

## **DAÑOS CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD COMERCIAL. ESPECIFICAMENTE POR INSOLVENCIA.**

Exposición del Académico de Número Efraín Hugo Richard en la sesión privada del día de agosto de dos mil uno.

Ante las inquietudes de los señores Académicos en torno a las cuestiones que se están produciendo en el país y declaraciones que se intenten formalizar, es pretensión una visión distinta a partir de lo privado con proyección a lo público.

1. Sostuvimos en una presentación anterior la ineficiencia concursal. No nos referíamos sólo al instituto falencial de la ineficacia concursal tendiente a la reconstrucción patrimonial del fallido, sino a la ineficiencia del sistema<sup>1</sup> todo en relación a sus fines, o al bien jurídico tutelado, tema sobre el que he escrito hace más de 20 años<sup>2</sup>.

2. Ahora queremos hacer una breve referencia a los daños causados por la actividad comercial, tales los generados por violación a la:

- Lealtad comercial
- Libre competencia
- Actividad ilícita

Las normas de defensa del consumidor afrontan parte de los daños causados por la actividad comercial, conforme las leyes 24240 y 24.999.

Otras deberían ser de defensa del fabricante, como las normas sobre dumping.

Las que resguardan la libre competencia se encuentra pautadas en la ley 25.156, ya reformada por la llamada ley de “competitividad”.

3. Temas todos que se agravan, y se configuran cuando se realiza actividad comercial en estado de insolvencia. Sobre este último punto en particular venimos insistiendo en trabajos escritos de doctrina, presentaciones en Congreso y disertaciones, y ahora me encuentro colaborando con el Daniel Pablo Carrera. Porque la insolvencia genera inseguridad jurídica, implica la conciencia de no poder cumplir los contratos, y 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”.

Existen ciertos daños donde se potencia el efecto, no sólo sobre terceros sino sobre las propias sociedades donde se materializan las conductas lesivas.

4. Pero en las actuales circunstancias y como me habilitó el Sr. Presidente en un breve comentario el viernes pasados, parece indispensable referirse a la conexidad de esa situación con la realidad argentina, y particularmente a la conducta de funcionarios públicos en ese aspecto.

---

<sup>1</sup> - “La ineficacia de la ley de concursos”, en Anales de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 2000.

<sup>2</sup> *El bien jurídico tutelado por el derecho concursal* en Revista de la Universidad Nacional de Córdoba años 79/80 p.262 y ss..

Así el leverage by out generado en el caso de Aerolíneas Argentinas, en un clásico caso de administración societaria fraudulenta que puso en cesación de pagos a la sociedad desde el año 1992, y que fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyendo el poder ejecutivo a la esfera del poder judicial<sup>3</sup>, 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.

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.

5. Así también las conductas financieras llamadas de back to back, o sea de remesas ilegales al exterior (o sea clandestinas), generando autopréstamos para el reingreso, evitando el pago de impuestos pasados y futuros. Al mismo tiempo ello debe conectarse a un crecimiento exponencial de la deuda externa<sup>4</sup>, pues los ahorros figuras como deudas, las que se transformaron en públicas en el año 1983 mediante un sistema de seguro de cambios. Denunciamos esa situación en el año 1985 para que nuestro Gobierno exigiera que las garantías privadas fueran exigidas por los Bancos, particularmente los americanos, en negociación de Gobierno a Gobierno, lo que no generaba ningún daño a nadie salvo para los que habían violado la ley. Ello debía hacerse antes de redocumentar la deuda. La cuestión culminó en el año 1992 cuando se tituló la deuda externa, incluyendo esos créditos, con una supuesta rebaja del 12% se transfirió más del 28% de utilidad a los acreedores por la diferencia del valor de cotización, y al mismo tiempo se permitió que con esos títulos se pagaran —cuando se pagaron- las empresas privatizadas.

6. Así las maniobras de dumping, donde si bien existen normas legales adecuadas, la burocracia estatal y los intereses económicos de sectores especuladores no permiten que funcionen, por lo que hemos propuesto en el trabajo<sup>5</sup> la aplicación del sistema general. 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.

---

<sup>3</sup> - “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.

<sup>4</sup> - “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.

<sup>5</sup> - “*DAÑOS CAUSADOS POR DUMPING*” pág. 57 y ss. libro *DAÑOS Globalización – Estado – Economía*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires 2000.

7. Y muy particularmente el daño que se ha causado por la actividad comercial en la actividad financiera, regulada estatalmente, con la actitud gubernamental permisiva en cuanto a las denominadas eufemísticamente operaciones "off shore", que no son sino actividad financiera ilícita, pues a veces en casas autorizadas y en otras ni siquiera a través de casas autorizadas, se procede a la transferencia clandestina de recursos al exterior.

No es que sea ilícito transferir fondos al exterior, en cuanto ello sea transparente, declarado a la AFIP y al BCRA, sino a aquellas que son transferidas a cuentas en el extranjero no declaradas ante esos entes. Por eso yo decía hace pocos días que la crisis argentina se hubiera solucionado con 100 gendarmes. Ello se encuentra vinculado a la tremenda corrida que se ha producido en los últimos meses en nuestro país, respecto a lo cual habría colaborado el propio sistema financiero —que hoy reclama blindajes-, a través de sus propias casas off shore.

Los productos financieros —donde se desatacan los productos derivados- son una forma de esa actividad, donde se trasladan ganancias incalculables, y los actuales tenedores de bonos públicos adquiridos devaluados, requieren el respaldo para lograr la suba de la cotización.

Lo financiero es meramente accesorio de lo económico, sino hay actividad económica no hay actividad financiera sólida, solo especulativa con costos de usura..

Endiosar lo financiero es justamente la forma de causar mayor daño al comercio, pues lo financiero es un accesorio de lo comercial. Lo financiero encuentra su representación nominal en el endiosamiento ideológico de la palabra capitalismo, que implica un desprecio de la organización —típica del empresario-, de la capacidad intelectual o de la fuerza del trabajo. Su ideología es la inconvertibilidad y la libre circulación de capitales, libertad esta última que sin duda genera gran daño a las economías emergentes, lo que esta siendo analizado por los economistas más importantes que no corresponden al sistema, sosteniendo la necesidad de un impuesto mundial, propio de la globalización y de las pérdidas de soberanías evidenciadas a la fecha, para que se palien los daños que tan emigración generan en ciertos países.

9. 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.

10. Y esa 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. Y FRIAS 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 gobiernan a las personas"., además al punto 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”. Insist3e 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”.

Ello es advertible hoy en toda la economía nacional con la insolvencia del Estado que intenta transferirla a sus acreedores nacionales —toda una cuestión no sólo ética sino jurídica-.

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”.

Las sociedades en insolvencia hacen lo mismo intentan transferir los efectos de su insolvencia —paliándolo- a sus acreedores, que ven agravada su situación ante el incumplimiento de quien suspende sus pagos, particularmente por el alto costo del dinero?

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

Mi deber por ahora, es alertar de la situación. En el ámbito público no hay duda que la cuestión pasa por la eliminación —no digo 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.

Adviertan que el Departamento del Tesoro de USA paga desde hoy menos intereses a los tomadores de Bonos del Tesoro a efectos de disuadir la inversión en los mismos, y dirigirla a la actividad privada.

En nosotros esta en ir marcando cuestiones, denunciando las violaciones del sistema jurídico vigente. Actuar en insolvencia es doloso, es saber que no se va a cumplir las obligaciones. No hay duda que también representa una falta de ética cuando se asume un nuevo compromiso sabiendo que se va a sacrificar derechos adquiridos con anterioridad.

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

Ese es el rol de los intelectuales, fijar un idioma en una visión compartida, colaborando en el consenso y no en el autoritarismo. Ese es el rol del derecho: dar respuestas a la seguridad jurídica, tanto a través de las normas como por el correcto funcionamiento del sistema judicial.

Volveré en próximas reuniones, o cuando me lo requieran, sobre la cuestión y todo lo conexo que implica.

