

ACTUACION FINANCIERA DE SOCIEDAD EXTRANJERA¹

Efraín Hugo RICHARD²

Las normas que se han implementado para salir del “corralito”, según la información periodística lo han sido sin la anuencia de los Bancos extranjeros, que en su mayoría han quitado o anuncian la quita de apoyo a los Bancos argentinos controlados, con los consiguientes cierres, iniciación de los procedimientos de emergencia por el B.C.R.A., o la constitución de fideicomisos a administrar por el Banco de la Nación Argentina. Al escribir estas líneas el 11 de junio de 2002 el panorama es incierto.

En ese marco mantenemos nuestra vocación de hacer primar el derecho por sobre especulaciones políticas o prácticas economicistas. Continúan las normas surgiendo vertiginosamente de varias fuentes haciendo imposible la presunción legal sobre el conocimiento del derecho, mientras con similar vertiginosidad se producen pronunciamientos judiciales con medidas cautelares autosatisfactivas o declaraciones de inconstitucionalidad, pero sin poder aún ejercer un juicio de predictibilidad sobre el resultado final de los pleitos suscitados, o por lo menos sobre la real ejecutabilidad de las medidas que se dicten. La predictibilidad permite suponer que aún continuarán las medidas cautelares judiciales autosatisfactivas.

La estabilidad no se logrará a través de las leyes del “mercado”, entretenido en meras especulaciones financieras, cortoplacistas, no solidarias, que intentan socavar a la Nación. La misma sólo podrá lograrse a través de la aplicación del sistema jurídico³ como orden del orden social pretendido. Y si intentamos recuperar el prestigio y la confiabilidad tanto de los ahorristas internos como de inversores internacionales es necesario dar seguridad jurídica a través de la estabilidad de las leyes y de la rápida solución de los conflictos. Es casi como un rezo de un viejo comercialista el volver al viejo corazón del derecho mercantil, de aquél que le dio impulso en la antigüedad: volver a los usos y costumbres como ética de los negocios, y a la justicia inmediata.

I – LAS SOCIEDADES EXTRANJERAS.

¹ Texto que se anexó a su conferencia del día 11 de junio de 2002 en la apertura de las Jornadas organizadas por la Prof. María Cristina Mercado de Sala subdirectora del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, destinadas a la Reforma del Derecho Societario Argentino, dirigida a docentes, adscriptos y ayudantes alumnos.

² Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar.

³ Sobre el punto puede verse la declaración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba ante la crisis, en su página electrónica que individualizamos en ulterior nota.

Es un principio clásico del derecho comparado, hoy tan recordado en las “exigencias” del Fondo Monetario Internacional, que las sociedades extranjeras no sean discriminadas⁴.

Es evidente que en nuestro país las discriminadas son las sociedades argentinas, por los excesivos controles, demoras y costos de constitución, que tientan a los mismos argentinos a constituir las SAFI uruguayas o las “one dollar corporation” en Panamá, mientras la doctrina discute sobre el rol del capital o los efectos del incumplimiento por parte de las sociedades extranjeras por su falta de inscripción en el país en el que actúan. Los beneficios van desde la no aplicación de los arts. 30, 31 y 32 de la ley 19550 sobre participaciones societarias, los beneficios jurisprudenciales en torno a la notificación de demandas, requerimiento de balances consolidados e inexigencias de identificación de socios, requisitos de capital, etc., y no aplicación –hasta la fecha- de la teoría de los administradores de hecho al único apoderado designado por el directorio u órgano de representación, que realiza ese único acto en su historia.

La cuestión es más ríspida en orden a la actuación en el país de representaciones de bancos que son sociedades constituidas en el extranjero y autorizadas a operar por el país de origen.

La derogación de las normas que tipifican el delito de “subversión económica” alienta un análisis que ponga el acento en la sanción civil por inconductas: la responsabilidad para reparar el daño causado.

Nuestra esperanza es que se afronte la crisis en su “estructura” y no en sus efectos coyunturales, anidada en las palabras del Presidente Duhalde en su discurso ante la Asamblea Legislativa al prometer devolver los depósitos en dólares e investigar a los responsables del vaciamiento.

En ese marco, resulta insólita la información que aparece en La Nación del día 30 de abril, en la misma página. Una de carácter periodístico pero de alto contenido compromisorio, y otra de carácter legal, cual es el edicto de Asamblea del Banco Río de la Plata S.A.. La primera es una noticia del Banco o grupo Santander señalando que a su controlada en Argentina sólo le quedan fondos para operar por 90 días. Claro que si ello resulta de facilitar transferencias de depósitos que tenía el Banco Río a través de su Banca Privada Santander Investment que es una representación local de banco extranjero, también controlada por el grupo Santander. Y la edictal que aclara que el Banco Río, que aparentemente carecería de fondos para operar por más de 90 días, graciosamente renuncia a un aporte irrevocable –casi seguro de su controlante- por u\$s 38.000.000, que es contradictoria. Y correlativamente la Asamblea autorizaría la emisión de Obligaciones Negociables por muchos millones de pesos que, sin duda al fracasar la suscripción por el clima generado por estos mismos financistas, llevaría a justificar el cierre local. Claro que quizá continúen operando en el circuito argentino a través del Santander Investment.

El número de la Revista NOTICIAS del 4 de mayo trae una amplia información entre páginas 24 y 29 que refiriéndose a las manifestaciones precedentes, apunta que “La declaración de principios de Sáenz se entendió en los ámbitos empresarios y políticos de Buenos Aires como un “apriete” del Santander

⁴ RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando M. *Derecho Societario* Buenos Aires 1997, Ed. Astrea p. 847 y ss..

al gobierno para que rápidamente se ponga fin a la delicada situación de los bancos. Con un plan de bonos o como sea”.

El sistema judicial, los abogados y el Gobierno se entretienen en paliativos coyunturales, intentando y restringiendo medidas cautelares autosatisfactivas en el descubrimiento masivo de una justicia rápida en torno a normas supuestamente inconstitucionales⁵, que contrasta con los tradicionales “tiempos” procedimentales generados por el creciente hipergarantismo que rompe toda seguridad jurídica, y es causa estructural del alejamiento de inversiones. La falta de una visión global quizá llegue a sostener una nueva convertibilidad o la dolarización, o hasta requerir que se declare la inconstitucionalidad de las normas que alteraron la convertibilidad, sin advertir que la cuenta regresiva de una explosión calculada se había iniciado hace mucho tiempo con la ruptura de la economía nacional, aunque se mantenía una fachada de política financiera, beneficiando las especulaciones⁶.

II – RESPONSABILIDAD DEL CONTROLANTE.

El enfoque que se ha dado en la adopción de algunas medidas cautelares en relación a depósitos bancarios, el Tribunal Supremo de Justicia de Río Negro ha puesto en escena la responsabilidad del grupo económico.

En esa línea dicho Tribunal Supremo de Justicia de Río Negro ordenó a la Banca Nazionale del Lavoro la devolución de parte de las sumas depositadas a plazo fijo por dos ahorristas, para hacer frente a un tratamiento médico señalando que “la decisión aquí adoptada debe hacerse extensiva en forma concurrente o “in solidum” (art. 700) al grupo económico denominado “GRUPPO BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SPA”, debiendo entenderse por “grupo” a la matriz y sus filiales... Entre los fallos de mayor relevancia puede citarse el divulgado caso “Cía. Swift de La Plata S.A.”... no existe personalidad jurídica diferenciada entre todas las empresas de un grupo, que responden a una voluntad común”⁷.

Parecería que se trata de la teoría del control abusivo por parte de quiénes ejercen el control de derecho, originado en la jurisprudencia citada y recogido legislativamente en el art. 54 in fine de la ley de sociedades y en el art. 161 de la ley

⁵ Sobre el punto puede verse entre muchos medulosos estudios a HERNANDEZ, Antonio María en Revista El Tribunal, del Colegio de Abogados de Córdoba, en el corriente mes.

⁶ Cfme. ntos. trabajos *Crecimiento económico, deuda externa y crecimiento social*” en colaboración con Emma Mini de Muiño, en Revista de la Facultad de Derechos y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, vol 3 n° 2 año 1995 (diciembre) p. 99 y ss.; *Deuda externa y mercado. Una visión prospectiva* comunicación con Emma Elena Mini al Coloquio sobre “Deuda externa” organizado por el Prof. Sandro Schipani de la Università degli Studi di Roma “TOR VERGATA”, de su Centro Interdisciplinario de Estudios Latinoamericanos; *Deuda externa y mercado* con Emma Mini, Sumario de la ponencia publicada en el Libro del Congreso “La Argentina Contemporánea”, Ediciones C.I.E.C., 1995, bajo dicho título de pág. 150 a 153; *Deuda externa – Derechos de los deudores* conjunto con Emma Mini al X Congreso de la Federación Internacional de Estudios sobre América Latina y el Caribe FIEALC en Moscú desde el 26 al 29 de junio de 2001, Seminario III “Deuda externa y defensa del deudor”.

⁷ Autos “BALDINI, Omar Emilio y ZAS, Angela María s/ Amparo” Exp. 16.448./02 – STJ en sentencia del 12 de febrero de 2002. El mismo Tribunal, bajo los mismos argumentos hizo lugar a una medida cautelar en la causa seguida contra el BBVA – Banco Francés, haciendo extensiva la sentencia en forma concurrente a todo el grupo económico al que pertenece la entidad financiera en autos “MONES, Hernán y otra s/ Amparo s/ Apelación” rectificando el criterio de la primera instancia y apoyándose en la doctrina seguida en los autos citados con anterioridad en esta nota.

de quiebras. La primer norma se refiere a la mal llamada “inoponibilidad de la personalidad jurídica” que ante el ilegal ejercicio de control genera una imputación aditiva al controlante de los actos operados por la controlada, mientras que la segunda autoriza ante situación semejante a extender la quiebra de la controlada a la controlante.

El punto central es determinar si la controlante ha actuado en forma abusiva en el control de la sociedad financiera argentina controlada, y el impago no resulta de normas de orden público interno ajenas a la actividad de la controlante.

La verdad formal encubre la cuestión pues no hay duda que el Gobierno Nacional impuso la no devolución de los depósitos en forma inmediata, generando su reprogramación.

Ante tal situación cabría dividir el análisis en a. Bancos controlados que no han dejado de operar, y b. Bancos controlados cuya controlante extranjera los ha abandonado a su suerte.

Para el segundo caso debería restringirse la situación de abuso en el control. Pero vamos más allá: ¿existió alguna actuación de algún o algunos bancos extranjeros que generó la crisis financiera argentina? ¿existió alguna infracción al régimen jurídico argentino que los haga responsables, incluso más allá de por los actos de su controlada?

La responsabilidad o imputabilidad que se avizora respecto a los bancos extranjeros controlantes⁸ de bancos argentinos parecería indirecta, pero nuestro intento en revisar si no existe alguna responsabilidad directa por parte de los controlantes extranjeros por sus propios actos.

Convengamos como se produjo el flujo de depósitos al exterior particularmente después desde el segundo trimestre del año 2001.

El jurista y ex juez Dr. Salvi, en reportaje que recoge la Revista NOTICIAS del 11 de mayo, niega la posibilidad de éxito de las demandas que referimos en el punto 1, al señalar que se trata de diferentes sociedades, lo que haría desaparecer toda posibilidad de dirigir una acción contra el Banco extranjero.

Contemporáneamente, ayer -10 de junio de 2002- se informaba que una Juez en Madrid había declarado su competencia y fijado audiencia de conciliación para el mes de julio, respecto a una demanda interpuesta por 100 ahorristas argentinos en el Banco Río, dirigida contra su controlante Banco de Santander.

Este ensayo tiende a determinar la razón o equívoco de esa afirmación, que en cada caso estará condicionada a los presupuestos generales de la responsabilidad y a otras consideraciones que formalizaremos de seguido. No descartamos que los Bancos asuman afrontar sus obligaciones con los ahorristas sin ampararse en el marco legal de emergencia, conforme lo autorizaría bajo ciertas condiciones el Dto. 905/2002 publicado la primer semana de junio, pero intentamos determinar en que supuestos podrían verse obligados terceros a asumir la obligación.

En primer lugar, no encontrándose en quiebra ningún banco desde la cual se pudiera extender la misma al controlante torpe, la responsabilidad o imputación de los actos de la sociedad argentina controlada derivaría de la configuración de los

⁸ Nto. *Sobre la responsabilidad del controlante y particularmente frente a la quiebra de la entidad financiera en Tercer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras*, Rosario junio de 1984.

presupuestos del art. 54 in fine de la ley de sociedades, generando a través del control una acción ilegal de la controlada⁹.

La promoción de esta acción contra el controlante impone la prueba del abuso en el ejercicio del control, lo que sin duda quedará acreditado en los supuestos con los que continuaremos, que también autorizan la aplicación de otra normativa.

III - MARCO LEGAL DE REPRESENTACIÓN DE BANCO EXTRANJERO.

1. La actividad financiera implica un servicio público impropio¹⁰, y por tanto sujeta a especial regulación legal como explica Luis Porcelli en ENTIDADES FINANCIERAS PRIVADAS FUNCIONALIDAD e HISTORIA de su REGULACION: ‘1.3 La intermediación financiera : La referida actividad se realiza con *capital ajeno o predominantemente ajeno*. El origen de éste proviene básicamente del público (depositantes o ahorristas) con el que se gestiona una *intermediación financiera* - Así se captan fondos pagando una tasa de interés para prestarla a otra mayor y lucrar con las diferencias entre ambas.- En este supuesto es indiscutible el poder reglamentario del Estado, que se implementa como una auténtica política en tal sentido.- Por sus características, todos los países del mundo le asignan un riguroso control estatal a este tipo de intermediación ya que constituye la base determinante del sistema crediticio general y nacional, de muchísima mayor magnitud que los préstamos tomados en el extranjero (éstos también denominados *inversiones*). La pérdida o empleo erróneo del capital prestado a terceros y originado en los depósitos causa graves consecuencias sociales y colectivas.- Su característica determinante resulta la *ajenidad* de los fondos prestables y objeto de la intermediación financiera. Esa intermediación no utiliza ni arriesga un capital "propio" (como sucede en otras actividades) sino uno de origen colectivo, definitivamente finito, cuantificable, único en el país y no sustituible.- Las entidades financieras y especialmente los bancos, quedaron desde entonces sometidas a las disposiciones de una legislación especial y debieron desenvolverse en un régimen distinto al de otras empresas comerciales. Esa distinción estaba y está motivada por operar con los depósitos del público, aún cuando han sido también numerosos los casos en los que los fondos del capital de la entidad fueron aportados por el Estado (como en los denominados *bancos de fomento*, fenómeno éste que se ha dado de forma generalizada en países extranjeros y en nuestro país).- En razón de ello, el *presupuesto fáctico determinante y necesario* a considerar está constituido por la capacidad de los entes financieros (considerados en su totalidad y como sector) para captar la liquidez que posean individualmente las personas del país (21). Se materializa mediante depósitos de diferentes tipos.- a.1 Dicha masa global de depósitos no es infinita sino, por el contrario, es "limitada" y "mensurable" en cualquier país, incluido el nuestro y, obviamente, no puede exceder a la sumatoria de la capacidad de depositar de todos los habitantes...”

⁹ Nto. Las relaciones de organización. El sistema del derecho privado 2ª Edición, Córdoba 2002, Editorial Advocatus p. 273 y trabajos anteriores.

¹⁰ Nto. artículo *Sociedad con actividad no autorizada y actividad ilícita* pág. 163 en el libro colectivo de nuestra dirección ANOMALIAS SOCIETARIAS, Córdoba 1992, Editorial Advocatus,

2. La representación legal de un Banco extranjero además de cumplir con los actos inscriptorios previstos en la ley 19.550, si pretende realizar intermediación financiera, aunque fuere en forma aislada, debe cumplir con la ley de entidades financieras. Es más, la ley de entidades financieras, regula la mera presencia de representaciones de bancos extranjeros en el país.

La responsabilidad podría surgir de otros fundamentos y los actos en cuestión podrían tener otra configuración jurídica. Se impone analizar la modalidad operativa en el sistema financiero y “sus aledaños” para determinar si existen o no otras responsabilidades.

Las normas sobre Representación en la República Argentina de un Banco extranjero¹¹, disponen que la actividad en la República de representantes de entidades financieras del exterior no autorizadas a operar en el país está condicionada a la previa autorización del B.C.R.A. y a las reglamentaciones que éste establezca¹². Esas reglamentaciones disponen que la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias es el organismo facultado para conceder la autorización¹³.

Además de contar con la autorización de la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias, las entidades financieras extranjeras que pretendan abrir una representación en la República Argentina deben cumplir con los siguientes requisitos en cuanto subsistan las intrincadas Normas que dicta el BCRA¹⁴: A) aportar información de sus representadas¹⁵, B) cumplir con el régimen informativo¹⁶ y C) el régimen financiero del país de origen –excepto si se trata de un país limítrofe– debe estar sujeto a un sistema de supervisión consolidada¹⁷.

Las oficinas de representación solamente pueden desarrollar actividades no operativas. La operatoria de la representación se debe limitar al asesoramiento de interés para la vinculación con el exterior de las actividades locales, privadas y oficiales¹⁸. A la representación le está prohibido realizar cualquier tipo de intermediación financiera y operar en cambios¹⁹.

La normativa del B.C.R.A. textualmente dispone: “Operaciones prohibidas: No está permitido a los representantes realizar forma alguna de intermediación financiera en los términos de la Ley N° 21.526, como tampoco concertar ni operar en cambios. Las gestiones de representación no deberán dar lugar a que los terceros contratantes queden obligados con los representantes, ya que no es función de éstos operar como parte en las transacciones”.

¹¹ Extraídas de un “paper” de un importante estudio jurídico porteño

¹² Artículo 13, segundo párrafo, de la ley 21.526.

¹³ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 1.

¹⁴ Nto. *En torno a la ignorancia del Derecho* en págs. 14 A Editorial de La Voz del Interior de los días 20 de septiembre y 14 de octubre de 1998.

¹⁵ Ídem nota precedente, Capítulo VI, Sección 3.

¹⁶ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 7.

¹⁷ Comunicación A 2362 del B.C.R.A. del 1-09-95.

¹⁸ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 7.

¹⁹ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 8.

Se considera al representante como una extensión de la entidad representada y, en este sentido, son conjunta y solidariamente responsables por las actividades que aquél desarrolle en el país en el ejercicio de su representación²⁰.

En caso de incumplimiento a las disposiciones el B.C.R.A. podrá disponer el cese inmediato y definitivo de la actividad y aplicar las sanciones previstas en el artículo 41 de la ley 21.526 –Ley de Entidades Financieras–, entre las que se prevé la revocación de la autorización para funcionar²¹.

Las entidades financieras extranjeras que pretendan ejercer intermediación financiera u operar en cambios deben abrir sucursales en la República Argentina, las que deben radicar efectiva y permanentemente capitales en el país²². El mismo art. 13 de la ley de entidades financieras distingue claramente entre representación y sucursal. No ingresaremos en esta oportunidad en el análisis del límite de actividades de una sucursal de banco extranjero en el país, que esta acotada por la ley de entidades financieras, la propia formulación del desmembramiento de la sucursal y el contenido de la autorización por el B.C.R.A. para operar en el país.

IV – ACTIVIDAD ILEGAL DE REPRESENTACIONES.

La forma operativa de esas representaciones es y sigue siendo de público y notorio, con la idea de la mayoría de sus clientes de operar legalmente y conforme el marco legal dispuesto por el B.C.R.A., tanto en el pasado como actualmente en que han trasladado los depósitos a entidades extranjeras del mismo grupo.

La opinión pública cree que todo lo actuado en el sistema financiero es legal. Esas representaciones, o los propios bancos que operan –u operaban– en el país controlados por bancos extranjeros, abrían cuentas en el extranjero desde el país, ordenaban depósitos, extracciones o transferencias sin registrarlas localmente. Más intensamente en el año 2001 los depositantes locales eran asesorados sobre la conveniencia de trasladar sus fondos al exterior, firmaban la extracción de sus depósitos como si los retiraran en efectivo del local, y consiguientemente se ordenaba una “verdad formal” como que ellos mismos se trasladaban al exterior realizando personalmente el depósito a 15.000 Km. de distancia, que se acreditaba mediante un fax emitido desde el extranjero al local del Banco o de la representación en argentina, acreditando efectivizado ese depósito 10 minutos después de haberse realizado la extracción en Argentina por el propio titular de la cuenta, omitiendo la existencia de una transferencia electrónica y la correspondiente comunicación al B.C.R.A..

Era lícito que un ahorrista argentino solicitara a un banco local autorizado a funcionar plenamente por el B.C.R.A. (nacional o extranjero) que transfiera sus fondos en moneda extranjera (antes del 30 de noviembre de 2001 o sea durante el período que se produjo el vaciamiento del sistema financiero nacional), y que el

²⁰ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 5.

²¹ Comunicación “A” 2241 del B.C.R.A. del 209-1994, Circular CREFI 2, “*Creación, Funcionamiento y Expansión de Entidades Financieras*”, Capítulo VI, Sección 9.2.1 y 2.

²² Artículo 13, segundo párrafo, de la ley 21.526. El artículo 32 de la misma ley dispone: “*Las entidades mantendrán los capitales mínimos que se establezcan*”.

Banco local lo transfiriera electrónicamente a la cuenta del banco extranjero con comunicación al BCRA.

Era y es ilegal la misma transferencia si se intenta hacer directamente de un Banco local a uno extranjero, sin intervención del BCRA, y más ilegal si lo hacía una representación de banco extranjero que no podía hacer ningún tipo de operación en el país.

Como matiz, si los fondos no estaban depositados en ningún Banco, se realizaba la misma ilegal apertura de cuenta en el extranjero en territorio nacional, y se transferían los fondos a través de una casa de cambio.

En conciencia de esa ilegalidad la práctica para violar la norma es que se le haga firmar al ahorrista, sin explicación, el recibo del plazo fijo como si se le entregara la moneda, y luego se le entregaba un fax de un banco extranjero donde se expresaba que se recibía del mismo ahorrista la misma cantidad de dinero, en efectivo en las Islas Cayman o paraíso fiscal similar. Esta es una falsedad, el ahorrista no había viajado, la plata no había salido del tesoro del Banco, ni había entrado en la del Banco extranjero.

En muchos casos esto se hacía en la propia sede de la representación local de un banco extranjero, donde se firmaban y firman todos los papeles, el recibo del plazo fijo del banco local vinculado y el fax del banco extranjero que representaba. Las representaciones sólo podían asesorar, no son entidades financieras autorizadas para operar en el país, por eso la calificación de “doing business indirecto” a estas operaciones prohibidas, posibles sólo ocultando la verdad real y generando una verdad formal que implica una simulación ilícita.

Aún ahora, es más con mayor necesidad ahora, en “algún lado” de nuestro país (y esto es público y notorio) se manejan las cuentas de los argentinos en el extranjero, disponiendo depósitos y extracciones, cuando no formalizando operaciones de “back to back”. Todo esto no está autorizado ni por la ley de entidades financieras ni por el BCRA.

Fijado el marco legal si existió y existe responsabilidad de las representaciones locales de bancos extranjeros si violaron las disposiciones de la ley de entidades financieras y en tal caso también serían responsables las entidades que colaboraron con ellas.

Estas formas operatorias financieras por entidades no autorizadas, o encubiertas en el seno de operaciones autorizadas en beneficio de un banco “off shore”, facilitado la por electrónica es denominada “doing business indirecto”.

No es cuestionable la actitud de los ahorristas que retiraron sus ahorros, sino si funcionarios públicos pudieron o debieron haber intervenido anticipadamente con medidas propias de facultades de control cambiario y financiero. Se formularon numerosas advertencias de lo que ocurriría por los multimedios de comunicación y por otros, pero no fueron oídas ni por los que tenían responsabilidad, ni por otros funcionarios, y ahora no es materia de investigación periodística la legalidad de lo acaecido, señalándose como un efecto del “mercado”.

Lo denunciamos el 7 de abril de 2001 en una mesa redonda que integró la Cra. Maidana, funcionaria del Ministerio de Economía de la Nación al excusarse el Dr. Carlos Sanchez²³.

Esos ahorristas también han sido perjudicados –aunque claro ahora no lo advierten pues les queda la sensación de haberse “salvado” del cataclismo-. Si no se hubiera generado el vaciamiento del sistema, en el país habrían seguido percibiendo intereses más altos que los que ahora perciben en el exterior, del 15% que se pagaba han pasado al 1,5%. Si hubiera existido legalidad en el sistema financiero habrían percibido, y continuarían haciéndolo, dentro de nuestro país el 5%.

V - CIERRE CONTABLE DE LA OPERATORIA.

Los depósitos a plazo fijo “traslados” al exterior, en su mayoría no fueron entregados por los Bancos a sus titulares y los billetes no fueron trasladados al exterior, sino que se mantienen en el circuito financiero argentino obteniendo altos rendimientos, mientras se reducían notablemente los rendimientos a los depositantes.

Ello generó un efecto contable y de atesoramiento que obligó a otra operación falsa. El dinero (en gran parte) no salió “físicamente” del país ni entró al país extranjero sino contablemente. En tal caso completa la operación con un préstamo del Banco extranjero al local, anotado al Banco Central, para justificar la tenencia del dinero (que era del ahorrista) en el tesoro (o en la cartera de préstamos) del banco local. Esto se denomina “triangulación”. El Dto. 410/02 art. 1º inc. c, recoge esta práctica sin distinguir el origen de la operación o determinar un control del efectivo ingreso de fondos.

Esta simulación ilícita podría ser fácilmente detectada si existe decisión administrativa del B.C.R.A. o de la Comisión Investigadora de Fuga de Capitales de la Cámara de Diputados de la Nación, o de la Justicia en cualquiera de sus fueros, como se verá.

VI – EL “DOING BUSINESS INDIRECTO”.

¿ Existe alguna sanción de acreditarse esa actividad de las representaciones locales de bancos extranjeros, que no pueden realizar negocios, y las formalizaron a través del sistema cibernético y con la colaboración de otro operador financiero en el país ?

Adelantamos que se trata de operaciones denominadas “doing business indirecto”, por las que las sociedades extranjeras a través de establecer una representación que sólo las autoriza a asesorar o por la acción encubierta de un Banco local controlado, encubren el ejercicio permanente de una actividad extraterritorial de la sociedad constituida en el extranjero, y en la especie de intermediación financiera sin estar autorizadas para ello, en clara violación de la ley de entidades financieras.

²³ Puede verse en la referida página electrónica de la Academia.

Conforme a las señaladas normas de la ley de entidades financieras y reglamentación del B.C.R.A., y a las disposiciones de la ley de sociedades comerciales, esas representaciones en tanto y en cuanto estén aprobadas por el B.C.R.A. sólo pueden realizar asesoramiento, estudio y gestión de financiaciones, garantías, asistencia técnica y demás negocios que pudieran resultar de interés para las vinculaciones con el exterior, no pudiendo realizar consecuentemente operaciones de intermediación financiera, como lo han reconocido esas representaciones en causas judiciales. La violación de ello atrae las sanciones previstas en la ley de entidades financieras, para esa representación y para el banco local controlado.

Diariamente parecerían perfilarse investigaciones que ponen de manifiesto que la especulación financiera intenta justificarse en sí misma, eliminando la economía real y generando el camino de su autodestrucción. Así trasciende de los diarios investigación sobre una política financiera cuestionable. En la Voz del Interior del 31 de mayo pág. A 6 se señala que el fiscal federal Dr. Torres “abrió una causa de oficio por el vaciamiento del Banco Suquía”, destacándose en la noticia “al analizar los estados contables del Banco Bisel y del Bersa (ambos pertenecientes, al igual que el Suquía, al francés Crédit Agricole) se descubrió que el 30 de noviembre... el Suquía prestó al Bisel 125 millones de dólares y al Bersa, 25 Millones... denunció también la adquisición por parte del Crédito Agricole del banco uruguayo Acac, entidad cuyos balances habrían arrojado pérdidas millonarias... mientras todo el sistema uruguayo aumentó sus depósitos en un ocho por ciento, el Acac aumentó el 15 por ciento al mismo tiempo que los bancos Bisel, Bersa y Suquía bajaban en un porcentaje similar”. Y en el mismo diario, al día siguiente, 1º de junio, a pág. A 2 se informa que “Detuvieron a otro directivo del BGN... lo apresaron en un inmueble que, según los investigadores, habría funcionado como “cueva” para la captación de depósitos bancarios por fuera del circuito legal”.

Tal forma de vaciamiento del sistema financiero trae una serie de consecuencias²⁴, en la relación ahorristas-bancos, en el ejercicio de acciones de responsabilidad contra funcionarios públicos sobre la base del art. 1112 C.C., en la refundación del sistema financiero, que no es del caso explicitar en este momento, pues lo que interesa rescatar es la investigación sobre si existía o no tal operatoria y la consiguiente responsabilidad, pues la existencia de responsabilidad o de imputación implica satisfacer todos los daños generados por esa conducta que, al ser dolosa, impondría satisfacer también los efectos remotos: los perjudicados son los bancos que no actuaron indebidamente, los ahorristas que sacaron los fondos y que perdieron rentabilidad y disponibilidad, los que se quedaron y ahora no pueden disponer de los fondos, los empresarios a los que se les niega todo crédito y se les exige la devolución inmediata de todos los préstamos en un mercado donde la crisis financiera ha agudizado la crisis económica terminal.

Este ejercicio, de acciones ilegítimas en torno al sistema financiero argentino, repite una historia de vaciamiento y hasta quizá de hiperinflación. Recordemos el déficit cuasi fiscal que llevó a corregir el balance del B.C.R.A. a fines del año 1989 y

²⁴ Puede verse nro. *VIEJOS PROBLEMAS Y REPETIDOS EFECTOS: la deuda externa* (en prensa en Homenaje de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba a Juan Bautista Alberdi, que puede verse en su página electrónica indicada en nota 2, y el referido artículo de Minsberg,

luego con el plan bonex de fines del 90, donde se evidenció que los ahorros de los argentinos se volatilizaron por errores gubernamentales en relación a políticas financieras y acciones ilegales a través de las entidades financieras²⁵. Ahora la historia volvería a repetirse, particularmente si se valora lo que hemos referido.

Discernir la ilegalidad de lo actuado permitiría prevenir en el caso de nuevas quiebras de Bancos en las actuales circunstancias, impidiendo que ocurra lo mismo que en Filipinas y Ecuador, donde las matrices, controlantes o vinculadas externas negaron responsabilidad, como parecerían pretenderlo ya algunos bancos extranjeros no autorizados a operar en el país y controlantes de sociedades bancos argentinos autorizados a operar.

Es inaceptable la posibilidad que representaciones de bancos extranjeros en el país, que no forman parte de su sistema financiero, puedan realizar negocios (“doing business”). Esclarecerlo permitirá entender las situaciones que se producen en nuestra plaza y las bases para la reconstrucción del sistema.

Se trata de una clara actividad ilícita, sancionada por el art. 19 de la ley de sociedades comerciales²⁶: actividad ilícita. La opción que la nueva norma otorgaría a los ahorristas no genera la irresponsabilidad de las entidades que actuaron ilegítimamente. Contra ellas podrán actuar los perjudicados: los ahorristas y el país todo. Aplicar integralmente el sistema jurídico implicaría la devolución de la confianza, y frente a la pregunta sobre que acciones de responsabilidad podrían estar habilitadas, cabría señalar que una triple responsabilidad:

a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 in fine de la ley de sociedades, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva²⁷;

b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria²⁸, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado

²⁵ Cfme. ntos. *LA ECONOMIA DEL DERECHO* en Revista LA LEY, Sección Actualidad Pág.2 y ss., día 18 de abril de 1989; *LA ECONOMIA 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.

²⁶ Superando una discusión doctrinaria entre actividad ilícita y actividad prohibida por el tipo social, generada particularmente en torno a la banca ilegal. Cfme. ntos. *Actividad ilícita de sociedades* en Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa, Huerta Grande, octubre de 1992 Actas tomo II Pág. 575; *Actividad ilícita y actividad prohibida de sociedades: La empresa de seguros* en “Derecho y Empresa” Revista de la Universidad Austral, Facultad de Ciencias Empresariales, Año 1997 números 7 y 8, Rosario marzo de 1998, pág. 175. Número en homenaje del Prof. Dr. Juan Carlos Félix Morandi; en Libro colectivo de nta. coordinación ANOMALIAS SOCIETARIAS, Ed. Advocatus. *Actividades ilícitas - banca de hecho*. Ed. Advocatus julio 1992; *Banca de hecho. Actividad ilícita* Comentario a jurisprudencia “Romeo Anunciada M.E. c/ Peña, Jaime y otras s/ Oredinario”, pág. 29 Revista de las Sociedades y Concursos n° 7 Noviembre Diciembre 2000, Buenos Aires febrero de 2001.

²⁷ Recientemente puede verse FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en Doctrina Societaria de Errepar setiembre 2001 p. 249.

²⁸ Cfme. OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en Doctrina Societaria y Concursal de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y

c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que es de público y notorio, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes²⁹.

Dentro de esta perspectiva se han realizado y realizan importantes estudios³⁰ en torno a la responsabilidad de la matriz extranjera por la actuación de las sucursales y filiales locales, y aspectos de su comparencia ante la justicia argentina.

VIII – EL GRUPO DE JACTANCIA.

La manifestación pública una sociedad de “pertenecer al grupo X”, dentro de nuestro derecho implica una generación de apariencia de unidad, de solvencia unificada, de propiedad de una persona jurídica superior altamente acreditada en el “mercado”.

Algunos sostienen que el grupo constituye una verdadera modalidad de empresa, lo que es relativizado sin dejar de afirmar su existencia plena en la realidad económica, que a diferencia de las figuras jurídicas que convencionalmente se abocan a la titularidad de una empresa, la asumen como realidad fáctica. El grupo es expresión de una serie de hechos económicos y empresariales³¹ e impone determinar si el mero supuesto de hecho del grupo puede servir como supuesto de hecho normativo. Y en tal sentido hemos señalado la aplicación del sistema jurídico correspondiente, particularmente cuando el propio grupo publicita su existencia, sus integrantes y su acción empresarial, relevando de toda prueba.

Tal “grupo” no es persona jurídica dentro de nuestro derecho. No tiene un régimen de imputación independiente. Frente al consumidor de servicios bancarios tal manifestación implica una publicidad engañosa que genera responsabilidad en los términos de la ley de defensa del consumidor.

Pero también esa información de pertenencia a alguien, importa imputar a un “sujeto” diferente la propiedad de la sociedad controlada, y la responsabilidad del “grupo”. Dentro del sistema societario ello también tiene un reconocimiento legal. La misma se perfila desde la llamada “Sociedad accidental o en participación”, en el art. 363 de la ley 19550 “Conocimiento de la existencia de los socios. Cuando el socio gestor hace conocer los nombres de los socios con su consentimiento, éstos quedan obligados ilimitada y solidariamente hacia los terceros”. Es una regla básica, un principio general del derecho, es la apariencia de negociación a favor de

²⁹ Cfme. nto. *Relaciones de organización...* pág. 279 y ss.

³⁰ MANOVIL, Rafael *Grupos de sociedades*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1998; ROSSI, Hugo E. *Responsabilidad de la casa matriz por las obligaciones de la filial sustancialmente unipersonal* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Editorial Errepar, mayo 2002 pág. 103.

³¹ EMBID IRUJO, José Miguel Los grupos de sociedades como problema jurídico en ANALES DE LA ACADEMIA MATRITENSE DEL NOTARIADO Tomo XXXIX pág. 187 y ss., Madrid 2000.

alguien, que lo hace responsable. No hace falta la existencia del control torpe, sino en la teoría general de la imputabilidad.

La solución genérica se concreta más en cuanto que la existencia de un “grupo” actuando en todos los negocios va más allá de una mera sociedad accidental. Se esta publicitando la existencia de un centro imputativo diferencial, de una sociedad no reconocida –sociedad atípica- o más simplemente de la aseveración de una sociedad de hecho, carente del cumplimiento de todo requisito de forma y registración. Sea de una u otra vertiente, sociedad atípica o sociedad de hecho, la solución es la misma pues determinada por el art. 17 de la ley de sociedades la nulidad absoluta de la sociedad atípica, si la misma actuó debe aplicársele ab initio el régimen de la sociedad de hecho³².

IX – LA ACTIVIDAD ILICITA.

La pertenencia a un grupo económico no da lugar per se a la aplicación del art.54-3 LS sobre la matriz porque la estructuración de un grupo societario es un negocio jurídico lícito, como siempre bien marca Julio César Otaegui. Ello no implica actividad ilícita, incluso la sociedad holding esta permitida por el art. 31 LS³³.

La matriz responderá por la actuación de la filial conforme a la LS art.54-3 de incurrir en los ilícitos de simulación ilícita, abuso de derecho o fraude, tal como podría ser la conexidad con su controlante para transferir depósitos bancarios del país al extranjero incumpliendo la normativa legal..

Corresponde la aplicación del art.19 LS al "doing business indirecto", que de por sí constituye una actividad ilícita pues se trata de actos concatenados para violar la normativa argentina sobre entidades financieras, aunque se probare que también realiza actividad lícitas. No es necesario que todas las actividades de una sociedad sean ilícitas para que se aplique la normativa del art. 19 L.S.³⁴. El mero “acto ilícito” no es suficiente para que se produzcan los efectos fijados por dicha norma, pero una concatenación de actos ilícitos, la mera organización para realizarlos aunque sólo pueda probarse la realización de un acto, impone la sanción prevista.

Como bien me ha señalado Julio César Otaegui en sus colaboraciones personales, aunque se considere que no configura una "actividad", igualmente cada acto aislado es un delito civil (art.1072 CCiv) imputable a la matriz haya sido cometido en una sucursal o representación (art.43 CCiv) o en una filial con la imprescindible coparticipación de la matriz (art.1081 CCiv). Y de ello siempre resulta responsabilidad, incluso de los efectos dañosos remotos, como sería el daño infligido

³² Cfme. nto. *En torno a la nulidad absoluta de sociedades y el sistema jurídico de las relaciones de organización (In connection with the absolute nullity of societies and the legal system of organisation relationships)* en Azpilcueta Cuadernos de derecho 14- 1999 Sessions on Mercosur Law: a Model of Parallel Integration, pag. 95.

³³ Es un supuesto de excepción, sin perjuicio de la apreciación que corresponda a la constitución de una sociedad no operativa, para encubrir actividades en fraude a la ley, tema afrontada por FILIPPI, Laura *Presupuestos de aplicación de la inoponibilidad de la personalidad: La sociedad sin empresa* en Libro Revista de Doctrina n° 5 año 2001 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal Premos Kconcursos Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Derecho Societario pág. 207, editado en Buenos Aires mayo 2002.

³⁴ Cfme. nto. *Sociedad con actividad no autorizada...* en ANOMALIAS SOCIETARIAS citado.

a la masa de ahorristas que –por esa fuga organizada de capitales- vieron frustrada su expectativa al adoptar tardíamente el Gobierno Nacional las medidas restrictivas.

Las declaraciones que formaliza el Jefe de Gobierno Español José María Aznar³⁵ en El País del día 4 de mayo sobre que nada obliga a los bancos españoles a mantenerse en el país, resultan un claro mensaje de corte jurídico: se acepta el total control de esos bancos españoles sobre las sociedades controladas argentinas y sobre las representaciones de bancos que actúan en el país, sin integrar el sistema financiero argentino pero compitiendo deslealmente (“doing business”). Es correcto que un Jefe de Estado defienda sus inversiones, como lo hace el de España, pero sería incongruente que con la misma vehemencia el Jefe de Estado argentino resguarde al sistema financiero nacional, al ahorro nacional como herramienta de desarrollo y los intereses de los ahorristas argentinos. Esto no sería sino asegurar ante el mundo que la República Argentina es un Estado de Derecho.

El control, si es abusivo, es fuente de imputabilidad y de responsabilidad, y máxime si media actividad ilícita, o meros actos ilícitos, pues se acentúa aquella responsabilidad si se ha violado el sistema jurídico financiero argentino, tanto como para hacerlo inviable. Esto debe investigarse rápidamente, conforme el compromiso del Presidente Duhalde de devolver los depósitos en dólares y determinar los responsables de la crisis financiera.

X – ACCION FUTURA.

De acreditarse la ilegalidad que resultaría de lo que es de público y notorio, sus autores deben ser puestos de resalto ante la opinión pública local y extranjera, denunciándolos en los foros internacionales correspondientes. Anne Kruegger, Vicedirectora del F.M.I. en el artículo *¿Pueden los países declararse en quiebra?* (La Voz del Interior, 17.02.02 Sec E pág. 4) fija el criterio que “Los países deben honrar sus deudas y sufrir cuando no es así”. Pero sería muy distinto si la falta de recursos financieros resultara de una actuación ilegítima de entidades financieras, máxime ante el requerimiento del F.M.I. de derogación de la legislación sobre subversión económica, pues ese requerimiento podría ser censurable si el propósito fuere despenalizar la aún no investigada actuación de las representaciones locales de bancos extranjeros y de sus sociedades argentinas controladas, y a la que creímos hacía referencia el Sr. Presidente de la Nación Dr. Eduardo Duhalde en las palabras de asunción que recordamos al inicio de esta comunicación.

Se sostiene que³⁶ “La premisa de solución consiste en considerar que el *default externo* de la Nación sólo podrá ser superado cuando se resuelva previamente el propio *default interno* con una reactivación plena de la economía; y para ello es menester en primer lugar, derogar la bancarización obligatoria, que se erige como un cepo asfixiante para el tráfico patrimonial”, y si bien coincidimos en el orden de solución de los problemas, entendemos que ello debe partir de ejercer las

³⁵ La Revista NOTICIAS en la nota comentada del 4 de mayo, a pág. 26 señala que el Santander siempre “tuvo buenas relaciones” con los jefes de gobierno españoles.

³⁶ PORCELLI, Luis A. *Raíces normativas de la crisis monetaria y financiera* en La Ley diario del viernes 24 de mayo de 2002, el mismo día que poníamos en pantalla nuestro artículo para Diario Judicial sobre Responsabilidad de los bancos.

acciones de responsabilidad contra quienes generaron la crisis, como indirectamente señala el mismo autor al referirse al sentimiento de impunidad patrimonial de esos responsables, remitiendo a nota donde nos cita en el recordatorio a Roberto Guttman “...una vez que los bancos comprenden que podrán contar con ayuda 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 ³⁷.”

Las representaciones de bancos extranjeros, que han operado como “banca off shore” sin duda seguirán manejando los ahorros sustraídos a la economía del país desde Uruguay, y con tal ilegal operatoria –tanto en una calificación nacional como del derecho comparado-, intentarán convencer en la innecesariedad un Banco Central de la República Argentina, en la liberalización de la actividad bancaria y hasta quizá en la necesidad de renegar de nuestra divisa. Ejercer acciones de responsabilidad, en forma seria y consecuente con una investigación sólida, es enfrentar el problema estructural y no caer en los lógicos enredos de los efectos coyunturales que deberían ser resueltos por quiénes generaron el caos financiero que impide el ahorro interno, descalifica a nuestra banca, y elimina el apoyo crediticio a la actividad productiva y exportadora, única fuente real de ingresos fiscales para sostener al Estado y honrar nuestras deudas.

A la postre es un problema de seguridad jurídica: asegurar la plena vigencia y aplicación inmediata del sistema jurídico, única forma de restablecer la confianza y nuestra vocación de vivir en el Derecho.

Córdoba, martes 11 de junio de 2002.

³⁷ Del Capítulo 3 titulado *Las motivaciones del apital financiero* del libro colectivo “La mundialización financiera” que reseñé en mi artículo “La crisis argentina y la mundialización financiera ED del 6 de marzo de 2002.