la forma reaccionaria, desigual y perversa en que se la está efectuando, a través de la mundialización financiera, y con restricciones en la económica.

⁶⁶ FAYT, ob. cit. pág. 268.

La imposición de un orden neoliberal –basado en criterios de la globalización financiera- en los últimos 30 años, “abrió una nueva etapa económica, social y política en la historia argentina. Inició el camino de la desindustrialización y generó un endeudamiento externo que de ahí en más, teñiría toda la vida económica y social del país y terminó con el colapso cambiario e inflacionario... con tipo de cambio fijo o variable, un sistema basado en la acumulación de rentas, la apropiación de bienes públicos, la especulación y la distribución regresiva del ingreso... la crisis de la convertibilidad... es la crisis de una conjunción de factores que incluye el sistema cambiario, la apertura indiscriminada, la ausencia de políticas de industrialización y exportación, la concesión de beneficios extraordinarias a las empresas sin exigencia de contrapartidas en términos de producción, exportación o empleo y la entrega del patrimonio público y el sistema jubilatorio”⁶⁷.

3. ¿Qué orden social pretendemos?

La primer cuestión es tener en claro que orden social pretendemos para nuestro país.

De seguido: ¿como lograr el orden social pretendido, ante la globalización, reformando el Estado para enfrentar los desafíos sociales del 2000⁶⁸?

Conforme con Bernardo Kliksberg ¿cómo compatibilizar globalización económica y crecimiento tecnológico con equidad y desarrollo humano para todos?, bajo las enseñanzas de Juan Pablo II y del Secretario General de las Naciones Unidas Koffi Annan, se dice: “En las últimas décadas se han producido cambios radicales en áreas como las comunicaciones, la informática, la robótica, la biotecnología y la genética, en donde la tasa de innovación no reconoce precedentes. La producción mundial de bienes y servicios ha tendido a ampliarse fuertemente; el comercio mundial se ha expandido en el marco de la internacionalización de la economía; y prosigue la escalada de innovaciones tecnológicas que crean nuevas posibilidades de satisfacer necesidades. La economía mundial se ha transformado conformándose bajo el impetuoso proceso de la globalización.- Este proceso es altamente contradictorio en áreas como la desocupación, la equidad, la pobreza y los problemas sociales en general. Las cifras de pobreza han aumentado significativamente; la desigualdad ha alcanzado niveles históricos recórd; ha aumentado el número de personas que pierden la vida por enfermedades científicametne compatibles, que no se controlan... En su conjunto la situación ha evolucionado en el sentido de ganadores y perdedores, tanto en términos de países, cuanto al interior de los mismos... La distancia entre quienes han ganado y quienes han perdido tiende a acrecentarse y hay un clamor generalizado por se se les dé a este problema la más alta prioridad.

Todo ello ha generado diversos interrogantes –cómo afrontar los nuevos desequilibrios, cómo capturar productivamente para beneficio del género humano los promisorios avances tecnológicos y productivos, qué nuevas instituciones y reglas se necesitan- que han llevado a centrar aspectos del debate en los roles que debería jugar el Estado.

CONGRUENTE A ELLO ES ESTA CONVOCATORIA A REUNIÓN CONJUNTA DE ACADEMIAS. Es decir que la noción del Estado de bienestar,

⁶⁷ SEVARES, Julio *Porque cayó la Argentina*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires 2002.

⁶⁸ FAYT, ob. cit. pág. 345, siguiendo a KLIKBERG, Bernardo *¿Cómo transformar el Estado más allá de mitos y dogmas* México, F.C.E. 1989, reimpr. 1993, bajo cuya óptima van los párrafos siguientes.

aparentemente deslegitimizada por completo durante el providencialismo de mercado, está siendo reexaminada desde otras perspectivas; se plantea la idea de un Estado de bienestar productivo y se revisan las experiencias de países que han logrado avances en esa dirección, obteniendo buenos resultados económicos y la mantención de elevados equilibrios sociales.

La dualidad perdedores ganadores, inclusión, exclusión que recorre el planeta se advierte en un aumento de la pobreza, disparidades en el acceso a un bien público: la salud, la escalada de la desigualdad, la inequidad de las oportunidades tecnológicas y educativas.

El dilema se genera como en una sociedad con tantos marginados, con tanta sectorización social, desempleo, subempleo, trabas a la exportación (internas y externas) e inexistencia de un sistema financiero estructural, puede recuperarse lo productivo.

El rol del estado en ese campo: servicios públicos para todos (privatizados??), creación de una institucionalidad social fuerte y eficiente, montaje de un sistema de información para el diseño y monitoreo de las políticas sociales, hacia un papel creciente de los estados regionales y los municipios en la política social; como clave estratégica para renovar la institucionalidad social aparece la participación comunitaria, un estado orientado a tejer redes sociales, y la transparencia de esa actuación, con un enfoque de gerencia social.

Para ello se necesita una fuerte apoyatura de la sociedad, superar el escepticismo en los países en desarrollo –ahogados por la deuda externa- de que no puede hacerse nada importante en el campo social por las restricciones severas de recursos.

Los costos contingentes de población sumergidos en la pobreza, los amplios sectores de población que están siendo dejados fuera del mundo virtual configurando un nuevo grupo marginado, “los analfabetos cibernéticos”, las poblaciones vulneradas con toda facilidad por las crisis económicas y las naturales, los “groseros niveles de desigualdad” actuales, como los llama el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, reclaman respuestas inmediatas porque entrañan un sufrimiento social inmenso. Como lo señalara el Papa Juan Pablo II (1999) “el problema de la pobreza es algo urgente que no puede dejarse para mañana”.

Los planes sociales constituyen políticas coyunturales hasta que se resuelva estructuralmente el desempleo, subempleo y subsalario para restablecer un mercado consumidor interno que haga crecer la actividad productiva nacional, y paradójicamente el empleo.

En 1601 se dictó la primera Ley de Pobres (Poor Law), con el fin de “crear, controlar y proteger los fondos asignados o donados para caridades”. En 1804 se reformó y se dio un viraje: la ayuda a un pobre debía ser menor que la de un trabajador que tenga los menos ingresos y darse en los hospicios. Se concibió a la pobreza como el producto de la pereza. En esencia, se localizó la opción: trabajar o ir al hospicio, pero a fines del siglo XIX el canciller Otto von Bismark sostuvo la necesidad de estimular el bienestar obrero. Hemos regresado al principio? Pero ahora no es por pereza –aunque exista-, se creó la cultura del trabajo como dignidad del hombre, pero no hay trabajo y en muchos casos donde lo hay no existe una retribución digna.....

SIN EMBARGO LAS TÉCNICAS JURÍDICAS ABRASIVAS GENERAN MÁS POBRES Y MÁS ACCIONES DEPREDADORAS, como ocurre en la legislación concursal.

Ahora se coloniza con tecnología⁶⁹, conforme lo cual los países que invirtieron en educación e investigación se volvieron ricos y poderosos, atraen la fuga de cerebros, y generan políticas de asegurar el respeto mundial de las patentes en ellos registradas. La tecnología debe ser una herramienta del cambio, en el desarrollo social, pues no hay desarrollo económico basado en la pobreza y en la sectorización de la riqueza. Son indudables los progresos que se harán en la biotecnología, la tecnoeducación, sus bases jurídicas de aplicación y desarrollo, y de aplicación a todos, cuando estamos hablando de derechos de tercera generación así parecería en orden a salud, educación y servicios. Pero se aplicarán restrictivamente, quizá con xenofobia, o se generará una nueva xenofobia económica, marginando al pobre? Nos volvemos a afirmar en los postulados del Concilio Vaticano, cuyas normas no se han seguido y han agudizado la dramática situación que ya marcaba.

¿Pretendemos grandes acumulaciones enfrentando masas empobrecidas y hambrientas? Si no se hace por solidaridad debe afrontarse por seguridad...

4. Deuda externa.

El endeudamiento externo por encima de lo racional es parte de la expansión de la mundialización financiera para la colocación de los excesos prestables, ante la cada vez menor actividad productiva que acepte las tasas depredadoras. Los gobiernos aceptan esas tasas para su propia subsistencia, sin pensar en la salud de la nación que administran.

La deuda externa creció mientras crecían también las Corporaciones mundiales que ahora están en el banquillo de los acusados, y una política financiera francamente ilícita. Ahora que los grandes países se han decidido finalmente a lanzar una campaña de limpieza de los establos de las gigantescas corporaciones comerciales y financieras⁷⁰, es de estricta justicia esperar que esas operaciones de saneamiento de extiendan también al esclarecimiento de las circunstancias y modalidades en que se crearon las deudas que hoy agobian a decenas de naciones asomadas al quebranto económico y al estallido social. Si esos países quieren sanear las prácticas contables y bursátiles, no pueden detenerse en sus fronteras sino que deben proyectar esa necesaria e implacable limpieza a todo aquello que afecta la calidad de vida de millones de seres humanos.

Afrontamos una situación estructuralmente compleja en la economía y en la sociedad argentina, como corolario de una política imbricada en la globalización financiera, que nos mantuvo en un exitismo cortoplacista durante diez años mientras se consumía la larga mecha de una bomba social, generando una explosión de la economía por la recesión generada y sus efectos nefastos de desempleo y pobreza.

4.1. En el marco de los efectos jurídicos de la deuda externa, o de su incumplimiento, los devastadores sucesos de fines del año 2001, nos lleva a recordar los estudios de Juan Bautista Alberdi y advertir que el fenómeno se repite. El padre de la Constitución marcaba el período decenal que empieza con

⁶⁹ Reportaje al físico argentino Francisco de la Cruz incorporado a la Academia de Ciencias de Estados Unidos, La Voz del Interior 3 de agosto de 2003, pág. A 15.

⁷⁰ *Las maniobras dolosas en el endeudamiento externo*, Editorial de La Voz del Interior del 4 de agosto de 2002, pág. A 12.

euforia y termina con espanto a partir de contraer empréstitos soberanos⁷¹: “...no puede dejar de ser causa de crisis, es decir, de empobrecimiento para el país. Pero este efecto es lo que más dista de producirse el día que el empréstito se realiza. Todo lo contrario. Ese día rebosa el oro ajeno por todas partes en el país. Todo respira abundancia, bienestar, felicidad, mientras se gasta ese dinero, desde luego en el pago anticipado de algunos años de intereses, lo cual levanta el valor de los títulos en la Bolsa de Londres, y estimula al comercio a enviar manufacturas para comprar ese mismo dinero en el país deudor; a los trabajadores, a emigrar para tal país en busca de los altos salarios que allí paga el dinero ajeno. Todo es fiesta y lujo y opulencia, mientras se gasta de tal modo el dinero del extranjero, tomado a préstamo. Sin embargo, son los momentos en que se está labrando la pobreza o destrucción del capital ajeno, que sólo se hace sentir años después que ha desaparecido el capital, que a pasado la guerra dejando su rastro natural de ruinas y en pie la deuda que se contrajo para esa guerra⁷², sin objeto útil, y la necesidad de gastar gran parte del rédito del país en el pago de sus intereses con la mira de usar del crédito, así sostenido en la negociación de otro empréstito para otra empresa de guerra o para empresas de mejoramiento material. – Antes de pagarse el primero, un nuevo empréstito se levanta tres o cuatro veces más grande que el anterior, por la razón mostrada en alto de que debe servir a gastos reproductivos, es decir, a obras públicas de puro mejoramiento... Son los días de abundancia, de fiestas, de actividad febril de empresas y proyectos de todo genero, de prosperidad sin precedentes, de esperanzas y perspectivas más grandes todavía. – Los precios suben; suben todos los valores, sin excepción; todo se compra....¿Quién es el que piensa que en esos momentos cabalmente se está elaborando la pobreza general llamada crisis, que hará su aparición fatal, lógica, inevitable, algunos años más tarde; es decir cuando se haya consumido del todo el caudal tomado a préstamo y sólo quede, del empréstito, la obligación de pagar sus intereses con la mitad del rédito anual del Erario público? – Y sin embargo, ese es el hecho de que nadie se acuerda cuando llega el día en que sus efectos naturales cubren de luto, de ruina y de lagrimas al país entero....”.

Adviértase la clarividencia de Alberdi en la descripción de un fenómeno repetido en la historia del país: su pauperización.

4.2. La crisis financiera.

Casi 150 años después, en LA MUNDIALIZACION FINANCIERA Génesis, costo y desafíos⁷³ se sostiene en la Introducción para la edición argentina por su Director Francois Chesnais, profesor de París XIII, refiriéndose a la crisis de los tigres de Malasia en el 1997: “Son crisis que nos colocan en un tipo de situación potencialmente amenazadora para muchas otras economías, incluso la Argentina. En cada uno de los países involucrados, entre julio y setiembre de 1998,

⁷¹ ALBERDI, Juan Bautista en la recopilación de “ESTUDIOS ECONOMICOS” tomo X p. 121 Ed. Viracocha, Buenos Aires 1954. Todas las citas de Alberdi las formalizaremos en tipo de letra bastardilla para destacarlas.

⁷² En la crisis que estamos viviendo los empréstitos se incrementaron a partir de la “guerra” contra la inflación, al tomar un cambio fijo por la ley de convertibilidad, pero omitiendo balancear el despilfarro burocrático que pasaron a satisfacer con empréstitos externos, mientras para paliar el déficit se justificaban rápidos y oscuros trámites de privatizaciones.

⁷³ Com. CHESNAIS, Francois *Mundialización financiera*, Editorial Losada, Buenos Aires 1999, señalada como 1º. Edición agosto 2001. 346 páginas en 8 capítulos. Traducción al castellano de la edición francesa de Mabel Campagnoli y Lucía Vera. Con primera edición en francés en 1995 e introducción para la edición castellana del año 1998 del mismo Director. Ntos. *La Mundialización financiera; Globalización económica y lex mercatoria; El humanismo económico, la crisis argentina y la mundialización financiera*, en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

las crisis se desarrollaron de acuerdo con un guión casi idéntico. Comenzaron con una devaluación de la moneda local, que se había tornado inevitable a causa del déficit comercial cada vez más elevado, pero cuya gravedad se debe al hecho de que supone una ruptura de su anclaje con el dólar. Esa decisión, inevitable por la amplitud del déficit externo, provocó, como elemento de un solo y único proceso, la caída libre del tipo de cambio, la huida de los capitales a corto plazo y el derrumbe del muy débil mercado financiero.

Se anticipó los límites dentro de lo que un sistema de convertibilidad, o sea de cambio cerrado, implicaba y exigía. Acabamos de concluir una política monetaria y cambiaria con inexistente plan económico. Los juristas se encargaron oportunamente del análisis de la norma sobre la "convertibilidad" en el tiempo de su nacimiento, el año 1991, convocando Luis Moisset de Espanés a diversa doctrina aglutinada en cuatro topos "La convertibilidad del Austral"⁷⁴. El mismo Director escribía en el artículo inicial⁷⁵ "es una forma de establecer exigencias que pongan freno a la emisión y, en consecuencia, detengan la inflación, saneando la moneda, pero para que una política de esta naturaleza tenga éxito deben llenarse previamente, como lo señala la experiencia, algunos requisitos, a saber:

... 2°. Que la balanza de intercambio sea favorable o, al menos, se encuentre equilibrada, pues en caso contrario el déficit de la balanza comercial haría rápidamente mermar las reservas y minaría la convertibilidad.

3°. Que el país goce de dinamismo industrial y competitivo, de manera que se produzca un paulatino acrecentamiento del producto nacional bruto.

4°. Que el presupuesto nacional no sea deficitario, pues el Estado siempre se ve tentado a cubrir los déficits fiscales con el impuesto inflacionario, es decir la emisión de moneda que afectaría rápidamente la convertibilidad. O, agregamos nosotros, con deuda externa.

5°. Que el equilibrio presupuestario no sea producto de dejar insatisfechos requerimientos sociales ineludibles, pues en tal caso las exigencias de quienes se encuentran postergados puedan romper el equilibrio".

Esta racional advertencia, de un jurista que había investigado precedentes del derecho comparado con régimen de convertibilidad cerrada, fue incumplida *ab initio*. Se ocultaron las violaciones más flagrantes con endeudamiento externo, la importación indiscriminada para aparentar deflación mientras se destruía la economía interna, y una balanza de pagos absolutamente deficitaria a través de la política de globalización financiera, de las privatizaciones y de dejar hacer a la ilegal actuación nacional de las representaciones de bancos extranjeros, que no forman parte del sistema financiero nacional, contrariando la ley.

Lo que anticipó Alberdi era un camino que empezábamos a recorrer (o lo acelerábamos) en el año 1991 para la destrucción de la economía interna.

Vivimos nuevamente hoy en época de crisis. Alberdi⁷⁶ expresaba "... *en países que deben al comercio toda su existencia de pueblos civilizados, una enfermedad del comercio y una crisis comercial equivale a una parálisis de todo el cuerpo social. Es la enfermedad de todas sus fuerzas vitales a la vez... A menudo*⁷⁷ *cuesta designar las causas de una crisis, porque datan de una época muy anterior a*

⁷⁴ publicado en Buenos Aires el 18 de junio de 1991 por Editorial Zavalía.

⁷⁵ *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad* pág. 7 y ss., específicamente a pág.24, Editorial Zavalía, Buenos Aires 1991.

⁷⁶ En t. X de "Estudios Económicos" cit. p. 119.

⁷⁷ En "Estudios Económicos" cit. p. 121.

su explosión⁷⁸. Generalmente se atribuye a otras circunstancias contemporáneas de esa explosión, nada más que por el hecho causal de la coincidencia...”. Así las referencias de Alberdi que ya hicimos en torno a los efectos de un empréstito improductivo, como son todos los que sólo pretenden cubrir los gastos de la burocracia política. **“... el dinero⁷⁹ será tomado y derramado a torrentes, sin más razón que porque es fácil obtenerlo a crédito del extranjero y del país, ilusionados por la gran prosperidad. No habrá empresa material que no se acometa con la esperanza ciega de improvisar grandes fortunas, empezando por hacer grandes gastos de lujo y de fasto, como si la riqueza estuviera ya hecha... El capital de especulación, abaratado por su abundancia, pedirá de limosna que lo reciban prestado. Cada deudor que lo acepte se creará rico y gastará el dinero ajeno, en empresas y en compras de lujo: casas, muebles, tierras, acciones y rentas. En medio de la prosperidad que embriaga a todo el mundo, vendrá un momento en que los resultados de tantas empresas se encuentren sin salida; los empresarios sin dinero para continuarlas, ni crédito para obtener el dinero que huye, que se oculta, que emigra...”**, lo que se agrava cuando ello es apoyado por entidades financieras no autorizadas que realizan ilícitos actos de “doing bussines indirecto”. Si como señaló el actual Presidente Dr. Eduardo Duhalde en su discurso inaugural, se buscara a los responsables, con las indemnizaciones que ellos debieran abonar por haber causado la crisis, los remanentes de las liquidaciones de las sociedades que hubieran realizado actividad ilícita, se satisfecería a la totalidad de los depositantes en el sistema financiero interno, se sancionaría las violaciones de haber trasladado el ahorro interno al extranjero por las entidades financieras que marginaron el sistema legal, y se podría recomponer la confianza en el sistema⁸⁰. Se trata nada menos que determinar la responsabilidad de quiénes generaron la crisis financiera que impuso la necesidad de los variados “corralitos”.

La política financiera de un país esta indisolublemente ligada a la deuda externa. Desde hace años lo venimos denunciando. También marcamos que la “globalización financiera” reclamaba dos bases: una la inconvertibilidad de la moneda en que había sido contraída la deuda y la otra la libre traslación de capitales, claro la libre traslación de capitales de por sí ya genera un daño Debe recordarse que Soros hace muy poco pidió que se aplicara la tasa Tobin - recomendada por el premio Nobel de la Paz el economista Tobin- como un impuesto mundial a los capitales golondrinas para atender los daños que el traslado de esos capitales generaba normalmente en las economías emergentes. Keynes⁸¹ ya había sugerido en 1936 que un impuesto sobre las transacciones financieras daría un peso creciente a los operadores “fundamentalistas” y reduciría la importancia de la especulación... Si se considera que los mercados no

⁷⁸ El cortoplacismo y exitismo del análisis que suele formularse en nuestro país, particularmente ante el impacto del denominado “corralito”, pueden hacer pensar que la crisis la genero el actual Gobierno – sobre el que no emitimos opinión, al igual que sobre las medidas dictadas-, pero sin dudar señalamos que las causas de la crisis datan de mucho antes, aceleradas en el último trimestre del año 2001.

⁷⁹ En *Estudios Económicos* cit. p. 136.

⁸⁰ El señor Presidente, que formalizó el compromiso de determinar responsabilidades sin ejercer las acciones pertinentes hasta ahora, ha invitado públicamente a que se formalicen ideas para aliviar las restricciones que se ha impuesto al derecho de propiedad de los ahorristas. Lo hemos hecho en colaboraciones dirigidas al Banco Central en su momento y ahora a la Cámara de Diputados de la Nación, como lo venimos haciendo públicamente en conferencias y trabajos incorporados a la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

⁸¹ En *La Mundialización...* cit. p. 157

pueden autorregularse, parece necesario implementar un control y una reglamentación prudenciales más restrictivos.

Pero esas transferencias suponen la transparencia, o sea la comunicación al Banco Central del traspaso. Quién haya intentado hacer una transferencia de un plazo fijo en dólares de un banco argentino a otro banco argentino, habrá advertido que las dificultades fueron casi insalvables. Pero en cambio, una transferencia no declarada de un banco argentino al extranjero, a través de su corresponsalía o representación extranjera en el país, quizás del mismo banco del que se transfieren los fondos: se hace exactamente en diez segundos y el costo es ínfimo.

Sobre los “activos financieros es muy importante la distinción que formaliza Alberdi entre capital de producción, que es al que se refiere y el capital virtual, que es el que campea hoy en la economía, generando un cortoplacismo en la planificación, con peligrosísimas consecuencias para los países débiles.

En torno a ello explica Chesnais⁸² que la extensión internacional de una situación de recesión profunda desde un polo hasta el resto del mundo, y la transformación progresiva de una crisis regional en crisis mundial, proceden de los tres grandes mecanismos de propagación internacional. El primer mecanismo se sitúa en el nivel de la caída de la producción y de los intercambios, y la caída del nivel de actividad industrial y comercial... El segundo mecanismo de contagio mundial pasa por las largas y complicadas cadenas de créditos y deudas bancarias, resultantes de préstamos otorgados por los bancos internacionales.... La liberalización y la desregulación financiera, las incesantes innovaciones financieras y el crecimiento de la todopoderosa ideología del “mercado que siempre tiene razón” lo han dado a la “economía del endeudamiento” un auge sin igual, al mismo tiempo que hacen prácticamente imposible el seguimiento y evaluación de las autoridades monetarias.

Supone la destrucción no sólo de millones de empleos, sino de sistemas sociales de producción enteros, afirma Chesnais⁸³, siguiendo: “Destrucción permitida por la sumisión del progreso técnico a las señales más acotadas de la ganancia, por la total libertad de movimiento otorgada al capital y por la puesta en competencia de formas de producción social que no tienen la misma finalidad: maximizar la ganancia, por un lado; asegurar las condiciones de la reproducción social de comunidades de campesinos, de pescadores o de artesanos por otro.- Entre los apologistas de la “mundialización feliz” ha sido de buen tono celebrar la “victoria del consumidor sobre el productor”, así como la “revancha de los prestamistas”.

Sobre tales temas Alberdi⁸⁴ enfatizaba que *“La producción de las riquezas se opera por la acción combinada de tres agentes o instrumentos, que son: El trabajo, El Capital, y la tierra... La acción es siempre combinada de estos tres agentes y fuerzas productivas, se opera de tres modos o formas del trabajo industrial, que son: La agricultura, Las fábricas, Y el comercio. Fuera de estos tres modos de producción, fuera de estas tres grandes divisiones de la industria del hombre, no hay otra...”*. Hoy ha aparecido otra, que consideramos espúrea: la industria financiera, con sus productos derivados...

⁸² LA MUNDIALIZACION FINANCIERA *Génesis, costo y desafíos* en la Introducción para la edición argentina por el Director Francois Chesnais, profesor de París XIII. Editorial Losada, Buenos Aires 1999.

⁸³ En la referida introducción a la edición en castellano.

⁸⁴ *Sistema económico y rentístico* en la misma colección citada, tomo IV p. 14.

Los capitales, según Alberdi⁸⁵ “no son el dinero precisamente; son los valores aplicados a la producción, sea cual fuere el objeto en que consistan”. Y dentro de ese concepto de capital productivo a pág. 131 “Con los progresos de la industria y del comercio, el préstamo tuvo otros destinos; se prestó el capital para usarlo en la producción de nuevas riquezas, y esta novedad hizo del todo legítimo el pago de un interés o alquiler por un préstamo, que tenía por objeto hacer más rico y feliz al que recibía prestado. Hay un principio de justicia en la libre tasa del interés del capital por exorbitante que parezca a veces”. De allí nuestra justificación del préstamo participativo, que hemos venido postulando tanto en trabajos sobre los contratos asociativos como las comunicaciones sobre deuda externa.

Sigue Alberdi: “El trabajo⁸⁶ y las facultades para su desempeño constituyen la propiedad más genuina del hombre... De aquí se sigue⁸⁷ que el trabajo, el capital y la tierra no pueden desempeñar sus funciones productoras, ni la riqueza puede tener desarrollo cuando el hombre no ve asegurado el señorío de su persona por el apoyo de la Constitución contra las agresiones de la ley, de la autoridad y del interés individual”.

“El capital es demasiado poderoso por sí mismo para que necesite protección pecuniaria de parte de la ley... El capital es demasiado perspicaz para que necesite que la ley se encargue de formarle sus ganancias, o de señalarle los empleos más lucrativos y ventajosos para su incremento. El capital no quiere más apoyo de la ley que el que le da la Constitución” acota Alberdi⁸⁸, pero cuando se viola el sistema financiero corresponde que la ley restituya los equilibrios, y esto se lograría con el ejercicio de acciones de responsabilidad, que realmente hicieran transitorias y limitadas las restricciones a derechos adquiridos y reconocidos constitucionalmente. LA ECONOMIA DEL DERECHO, como hemos sostenido en muchos trabajos⁸⁹, aconseja el menor dictado de leyes, pues como señalaba Alberdi “Las garantías económicas de la Constitución pueden ser derogadas por las leyes que se diésen para organizar su ejercicio”⁹⁰.

Conforme a la distinción alberdiana respecto al capital destinado a la producción. Robert Gutmann⁹¹ señala que “los desarrollos recientes relativos al dinero y la actividad bancaria... han llegado a dominar el contexto socioeconómico de nuestra existencia cotidiana. Estos desarrollos, que se manifiestan ya sea en las tasas de interés elevado, en los tipos de cambio imprevisibles, o incluso en el carácter volátil de los mercados, están en vías de someter a fuertes tensiones nuestro sistema económico. A menos que se les ponga un freno, amenazan con crear las condiciones de crisis agudas, crisis que los gobiernos tendrían dificultades en enfrentar”. Alberdi⁹² sostenía la “libertad ilimitada en la tasa de interés”. pero sin duda lo hacía en relación a lo que el llamaba el capital productivo.. Sigue Gutmann⁹³ “Una vez que los bancos comprenden que podrán contar con la ayuda

⁸⁵ “En “Sistemas...” cit. p. 127,

⁸⁶ En *Sistema Económico y Rentístico* tomo IV edición citada, pág. 24.

⁸⁷ En *Sistema...* cit. p. 25.

⁸⁸ En *Sistema...* cit. p. 129.

⁸⁹ *La Economía del Derecho* en Revista LA LEY, Sección Actualidad Pág.2 y ss., día 18 de abril de 1989. *La Economía del Derecho, la realidad y la empresa bancaria* en publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 Pág. 205 y ss, correspondiente al Encuentro de Academias del año 1988..

⁹⁰ En “Sistema...” cit. p. 42.

⁹¹ Profesor de la Universidad de Nueva York, en el capítulo 3 “Las mutaciones del capital financiero” del libro “La Mundialización...” cit..

⁹² En *Sistemas...* cit. p. 130.

⁹³ A pág. 86 del libro dirigido por Chesnais, ya citado

del estado en caso de quiebra, pueden verse tentados a llevar a cabo estrategias aún más riesgosas. Si estas estrategias funcionan bien, los rendimientos son elevados, pero si no ocurre así, las pérdidas pueden ser transferidas a otros. Este problema de riesgo moral demuestra por sí mismo los costos sociales potenciales de la desregulación de los bancos y de su salvaje obrar cuando extienden desmesuradamente su campo de actividad... La dimensión del capital ficticio del dinero crediticio es reforzada por el hecho de que su creación esta ligada muy frecuentemente a la adquisición por el banco central de los títulos de la deuda pública...”⁹⁴.

Esa sensibilidad (incluso psicológica) de los inversores y la facilidad de circulación de los capitales –aún con ilegalidad como la practican ciertas representaciones en nuestro país, violando la ley de entidades financieras en lo que llamamos el *indirect doing business*–, genera que las leyes de mercado no funcionen adecuadamente y que un mayor interés como "seguro" por el riesgo de incobrabilidad, no sea suficiente para mantener la estabilidad de ciertos financiadores. Los capitales de ahorro para préstamos tienden a concentrarse en ciertos paraísos fiscales o naciones que ofrecen "confiabilidad", y la impresión es que mientras exista tal universalización se intensificará esa concentración. Pero las zonas pauperizadas no podrán subsistir ante la continua erosión de su producto bruto nacional (ya menguado por sus problemas de desarrollo) por la transferencia de utilidades y pago de servicios de intereses cada vez más altos por ser más alta la tasa de "riesgo"⁹⁵. Se impone una política organizada colectivamente para lograr la reducción de esos intereses⁹⁶.

La propuesta del actual Gobierno a los acreedores externos no es descabellada en orden a la realidad interna, incluso en relación a la proyección que debieron hacer los asesores de inversión –que cobraban importantes comisiones para colocar los títulos y pequeñas comisiones a los que aconsejaban adquirir esos títulos- frente a la alta tasa de interés, inusual en el mercado global, que anticipaba el riesgo y por tanto la posibilidad de incobrabilidad del capital.

VII - ÉTICA.

“Un fantasma recorre el mundo: el de la enfermedad moral del capitalismo, que arrasa su legitimidad. Los ciudadanos han visto desnudar la codicia, la avaricia, la desigualdad, la exclusión, sin velos de ningún tipo” de Joaquín Estefanía, ex director del diario El País de España.

Decíamos que si no hay condena social las leyes que imponen sanciones no cumplen su rol. Es un problema de conciencia ética de una nación, del sentido de pertenencia que sus ciudadanos tienen con el destino colectivamente asumido.

⁹⁴ En *La Mundialización...* cit. p.92-

⁹⁵ Sobre las altas tasas de interés, de usura (aunque sea en términos éticos, que deben afrontarse en forma general y no en la discusión entre deudor y acreedor, es aportada por FORTE, Francesco *Debito Internazionale dell'America Latina. Origen y Desarrollo* pág.17 obra “IL DEBITO INTERNAZIONALE” cit..En similar sentido señalamos: Se ha sostenido que estos países se caracterizan por una demanda baja, que no es acompañada de ahorro ocioso, extremo indicador de una depresión estructural, y no cíclica; en consecuencia, las políticas de deuda pública son insostenibles a largo plazo, cfme. PEREZ AYALA, José Luis *La economía financiera pública*, Edit. de Derecho Reunidas, Madrid, 1990.

⁹⁶ Cfme. GARAVELLO, Oscar *Dell'economia alla politica economica del debito estero del P.V.S. L'efficacia della strategia di riduzione* pág. 59 libro “IL DEBITO INTERNAZIONALE” citado.

1. **Ética**, por la definición del mismo origen, se considera a la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. Y un viejo diccionario enciclopédico la vincula a los "hábitos y costumbres para la práctica del bien".

El término deriva del griego, con significado de costumbre, y por ello se suele definirla como la doctrina de las costumbres en las posiciones empíricas. Desde la doctrina aristotélica se distinguían las virtudes éticas, poniendo la ética como un concepto adjetivo, o sea si una acción es o no ética, que para Aristóteles eran aquellas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, que sirven para la realización del orden de la idea del Estado, la justicia, y que tienen su origen directo en la costumbre y en el hábito, por lo cual pueden llamarse virtudes de hábito y tendencia. En la evolución posterior del sentido del vocablo, lo ético se ha identificado cada vez más con lo moral, y la ética ha llegado a significar la ciencia que se ocupa de los objetos morales en todas sus formas: la filosofía moral⁹⁷.

La palabra ética califica y comprende a los actos comunes que abarcan la conducta total del hombre que tienen referencia a las normas y objetivaciones que integran como disciplinas éticas el Derecho y la Moral, o sea que nuestras decisiones cotidianas importan en general actos éticos en un concepto estricto como el diccionario lo expresa. Ética es la parte de la filosofía que trata de la Moral, de los actos humanos en un sistema de reglas de conducta, o sea, que se perfila exclusivamente al ámbito y comprensión de la Moral⁹⁸, pues en las edades primitivas, en las que domina la costumbre indiferenciada, aparecen mezclados confusamente el Derecho y la Moral⁹⁹, lo que se prolonga en la antigua Grecia, para luego en la época escolástica a la inversa se muestra a la Moral con forma jurídica, hasta que en la época moderna y contemporánea se subrayan sus diferencias, así Radbruch¹⁰⁰ señala que el derecho tiene por objeto las relaciones entre dos o más personas, frente a la Moral que recae sólo sobre el hombre en sí mismo. Ello no importa desconocer que la Moral es un fundamento del Derecho, porque el hacer posible la Moral, alejando la corrupción y receptando el valor Justicia.

Un elemento fundamental del desarrollo moderno es la justificación de las normas, que lo hacen por su vinculación al orden social pretendido por una comunidad, y su correlación con valores de Justicia y Equidad, anexos a la moral social imperante.

Y dos elementos para ese desarrollo lo constituyen la pertenencia y la persistencia.

La pertenencia de un individuo a una comunidad, se vincula a través de las reglas de convivencia, incluso de las normas de Derecho que se han entendido necesarias para asegurar esa convivencia. De ello es aspecto fundamental la solidaridad, como la adhesión entre los miembros de una determinada comunidad o grupo, manifestada como vinculación y responsabilidad recíprocas entre los individuos y los grupos¹⁰¹.

⁹⁷) Ver FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía* pág. 1057, Ed. Alianza, Madrid 1979.

⁹⁸ REYES, Rafael Hugo *Anotaciones de DERECHO*, edición de la Universidad Nacional de Jujuy, 2002, pág. 75 y ss. Capítulo VI "Ética, solidaridad y derecho".

⁹⁹ DEL VECCHIO, Giorgio *Filosofía del Derecho con Estudios de Filosofía del Derecho* de RECASENS SICHES, Luis, Editorial UTEHA, Buenos Aires.

¹⁰⁰ RADBRUCH, Gustavo *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, 2ª ed. Madrid 1944.

¹⁰¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio *Derecho del trabajo y Aseguración Social*, Edi. Astrea, Buenos Aires 1978.

Es claro que la moral, la solidaridad y el derecho operan en conjunto sobre una comunidad, solidaridad que no puede quedar al empeño y quehacer del Estado, sino requerirse a todos los miembros de esa comunidad, evitando la exclusión y la marginación. Todo aquello que, en ese sentido, no se quiera hacer por solidaridad, debe hacerse por seguridad, pues los hombres marginados económicamente, se marginan jurídicamente, desconociendo las reglas –jurídicas y morales- que se le intenten imponer para mantener un vasallaje o una sumisión.

Esto implica un reto a los profesionales de derecho, para que no se enfrasquen en meras disquisiciones dogmáticas y conceptualistas para justificar una realidad inaceptable, que torna a las relaciones humanas carentes de sentido y ajenas a la promoción del bienestar general.

Una tendencia contemporánea tiende a acercar la ética a una teoría individualista, lo cual no quiere decir que no se tenga en cuenta a los otros o a la sociedad, frente a lo que se advierten reacciones (Scheler, J. N. Findlay) que básicamente tienden a poner de relieve que los juicios morales son juicios de valor, de modo que no puede desarrollarse una teoría ética independientemente de una teoría axiológica o teoría de los valores.

Un aspecto crucial es recuperar la discusión ética sobre la función pública, de que se sienta las potencialidades de servicio a la comunidad que tiene su tarea y esté orgulloso de ella.

El apartamiento del Código Penal suele advertirse en todas las sociedades que pierden un sentido ético axiológico (cargando economicismo), y ello a la postre se marca en la conducta a que se induce (o se seduce) a la juventud, a una minoridad que sin sentido ético de sus mayores, sabe y es instruida que las normas penales no les alcanzan. Alterini¹⁰² relata que un editorial de *The New York Times* de principios de septiembre de 1993, tras aludir al establecimiento de "relaciones carnales" entre la Argentina y los Estados Unidos de América, al sometimiento de la inflación, a la estabilización de la moneda y a las tasas de crecimiento, señaló que "una sombra se proyecta sobre este progreso con el desdén por la ley y la democracia", y por haber "manipulado descaradamente las Cortes". Esto afirma nuestro juicio sobre el descreimiento social sobre el sistema jurídico.

No tenemos duda que para combatir la corrupción basta que nuestros gobernantes readquieran el "honor de gobernar", en el porvenir el progreso será estrechar cada vez más el círculo de las leyes positivas y, por el contrario, ensanchar más el de las leyes naturales. Toda ley natural es un principio que se realiza por la precisión de sus consecuencias. Toda ley positiva es un expediente que se dilata por sus complicaciones" (Emilio Gilardin), pues, al decir de Tácito "Las leyes son numerosas en los Estados corrompidos", y esta es una dificultad concreta en nuestro sistema judicial.

Esa situación impone ser lúcido del rol del empresario (público o privado) en su dirigir y llevar adelante una empresa que, por conceptualización no sólo debe ser una organización económica¹⁰³, sino solidaria¹⁰⁴. Esta afirmación se corresponde también al rol de los gobernantes, y particularmente a un muy practicado economicismo no solidario.

¹⁰² ALTERINI, Atilio *La inseguridad jurídica*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1993 pág. 150/1.

¹⁰³ Empresa económica implica la viabilidad de la empresa, de la empresa que no lleva en su seno su autodestrucción por económicamente inviable, cfr. nta. *La conservación de la empresa* cit..

¹⁰⁴ La empresa, aunque sea económicamente apta no puede actuar contrariamente al medio social, sería una actividad ilícita, como lo es contaminar, cfme. nto. *Sociedad y contratos asociativos* cap. "La empresa, Ed. Zavalía, Buenos Aires 1987.

Intentamos encontrar un elemento objetivo calificante de la conducta, para evitar parámetros subjetivos del juzgador. Ese elemento objetivo pretende determinar cuando un administrador se comporta como un buen hombre de negocios, como un buen gestor de intereses ajenos y su equivalencia para un gobernante.

No debemos ser indiferentes ante la corrupción. Deben actuar como fiscales frente a los Poderes estatales.

En esos casos el poder cae en manos de grupos con intereses opuestos que suelen perder de vista el núcleo de valores no negociables de la sociedad.

La política como forma suprema de la acción social humana, con su contenido ético en la democracia de masas permite sostener que¹⁰⁵: “La cuestión no se resuelve con el predominio de la moral sobre la política, su independencia o subordinación, sino reconociendo que la política como acción humana, debe tener un contenido ético... Ese contenido ético de la acción política no está dictado por ninguna relación, ni por las reglas variables de los tipos de moral imperantes en un momento histórico determinado... El bien, la justicia, la rectitud, la equidad, el respeto por el prójimo, son fundamentos del orden moral. Su transgresión, siempre producirá injuria a la especie humana... Un nuevo dominio se abre para la política y lo que antes fue razón de los príncipes es hoy razón de los pueblos. La presencia del pueblo en la escena política marca una nueva etapa en la civilización, cuyas realizaciones van siendo mensurables y que se orienta, en los niveles del poder, al gobierno del pueblo por sí mismo. ... La revolución de la información y las comunicaciones y la gravitación del poder mediático con su dominio sobre los sentimientos, individuales y colectivos, sumado a la globalización de la economía y la universalidad de los derechos humanos confluyen a materializar a ese nuevo dominio o predominio de la razón de los pueblos”. Se perfila así el principio mediático que guía algunas conductas.

Volver a la ética parecería ser la solución. No a la verdad formal con la que se solazan muchos procedimientos judiciales, sino a la honda conciencia humana.

Lo que nos ocurre debe buscarse, como señala Jorge Malem¹⁰⁶, en que “El comercio internacional genera riquezas en el país exportador. Constituye un elemento dinamizador de su economía. Permite que el Estado aumente su recaudación impositiva y que se creen puestos de trabajo”. A su vez los funcionarios de los países importadores colaboran con esa política exportadora de terceros países hacia su país, lo que exprime los fondos pero llena sus arcas particulares. Coherente con ello es la facilitación de prácticas de exportación de dinero no declaradas y el fomento de la banca off shore virtual. Cerrando este punto “Una de la versión algo más actualizada de que la corrupción favorece la modernización de un país consiste en señalar que los procesos de privatizaciones o de liberalización de la economía sufren menos resistencias, se hacen en menos tiempo y con una reducción de los costes sociales si van acompañados de sobornos a los funcionarios que tienen discrecionalidad para decidir sobre esas privatizaciones”.

Un argumento que recogemos de la misma fuente señala que “las empresas económicamente más poderosas utilizan el ardid del soborno transnacional sacrificando inclusive buena parte o la totalidad de sus beneficios esperados

¹⁰⁵ FAYT, ob. cit. pág. 89.

¹⁰⁶ Egresado de la Universidad Nacional de Córdoba donde actúa en cursos de postgrado y Profesor de la Universidad Pompeu Fabra en trabajo a cuyos borradores accedimos por su gentileza-

actuales con el fin de expulsar del mercado a sus competidores y así obtener en el futuro una posición dominante o preferente”...

Un admirador del sistema capitalista¹⁰⁷ señala que sólo unos pocos negarían que el capitalismo es el sistema económico más productivo y eficiente, especialmente luego del colapso del comunismo soviético, pero reconoce que aún algunos críticos afirman que el capitalismo no es un sistema ético.

El punto lleva recurrentemente a pensar en la corrupción, cuestión omnipresente en todas las sociedades, en todos los momentos históricos, en países democráticos y autoritarios, con administradores de derechas y de izquierdas¹⁰⁸, claro que en "los años posteriores a la segunda guerra mundial, y especialmente en los últimos veinte años, aparece que se producen un aumento espectacular de la corrupción". Y esto no puede ni debe ser tolerado. "La corrupción se convierte ... así en un medio de manipulación con el que se obtienen beneficios particulares de carácter irregular, sean económicos o de poder, apartando y obteniendo monopolios frente a otros competidores, o recibiendo honores y prebendas inmerecidas".

Existe una pérdida en los valores legal-rationales que legitiman el Estado, el poder político y el sistema jurídico. Es que existe una cierta conciencia, o tufillo, de que el poder se genera en lo invisible y no en lo ostensible. Que los gobernantes que elegimos no siempre responden a las disposiciones de los otros poderes y normativas del sistema jurídico-institucional, sino a oscuros mandatos, del poder económico ostensible, de intereses económicos no ostensibles y de otros factores que alteran la actuación en interés general, incluso rompiendo o corrompiendo las leyes de mercado a cuyo tenor suelen obrar o decir obrar los gobernantes en este sistema globalizado economicista no solidario. La obtención de beneficios por políticos, a veces destinados a asegurar sus futuras campañas políticas o su exilio, suele estar directamente vinculada con ventajas para grupos económicos, que excluyen a competidores del mercado o a través de la "privatización" aseguran mercados cautivos a ciertos "lobbies", muchas veces formados no por su capacidad técnica, sino con socios impuestos para recibir la contraprestación del exagerado beneficio que debe soportar la comunidad, aumentando su pauperización y la sectorización económica de la sociedad.

"Es aquí donde es preciso comprender todo el significado y alcance que tiene para la sociedad contemporánea, el asumir el desafío de restituir a la política su genuina y propia dignidad, como una de las actividades más nobles de la vida humana. Esto implica necesariamente el retorno a los principios permanentes de la política como ética social. Ahora bien, esto no es posible sin la apertura de los planteamientos esenciales del pensamiento clásico (Aristóteles, Cicerón, San Agustín, Santo Tomás de Aquino), donde la búsqueda de la verdad y del bien, abordados desde la metafísica se constituyen en los pilares fundamentales de la política y de lo político"¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Nos estamos refiriendo a Edward W. Younkins, profesor en la Universidad de Wheeling, Virginia, U.S.A. y a su artículo *Negocios y ética en una sociedad libre* en *La Voz del Interior*, Córdoba 17 de diciembre de 1997, pág. 16 A.

¹⁰⁸ La aseveración antecedente y las siguientes corresponden a PECES-BARBA, Gregorio *Sobre la corrupción* en *Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de Buenos Aires*, VI 1997 pág. 9 y ss..

¹⁰⁹ Cfme. AHUMADA DURAN, Rodrigo (Profesor de ética) *Consideraciones sobre la pena de muerte desde una perspectiva ética*, en "Temas de Derecho" 15 años, Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile, 1996, pág. 207 y ss., en particular pág. 212.

Señalaba Francesco Carnelutti¹¹⁰: las leyes no son más que instrumentos, pobres e inadecuados casi siempre, para tratar de dominar a los hombres cuando, arrastrados por sus intereses y sus pasiones, en vez de abrazarse como hermanos tratan de despedazarse como lobos”.

Necesitamos jueces que sepan y se animen a sortear las alimñas formales tendidas para ocultar la verdad real, de modo de poder hacer justicia allá cuando las apariencias formales del proceso parecen no permitirlo. Jueces que así no lo hagan reducen su papel a lo mecánico de un puros encasillado del caso, y su función, al decir de Colmo¹¹¹, no diferiría de un comerciante o un ama de llaves que distribuyen en los estantes los nuevos artículos que van recibiendo: “Cubrir con el manto de las leyes y de la jurisprudencia actos de prístina mala fe, simplemente porque las apariencias legales están en favor de lo primero, es subvertir y trastocar todo: las mismas leyes están subordinadas a la moral, desde que no son otra cosa que la sanción de lo honesto”

No quisieramos que la profundización del Siglo nos encontrara repitiendo la incisiva expresión de Montaigne “Mientras más se cambia, más en la misma cosa”.

2. Alguna doctrina complaciente esta vinculada a la tendencia, en los centros de poder, a atribuir a la deshonestidad e incapacidad de las sociedades que teóricamente se benefician del modelo, la culpa del desastre abatido sobre ellas, disimulando –quiénes así opinan- que esa deshonestidad fue funcional a la implantación del tal modelo, y que su devastadora tarea no hubiera sido posible sin ella ni sin la saturación mediática de la conciencia colectiva a través de un discurso único que, sino en todos los casos pudo llevar a convencer –y por lo menos atentó y debilitó los reflejos defensivos de las comunidades que eran objeto del ataque-¹¹², mientras se miraba despreciativa y suficientemente a las pocas voces que se alzaban para marcar el expolio¹¹³. Insistimos que el modelo se corresponde no a una globalización económica o capitalismo productivo, sino de mundialización financiera o capitalismo prebendario, al que lo amenazan su propia mezquindad y la progresiva aparición de los fraudes ocultos en aparentes legales fachadas.

La insolvencia del Estado genera costos adicionales, de provisiones financieras o de pagos a lobbistas, cuando no una corrupción transnacional, apoyada por paraísos fiscales que receptan esos fondos pese a las normas sobre lavado de dinero que tienden a internacionalizarse y que nuestro país ha receptado. Lavado de dinero relativo, por cuanto sólo se refiere al dinero receptado en forma ilegal que se intenta reintegrar al orden legal.

Dijimos que es tiempo de volver al viejo corazón del derecho comercial, a los usos y costumbres a través de la ética tomando como criterio de ello al significado primitivo, conforme a la distinción aristotélica, que lo usaba como un criterio “adjetivo”, tratando de saber si una acción, una cualidad, una conducta, un modo de ser, es o no ético. Las virtudes éticas eran para Aristóteles aquéllas que se desenvuelven en la práctica y que van encaminadas a la consecución de un fin, sirviendo para la realización del orden de la vida del Estado -la justicia, el valor, la

¹¹⁰ *Como se hace un proceso* Ed. Edeval, pág. 19 y ss..

¹¹¹ *La Justicia*, pág. 85-

¹¹² LACOLLA, Enrique *La crisis del modelo global* Editorial de La Voz del Interior 7 de julio de 2002, pág. A 10.

¹¹³ Ntos trabajos sobre deuda externa citados en notas anteriores y *Deuda externa; Tiempos nuevos y viejas cuestiones: deuda externa. La crisis financiera argentina; Deuda Externa - Derecho de los deudores*, este último con la Prof. Emma Mini de Muiño, en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

amistad, etc.- y tienen su origen directo en las COSTUMBRES y en el hábito o tendencia ¹¹⁴.

Sólo una actitud sólida, ética y solidaria, de audacia de los seres humanos basados en los principios de igualdad de oportunidades, justicia y respeto al prójimo, que resuciten el rol del derecho ante el libertinaje económico y el utilitarismo egoísta pueden acotar esa proyección.

Alvin Toffler¹¹⁵ señalaba que en este cambio la rivalidad no será entre capitalistas y marxistas, o ricos y pobres, sino entre “rápidos y lentos”, y en verdad la gran empresa cuenta con toda la información y asesoramiento, como en su capacidad de interferir en las decisiones políticas y económicas gubernamentales, que no pueden seguir las PYMES que quedan sujetas a la decisión de los grandes grupos económicos.

Una conclusión /entre privatizaciones, deuda y ética) sería que los organismos internacionales no deberían castigar a los países, sino a los gobernantes y a las empresas internacionales que pagan sobornos.

Distinguidos colegas: no seamos más cómplices de lo que siempre hemos fustigado desde nuestra vocación por el rol del sistema jurídico en el cambio social. No nos entretengamos en dogmatismos de fachada, en la cosa nimia, mientras se arrasa con actitudes economicistas individualistas y egoístas.

“El rigor de la rigidez de los juristas dogmáticos al querer tratar de atribuir al derecho un esquema similar a un trozo de mármol, es nada más que una impostura. Cuando el derecho es ante todo algo flexible, como siempre tiene que ser el intento, constante y cotidiano, de alcanzar una justicia adecuada en cada momento al tema analizado, por lo cual ha de ser a veces sinuoso y a veces vacilante”¹¹⁶.

SEGUNDA PARTE.

ALGUNAS FACHADAS DE LA SUPUESTA SEGURIDAD JURÍDICA.

“No se sostienen empresas fuertes en comunidades quebradas. Si no cambiamos las formas de mirar los vínculos entre la empresa y la sociedad, si seguimos apostando a la destrucción de una como condición de éxito de la otra, la responsabilidad social empresaria se transformará en un placebo ético. La ética empresarial no es poner una frutilla en el postre, sino ver la torta de otra manera, y cocinarla diferente”¹¹⁷.

El desarrollo jurídico-económico de la empresa, genera un subsistema propio incorporado en forma aluvional y ametódico al sistema general¹¹⁸, lo vivimos a la par de la desoladora intromisión de la pérdida de eticidad, en un submundo con generalización del incumplimiento, una verdadera sociología de la ruptura voluntaria del contrato frente a problemas de magnitud, donde se desafía la "seguridad" de las instituciones vigentes y de inmediato se apunta la insolvencia

¹¹⁴ Cfme. FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*, tomo II p. 1057.

¹¹⁵ Citado por Norberto Malatesta en *Armas para ganar en la Glocalización*, La Nación 27 de junio de 1999, 2ª. Sección pág. 11..

¹¹⁶ CARBONNIER, Jean *Derecho flexible*.

¹¹⁷ MORELLO s.j., Gustavo *Empresa y comunidad* Editorial de La Voz del Interior 23 de septiembre de 2003, pág. A 10.

¹¹⁸ Se advierte particularmente en normas de organización de la empresa como la ley de sociedades y contratos de colaboración empresaria. Vide nto. *Organización asociativa*, Buenos Aires 1994, Ed.Zavalía.

del "responsable" contractual, ello por estructuras institucionales, normativas y actuación profesional. A la inseguridad jurídica se agrega una inseguridad judicial, básicamente por cuanto los tiempos de solución de los conflictos no se compadecen con los tiempos de la empresa: el cumplidor es puesto en cesación de pagos por el incumplidor. Es un problema de financiamiento.

I - PREVENCIÓN DE LA CRISIS, RESPONSABILIDAD Y SALVATAJE EMPRESARIO.

La ruptura de la competencia se potencia cuando un comerciante, normalmente una sociedad, opera en estado de insolvencia ante la ineficiencia del sistema concursal.

Los daños se multiplican como un cáncer.

La empresa privada no puede competir internamente en un mercado donde no se sanciona duramente la insolvencia planificada, o sea la actividad societaria en insolvencia, para transferirla a los acreedores.

Hay una cierta manipulación de la insolvencia, de la pública hacia los ciudadanos con una dudosa ética de la restricción., y hacia los propios administradores públicos y privados generada por grandes grupos de poder – político o económico- y por doctrinarios despistados. Frías señala en sus “CONDUCTAS PUBLICAS” (4) “La democracia es participación de personas que gobiernan a las estructuras y es imposible si las estructuras son las que gobiernan a las personas”, además en (6) señala “Las conductas públicas para crecer deben evitar la manipulación, porque en la escena pública se alternan la información, la desinformación, la persuasión y la manipulación. Pueden crear conciencias incapaces de discernir y juzgar la situación”. Insiste Frías en “La formación del dirigente político: 9. “Si la gestión no es transparente, toda la sociedad es inducida a la corrupción...” sosteniendo inicialmente que deben hacer “conductas ejemplificadoras desde la sociedad y desde la política misma para establecer el pacto de confianza”, y en 4 “El político debe tener en claro los valores intermedios y finales de toda agrupación humana para rectificarlos a fin de servir el bien común, que es comunicable a todos, para que cada uno pueda conseguir su realización”.

FRIAS en “Conductas públicas para crecer” remarca al punto 1 “Las conductas públicas para generar desarrollo social tienen que apoyarse en la ética de la responsabilidad para consolidar la convivencia en el bien común”.

¿Que hacer ante ello? Tanto ante la insolvencia del Estado, como ante la de las empresas privadas?

Nuestro deber, por ahora, es alertar de la situación. En el ámbito público no hay duda que la cuestión pasa por la eliminación —no decimos disminución- de la corrupción, que alienta las actividades comerciales ilegales. Parecen hoy iniciadas acciones que pueden despejar el panorama, particularmente si el Poder Judicial asume su rol para asegurar la vigencia del sistema jurídico.

En nosotros esta en ir marcando cuestiones, denunciando las violaciones del sistema jurídico vigente¹¹⁹.

En cuanto a como paliar la insolvencia en lo privado? La eliminación de la insolvencia pública atenuará la cuestión, y en el resabio será nuestra misión salvar a los administradores societarios de los mensajes ambiguos que reciben en torno a la supuesta impunidad que les generaría una apreciación irrazonable de lo que es el riesgo empresario. El empresario, y más particularmente la empresa, como dice

¹¹⁹ Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia* en RDCO p. 553 n° 203, septiembre de 2003.

FRIAS en “Conductas públicas” 9. “La empresa tiene una hipoteca política y moral para crecer dentro del bien común”.

1. En estos aspectos de la insolvencia no usamos técnicas jurídicas eficientes y las interpretamos menos eficientemente aún. Eficiencia y efectividad son criterios propios del ámbito económico orientados a perseguir la competitividad de las empresas; concepto que en otros supuestos debe ser entendido como realización racional, rápida, completa y convincente de la función reservada. La efectividad es la medida en que cumple en forma óptima con esa función, y la eficacia es el alcance del objetivo de manera responsable y controlada¹²⁰.

Las reformas a la ley de concursos del año pasado fueron recomendadas, cuando no exigidas por el F.M.I.

Nuestro país esta en default y ha formalizado una propuesta de acuerdo. No vamos a expedirnos sobre ella, sólo mostrar que mientras a círculos externos provenientes de la mundialización financiera¹²¹ se suman voces doctrinarias internas de reprobación al supuesto amparo de la legislación nacional de emisión de los títulos, esas mismas voces no cuestionan propuestas concursales similares que se formalizan pese a haberse aceptado aquellas imposiciones del F. M. I. que permiten ofrecer menos del 40% del capital, sin intereses, ni plazos de pago ni limitación a los períodos de gracia en acuerdos concursales.

Tampoco se intenta enjuiciar a los funcionarios que llevaron a este final anunciado¹²², como no se responsabiliza a los administradores societarios que operaron muchos años en cesación de pagos, planificando transmitir su problema a acreedores incautos¹²³.

Si el concurso no es abierto cuando aún es posible el cumplimiento del objeto social (empresa) todas las otras técnicas están destinadas a su fracaso¹²⁴.

El problema central es lo tardío de una intervención que impide el saneamiento. Ángel Rojo señala que “de la quiebra se huía a través de la suspensión de pagos”, llevando a que en la práctica la convocatoria haya servido para tramitar verdaderas quiebras, demostrando a la postre el fracaso del derecho para salvar una empresa que ya no podía serlo. Para superar el problema hace falta intervenir a tiempo y sin vacilaciones. El éxito de todo sistema concursal que persigue como fin primario el saneamiento, exige –al igual que el tratamiento de un enfermo- diagnosticar a la mayor brevedad para iniciar a tiempo el tratamiento. Es menester ante todo intervenir con rapidez¹²⁵. Ya citando directamente al maestro español, este rescata que “En la doctrina científica

¹²⁰ KARPEN, Ulrich *Condiciones de la eficacia del Estado de Derecho – Especialmente en los países en desarrollo y en despegue*, en “Estado de Derecho y Democracia” Ed. Josef Thesing, Konrad Adenauer Stiftung, CIEDLA, Buenos Aires 1997, página 207, citado por LÓPEZ, Senele Carolina I. en *Acuerdo preventivo extrajudicial: el derecho judicial y lo que vendrá* en Semanario Jurídico p. 293, 4 de septiembre de 2003.

¹²¹ Ntos. *La mundialización financiera* en R.D.C.O. DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 p. 351 a 366, Buenos Aires junio 2002- *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002.

¹²² *Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva* citado pág. 233.

¹²³ Muchas veces inducidos por asesores interesados o intermediarios que perciben comisión o que gerencian fondos; sobre su responsabilidad puede verse TAPIA HERMIDA, Alberto Luis *El contrato de gestión de carteras de inversión*, España.

¹²⁴ Nto. *Tempestividad en la presentación en concurso* pág. 309 y ss. en libro “X Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Córdoba 2003, Editorial Advocatus.

¹²⁵ ARROYO MARTINEZ ob. cit. p. 126/7.

contemporánea del Derecho concursal existe sustancial acuerdo acerca de la necesidad de que el concurso de acreedores sea declarado oportunamente. El problema del “tiempo” de apertura del procedimiento concursal (timing problem) constituye preocupación constante de quienes, desde los más distintos ámbitos se ocupan de la reforma del Derecho de la insolvencia. La formulación de este problema es muy simple: el concurso llega tarde a la situación de insuficiencia del patrimonio del deudor y, en ocasiones, tan tarde que el patrimonio del deudor está ya vacío, lo que impide al Derecho concursal cumplir la función esencial ... el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos y no para enterrar cadáveres”¹²⁶.

Parte de ese efecto se intenta obtener legitimando a otros sujetos, y no sólo al deudor o a los administradores de la sociedad deudora, a solicitar la apertura del concurso, facultando al Juez para actuar con la máxima celeridad, declarando el concurso tan pronto aparecen los primeros síntomas de la crisis, en el plano de la oportunidad, lejos de la idea de sanción. El juez no está llamado a emitir una declaración de mérito sobre si el empresario merece o no la apertura del concurso, lo importante es abrir el proceso. En Estados Unidos se dice que las únicas sanciones al deudor son “el insomnio, las úlceras y el valium”¹²⁷.

Ricardo Olivera García en su Anteproyecto de Ley de Concursos para la República Oriental del Uruguay –ed. Universidad de Montevideo 1999- a pág. 310 subraya “El Proyecto procura que el mismo abarque la mayor cantidad posible de las situaciones de insolvencia que se presentan en la realidad y que los procedimientos solutorios se apliquen antes que el deterioro vuelva la situación irreversible. Para esto se propone estimular el acceso al concurso a iniciativa del deudor y de los acreedores... Si el concurso se transforma en un camino para que el acreedor logre la recuperación de sus créditos en situaciones de insolvencia, los acreedores estarán estimulados para transitar el mismo. Para reforzar este estímulo se propone conceder privilegio al acreedor quirografario que promueva el concurso...”.

Debe operarse con visión integradora del Derecho Privado, técnica pero sin perder el sentido axiológico y sociológico que debe tener el sistema jurídico y a la que debe rendirse su aplicación¹²⁸.

A través de sistemas concursales que desconocen la realidad de la empresa y de su ética la "responsabilidad" pasa a estar en cabeza de los acreedores y no de los accionistas que tienen responsabilidad limitada.

Adviértase los efectos devastadores del incumplimiento previsto: un solvente pasa a ser insolvente si su deudor insolvente se presenta en concurso, y puede llevarlo a la quiebra a sus acreedores, particularmente con el tipo de acuerdos que se propician.

Muchas técnicas jurídicas se han introducido en la legislación concursal desde el año 1995¹²⁹: el acuerdo heterónimo que permite a terceros hacer propuestas de acuerdo, permitiendo la reforma que la propia sociedad concursada

¹²⁶ ROJO, Ángel *La reforma del derecho concursal español*, págs. 87 y ss. en el libro colectivo “La reforma de la legislación concursal” citado dirigido por el mismo, específicamente a pág. 113.

¹²⁷ ARROYO MARTINEZ, ob. cit. p. 127/9.

¹²⁸ Nto. *Proceso concursal oportuno*, en prensa en J.A.

¹²⁹ Ntos. *Tempestividad en la presentación en concurso* citado, y *Ensayo entorno a la buena fe e insolvencia societaria; Asistematicidad de la reforma concursal; Ineficacia de la ley concursal* en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://www.acader.unc.edu.ar>

intervenga en una segunda oportunidad; la conversión de la quiebra –incluso la pedida por el propio deudor- en concurso; propuestas múltiples de acuerdo sin límite de monto y plazos, ni imposición de ajustes o intereses; posibilidad que el juez imponga ese tipo de acuerdo a ciertos acreedores aún en casos de no lograrse las mayorías previstas, etc.. De diligencia nada, con lo que el concurso se tramita para frenar un remate, después de muchos años de cesación de pagos y con una “empresa” que no está en condiciones de afrontar el mercado.

La respuesta es si alguien generó daño a sabiendas debe repararlo. Y la visión debe girar a los administradores de la sociedad que operó en cesación de pagos¹³⁰, y quizá también a sus controlantes¹³¹.

Así la ley española de concursos 13813 LEY 22/2003, de 9 de julio de 2003, en cuya exposición de motivos se registra: “El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste.- El sistema legal combina así las garantías del deudor con la conveniencia de adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores. Los estímulos a la solicitud de concurso voluntario, las sanciones al deudor por incumplimiento del deber de solicitarlo y el otorgamiento al crédito del acreedor instante de privilegio general hasta la cuarta parte de su importe son medidas con las que se pretende alcanzar ese objetivo”.

Se trata ni más ni menos que el tema de la tempestividad en la presentación en concurso, que desvela en la doctrina y legislación extranjera, o en devolver el principio del que daña repara, referido al daño causado por sociedades cuyos administradores y controlantes continúan operando en insolvencia, sin planificar afectando con dolo la contratación y generación de nuevos acreedores después de haber advertido o deber haber advertido el estado de cesación de pagos, afectando la seguridad jurídica general al romper las reglas del mercado y de la competencia respecto a operadores de actividades similares que cumplen con todas sus obligaciones, y no usan la técnica jurídica de organización societaria abusivamente, ya en la imposibilidad de cumplimiento del objeto social¹³².

En ese marco de no intervención que se requiere, es inaceptable que se autorice pagar menos del 40%, para más conformar la política de tierra arrasada que practican los deudores con impunidad aparente, a muchísimos años, con diez años de gracia y sin intereses, que implica prácticamente una apropiación, mientras se acepta la subrogación, la cesión, que es una forma de ocultar la violación a la *pars conditio creditorum*, con disminución de las acciones de responsabilidad.

Este planteo puede ser válidamente aplicado en los casos de liquidación de compañías aseguradoras, que conociendo el estado de cesación de pagos se mantuvieron en el mercado, lo que implica una clara actividad ilícita, además de la

¹³⁰ *Responsabilidad de administrador de sociedad insolvente* en *Doctrina Societaria y Concursal*, n° 172 marzo 2002, Bs. Aires, Ed. Errepar, tomo XIII p. 887 y ss..

¹³¹ *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita*, en *Doctrina Societaria y concursal* n° 185 abril 2003, Buenos Aires, Ed. Errepar, tomo XV p. 313 y ss..

¹³² Nto. *Los administradores societarios y la insolvencia*, en RDCO n° 203 pág. 553 y ss, septiembre 2003; y DEYA, Federico Sebastián *Infracapitazación societaria desde una perspectiva económica del derecho*, en RDCO n° 200, pág. 813. Sobre el bien jurídico tutelado en el derecho concursal y la tempestividad en la presentación en concurso se ha abierto un seminario a distancia, que culminará a fin de año en la página electrónica de la Fundación para Estudios de la Empresa, a la que se puede acceder desde la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

responsabilidad de administradores frente a los terceros que contrataron después de se produjo el estado de cesación de pagos, incluso la mera advertencia del estado de crisis.

No se ha advertido aún que se analice la aplicación del art. 1112 de nuestro Código Civil a los funcionarios que contrajeron la deuda pública, particularmente los que a sabiendas mantenían el déficit fiscal y contraían empréstitos externos a altos intereses y que deberían pagar los gobiernos futuros.

2. LOS ACUERDOS ESPÚREOS Y LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Sin embargo se acepta que oscuramente operen en nuestro país sociedades constituídas en el extranjero con toda la apariencia de hacerlo en interés de insolventados fraudulentamente, contagiando el mercado y afectando la operatoria de las sociedades extranjeras que vienen a desarrollar actividad económica lícita en nuestro país.

Así una sentencia del Juzg. Com. N° 9, Sec. N° 18, en la causa 78852 "SERVICIOS Y CALIDAD S.A. S/ ACUERDO PRECONCURSAL, en Buenos Aires, 8 de Octubre de 2003, al peticionar la homologación del acuerdo preventivo extrajudicial, en realista fallo, en torno al crédito a favor de una sociedad extranjera, que había votado a favor, expresa: A tal efecto se ha sostenido, además, que las facultades judiciales para apreciar el carácter "abusivo" o "fraudulento" de una propuesta (art.52 inc.4° LCQ) están presentes en el caso del APE (conf.Alegría, Hector "Acuerdo Preventivo Extrajudicial...", Rev.D.Privado y Comunitario, 2002-3,pag.168) y, también, que pueden ser ejercidas con mayor severidad (conf. Truffat, op. cit., pag. 102, anteúltimo párrafo). También se ha señalado como desventaja del APE su potencialidad, dado el déficit informativo y de control apuntado, para ocultar situaciones mas graves que las expuestas (Segal,Ruben "Acuerdos preventivos extrajudiciales", Bs.As., 1998, Ed.Abeledo Perrot, pag.70), y la necesidad de que el deudor lleve una contabilidad regular e intachable para que pueda acudir al instituto (Rouillon, Adolfo "Régimen de concursos y quiebras", pag.127).Como consecuencia de todo ello, cabe concluir que un APE será homologable con efectos hacia terceros no votantes siempre que exista una situación de total claridad y transparencia: a) con relación a la composición del activo y del pasivo de la deudora; b) con respecto a la efectiva configuración de las mayorías legales; y c) en lo relativo a su carácter no abusivo ni fraudulento, todo apreciado con la mayor rigurosidad.3.SINTESIS DE LOS FUNDAMENTOS DE LA NO HOMOLOGACION.En el caso, juzgo que tal estandar de claridad y transparencia no se ha configurado respecto del activo y del pasivo, lo que se corrobora con las impugnaciones y la denuncia presentadas y, además, que en el con texto de la información disponible la propuesta no ha alcanzado las mayorías legales y debe, también, reputarse "abusiva", todo lo que lleva a que no pueda ser homologada. Ello en orden a las siguientes consideraciones.e) PRESTAMO SIN TRANSFERENCIA. Aparece como acreedora por \$ 1.000.000, en monto significativo para alcanzar la mayoría de capital invocada por la deudora, una sociedad uruguaya no inscripta en el país en los términos del art. 118 ley 19.550, sin que conste en modo alguno su capacidad crediticia ya que solo se verificó la existencia de un contrato de mutuo pero no el comprobante de la debida transferencia internacional de los fondos (ver fs. 137)....".

Aún tramita en la justicia cordobesa el cuestionamiento a un acuerdo logrado a través de una propuesta heterónoma por una sociedad extranjera sospechosa.

.3. La capacidad de gestación jurígena de crear personas jurídicas y el reconocimiento de las creadas por aplicación de otros sistemas jurídicos internacionales, impone mirar las Sociedades o compañías, respecto a las compañías extranjeras debería agregarse un criterio de paternidad, similar al que no quiere que le realicen un análisis de sangre para la paternidad natural, a quién no quiere exhibir la documentación de la propiedad de las acciones, su contabilidad y origen de fondos, entendiéndose como sanción que la sociedad ha actuado en fraude a la ley, con simulación, o en abuso de derecho.

4. Quién no demuestra capacidad para superar sus propias dificultades, realizando un adecuado diagnóstico y proponiendo a sus socios, acreedores y/o financistas (F.M.I) un plan razonable y congruente para su análisis, no puede ser merecedor de ninguna de las tutelas que el derecho y la economía aconsejan para estas situaciones. ¿ Será esta afirmación aplicable a los gobernantes nacionales, provinciales o municipales de este u otro país para que arreglen sus respectivas deudas externas ? El interés alto marcaba el riesgo.

II – SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Debe darse la bienvenida a las sociedades extranjeras que vengan a operar en la actividad productiva, pero no aferrarse a conceptualismos en los casos de público y notorio fraude.

La actividad comercial desplegada por las sociedades off shore, las SAFI uruguayas, las one dollar corporation panamenas, entre otras, generan daño a la actividad comercial nacional legítima, pues operan en grados de competencia impositiva privilegiada, con menores controles a los que se efectivizan a las sociedades nacionales.

En reciente nota, LA ACTUACION EN EL PAÍS DE SOCIEDADES CONSTITUÍDAS EN EL EXTRANJERO, vinculada a la Resolución 7/03 de la Inspección General de Justicia, hemos señalado:

En todo el mundo globalizado las sociedades constituídas en el extranjero intentan que se les reconozca un *status* similar al de las constituídas en el país.

1. Paradójicamente, quizá fruto de un pensamiento economicista que desconoció el sistema jurídico nacional, en nuestro país se privilegió a las sociedades constituídas en el extranjero, desde lo jurídico y lo social. Desde lo jurídico entendiéndose que no se les aplicaba las restricciones de los arts. 30, 31 y 32 LS, ni la obligación de formalizar balances consolidados, a lo que se une la dificultad en los criterios jurisprudenciales para citar a juicio a esas sociedades y más aún ejecutar las sentencias que se puedan dictar contra ellas.

En lo social porque no existió una repulsa contra el uso de las mismas en fraude a acreedores o familiares o al Estado, al aceptarse que los argentinos recurrieran a la compra telefónica de sociedades constituídas en el extranjero, y que estas pudieran operar en el país casi sin limitación alguna.

Por eso apareció como una buena reacción el fallo de la CNCivil Sala F de fecha 5 de junio del corriente año en la causa “Ellyfar S.A. c/ Confecciones Poza

S.A.C.I.F.J. s/ Ejecución hipotecaria”¹³³, donde se acreditó que esa sociedad operaba sin inscripción alguna en el país so pretexto de ser un acto aislado el préstamo con garantía hipotecaria, aceptando la inhabilidad del título por falta de legitimación substancial del acreedor. La Cámara analiza la concepción de acto aislado, y ante la acreditación de numerosos actos semejantes se pronuncia “con criterio realista y restrictivo” para entender que se había marginado el sistema jurídico argentino en torno a la actuación en el país de sociedades extranjeras, deslegitimándolas. El fallo sin duda es polémico, pues quizá la cuestión pudo haberse encasillado en la norma del art. 19 LS sobre actividad ilícita.

Sostenemos la responsabilidad de entidades financieras que operan en el país, a través de representaciones locales o de entidades vinculadas o controladas, usando los sistemas electrónicos para simular que las operaciones se realizan en el exterior, violando así la ley de entidades financieras a través de lo que denominamos *indirect doing business*¹³⁴. Esta operatoria es de público y notorio, colaborando activamente en la corrida del año 2001.

También es de público y notorio que gran parte de las sociedades extranjeras han sido constituídas por argentinos, y es dable advertir como ex Presidentes, o funcionarios de empresas en concurso o quiebra, habitando en inmuebles o manejan costosos vehículos registrados a nombre de sociedades extranjeras, donde es muy difícil identificar a los verdaderos dueños. Sociedades que sólo tienen por objeto encubrir la actuación de sus verdaderos dueños, actuando exclusivamente en el país, aunque simulen actividades en el exterior, lo que les impondría la registración prevista en el art. 124 LS.

Un país que acepte estas situaciones no es confiable para las inversiones extranjeras reales, no teniendo problemas las sociedades verdaderamente constituídas en el extranjero y que vienen a operar en el país, en cumplir con requisitos de seriedad, buscando sólo que ellos sean claros y que el trámite sea expeditivo, para no encarecer el costo de la mediación jurídica.

Bajo las ópticas que estamos desarrollando, nos parece muy saludable la Resolución 7/03 de la Inspección General de Justicia que impone que las sociedades constituídas en el extranjero acrediten las modalidades de su operatoria en el mundo y las que pretenden realizar en nuestro país, para que conforme esas acreditaciones se aplique la normativa que corresponda, específicamente la del art. 124 LS. Esto es lo que dispone el art. 5° de la mencionada Resolución para el caso que no se acrediten los extremos de los arts. 3° y 4° por la sociedad constituída en el extranjero que requiere inscripción.

No cabe hoy comentario de la norma que, con realismo, intenta que las sociedades constituídas en el extranjero transparenten en el pedido de inscripción, destinado a publicidad a favor de terceros, la real magnitud de sus actividades en el extranjero y en el país, como así también su estructura patrimonial.

¹³³ En diario EL DERECHO del día 6 de agosto de 2003 pág. 1 con nota de Ricardo Augusto Nissen *Otro golpe mortal contra las sociedades extranjeras off shore*.

¹³⁴ Como hemos indicado pueden consultarse nuestros numerosos artículos publicados, en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba citada, entre otros: *La protección de los ahorristas en la crisis financiera (en torno al fallo n° 509 del 27 de agosto de 2002 en Expte. 49-F-02 - "Funes, Lylian Elsa c/ Poder Ejecutivo Nacional y Otro - AMPARO" - JUZGADO FEDERAL N° 2 DE CORDOBA)*; *El viejo corazón del Sistema Financiero*; *Responsabilidad Bancaria*; *Situación del sistema bancario en Argentino*; *Actuación financiera de sociedad extranjera*; *Responsabilidad financiera de la matriz extranjera*; *La crisis bancaria ¿Algún responsable?*

Es dicho popular que “hecha la ley, hecha la trampa”, y si bien la Resolución intenta asegurar no sólo la transparencia substancial referida, sino también la formalidad legal de sus constancias, veremos más adelante como acreditan las sociedades constituídas en el extranjero extremos que no son reales. Ello obligará a que se dicte alguna otra norma para las sociedades “sin historia”, recientemente constituídas, normalmente para lo que se exteriorizan inmediatamente en una actuación en nuestro país. Sin duda tendría que evidenciar lo que han planificado y prometer acreditarlo en el futuro.

Por otra parte, si esa Resolución –con alcance jurisdiccional para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires- no es asimilada en otras jurisdicciones, podrá ocurrir que alguna jurisdicción en la República se constituya en una suerte de paraíso fiscal para recepcionar los pedidos de inscripciones de sociedades constituídas en el extranjero por los propios argentinos en fraude de alguien.

Es hora que pensemos con criterios realistas, sin encubrir lo que es de público y notorio en vericuetos formales o de un globalismo financiero a través de los cuales se ha destruído la actividad productiva del país.

Con falta de coherencia con las políticas que siguen esas compañías extranjeras, que rápidamente remiten dividendos al extranjero¹³⁵, en el país se acepta que el grupo de control retenga ilegítimamente utilidades sin cumplir la ley generando reservas facultativas, que deben cumplir requisitos de publicidad y razonabilidad, a través de la creación de “resultados no asignados”¹³⁶, que es una forma de desalentar la inversión, mientras se justifican jugosos honorarios de directores. Poco se habla del derecho de los accionistas minoritarios a reclamar el reparto de utilidades declaradas en uno o anteriores ejercicios, reservándolas como “resultados no asignados” (o expresiones similares) sin someter esa cuenta al trámite previsto para la creación de reservas facultativas, que obligan a justificar su razonabilidad a los fines del cumplimiento del objeto social. La dogmática parece tratar de diluir la responsabilidad de los administradores societarios, elegidos obviamente por la mayoría, en el manejo social, tanto para perjudicar a accionistas minoritarios reteniendo utilidades en algunos casos, o a acreedores operando la sociedad en estado de cesación de pagos durante períodos excesivamente prolongados antes de exteriorizarlos en un procedimiento pre o concursal.

¹³⁵ Cuando no encubren utilidades con la contratación de licencias, asesoramientos, pago de regalías, etc., cuando no de subfacturación (recordar el caso SWIFT-DELTEC), que es una forma de encubrir las utilidades, particularmente en casos que una utilidad alta impone la baja de tarifas conforme condiciones de ciertas concesiones de servicios públicos. “El riesgo de devaluación en los contratos de privatización de obras de infraestructura y de servicios públicos, como los que firmó la Argentina en la década de 1990, no debe ser asumido ni por los gobiernos ni por los consumidores, sino por las propias empresas concesionarias de los servicios privatizados” sostienen Timothy Irving, economista senior, y Philip Gray, experto en desarrollo del sector privado del Banco Mundial (La Voz del Interior, Editorial del 2 de agosto de 2003, pág. A 10), saliendo al cruce de las presiones que vienen ejerciendo Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, España e Italia en defensa de sus corporaciones, que dejaron e acumular gigantescas ganancias desde que se produjo la devaluación del peso argentino.

¹³⁶ FARINA, Juan M. *Distribución de dividendos en la SA y los “resultados no asignados”* en *Doctrina Societaria y Concursal* noviembre 2002 p. 730 tomo XIV, Editorial Errepar, Buenos Aires, donde comenta las Sentencias del Superior Tribunal de la Provincia de Córdoba del 9 de mayo de 2002 y auto interlocutorio del 11 de diciembre de 2002, y la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A del 14 de octubre de 1998. En el comentario y las sentencias no se abre juicio sobre el derecho de la minoría a cuestionar la aprobación de un balance que retenga dividendos (del ejercicio o anteriores) sin el tratamiento que la ley impone a las reservas facultativas.

Debería definirse una política legislativa conforme el orden social pretendido, un programa de gobierno. Conforme a ello usar técnicas jurídicas adecuadas para asegurar ese orden. En los concursos debería procederse como frente al HIV, los juicios más rápidos con la sencilla simplificación de la litis al contestarse la demanda resolviendo todas las cuestiones formales y asegurando la prueba eficiente, las medidas cautelares autosatisfactivas, la prueba dinámica, el ADN como en los juicios de paternidad para las sociedades extranjeras o interpuestas, generando la presunción de propiedad salvo prueba en contrario.

2. Las sucursales de bancos extranjeros.

Dentro de ese marco general y en torno a responsabilidad de la banca extranjera, se dicta la ley 25.738, que pareciera acotarla.

En efecto, en momentos que en doctrina¹³⁷ se hablaba de la responsabilidad de las entidades financieras, se dicta dicha ley con sanción el 8 de mayo de 2003, promulgada el 2 de junio por aplicación art. 80, C. Nacional, y publicada en B. O. 3 de junio de 2003, y ello nos motiva a un comentario preliminar de su engarce con el sistema jurídico argentino.

Conforme al ARTICULO 1° de dicha ley “Establécese que las entidades financieras locales de capital extranjero y las sucursales de entidades financieras extranjeras autorizadas por el Banco Central de la República Argentina, deberán poner en conocimiento del público en general, los supuestos en los que sus casas matrices o grupo accionario mayoritario de capital extranjero responden por las operaciones bancarias realizadas en la República Argentina y el alcance de dicha garantía”.

Resultaba ya que las sociedades controlantes radicadas en el exterior no responden normalmente de las operaciones de las sociedades locales. Lo que en cambio resulta novedoso es que la sociedad extranjera no responda por las operaciones de sus sucursales¹³⁸, contrariando abiertamente el sistema actual. La sucursal no es una persona jurídica, tiene un grado ínfimo de independencia patrimonial y subjetividad, pero no es una nueva sociedad, como lo es la sociedad nacional totalmente controlada por una sociedad extranjera.

¿Se habrá modificado ahora el sistema general en orden a las sucursales de bancos extranjeros, o lo que la ley quiera decir es que los acreedores nacionales tienen privilegio en orden al capital asignado a la sucursal? ¿O se habrá personificado a la sucursal, creando un nuevo tipo social?

Parecería una respuesta a la posición de Otaegui¹³⁹ sobre lo que el llamaba “grupo de jactancia”, conformado por los que la publicidad exteriorizaba hacia los consumidores de servicios bancarios generando responsabilidad de los controlantes externos: “En el supuesto de no proceder dicha responsabilidad, las

¹³⁷ Cfme. las citas de notas siguientes. En el reciente caso Provincia de San Luis c/ Banco Nación y Estado Nacional, el Ministro Vazquez se refirió a la responsabilidad de los Bancos, sin ahondar el tema, y también lo había prometido el entonces Presidente Provisorio Senador Dr. Eduardo Duhalde en el discurso de asunción donde comprometió la devolución de los depósitos en la moneda de imposición –no necesariamente la que figuraba en los certificados de depósito- y buscar a los responsables, que era señalar que los mismos eran los que debían responder a los ahorristas. Es un tema en que la mayoría de la doctrina no ha ingresado. Ntos. *DERECHO Y ECONOMÍA: La crisis financiera; Situación del sistema financiero argentino; La crisis bancaria: ¿Algún responsable?* en página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba <http://comunidad.vlex.com/acader>.

¹³⁸ RAISGBERG, Claudia *En caso de quiebra de la sucursal o de la filial argentina, ¿responde la matriz extranjera* en Doctrina Societaria y Concursal tomo XV p. 384 y ss. (Julio 2002).

¹³⁹ OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* como nota a fallo, en Doctrina Societaria y Concursal tomo XV pág. 31 (Abril 2002).

entidades mencionadas deberán obligatoriamente dejar establecido que sus operaciones bancarias no cuentan con respaldo alguno de sus casas matrices o grupos accionarios mayoritarios de capital extranjero”. Y conforme al aspecto de la publicidad, casi reglamentariamente la ley dispone en el ARTICULO 2° las características de esa publicidad.

Ante los clamores de responsabilidad por actos anteriores, el ARTICULO 3°, tiene un tufillo de norma retroactiva, al sostener innecesariamente (por lo referido sin exclusiones en el art. 1°) que “La presente ley se aplicará también a todas las entidades financieras que operen en la República Argentina o que hubieren solicitado autorización para funcionar a la fecha de entrada en vigencia de la misma”, que se establece en el ARTICULO 5° “al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial”. El B.C.R.A. como autoridad de aplicación emitió la COMUNICACION A 3974 (B.C.R.A.) con fecha 7 de julio del corriente año, con publicación en el B. O. el 27 de agosto de 2003, que dispone sobre las publicaciones y congruentes con nuestra apreciación inicial dispone que “Las citadas publicidades deberán cumplir con las características enunciadas en el artículo 4 de la Ley de Defensa del Consumidor”, y que el incumplimiento no generará ilimitación de responsabilidad –ni siquiera para la matriz de las sucursales, sino que “En caso de incumplimiento de la presente normativa, serán aplicables las disposiciones del artículo 41 de la Ley de Entidades Financieras”.

Parecería que la ley, a contrapelo de las normas positivas, doctrina y jurisprudencia, intenta acotar la responsabilidad de los controlantes extranjeros, pareciendo que queda a su autonomía de la voluntad fijar los alcances de su responsabilidad, al señalar en el mentado art. 1° que “deberán poner en conocimiento del público en general, los supuestos en los que sus casas matrices o grupo accionario mayoritario de capital extranjero responde...”.

Nos hemos referido desde hace mucho al exceso normativo, bajo el título *La economía del Derecho*¹⁴⁰ y particularmente a la actividad financiera, subsidiada y protegida por el Estado. En momentos turbulentos, pero ya superada la corrida bancaria, se dicta una norma innecesaria y que sin duda servirá para poner una nueva barrera a las pretensiones que se pudieran intentar contra un controlante abusivo e incluso a la matriz de una sucursal, siguiendo la normativa general vigente.

No tenemos dudas que esta ley no puede pretender aplicación retroactiva, ni modificar los supuestos de asunción de deudas o de imputación. Las responsabilidades generadas se mantendrán, y las que por actuación abusiva¹⁴¹ o

¹⁴⁰ Ntos. *La Economía del Derecho, la Realidad y la Empresa Bancaria* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Serie II obras, No. 22 p.205 y ss. de la 7a. Reunión Conjunta de Academias de Derecho, Córdoba, 10-12 de noviembre de 1988, ECONOMIA Y DERECHO, y *La Economía del Derecho* en Revista La Ley, Sección Actualidad p. 2 y ss., Buenos Aires 18 de abril de 1989.

¹⁴¹ Ntos. *EL VIEJO CORAZON DEL SISTEMA FINANCIERO* en Libro colectivo “Conflictos Actuales en Sociedades y Concursos” Editorial Ad Hoc, pág. 11, Comunicación a las Jornadas de Institutos de Derecho Comercial, Comodoro Rivadavia 5/6 de septiembre de 2002; *La protección a los ahorristas en la crisis financiera* comentario a fallo en SEMANARIO JURIDICO pág. 328 n° 1382 del 10 de octubre de 2002 Año XXV; *Derecho y Economía, el Desafío del Siglo XXI* en Revista El Derecho del 26 de febrero de 2002; *Derecho y Economía, el desafío del Siglo XXI* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2001, Córdoba mayo 2002, pág. 307; *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002; *La crisis financiera argentina* en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Año Académico 2001, Córdoba mayo 2002, pág. 321.

ilícita¹⁴² se acrediten impondrán las imputaciones y responsabilidades por los daños causados, cualquiera que sea los condicionamientos que surgieran de la declaración de las controlantes extranjeras o de su publicidad, incluso con esta ley.

Se sigue denunciando por los diarios financieros argentinos que continua generándose una exportación de capitales de Argentina hacia casas bancarias en el exterior vinculadas a controladas o sucursales nacionales, o a través de la actividad de representaciones locales, en lo que hemos llamado *indirect doing business*¹⁴³ que implicaría –ante actuaciones que son de público y notorio- una actividad claramente ilícita, no para el cliente sino para la entidad o entidades que la practican. El tema ha sido denunciado por la Comisión de Fuga de Capitales que preside el diputado nacional cordobés Dr. Eduardo Di Cola y motivo de pedido de investigación por parte de la senadora tucumana Dra. Seguí.

La ley aparece así dictada por los poderes que, desde el exterior o desde las sombras, abogan por la irresponsabilidad de bancos, entidades financieras o de inversión, so pretexto que su actuación responde a reglas de mercado, lo que es lo mismo que reconocer que no pueden alcanzarlas ni la ley de entidades financieras, ni la legislación general. Las cosas son como son, y el principio general de que quién daña –directa o indirectamente- debe responder. Sólo se habrá opuesto otra barrera para tratar de disuadir al dañado, o facilitar un arreglo, al enfrentarlo a un largo y costoso enfrentamiento al sistema judicial, que se aparta de aquella justicia rápida que justificó el nacimiento del derecho comercial¹⁴⁴.

No se trata de actuar con xenofobia contra los bancos o compañías extranjeras, que siempre han sido y son bien recibidas para el desarrollo productivo argentino, sino de marcar que quiénes no cumplan con la ley argentina no podrán eludir la responsabilidad, al igual que las sociedades nacionales. Se trata de proteger al sistema empresario en general que, de existir competencia desleal o actividad al margen de la ley, queda desprotegido y, ante tal situación, aleja inversiones legítimas. Sea esto muy bien entendido¹⁴⁵.

III - AUDITORIAS.

La temática precedente lleva a considerar la problemática de las auditorías. Las públicas han sido frágiles cuando no inexistentes, y las privadas –a las que se les transfirió la responsabilidad en la globalización financiera- no han respondido a las expectativas.

Así lo hemos sostenido en Jornadas conjuntas con especialistas en Ciencias Económicas¹⁴⁶.

¹⁴² Reportaje en REPORTE DIRECTO, diario de Córdoba del 9 de septiembre de 2002, p. 4 “El sistema bancario sólo recuperará la confianza si funciona legalmente”.

¹⁴³ *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en Zeus Córdoba, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss.

¹⁴⁴ Nto. *Realidad, economía y derecho* comunicación para el XV Encuentro de Academias Nacionales de Derecho, 23/4 de octubre de 2003 en la referida página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. El art. 13 de la ley 21526 no aparece modificada y en ella se especifica el privilegio de los acreedores nacionales sobre los bienes radicados en el país por las sucursales, y el funcionamiento de las representaciones de entidades financieras extranjeras en el país.

¹⁴⁵ Nto. *Responsabilidad de administradores societarios* en Revista de Responsabilidad Civil y Seguros de La Ley, año V n° II Marzo-abril de 2003, a p. 31 doctrina esencial.

¹⁴⁶ *En torno a la responsabilidad de los profesionales en las Ciencias Económicas* en libro colectivo para las Jornadas sobre “Responsabilidad del Profesional en Ciencias Económicas en el ejercicio de su profesión” organizadas por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Córdoba, 2003, puede consultarse en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

En general se considera que las obligaciones profesionales son de medio. No obstante se caracteriza que ciertas obligaciones de los síndicos societarios son de resultado, y entre ellos “la presentación del informe anual a la asamblea, dictaminando sobre la memoria, inventario, balance y estado de resultados”, además de “investigar las denuncias que presenten accionistas que representen no menos del 2% del capital social”¹⁴⁷.

El tema se vincula particularmente al onus probandi o posibilidades de prueba de las partes involucradas en un litigio.

La licitud de la actuación deberá observarse en cada caso, si se alcanzó el resultado –no garantizado en las obligaciones de medio, pero no por ello ausente de las conductas a desplegar- y el daño generado. En las obligaciones de resultado basta advertir que no se alcanzó dicho resultado, en las obligaciones de medios, quién pretende la atribución de responsabilidad debe allegar los elementos de convicción idóneos para demostrar que los medios empleados no fueron los adecuados, “para poner en evidencia la culpa del deudor”¹⁴⁸ bastará acreditar que no se cumplió la actividad comprometida además de la culpa¹⁴⁹, pues en el caso de la responsabilidad por omisión no debe mediar necesariamente una imposición expresa de la ley del deber de actuar¹⁵⁰.

En las cuestiones que estamos analizando, no se puede hablar normalmente de incumplimiento en sentido lato, pues existe un cumplimiento en el informe del síndico o de auditoría, pero el perjudicado sostiene que éste aparente resultado no correspondió con los deberes del profesional, por lo que es el damnificado el que debe hacer patente la culpa del profesional¹⁵¹. El resultado debe ser siempre útil, no una mera apariencia de resultado, conformado por la actividad diligente del deudor, pues la obligación no puede perseguir abstractamente una actividad diligente (tan sólo), pues a ninguna persona le puede interesar el mero esfuerzo o la diligencia de otra¹⁵².

Claro que no es tema definitivo determinar si la actividad profesional que examinamos genera una obligación de medio o de resultado, pues incluirla en una u otra categoría responde a un problema de axiología que compete a la doctrina y a la jurisprudencia¹⁵³, que no afecta a la seguridad jurídica, pues en todos los casos el inculpaado podrá probar el *casus* para exonerarse de responsabilidad con la prueba de haber observado la diligencia exigible¹⁵⁴.

¹⁴⁷ RIVERA, Julio César *Responsabilidad de los administrados sociales y síndicos* en Revista de Derecho de Daños 2001-3 “Daños en la actividad comercial” Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe diciembre 2001, pág. 39, especialmente p. 62. También puede verse COCITO ob. cit. p. 129 y ss..

¹⁴⁸ RIVERA Julio César *Responsabilidad de los administradores sociales (Necesidad de repensar sus alcances)* en JA libro 80º Aniversario, pág. 389 y ss., en especial pág. 392 que luego de sostener el doble criterio los une en la explicación. Claro que este autor es más explícito en el artículo citado de Revista de Daños cit. p. 62, pues adhiere a la doctrina que considera que puede existir responsabilidad por omisión aunque no medie la imposición expresa de la ley del deber de actuar. Sobre el tema puede verse BUERES, Alberto J. *El incumplimiento de la obligación y la responsabilidad del deudor* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1998, tomo 17 “Responsabilidad contractual I” p. 95 y ss., en especial p. 109.

¹⁴⁹ OTAEGUI, Julio César en *Administración Societaria*, n.º 82 p. 371 y ss. Ed. Abaco, Buenos Aires, RIVERA ob. cit..

¹⁵⁰ RIVERA, Julio César *Responsabilidad civil del síndico societario* Bs. As. 1985, n.º 6 1.5 págs. 46 y ss..

¹⁵¹ BUERES, ob. cit. *Incumplimiento...* p. 100; LLAMBIAS, Jorge Joaquín *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, Editorial Perrot, Buenos Aires 1967, Nos. 168 a 172, p. 190 y ss.

¹⁵² BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 102.

¹⁵³ BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 103.

¹⁵⁴ BUERES ob. cit. *Incumplimiento...* p. 95.

Adviértase que un fraude de los confeccionantes de un balance, o de algunas cuentas sociales, bien podía ser evitado –y sus daños- si síndicos y auditores hubieran cumplido adecuadamente sus tareas. El análisis del caso comprobará si las obligaciones de medio asumidas por esos profesionales podía o no descubrir los fraudes –o simplemente errores-. O sea que la cuestión esta ligada a la modalidad del cumplimiento inexacto de la obligación de medio, por lo que se alcanzó un resultado aparente, que luego apareció como inadecuado. Y nada tan fácil de determinar en la evolución de una empresa como la inexactitud de manifestaciones en la apreciación de documentación contable. Que el resultado no sea afianzada no quiere decir que estén exentos de responsabilidad. Lo que suele estar en cuestión es el alcance meramente aparente del resultado, que encubre información falsa o distorsionada. Nunca hemos visto un supuesto en que el profesional liberal señalaba que no podía cumplir el resultado –informe del síndico o del auditor-, pues siempre prefieren solventar el problema a través de notas de sobreseimiento confusas o difusas.

¿Y cual es el resultado no afianzado que debía alcanzarse? El exhibir documentación contable veraz. En el caso no hay incumplimiento del resultado, el mismo se exhibe siempre, lo que no quiere decir que cumpla con el requisito de veracidad o “visión segura” sobre la idoneidad de la información brindada (*true and fair view*), que impone que cuando de las disposiciones normales no se produzca dicha imagen fiel, debe producirse diligencias o informaciones complementarias¹⁵⁵. Si esa visión no se alcanza, el resultado presentado habrá sido aparente, y es el profesional el que deberá asegurarse de su desinclinación acreditando el *casus* (no culpa).

En nuestro país no se iniciaron las investigaciones que se generaron en EE.UU. por los casos World Com, Enron, Vivendi, Tyco y tantos otros nombres de Wall Street, pero que conmoveron nuestras estructuras, como las innumerables quiebras de Bancos en años anteriores, algunos actuales, el de Aerolíneas Argentinas S.A., y tantos otros que con acuerdos indignos y manejos pocos claros han transferido la insolvencia a sus trabajadores, proveedores y acreedores. La crisis de Wall Street dice mucho de los riesgos que acechan a un capitalismo librado a su propia potencia salvaje¹⁵⁶, que se corresponde a nuestro criterio a una ilícita globalización financiera, que nada tiene que ver con la globalización económica, declamada y al mismo tiempo postergada por las primeras potencias con su política proteccionista. Sin embargo es de nuestro conocimiento la promoción de algún juicio contra auditores y las empresas extranjeras de las que dependen, por daños causados en su actividad profesional.

Vivimos una crisis, con índices desfavorables de la balanza comercial o por lo menos la de pagos, déficit presupuestario pese a los magros aportes para la intelectualidad, capitales que se esfuman como golondrinas, crecimiento de la deuda externa y de sus intereses, con la sobrevaloración del dinero sobre la solidaridad, lo que presagia un mayor empobrecimiento futuro, desocupación, inseguridad jurídica y material por diversos factores.

IV - MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA y BANCOS

¹⁵⁵ GONDRA ROMERO ob. cit. pág. 575.

¹⁵⁶ LACOLLA, Enrique *El estallido de la burbuja* Editorial en La Voz del Interior, 23 de julio de 2002, pág. A 10.

Cuando se advierten errores en los informes de Auditorías, es que aparecen los quebrantos en el sistema, sea en el general societario o específicamente en el campo de las sociedades de seguros y de bancos.

Hemos referido los efectos devastadores de la globalización financiera. La globalización económica –mejor dicho la financiera- exige el aseguramiento de la libre migración de capitales y la estabilidad de su valor (inconvertibilidad).

Pero los verdaderos desafíos se ubican en el plano del derrumbe del sistema bancario¹⁵⁷, que lleva a una contracción brutal del crédito, seguida rápidamente por la contracción de la producción... Así se comienza, prácticamente de un día para otro, con la insolvencia de los bancos locales, con el agotamiento inmediato del crédito para las empresas y el inicio de quiebras bancarias en serie. El agotamiento del crédito es muy brutal porque los bancos internacionales pierden la cabeza. Suspenden el refinanciamiento de los bancos locales mediante el retiro de sus depósitos interbancarios –induciendo la corrida a favor de otras entidades financieras en el exterior que las controlan o con las que se vinculan, realizando lo que hemos cuestionado como *doing business indirecto*- y la ruptura de las líneas de crédito aprobadas hasta ese momento. Ahora bien, eran los bancos internacionales, y no los raquíuticos “bancos centrales” nacionales, quienes garantizaban antes la liquidez bancaria. Ni los bancos, ni las empresas locales, ni el gobierno en el caso de Indonesia, pudieron entonces continuar asegurando el servicio de su deuda privada o pública y todavía menos el reembolso de los préstamos a su vencimiento. Entonces el FMI, ante la catástrofe, debe intervenir simplemente para evitar que esos países se declaren insolventes. Pero no lo hace a la manera de un verdadero prestamista en última instancia (como lo hace la Reserva Federal del gobierno de los Estados Unidos, la Fed), que crea liquidez sin plantear, en ese momento, la menor pregunta o la menor condición. El FMI interviene acompañando su oferta de préstamo (que generalmente concreta con bastante o mucha lentitud) de condiciones draconianas, cuyos efectos son fuertemente “procíclicos” y no hacen más que agravar la recesión. ...”

“Parecen estar pasando los tiempos en que el F.M.I. se excedía en sus funciones específicas y, transformado en gendarme de la economía mundial, administraba recetas recesivas a mansalva y dilapidaba sumas siderales en el financiamiento de pretendidas políticas estabilizadoras que se despeñaban en el fracaso. .. Poco o nada les importaba las gravísimas tensiones socioeconómicas que producían¹⁵⁸... La Comisión de Asesores sobre Instituciones Internacionales, del Congreso de EE.UU., ha difundido un documento muy crítico al respecto. Sostiene ese organismo que el Fondo no demostró la capacidad suficiente para evitar a tiempo procesos que desembocaron en crisis. Más aún, “producidas estas crisis, recomendó medidas que tendieron a reducir los costos de los agentes financieros y a cargarlos sobre las espaldas de las poblaciones. Debido a estas medidas, los bancos han logrado no hacerse cargo de los costos que deberían estar asociados con el fracaso de los préstamos de alto riesgo”... Los negocios bancarios y financieros eran la prioridad, la calidad de vida de los pueblos abrumados por las políticas restrictivas jamás tuvieron lugar en sus agendas...la presión que ejercitaron sobre la Argentina para que se produjese la cesantía de 100.000 mil empleados públicos, precisamente en momentos en que se encendían en las calles de la mayoría de las ciudades los fuegos de la protesta masiva de centenares de miles de personas laceradas por el hambre y la marginación. La Comisión de

¹⁵⁷ sigue Chesnais en su *Introducción* a la edición española.

¹⁵⁸ La Voz del Interior, Editorial A 10 16.8.2003.

Asesores no olvida, por cierto, que la burocracia presentó durante una década a la República Argentina como ejemplo de economía admirablemente administrada; lo hizo hasta cuando existían claras evidencias de que el sistema de convertibilidad llevaba a nuestro país a la catástrofe".

¡ En fin! Cada uno hace lo que puede. La cuestión será ver que hacen los bancos, que son un escándalo de corrupción en este país¹⁵⁹.

El estado del sistema financiero permite determinar cierta actividad ilícita¹⁶⁰.

Hoy advertimos que las predicciones, que es el arte del abogado, se han cumplido, lamentable y dolorosamente para el país... Rememorábamos el déficit cuasi fiscal, lo que ocurrió con la quiebra de más de 380 bancos desde el año 78' al 89', generando un monto de pérdidas para el Estado, similar a la Deuda Externa. El ejercicio de ese año, en el balance del Banco Central de la República Argentina debió ser modificado por la negativa del Síndico a firmarlo al contener partidas carentes de contenido patrimonial real, tal cual habíamos expresada en el 7º Encuentro de Academias.

Cuando se mira lo que está ocurriendo hoy, tiene que mirar quien cerró la válvula de seguridad de la olla a presión y la dejó en el fuego. Que después hayan venido manos inexpertas y hayan abierto esa olla a presión y que el daño haya sido mayor que el que necesariamente se iba a producir, es otro aspecto, que no elimina la responsabilidad de los que prepararon la explosión. Lo explicábamos hace 8 años al indicar que los gobiernos que tomaban deuda, nacionales, provinciales o municipales sólo pretendían salvar su período pero no salvar al país.

La desocupación, el subempleo, la pauperización de los salarios es un producto de determinadas políticas económicas y estatales permisivas. No debe ocultarse que el deterioro del salario se agravó con la devaluación, pero comenzaron a corregirse las estructuras productivas en una forma promisorias, pero que no debe hacernos descuidar de nuestro rol de fiscales.

Esto hay que tenerlo bien presente, porque por una visión cortoplazista e individualista, se puede llegar a creer que haciendo algo mágico, como volviendo a la Convertibilidad, tomando las recetas de algún presidente o de algún Ministro de Economía que gozaron de prestigio se van arreglar las cosas como si fueran tocadas por una varita milagrosa.

Hay una subversión axiológica, se han alterado los valores de la economía. El problema es de una gravedad tan inusitada, que obliga a poner en claro los conceptos, de lo económico y jurídico. Lo financiero, lo accesorio, ha ocupado el centro de la escena desplazando lo principal: la actividad económica productiva. La Economía es la Ciencia de la creación de riqueza y de su distribución; lo financiero representa una parte accesorias. Es correcto que lo financiero obtenga una parte de la ganancia del sector productivo al que apoya. Pero lo único que genera riqueza es el sistema productivo y de distribución. Cuando lo financiero toma toda la utilidad ahoga a lo productivo, aumenta el riesgo operativo por lo que cobra más intereses asfixiando al resto del sistema capitalista y llevando en su seno la autodestrucción.

Si no vuelven las inversiones a lo productivo, no sólo va a haber más desocupación y quiebras, sino también se va a comenzar a perder grandes porciones de lo que la gente supone tiene invertido, sea en un fideicomiso, en un

¹⁵⁹ ALLENDE, ob. cit. pág. 107.

¹⁶⁰ Ver la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y los trabajos citados en notas anteriores y otros incluidos en la misma.

fondo común de inversión, en títulos derivados o en un banco. Ahora el inversor se siente seguro, porque no tiene dinero en un banco argentino sino en un banco extranjero. Claro que no quieren ver lo que son ciertos Bancos extranjeros, particularmente los asentados en paraísos fiscales: sólo un montón de placas en un viejo edificio de oficinas, atendido por poco personal con buen sistema de computación y donde no existe ningún tesoro en el que puedan encontrar sus ahorros. Es la típica banca llamada eufemísticamente "off shore".

Pero vamos al centro de la cuestión: ¿Qué responsabilidad tienen los bancos en la crisis financiera? Si de los 2.500 gendarmes o 10.000 policías que estaban controlando los piquetes en el Norte, se hubieran destinado 200 a las "cuevas financieras" se podría haber evitado nuestra situación. Esto ya lo había anunciado, frente a una mesa redonda con funcionarios del Ministerio de Economía, el 6 de Abril del año 2001. El problema continúa. Según el Dr. Eduardo Di Cola, Presidente de la Comisión de la Cámara de Diputados que investiga la fuga de capitales de la República, los residentes argentinos tienen depositados en el exterior 150 mil millones de dólares, o sea en la jerga americana 150 billones de dólares, que siguen siendo gestionados desde Argentina. Y la semana pasada, en los diarios del 15 de octubre que dicha Comisión pasó un dictamen a la Justicia del Crimen como conclusión de su investigación.

Esto impone preguntarse: ¿Cómo está organizado el sistema financiero en la Argentina? La Ley de entidades financieras impone que un Banco sea operado por sociedades comerciales regularmente constituidas, sociedades anónimas o cooperativas; además, tienen que estar organizados como empresas financieras, o sea, con capital suficiente, capacidad funcional adecuada, directores técnicos.

Dentro de ese esquema, existen bancos sociedades argentinas, autorizados por el Banco Central que operan integralmente; otras son sucursales de bancos extranjeros -muy pocas- que han acreditado una afectación patrimonial suficiente y obtienen la calidad operativa de bancos extranjeros autorizadas para operar integralmente en el país. Y una tercera categoría son las representaciones locales de bancos extranjeros, que son meros agentes locales autorizados por el banco extranjero que se presentan ante el Banco Central; y éste, una vez que acreditan personería los autoriza a asesorar, exclusivamente pues no pueden gestionar ni hacer ningún tipo de operación en la Argentina.

Pero ¿Cómo opera alguna banca en Argentina?

¿Cómo operó hasta el 30 de Diciembre de 2001? Ponemos un ejemplo claro en la boca de un inversor: tenía hipotéticamente 10.000.000 de dólares y el día del vencimiento decidió renovarlo -me estaban dando el 12% o el 13% sobre dólar -; pero mi asesor financiero -o sea el Banco donde tengo el depósito- me advierte que la situación no es buena y me sugiere trasladarlo al extranjero: "Ud. retira el depósito, y nosotros le abrimos instantáneamente la cuenta en donde Ud. quiera y lo trasladamos a algún lugar del Caribe o de Europa".

¿Donde deseaban que se abra esa cuenta? Dividamos el monto entre Islas Cayman y Suiza. Entregaban dos juegos de fichas, lo hacían firmar en casa a la señora y al día siguiente se llevaban los formularios al Banco donde daban en pocos minutos los números de las cuentas en el extranjero; se suscribía la cancelación del plazo fijo sin otra manifestación, lo que conforme las indicaciones en el título implica que recibía el dinero en efectivo, y se entregaba como comprobantes dos fax uno de Islas Caimán y otro de Suiza, que documentaban que ambos depositantes habían concurrido a Suiza y a Islas Caimán,

conjuntamente, a la misma hora, depositando cinco millones de dólares en cada cuenta, faxes que documentaban cada depósito.

¿Esa operación era legal o ilegal antes del 30 de noviembre? Era de público y notorio esa actividad, y ustedes conocen directamente, o por clientes o parientes las modalidades operativas.

La operatoria descripta era y es absolutamente ilegal. Hubiera sido legal hasta el 30 de noviembre si hubieran exigido que la cuenta se encontrara abierta en el extranjero -no la podían abrir ni gestionar desde el país, conforme lo previsto por el art. 13 de la ley de entidades financieras para las representaciones locales de bancos extranjeros-. El trámite es ilegal, se denomina “indirect doing business”, y se realiza a través de la computación, simulando que lo hacen en otro lado, pero en realidad esta hecho desde aquí¹⁶¹.

En esa operación el dinero no salió del país. No hubo ni barcos ni aviones, ni saturación de cajas de seguridad respecto a esas operaciones. El dinero no salió del banco de origen del depósito, se trasladó contablemente.

Agregamos algo mas, para la legalidad de la acción, además de deber tener anteriormente cuenta abierta afuera, el Banco depositario argentino debía informar de la transferencia al B.C.R.A., no para pedirle autorización sino por razones de programación y control.

Insistimos, las representaciones locales de bancos extranjeros no pueden abrir cuentas ni pueden gestionar depósitos o extracciones. Eventualmente se debió hacer la transferencia a cuentas ya abiertas, con noticia al Central para que la Superintendencia del Banco pudiera tomar medidas si advertía un giro al exterior excesivo.

Pero de esto el Banco Central no sabía nada oficialmente, porque los Bancos formalizaban el “doing business” indirecto. Manejaban los fondos como si hubieran salido, como si se los hubiera llevado el depositante y por eso se fabulaba que había tanto dinero que estaba abarrotando las cajas de seguridad en Argentina.

El Senado de la Nación acusa al BCRA por su desempeño en el 2001, así informa la La Voz del Interior el 16 de septiembre de 2002 en pág. 6 A. porque los legisladores aseguran que no adoptó medidas precautorias. “El sistema financiero ha estado en una absoluta falta de control por parte de quienes tienen la responsabilidad de controlar. El BCRA no ha dado cuentas todavía de su responsabilidad en la crisis bancaria” sostuvo la senadora tucumana Malvina Seguí, quién señaló que en el informe redactado por unanimidad por la Comisión Investigadora de Entidades Financieras del Senado, que preside, se explicó que “se tomaron los años 1999 y 2000 para ver si en ese período previo hubo signos en el sistema financiero que sirvieran de alerta o anticipo de que estaba por ocurrir una crisis. Se puede afirmar perfectamente a que esos signos evidentes fueron muchos. La Argentina ya los había vivido durante el tequila, y sin embargo se dejaron pasar sin tomar las medidas necesarias para proteger a los ahorristas de menores recursos. Primero se retiraron los inversores y ahorristas extranjeros con bastante anticipación, después los depósitos de los argentinos por encima del millón de

¹⁶¹ El sistema es ilegal, las representaciones de bancos extranjeros no están autorizados a operar en el país, sólo pueden asesorar, pero realizan el llamado “indirect doing business”, conforme una nociva globalización financiera. Cfme. FREDDI, Albino *Codice Annotato delle sanzioni per l'intermediazione finanziaria. Gli illeciti amministrativi del T.U.F. e del Regolamento Consob n. 11522/1998 e i relativi provvedimenti della Consob*, Giuffrè Editore, 2002.

pesos, mientras los pequeños ahorristas seguían teniendo confianza en la liquidez del sistema, y cuando cayó la confianza en la convertibilidad se los alentó a que convirtieran sus depósitos sabiendo que era imposible sostenerlo porque las reservas se perdían minuto a minuto. Los indicios de que habló la senadora, revelan que al producirse la crisis ya se habían llevado a cabo sendos procesos de concentración y desnacionalización: las entidades bancarias habían pasado de 203 a 88 en 2001, mientras que los bancos privados de capital extranjero habían concentrado el 47,9 de los depósitos merced al publicitado “respaldo” de sus casas matrices”.

Pero esa operatoria ilegal dejaba un problema contable. Si el Banco hubiera realmente entregado el dinero al depositante, hubiera faltado el dinero en la caja del Banco pues la tenía prestada y no disponible como había simulado. ¿Cómo hacían? Se llama triangulación: en relación a la operación supuesta descripta, el banco depositario pedía un préstamo a sus controlantes o vinculadas en el exterior –a las que dirigía los dos depósitos- para compensar la salida-. O sea 5.000.000 a Suiza y los otros 5.000.000 a la sede de Islas Caimán. Es el problema del asiento físico. El comercio electrónico, la publicidad realizada desde un territorio con distinta jurisdicción al que se dirige la propaganda ha generado y genera interesantes cuestiones, ya debatidas hace más de 50 años en el caso “Piedras Negras Broadcasting Co. v. Commissioner”¹⁶², vinculados a la presencia física. Claro que en muchos casos, como el de la banca off shore, el asiento físico de la operación implica una violación a la ley local, generándose la apariencia contable – gracias a la transferencia electrónica de datos- que se generó a miles de kilómetros de donde realmente estaban los clientes, simulándose su presencia.

Hubiera bastado la bancarización del sistema y la prohibición de girar al exterior, para haber evitado el caos y la expropiación de los depósitos.

Pero claro ¿Quiénes se llevaron los fondos? ¿En que orden? El sistema financiero ilegal, conectado con el aparentemente legal tuvo protagonismo decisivo. Recuerden que después del decreto 1570/01 se siguió sacando el dinero a través de operaciones de Bolsa, había infinidad de formas para personas que estuvieran bien asesoradas. Y los funcionarios del Banco Central? Bien gracias, gozaban de buena salud, pero todos los sistemas de la especulación financiera le evitaban un conocimiento formal de lo que públicamente estaba ocurriendo.

¿Cómo arregla el Gobierno el sistema bancario? ¿Cómo lo reactiva? Él único que gana hoy en la Argentina es el que realiza especulaciones financieras.

Nos dirán que, como el sistema legal no funciona, se debe abrir paso a otra cosa. Eso se corresponde a lo que suele llamarse leyes de mercado, que equivale a decir que no hay ley alguna. Es terrible intentar justificar lo ilegal porque el mercado lo requiere.

La banca ilegal, llamada eufemísticamente “off shore” ha ampliado el “catálogo de ofertas”, otorgando tarjetas de crédito liquidables directamente en el exterior, que evita los controles de la AFIP a la relación gastos y declaración de ganancias, e incluso que le permite retirar dólares en todo el mundo, incluso en algunos cajeros automáticos de nuestra República.

Afrontar la ilegalidad del sistema implica afrontar el problema estructural. Y lo debemos hacer ante lo que es de público y notorio, no esperar la prueba formal para iniciar un proceso de fachada que descarte o cuestione esa limitada prueba.

¹⁶² HERS, Lilita Isabel *Frenos y aceleres en la nueva economía* en R.D.C.O.pág. 634 y ss., específicamente pág. 651, Buenos Aires 2001, año 34.

En el caso Provincia de San Luis c/ Banco Nación y Estado Nacional, el Ministro Vazquez se refirió a la responsabilidad de los Bancos, sin ahondar el tema, y también lo había prometido el entonces Presidente Provisorio Senador Dr. Eduardo Duhalde en el discurso de asunción donde comprometió la devolución de los depósitos en la moneda de imposición –no necesariamente la que figuraba en los certificados de depósito- y buscar a los responsables, que era señalar que los mismos eran los que debían responder a los ahorristas. Es un tema en que la mayoría de la doctrina no ha ingresado.

Los caminos del derecho suelen enmarcarse en ciertos supuestos, particularmente los extremos generados por la insolvencia en la extensión de la quiebra, que genera una subordinación legal a los acreedores de la quiebra original. Atento a ello y para casos donde no hay quiebra –ni concurso- aparece como más interesante la extensión de responsabilidad o la imputabilidad aditiva organizada por la última parte del art. 54 de la ley de sociedades bajo la denominación de inoponibilidad de la personalidad jurídica. También es un tema la responsabilidad de administradores, incluso directa a que referimos en los aspectos concursales. Pero particularmente por la violación a la ley de entidades financieras la actividad ilícita, que resulta también del grupo de jactancia, sobre el que ha trabajado el Académico Prof. Dr. Julio César Otaegui, como variante del uso de marca y la responsabilidad por la ley de consumo.

Sorpresivamente, cuando se rechaza en estados extranjeros conocer al titular o titulares de cuentas, en la purga de la policía bonaerense, ante el enriquecimiento ilícito de sus funcionarios, en la corriente semana se detectaron transferencias importantísimas de divisas a paraísos fiscales, sin duda a través de lo que llamamos *indirect doing business*, mencionándose a un banco extranjero que lleva similar nombre al del controlante de un banco que lleva el nombre de una localidad bonaerense.

V – ADUANA. DUMPING.

En un determinado momento se fomentó la importación irrestricta, generándose un fenómeno que se popularizó bajo el rubro de “aduana paralela”, pues lo único que interesaba era que bajaran los índices del costo de vida para hacer aparecer el plan de convertibilidad como si fuera un plan económico.

1. El caso de la Aduana es paradójico. Se ha abierto en virtud de la violación a los Derechos Humanos, por la muerte de uno de los investigadores. Bienvenido, pero el país fue arrasado por una política prebendaria y antiproduktiva, facilitando tortuosamente importaciones y exportaciones que sangraban al país, sea para evitar importaciones sin pagar arancel que destruyen el mercado productivo interno, como las exportaciones con subfacturación. Lo hemos conocido directamente en una causa judicial. En ese caso, además de otras irregularidades, se acreditó que dictada resolución absolutoria por la propia Aduana, conforme lo que se perseguía en el juicio que resistía, demoró más de un año y medio en hacer una notificación calificada por ella misma como urgente, como forma de evitar la INVESTIGACION de lo revelado en autos: que habían ingresado 2707 vehículos similares y sólo 90 estaban bajo sumario.

El llamado caso del contrabando de Oro es paradigmático, claro que rápidamente se me contestará que “esta en manos de la Justicia”. Los verdaderos responsables gozan de muy buena reputación.

2. DUMPING.

Directamente vinculado a Aduana son las maniobras de dumping. Si bien existen normas legales adecuadas, la burocracia estatal y los intereses económicos de sectores especuladores no permiten que funcionen, por lo que correspondería¹⁶³ la aplicación del sistema general de responsabilidad.

Los países ya desarrollados garantizan la subsistencia de sus empresas (sociedades o grupos) generando trabas arancelarias o paraarancelarias a los productos de países emergentes que no respetan el “mínimo social” o sea los salarios o seguridad de los trabajadores, por considerarlas prácticas de “dumping”; imponiendo sus legislaciones de protección a los derechos intelectuales para recibir los fondos por las licencias en su balanza de pagos. Y, ante la necesidad de capitales, por su prestigio y recursos de su balanza de pagos, absorben cuando necesitan fondos del mercado mundial aumentando las tasas de sus bonos públicos (Bonos del Tesoro de U.S.A.), generando corridas de los capitales golondrinas, hoy acentuada por un pánico auto generado por sus conductas especulativas anteriores.

Hemos subrayado¹⁶⁴ la baja respuesta de la burocracia estatal en la aplicación de las propias leyes y en destrucción de la industria nacional que no cuenta con lobbies o factores de presión.

La noción de daño o perjuicio en la legislación antidumping, tiene características especiales, donde se mezclan concepciones de derecho privado y público.

Por una parte la instancia de los procedimientos por la industria o rama de la industria afectada marca un tono privatístico. Por otra parte la noción extendida al daño eventual o potencial, pero imponiendo una cuantificación, importa introducir más la noción de medidas precautorias que reparatorias, aunque se vincula la sanción de la autoridad de aplicación, a favor del país, con la valorización de ese daño potencial.

Es que aquí juega la valoración, en una disciplina en desarrollo, con intereses contrapuestos entre los grandes grupos económicos y el desarrollo nacional o regional, de aspectos aparentemente contrapuestos entre el principio extranacional de libertad de comercio (globalización económica y financiera) y la industria nacional o regional, los consumidores.

De allí que entendamos que la autoridad de aplicación deberá tener fundamentalmente en cuenta el “interés público” o un “interés nacional” que debe escapar a lo meramente coyuntural para apreciar lo estructural prospectivo, particularmente en la afectación al desarrollo o nacimiento de la industria nacional, que incorpora otro elemento: el factor empleo, la mano de obra agregada, que son elementos esenciales para el desarrollo social. Se trata de un grado de discrecionalidad evidente que impone su análisis por personas de probada capacidad técnica, pero también compenetrados de una política de Estado clara. Sólo así se podrá evaluar claramente la existencia de “perjuicio importante” y determinar los mecanismos compensatorios correspondientes para evitar la continuidad del daño.

Ello sin perjuicio de alentar, aún oficialmente, la promoción de acciones de los particulares contra el exportador/importador que ha realizado una maniobra

¹⁶³ *Daños causados por dumping* pág. 57 y ss. libro DAÑOS Globalización – Estado – Economía, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000.

¹⁶⁴ Nto. *Daños causados...* cit. en nota anterior.

de “dumping” para la satisfacción del daño causado conforme los principios tradicionales del derecho privado.

Como siempre, bajo la utopía de que un Estado más pequeño burocráticamente, pero más eficiente, reaccione contra la anomia del sistema.

La incapacidad de reacción del gobierno y la aplicación de las salvaguardias o restricciones, resulta paradójica, llevando a que el Secretario de Industria aconseje a los industriales del calzado a comprar y reexportar al país vecino sus propios productos para devolver como un “boomerang” el efecto económico. La Cámara de la Industria del Calzado considero inaudita la propuesta, dudando si se trata de una “propuesta seria o no”, sugiriendo una agresión comercial al país al que se le acusaba de “dumping”. La aplicación del sistema jurídico queda así deslucida ante la burocracia oficial, y librada la cuestión al “canibalismo” económico¹⁶⁵.

Bien ha dicho FRIAS en “Conductas públicas para crecer” 7 “El crecimiento es imposible si no hay seguridad jurídica, que ofrece un marco legal confiable, estable y predecible. Para que sea así, es indispensable que las políticas se decidan y se ejecuten según la “lógica de las reglas” y no según la “lógica de la discrecionalidad” tan frecuente en la escena pública”.

VI - FACTURA DE CRÉDITO.

Prueba de la gravitación de la economía sobre la política y el derecho, fue el obrar abusivo de los grupos económicos que han introducido el sistema o contrato de subprovisión para financiarse y disminuir sus riesgos, con su resistencia a la factura de crédito y los objetivos de la misma.

En Argentina ante la falta de satisfacción al crédito que otorga la subprovisión a los grandes grupos económicos, que no se documenta, que no tiene plazo de financiación, que no carga intereses por esa financiación, mientras los bancos sectorizan el crédito haciéndolo a costos inviables para el interior – desconociendo las experiencias que brinda la UE-, poco puede esperarse de una economía, que se basa en el respeto a lo financiero y desaliente políticas de desarrollo.

Es bien claro el derecho comparado sobre el punto, que fija límites temporales bajísimos para el plazo de pago en el contrato de subprovisión, imponiendo a su vez su instrumentalidad en cuentas bancarias o títulos de crédito, como forma de acceso al mismo.

VII LEVERAGE BUY OUT – PRIVATIZACIONES.

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo del 12 de julio de 2001 en la causa “CHUBUT, Provincia del c/ Centrales Térmicas Patagónicas S.A. s/ Sumario”, consideró ilegal y de nulidad absoluta el apalancamiento financiero resuelto por el grupo mayoritario de la sociedad demandada, haciendo asumir a ésta las deudas que esos accionistas habían tomado a su cargo en el proceso licitatorio.

La Corte hizo referencias a que las resoluciones asamblearias realizadas desde el año 1994 donde se habían resuelto por el grupo mayoritario la asunción por Centrales Térmicas Patagónicas S.A. de deudas no contraídas por ella, son nulas de nulidad absoluta, pues lo socios de la demandada no estaban habilitados para deliberar y decidir cuestiones que atentasen contra el interés social y orden

¹⁶⁵ Noticia publicada más extensamente en La Voz del Interior del 26 de enero de 2001 pág. 7 A, sobre Economía.

público y las buenas costumbres, que además agravaron ilegítimamente la situación patrimonial de una empresa cuyo objeto concierne al interés general.

De esta manera la Corte se pronunció en una cuestión que fue introducida solapadamente con las privatizaciones en la década del 90 el llamado apalancamiento financiero con la sociedad para asumir deudas de los socios, denominado eufemísticamente “leverage buy out”, aceptando por alguna legislación para supuestos diferentes, y rechazada por otra en cualquier supuesto.

Adviértase que la cuestión fue promovida por el socio provincial y no por el Estado Nacional, que luego necesariamente adhirió pero que venía tolerando ese apalancamiento financiero.

La calificación que hace el máximo Tribunal elimina toda cuestión en el derecho argentino, y la determinación como actos nulos de nulidad absoluta, inconfirmables e imprescriptibles, trae a cuento algún otro caso como el de Aerolíneas Argentinas¹⁶⁶.

2. Lamentablemente en el caso de Aerolíneas Argentinas sólo actuó el Estado Nacional en una confusa y lamentable gestión. Sin duda la visión nacional del leverage buy out practicado en las privatizaciones era tolerante, pese a su incompatibilidad con la legislación societaria argentina.

El Dr. Domingo F. Cavallo y otro Contador –ambos cordobeses- generaron un arbitraje de fin de semana, donde se aceptó lo que la Corte tipifica nulo de nulidad absoluta: que la Sociedad Aerolíneas Argentinas S.A. tomara a su cargo lo que los accionistas que adquirieron del Estado el 85% de esa Sociedad libre de pasivo debían pagar al Estado¹⁶⁷. O sea que es un caso mucho más grave que el que falló la Corte. De allí, en el año 1992 quedó en insolvencia Aerolíneas Argentinas S.A. trayendo los perjuicios al Estado, los trabajadores y a la comunidad argentina que son de público y notorio.

Por eso el Diputado Nacional Dr. Alberto Natale en "Privatizaciones en Privado" dice: “¿Cómo fue posible que en 4 días, desde el 17 de julio hasta el 21 se negociaran todos los acuerdos que el ministro nos había anticipado el jueves 16, un día antes, según dijo, de que se iniciaran las discusiones? La computadora indiscreta de un estudio jurídico de Buenos Aires, que no era justamente de abogados del Estado, nos trajo la respuesta: en la versión del 13/7/92 figuran los borradores de la nota de reclamos que el ministro pasaría luego a Aerolíneas Argentinas S.A. el 17.7.92; con la misma fecha figura la nota de respuesta de ARSA al ministro; el 20.7.92, el acuerdo entre Ruben Domingo Poncio, por el Estado, y Horacio Fargosi por ARSA, y el convenio final entre el Ministro de Economía, ARSA y demás partícipes, del 21.7.92. La computadora indiscreta contó la verdad”. Ello estaría reflejado en la causa 15255/01 iniciada el 18.10.01 caratulada Stornelli s/ denuncia, radicada en el Juzgado n° 3 de Comodoro Py en la Ciudad de Buenos Aires..

Así el leverage buy out¹⁶⁸ generado en esos casos, y particularmente el de Aerolíneas Argentinas, constituye un clásico caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde el año 1992, y que

¹⁶⁶ Sobre la ilegitimidad de esa práctica y la cesación de pagos puede verse FERRER, Patricia *La compra apalancada del paquete accionario (leverage buy-out). Efectos en el supuesto de cesación de pagos de la sociedad* en RDCO p. 605 n° 203, septiembre de 2003.

¹⁶⁷ Sobre la ilicitud de este proceder en general *Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale* de ACCINNI, Giovanni Paolo, pag. 193 Rivista delle Società enero febrero 2001.

¹⁶⁸ *Operazioni di leveraged buy out ed un preteso caso di illiceità penale* por Giovanni Paolo Accinni a pag. 193 Rivista delle Società enero febrero 2001

fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyendo el poder ejecutivo a la esfera del poder judicial¹⁶⁹, y condenando indirectamente al Estado a soportar la pérdida de su posición en la sociedad, como la de sus trabajadores, que no sólo perdieron el valor de su participación accionaria sino también sus empleos, y las consecuencias que son de público y notorio.

El caso de Aerolíneas Argentinas S.A. es emblemático, pues se la dejó en insolvencia casi desde su misma privatización, con diversos artilugios –seudo legales- generados por funcionarios públicos otorgando beneficios no previstos contractualmente. Se contradujo todo lo que se sostiene desde la doctrina del derecho concursal en torno a adelantar las soluciones cuando aparece el estado de cesación de pagos o de insolvencia o de dificultades financieras insuperables, y tardíamente se recurre a la suspensión de pagos, cuando ya existe un inmodificable estado de insolvencia. Empresas españolas fueron instrumento de esos operadores económicos ajenos a las mismas, que las arrastraron con un espejismo.

3. En el caso de Aguas Argentinas se habría usado el mismo sistema que se había usado en Aerolíneas Argentinas. Por Decreto 149/97 el gobierno habilita la instancia negociadora, bajo la consideración que es posible que la empresa demande judicialmente al gobierno –lo que luego esta desmentido por una serie de informes de asesores independientes-, y por Dto. Presidencial 1167/97 de noviembre de 1997 se aprueba el Acta-Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Empresa Aguas Argentinas.

4. En Aeropuertos Argentinos se intenta la misma maniobra, se habilita la instancia negociadora, se designa una Comisión para renegociación por el Estado de tres miembros, pero se les complica –igual siguen adelante- cuando el miembro jurídico Dr. José Antonio Hernández sostiene que los contratos administrativos son no renegociables.

La semana pasada, al viajar a Rosario (obviamente vía Buenos Aires y Santa Fe, ante el desmantelamiento del sistema en el interior del país), advertimos que la obra del Aeropuerto Córdoba estaba a cargo de Riva S.A. Empresa Constructora, paradójicamente de la que era titular el Sr. Riva, Presidente de Aerolíneas Argentinas S.A. en su primera –y ruinoso- etapa como empresa privatizada. Debe recordarse que el 55% del capital accionario había sido adquirido por empresas o empresarios argentinos y sólo el 30% por Iberia, como operador técnico.

Ahora se ha dictado una ley para autorizar al Estado a renegociar los contratos. La contradicción es que no se ha cuestionado las renegociaciones anteriores a las que referíamos y que motivó el análisis jurídico de un académico, apuntado en el párrafo anterior.

5. En el caso de la privatización del Correo, la sociedad concesionaria –que hoy se debate en cesación de pagos- consiguió que la Secretaría de Comunicaciones aceptara que los fondos para el despidos de 10.000 empleados fueran considerados

¹⁶⁹ *La reparación de daños y el acceso a la justicia (visión de un comercialista)* en libro “Estado, Poder Judicial y Derecho de Daños” de pág. 71 a 87 Coordinado por el Prof. Carlos A. Ghersi “DERECHO DE DAÑOS. Economía. Mercado. Derechos personalísimos”, Edición Abeledo Perrot, Buenos Aires 3 de junio de 1999 ISBN 950-20-1215-1, en cap. I.

eufemísticamente “inversiones”, y por tanto se diera así por cumplidas las metas en ese rubro...

Este es el momento de investigar a fondo esta cuestión, que sin duda se practicó en otras privatizaciones o concesiones, ayudando al Gobierno en el análisis de tarifas.

6. Lo ético está directamente ligado al desarrollo de la empresa privada: por una parte la corrupción o políticas poco transparentes en las privatizaciones de servicios o empresas, o en la renegociación de contratos, han generado un costo argentino –que junto al financiero- aleja la competitividad mundial de las empresas radicadas en Argentina.

No se podrá superar el estado de desconfianza mientras no se apliquen los instrumentos que brinda el derecho para la investigación profunda de lo acaecido en la última década. Sólo así se podrá restablecer el respeto a las inversiones serias.

El punto se encuentra ligado al tema de las auditorías, pues exigidas por el Estado, se autorizó la contratación de las mismas como “inversión”, generando todos los riesgos que se han advertido a la fecha en el mercado norteamericano.

Hoy se plantea el aumento de tarifas, pero ante un mercado cautivo el método impondría que primero se revisara el acabado cumplimiento del contrato de concesión o privatización. Sugerimos que las Universidades Nacionales eran las únicas en condiciones de hacerlo, nuestra iniciativa de hace cinco años llegó a los máximos niveles, pero siempre se bloqueó en el momento de su concreción.

Un intendente electo de Córdoba optó por ese camino para determinar el endeudamiento real del municipio.

VIII - ¿SEGURIDAD JURÍDICA? POSITIVISMO VS. EQUIDAD.

En otro fallo de la Corte, el 4 de marzo de 2003 en los autos "IBM Argentina S.A. c/ D.G.I. s/ Dirección General Impositiva" determina (aparentemente) que una Unión Transitoria de Empresa (UTE) es sujeto de derecho (persona jurídica), demostrando un extraordinario apego a las normas impositivas en cuanto a esa calificación y un total desapego al sistema jurídico en orden a reparar la injusticia que de aquel apego se hubiera generado¹⁷⁰.

La UTE no es sujeto de derecho ni actuó como tal –y así se apresura a recordarlo el Ministro Boggiano en único considerando que anexa al voto general-. Fue la DGI la que otorgó unilateralmente las certificaciones a nombre del agrupamiento pese a la claridad de la factura emitida por el mismo a nombre de los partícipes, por lo que resulta justo que la Corte, entienda que los créditos impositivos han sido cedidos conforme resulta de esa factura, aunque ello margine la formalidad del contrato de cesión y suponga un cedente (persona jurídica-sociedad) y cesionarios (los partícipes suscriptores del contrato de U.T.E. personificado judicialmente).

No es fácilmente conciliable una apreciación de aplicación ciega de la legislación impositiva, sin integrarla al sistema general (lo que intenta el voto del Dr. Boggiano), y un posterior olvido de la legislación substancial en torno a la instrumentalidad de una cesión. La Justicia –sin duda después de muchos años de litigio o sea tardíamente- primó en el caso, sobre el derecho positivo. Todo se podía conciliar si se hubiera interpretado el sistema positivo en unidad, y sobre todo,

¹⁷⁰ Nto. *Unión Transitoria de Empresas ¿sujeto de derecho? (en torno a curioso fallo de CSJN) E pour si muove* (atribuido a Galileo Galilei) en la página electrónica de la Academia.

para bien de la Justicia en forma rápida, lo que obstaculizó tanto la Administración Pública como el sistema judicial argentino¹⁷¹.

La coherencia aparece comprometida entre la atribución de personalidad a la UTE y el reconocimiento de la factura como instrumento de una cesión de créditos. La solución sería idéntica de haber negado la personalidad y atribuir a la factura lo que realmente dice: que los créditos corresponden a los partícipes y no a un ente que no reconoce el derecho de fondo.

Es como si la Corte no se hubiera animado a desconocer una ley impositiva, que tiene su inteligencia dentro del sistema general, como si la misma correspondiera a un poder superior, pero al encontrarse ante el resultado disvalioso, se alzo como un pretor creando un derecho en torno a una cesión inexistente instrumentalmente.

Adherimos a la legislación de fondo y mantenemos nuestra creencia –como la mantuvo Galileo-, el contrato de U.T.E. no es sujeto de derecho, salvo que en la actuación del mismo se enmascare una sociedad. Y eso no ocurrió en el caso de autos, todo lo contrario.

IX - COROLARIO.

Es el desafío del Siglo XXI la conquista por el Estado de emprendimientos que exigen, para instalarse, concesiones impositivas, regímenes laborales, franquicias en la remesa de fondos o utilidades, topes tasados a ciertos riesgos, régimen especial de responsabilidad, etc..

Pero al mismo tiempo se plantea el límite del "mínimo de respeto al orden social", incluso a derechos humanos, a la actividad. No dañar, respetar los derechos de los trabajadores, los derechos humanos, no contaminar, son ciertos imperativos que exige la planificación de un futuro de convivencia en un habitat razonable y en seguridad física.

Las soluciones no son sólo congruentes para asegurar derechos humanos y el habitat del hombre, sino para asegurar un principio rector de la economía de mercado: la libre competencia.

Los juristas pueden colaborar en asegurar el "orden del orden social" revalorizando ciertas normas que hacen a ello. Un punto central es la responsabilidad de administradores gubernamentales, exigiéndoles como mínimo la planificación para no dañar, no contaminar, no operar en insolvencia, asegurar la igualdad real y no aumentar las cargas sobre los menos capacitados económica y socialmente.

La necesidad de una interpretación integral de nuestro sistema jurídico para actuar las normas se endereza a que la actuación irracional y la inexistencia de una planificación en la conducción, generan responsabilidad. Y esa responsabilidad, civil o penal, debe ser asumida.

La aplicación del derecho y la apreciación de conductas no debe limitarse a meros aspectos formales, sino en la observación adecuada de los fines de los institutos y particularmente en el análisis dinámico de una realidad de hoy: la

¹⁷¹ Nto. *La acción social de responsabilidad ejercida por la minoría y el acceso a la Justicia* en EL DERECHO diario del 16 de abril de 2003, nota a fallo pág. 1; *Justicia y Derecho* p. 541 CONGRESO DE ACADEMIAS IBEROAMERICANAS DE DERECHO, libro de la Academia editado en diciembre de 1999. Pueden verse otros artículos en la página electrónica de la Academia.

actuación de los administradores públicos y privados, con un criterio ético¹⁷² y funcional, para no desvirtuar que el derecho se brinda con un último objetivo cual es el hombre compartiendo colectivamente su humanidad y el medio.

Pero esa responsabilidad jurídica no será operada por la comunidad si esta no adquiere conciencia de reclamar la conducta ética, objetiva, señalada para los administradores de empresa. Más que la condena judicial debe recurrirse hoy a la condena social, fundada y explícitamente formulada.

La igualdad y la libertad no pueden estar en las normas, como monumentos pétreos, deben estar en las prácticas cotidianas del derecho. Así, en un sistema económico que todo lo comercializa, el trabajo no es parte de un estatuto, es una condición necesaria de supervivencia. El jurista no puede explicar el plexo normativo que justifique ese estado de cosas, debe denunciar su inaplicabilidad social y ello es porque el derecho es un hecho social y no una abstracción de intelectuales en una facultad¹⁷³.

Las reflexiones en torno a la conducta de empresarios sociales o políticos, casi utópicas, para evitar caer en la decepción de lo inevitable, deben llevar a un reforzamiento de la educación, de la concientización moral en el ámbito político y económico, y en última instancia, en la acción del Derecho¹⁷⁴.

Se advertirá en estas desprolijas líneas, en cuanto agrupan cuestiones de relativa conexidad, el angustiado espíritu de quién confía aún en el Derecho, y particularmente en sus principios orientadores, axiológico éticos, para afrontar la conflictiva y deshumanizada coyuntura (?) que estamos viviendo.

En esa expresión desgarrada de nuestra impotencia actual tantas cosas deberíamos agregar en la coyuntura que vivimos ... pero el respeto a la capacidad de los lectores indica que sólo deban ser enunciadas como compromiso, como alerta, de lo que deberíamos emprender los intelectuales del derecho y de la economía en forma interdisciplinaria.

¿ Como mantener la vocación, la alegría, la felicidad, la energía y los ideales ante tales dificultades ?

Con una receta muy simple, manteniendo la fe, la fe en lo que hicieron y lo que pueden hacer. Haciéndolo desde el derecho, en una acepción que excede la simple ley positiva, debemos dar nuevas respuestas creativas congruentes con la naturaleza ínsita del hombre.

El camino para mantener la energía no será fácil. El camino de la vida es como una rosa cargada de fragancia pero llena de espinas.

La congruencia de nuestros actos con nuestro corazón, más que con nuestra mente que a veces nos atemoriza, es la que nos permitirá mantener la energía, la vitalidad, la tranquilidad para enfrentar una revolución en paz. Revolución que asegure el progreso con solidaridad.

Promovamos el bienestar general al asegurar el imperio de la justicia a través del derecho. Con la seriedad de las enseñanzas recibidas, de los principios fundantes, y con la creatividad que el cambio exige.

Porque la creatividad es la celebración de nuestra propia grandeza, el sentimiento de que podemos hacer que cualquier cosa se vuelva posible.

¹⁷² FRIAS, Pedro J. *La hipoteca...* cit. Refiriéndose al empresario señala los "deberes morales bien definidos".

¹⁷³ GHERSI, Carlos *Etica profesional, competitividad y consumo en la postmodernidad* en "Pensamiento crítico. Profesores e investigadores en Derecho Privado. Cátedra del Dr. Carlos A. Ghersi, Bs. As. invierno 1997, pág. 13 y ss., en especial 33.

¹⁷⁴ Seguimos a PECES-BARBA trabajo citado, pág. 14.

Si bien no nos consideramos con fuerzas para introducir un cambio, parafraseando a Shakespeare cuando le hacía decir a Hamlet una propuesta imposible: “¡El mundo esta desquiciado !, ! Vaya faena, haber nacido para tener que arreglarlo!” , este es el desafío que formalizamos: el tratar que un grupo desinteresado y de excelencia analice la cuestión desde la óptica del derecho, aportando las técnicas jurídicas que puedan utilizar los gobernantes, e instituciones internacionales, auditen las operaciones de crédito que dan origen a la deuda externa, para asegurar el cumplimiento correcto y no abusivo de los contratos, y al mismo tiempo presenten planes de desarrollo de toda la comunidad.

Nuestro agradecimiento para aquellos que bregaron permanentemente por la defensa del derecho, la seguridad de las instituciones sabiendo que ningún fin económico justificó la privación de la justicia, por sobre todo gracias a todos aquellos que compartieron o disintieron y cada vez en cada momento, enseñaron la verdad última. Sin libertad, sin respeto para los demás, sin comprensión de las ideas, nada sirve, nada vale.

CÓRDOBA, 23 DE OCTUBRE DE 2003.