

RESPONSABILIDAD DE BANCOS y MATRICES EXTRANJERAS: SOBRE SUCURSALES y PESIFICACIÓN DE DEPÓSITOS

Efraín Hugo RICHARD¹

Sobre el tema y sin mucho optimismo 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" Gustave Flaubert.

Este trabajo forma parte del libro colectivo "Responsabilidad de los bancos frente al cliente" dirigido por María E. Kabas de Martorell, editado el 14 de febrero de 2006 en Santa Fe por Rubinzal Culzoni, obrando entre páginas 57 a 144

INDICE: I – EL COMLOT. Sobre el complot denunciado por el Ministro Zafaroni en torno a la pesificación de los depósitos bancarios en moneda extranjera y la insolvencia del sistema financiero. II – INTRODUCCIÓN donde se avizora el trabajo emprendido. PRIMERA PARTE. I – REALIDAD. APRECIACION SOCIOLOGICA. Sobre la situación socio económica y los desequilibrios. Rol de los abogados. La realidad que duele. Rol del mercado. Eficiencia del derecho: mercado y sociedad. II – LA ECONOMÍA DEL DERECHO. ¿Economía del derecho? introduciendo una visión crítica de la situación actual del sistema jurídico. La realidad del sistema jurídico. III – LA MUNDIALIZACIÓN. Tratando de entrever la visión de un complot. ¿Quién fija las políticas y sugiere las normas? Orden mundial y mundialización financiera. ¿Qué orden pretendemos? Deuda externa tratado de apartarnos del pensamiento único. La crisis financiera. IV – ÉTICA. ¿Conciencia social? Virtudes de hábito. El viejo corazón del derecho mercantil. Observando la corrupción. SEGUNDA PARTE. I – ALGUNAS FACHADAS DEL SISTEMA JURÍDICO. II – SOCIEDADES EXTRANJERAS. Apenas introduciéndonos en una cuestión muy ríspida de nuestra hipocresía jurídica. Igualdad de trato a las sociedades constituídas en el extranjero. Las sucursales de bancos extranjeros. Con algún comentario de la sorprendente ley 25.738 que revela quién legisla en nuestro país. III – MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA Y BANCOS. Accesoriedad de lo financiero donde entramos más en materia de un aspecto accesorio de la economía que se ha convertido en lo principal. Responsabilidad de algunos bancos en la crisis del 2001. IV – EL FALLO BUSTOS. LA SUPOSICIÓN DE UN COMLOT. Empezando a ver lo que preocupa a un jurista y juez observador de la realidad. Lo de público y notorio. Colapso financiero. Un complot? Tía Rosa y su amigo Pedro. Las normas violadas. La sanción por *doing business* indirecto. Responsabilidad. Beneficios del esclarecimiento. V – LEVERAGE BUY OUT – PRIVATIZACIONES. Mostrando algunas travesuras en manejo financiero de las sociedades que generan mucho perjuicio, particularmente en las privatizaciones. Apalancamiento financiero. Leverage buy out y administración fraudulenta. Privatizaciones. Renegociación. ¿Inversiones? VI – CONCLUSIÓN. Donde intentamos ser optimistas, vocacionados porque el derecho sirva para asegurar la convivencia en paz y no la actividad depredatoria de corruptos.

El voto del Ministro Zaffaroni en el ya famoso caso Bustos² introdujo un aspecto poco publicitado: la posible existencia de un complot, lo que le llevó a exigir una investigación.

Esa particular visión nos motivó a pergeñar las meditaciones que de seguido formalizaremos en torno al sistema financiero en el mundo y en nuestro país, aspectos del endeudamiento externo y la corrida bancaria del año 2001, tratando de entrever algunas cuestiones poco comentadas por nuestra doctrina.

I - EL COMLOT

1. A pocos días de dictado prácticamente se agotó el análisis doctrinario y proyecciones del fallo de la Corte sobre pesificación en el llamado “caso Bustos”.

Sin embargo se paso por alto un aspecto fundamental en el voto del Dr. Zaffaroni. De ello queremos hacer un enfoque diferente. Del fallo de la Corte se desprende: la existencia de demasiadas normas, propia de países corruptos³, indicando repetidamente que no se ha probado daño, y haciendo hincapié en determinados hechos notorios, aunque no todo lo notorio en aspectos financieros es analizado por la Corte.

Son interesantes las divagaciones entre moneda de curso legal y curso forzoso, las distinciones entre depósito irregular y depósito cerrado, la garantía de intangibilidad de los depósitos, las referencias a la buena fe en las relaciones financieras, la similitud con los procesos concursales, etc.

La Corte ha justificado la situación de emergencia para aceptar la constitucionalidad de las normas vinculadas a la limitación de disponibilidad de los depósitos bancarios, contrariando la ley de intangibilidad de los depósitos. Se acepta no probar lo que es de público y notorio. Se apunta la incuestionable situación de emergencia y se justifica el obrar del Poder Ejecutivo y el Congreso. Se reconoce la destrucción del sistema productivo, las altas tasas de interés, la corrida bancaria y la defensa del sistema financiero.

Somos observadores preocupado de la realidad: la defensa del sistema financiero ha producido reiterados vaciamientos al país. Normalmente enfrentamos las crisis con soluciones coyunturales, con soluciones de emergencia que no calan en las causas estructurales para abordarlas a largo plazo.

Desde fines de la década del 70 vimos quebrar innumerables bancos y generar lo que se llamó eufemísticamente el déficit cuasi fiscal⁴.

Al mismo tiempo los grandes movimientos político económicos de estatización de la década del 40 y privatización de la década del 90, iniciados estos últimos con la Bell Telephonic en Gran Bretaña en el 88, se corresponden a un movimiento inducido mundialmente sobre el que venimos escribiendo desde hace 10 años⁵.

Esos fenómenos corresponden a una globalización, no económica que no existe, sino financiera⁶ que se ha acentuado en la última década, devastando los países periféricos y alterando las economías en los países centrales que, con sus políticas agravan más aún la crisis en los periféricos.

Sugestivamente cuatro días después del dictamen del Procurador se pronunciaron todos los Ministros de la Corte, contrastando con lo acaecido en el caso Palomeque donde lo hizo un año y medio después del dictamen.

2. En los variados criterios expuestos en el complejo fallo de la Corte, recalamos en el voto del Ministro Zaffaroni, pero no para referirnos a su apreciación cuantitativa que ha llenado de esperanzas a los ahorristas con depósitos menores a los 70.000 dólares. Respecto a estos corresponde señalar que no hay mayoría, sólo un voto, pero que podría devenir en efectos interesantes como que se considere no materia de recurso extraordinario los casos de depósitos menores que las instancias inferiores hayan amparado.

Nos referimos a la disposición de investigación por el señor Procurador General de la Nación, que hace a la mundialización financiera, y frente al panorama mundial y la Argentina en ese momento, algún plan de apropiación se pudo haber gestado desde el interior o el exterior. Un *thriller* cuyos personajes no conocemos, con un plan que podemos intentar intuir y cuyo final aún no se escribió.

En ese escenario de ficción donde los personajes no corresponden a la realidad, en la película que vivimos enfocamos un aparente final: el fallo de la Corte. Parecía que con la declaración de inconstitucionalidad todo quedaría resuelto –pero ya hemos visto que no-, y como en las películas de suspenso es un falso final, que algunos vaticinaban en atención al fallo Peralta, pero el suspenso existía, y aún existe..

La película de repente esta detenida, el último rollo se ha extraviado, y los espectadores empiezan a revisar los datos contenidos en las anteriores secuencias. El rollo extraviado coincide con la apreciación del Ministro Zaffaroni, que consciente de la posible existencia de un complot pasa los antecedentes al Procurador para que investigue: “En efecto, una ley que asegura esa intangibilidad casi en vísperas del agotamiento de un proceso traducido en insolvencia y cuya situación no podía ser desconocida para los técnicos que intervenían⁷, aunque la desconocieran los legos en materia económica, se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales.... Algunos observadores importantes de la economía mundial, como Joseph Stiglitz, señalan maniobras financieras internacionales en perjuicio de otros países que presentan características que parecen bastante similares. Por cierto que esta circunstancia, de cuyas consecuencias en parte debe hacerse cargo la presente sentencia, no puede pasar por alto a la atención de esta Corte. Por ello, corresponde extraer testimonio de la presente sentencia y remitirlo al señor Procurador General, para que en su ámbito y con el equipo técnico idóneo, proceda a investigar la eventual responsabilidad penal de los técnicos que intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado y en especial en la citada ley, quienes no podían ignorar la situación y contexto en que la misma se sancionaba. Sería inadmisibles que los tribunales sometiesen a juicio al estafador que vende al incauto una máquina de fabricar dólares y que no se pusiese en movimiento frente a quienes pretendieron venderle el ingenio a toda la sociedad argentina”.

No hay duda que aquí se desenvuelve la hipótesis de un complot internacional, de personas que “intervinieron en el proceso productor del estado de necesidad mencionado”.

3. ¿ Que pistas podemos encontrar en torno a ese proceso productor del estado de cosas y las personas intervinientes? ¿Qué sentido tiene el pensar en ello?

Fundamentalmente que si ese proceso fue inducido, obviamente en forma dolosa, los responsables deben responder por los daños causados, inmediatos y mediatos.

Por eso hay repetidas referencias a que no se formalizó prueba alguna de daño en este proceso de amparo.

También vinculamos lo que pueda investigarse en el proceso que se abriría, a lo que en fallos posteriores los Tribunales y la Corte pudieran decidir teniendo en cuenta las “circunstancias sobrevinientes de las cuales no es posible prescindir”⁸

II - INTRODUCCIÓN.

"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 sostiene⁹ 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" 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 la Academia *El posible futuro del derecho mercantil*¹⁰. 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"."

"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"¹¹.

Consideramos que intentar mantener la visión pseudo 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 receptor las leyes del mercado. Un derecho que no tenga su justificativo ni en la economía ni en sí mismo, sino en el hombre solidariamente engarzado en su comunidad.

PRIMERA PARTE.

I – REALIDAD. APRECIACION SOCIOLÓGICA.

“... la realidad no es así, la realidad esta así. Y está así no porque ella quiera. Ninguna realidad es dueña de sí misma. .. nuestra lucha es por cambiarla y no acomodarnos a ella...” (FREIRE, Paulo *El grito manso*).

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...¹²

La realidad es que el mercado ha sido abandonado por los grandes grupos económicos¹³ 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. 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., o por las prácticas de simular realizados en el exterior actos depredatorios de banca *off shore*.

Los datos muestran que la distribución del ingreso no ha mejorado sustantivamente en los últimos 14 años¹⁴.

2. El rol de los abogados. 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 decíamos en el año 1995 si no se quiere hacer por solidaridad debe hacerse por seguridad¹⁵. 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 el ineficiente poderoso (individual o grupalmente) era subsidiado por el Estado en forma directa o indirecta a través de conductas ilícitas de sus funcionarios, en renegociaciones de contratos o con adjudicaciones dirigidas fuera de precio de mercado.

Recordemos una carta de nuestro Libertador Dn. José de San Martín "¿qué relaciones podremos emprender, cuando estamos a pupilo? ... Ánimo, que para los hombres de coraje se han hecho las empresas... ¿ Se podrán realizar o no contrastando el egoísmo de los más pudientes?"¹⁶.

Se ha llegado a sostener que el terrorismo encuentra su caldo de cultivo en la miseria y que con sólo 60 mil millones de dólares se podría proveer de alimentación, salud y educación básica a todos los menesterosos del mundo (los que viven con menos de un dólar por día¹⁷).

¿Sólo diagnosticar? Y proponer? Por y para eso debía 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, asegurando los repartos, la equidad, disuadiendo la ilicitud.

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.

¿De que sirve acreditar un cientificismo para regular normativamente un fenómeno económico, si a la par que se lo esclerotiza en una ley no se usan técnicas jurídicas que solucionen los incumplimientos o se sancionen duramente las prácticas que se intenta desterrar?

Auscultemos la realidad y ciertos aspectos económicos.

3. La realidad que duele. 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, o sea de lo que anhela una nación.

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 doctrina¹⁸-, 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.

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 de lo que prevenía Alberdi en el Siglo XIX: la destrucción de la economía, de la producción y el advenimiento del desempleo y la pobreza.

“La incapacidad, la falta de voluntad y patriotismo de los sectores más poderosos llevaron a que nuestro país quedara condenado a producir materias primas y comprar productos elaborados muchas veces con nuestros productos (manufacturas). Claro que valía

mucho más una bufanda inglesa que la lana argentina con la que estaban hecha. Esto llevó a una clara dependencia económica del país comprador y vendedor, en estos casos Inglaterra, que impuso sus gustos, sus precios y sus formas de pago. Además, como se sabe, los países que viven de exportar materias primas como granos o carnes están muy expuestos a los fenómenos naturales como sequías, inundaciones, pests de animales y esto puede arruinar su economía. En cambio, los países industrializados pueden planificar su economía sin preocuparse por si llueve, esta nublado o sale el sol. La independencia proclamada era formal y exclusivamente política, en lo económico comenzábamos a ser cada vez más dependientes de nuestra gran compradora y vendedora: Inglaterra. El nuevo Estado, dominado desde estos momentos fundacionales por una clase parasitaria, dificultará el progreso de una de las naciones potencialmente más ricas del mundo... Las artesanías provinciales estaban en franca decadencia y sólo la inversión y la modernización las hubiera podido transformar en verdaderas industrias, como ocurría por esa misma época en los Estados Unidos. Pero casi los únicos que estaban en condiciones de hacer estas inversiones eran los terratenientes porteños y su embrionario Estado Nacional. Ni unos ni otros se mostraban interesados en dar ese paso que hubiera transformado a nuestro país en una potencia¹⁹. La oportunidad es histórica y es posible que se pierda la posibilidad de cambio, particularmente al estimularse el ahorro en el extranjero por el incumplimiento de la legislación bancaria por parte de la mayoría de los Bancos.

4. Rol del mercado. 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 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 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.

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.

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 realidad²⁰, y las incuestionables leyes de protección a la libre competencia, anti monopolios y de lealtad comercial²¹ resultan de dudosa efectividad.

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 veces²²), para influir sobre el dictado de esas normas²³. 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 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"²⁴, y evasión de capitales internos²⁵.

5. Eficiencia del Derecho: mercado y sociedad. 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 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 claras²⁶. 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 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.

II – 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, a la eficiencia misma del derecho.

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 Soto²⁷ expresa la inseguridad jurídica por 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, que genera 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 –y se seguirán multiplicando- 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 a del derecho, como explica Galgano²⁸. 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, el enriquecimiento sin causa, la lesión de los intereses ajenos -aún los difusos-, la afectación de la moral y las buenas costumbres. De nuevo un derecho simplificador y al mismo tiempo ejemplificador que asegure el orden social comprometido a nacionales y extranjeros: un país para quedarse, para constituir en el país las sociedades y compañías, hacer los negocios, mantener sus ahorros, bajo su ley y jurisdicción.

El derecho económico está concebido en una óptica estatista, la economía del derecho debe tender a un principio desregulatorio, a regresar al mercado, como actitud antiestatista, no con criterio político, o economicista, 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. 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 corrupta²⁹.

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.

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, con 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 acreedores³⁰.

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. La realidad del sistema jurídico.

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.

III – LA MUNDIALIZACION.

El término “globalización” apuntaría³¹ a “una salida de lo político” del marco categorial del Estado Nacional, imponiendo la idea de “Estado sin política”, o lo que es similar a restringir la idea de soberanía de las naciones, llevando a la pregunta no sólo de quién

gobierna efectivamente, sino de quién legisla y fija las pautas culturales, tan fáciles hoy de inducir a través de los medios masivos de comunicación.

Bajo esa idea los gobernantes formales de un país son sólo una máscara que ejecuta las decisiones de otros medios de poder.

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

La internacionalización fue adoptada como la nueva arma de conquista, en beneficio de países desarrollados y de grupos económicos aceptados o asentados en los mismos.

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 excepcional³²”.

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 poder y 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, lo que parece bastante alejado de la realidad “real”, aunque se invoque como fachada operativa. El resarcimiento de daños por la fuga de capitales golondrinas ha sido considerado a través de la llamada “tasa Tobin”.

Esto nos hace recordar a las invasiones inglesas, cuando su misma prensa cayó sobre su gobierno, pues *The Times* calificó los dos intentos como teñidos de “avaricia y pillaje”, comparándolas con “las vergonzosas expediciones de los bucaneros”³³. Las patentes de corso han sido sustituidas por la organización de corporaciones internacionales gubernamentales.

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.

¿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 ello sea sustentado por las grandes potencias, a veces ni por los propios países periféricos.

¿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 ? Y ese alejamiento es potenciado por quiénes incumplen con la Ley de Entidades Financieras.

“El tan denostado Estado nación, sin embargo³⁴, 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. Nuestro país acaba de dictar algunas medidas restrictivas para la salida de capitales golondrinas.

¿Marchamos hacia un nuevo orden mundial? Se afirma³⁵: “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 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”. Sólo una clara visión sobre el derecho, incluso sobre como lograr su eficiencia, y sobre el rol de los organismos internacionales, permitiría un cambio y enfrentar el desastre financiero que viene.

Los países del primer mundo tratan de salvarse del desastre que crearon, pero no lo hacen solidariamente, al imponer leyes en los países subdesarrollados que facilitan la transferencia de *royalties*, utilidades, aumento de tasas de interés, etcétera).

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.

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”³⁶.

La liberalización financiera “ha contribuido significativamente a la polarización social que marcó a Centro América en los años 90... se ha reducido el acceso al crédito de muchos pequeños productores... muestra un cambio muy notable en los 90, con un desplazamiento desde la producción hacia el comercio... y con la necesidad de conseguir financiamiento externo”³⁷.

Para imponer el estado de cosas que resultan del “pensamiento único” que imperó en nuestro país en la década de los 90, pero que sigue desvastando en otros países que recién ahora inician ese proceso –República Dominicana y otros países de Centro América-, “las empresas transnacionales y los gobiernos de los países centrales han creado un marco de regulación: el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)”³⁸. Esa organización persigue como objetivo asegurar los derechos de los capitales internacionales en cualquier país, y sin ser aprobado formalmente protege veladamente la circulación financiera mundial, derribando barreras a la inversión, en procura de un mercado financiero mundial, cuestionando las formas soberanas de controlar ese flujo, constituyendo un “acuerdo sobre los derechos de los inversores” dentro de las pautas que venimos refiriendo. Ha sido definido como un acuerdo para “sellar a los países en acuerdos que con el tiempo estrecharán cada vez más la esfera pública, transfiriendo poder a las estructuras internacionales. Potenciará las alianzas entre corporaciones para administrar la producción y el comercio, confiando a los Estados poderosos que se encarguen de mantener el sistema a la vez que socializan los costos y riesgos de las corporaciones transnacionales radicadas en sus países”³⁹. Ese efecto ha sido claramente advertido en como las compañías petroleras y gasíferas enfrentaron al gobierno argentino en la crisis energética advertida públicamente en el 2003 y destinada al aumento tarifario, como el de otros servicios públicos, sin preocupación alguna por la profundización de la sectorización social, que rompe incluso con toda política capitalista nacional.

3. ¿Qué orden social pretendemos?

Primer cuestión es tener en claro que orden social pretendemos para nuestro país. De seguido ¿cómo lograr el orden social pretendido, ante la globalización, reformando el Estado para enfrentar los desafíos sociales del Siglo XXI?⁴⁰

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 Kofi 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 científicamente 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”. Se reitera así la realidad que hemos expuesto precedentemente.

La dualidad perdedores ganadores⁴¹, 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 debería asegurar 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, con 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.

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.

Ya 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 sencia, 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 tornado a ese principio? Pero ahora no es por pereza –aunque exista-, se creo 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 y laboral.

Ahora se coloniza con tecnología⁴², conforme lo cual los países que invirtieron en educación e investigación se volvieron ricos y poderosos, atraen la fuga de cerebros, y generan políticas asegurativas del respeto mundial de las patentes en ellos registradas. La tecnología debe ser una herramienta del cambio⁴³, 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 a todos, cuando estamos hablando de derechos de tercera generación así parecería en orden a salud, educación y servicios. ¿Pero sin duda 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...

¿En que elementos basaremos la pertenencia para edificar una Nación que justifique su Gobierno y un sistema jurídico concreto? ¿En el mundo o en el mercado, o en una colectividad unida por vínculos étnicos, geográficos, idiomáticos, o en la sobrevivencia?

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. No se estructura un orden social, sólo se promete. Y la falta de recursos aparece generada, o por lo menos profundizada, por contraer deuda externa. Este parece ser el obstáculo para proyectar un orden social, que aparece impuesto por organismos internacionales. Pero el razonamiento es falaz, sin orden social, sin Nación, sin comunidad unida por un plan, no hay posibilidad de pagar, sólo amortizaciones esporádicas, violentas sangrías que no palian el problema, sólo lo alargan.

La deuda externa creció mientras crecían también las corporaciones mundiales que ahora están en el banquillo de los acusados, y una política financiera francamente ilícita⁴⁴. Ahora, que los grandes países se han decidido finalmente a lanzar una campaña de limpieza de los establos de las gigantescas corporaciones comerciales y financieras⁴⁵, es de estricta justicia esperar que esas operaciones de saneamiento se 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 llevan 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 euforia y termina con espanto a partir de contraer empréstitos soberanos⁴⁶: *“...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 guerra⁴⁷, 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.

Es punto esencial determinar para que nos endeudamos. Los créditos para obras suelen no ser utilizados sino para asesoramientos y corrupción, quedando en gran parte inutilizados mientras se pagan comisiones por el *stand by* o disponibilidad de los fondos. ¿Es eso eficiencia? ¿Se ha promovido algún juicio por daños contra los funcionarios que nos han hecho perder chance y pagar intereses?

La irresponsabilidad en el manejo de la deuda externa no fue únicamente de los gobernantes y funcionarios argentinos, sino también del F.M.I.. Así informó Eric Calcagno en Revista Veintitrés del 21 de abril de 2005, que este organismo internacional otorgó U\$S 14.875 millones, de los cuales u\$S 12.449 millones corresponden al "blindaje" que el Fondo otorgó en el 2001. En violación de su propia Carta Constitutiva. Art. 01 sección I a), onforme a cuyo precepto el Fondo no podrá prestar para financiar evasión de capitales. Y la Oficina de Evaluación Independiente que forma parte del Fondo reconoció en su Informe sobre Argentina que el Fondo en lugar de financiar la evasión de capitales y dejar que Argentina atravesara un período difícil de seis meses de deflación y pérdida de producción, podría haber utilizado de otro modo los recursos disponibles. El Fondo sabía que estaba financiando la evasión de capitales porque los préstamos se hicieron en enero, mayo y setiembre de 2001.

Por eso hace ya 10 años sosteníamos que la toma de crédito externo debía limitarse a negocios en participación, donde en vez de ser acreedor el prestador de fondos fuera un asociado en emprendimientos específicos. Era la única forma que veíamos de romper el círculo cada vez más estrecho que se iba formando a nuestro alrededor y que ahora ha desembocado en un escándalo internacional, perfectamente previsto por los operadores financieros intermediarios, que traspasaron el riesgo –no su ganancia de intermediación- a incautos.

Es que la voracidad de la mundialización financiera, que busca inmediatos –aunque a veces falsos- resultados, parece olvidar el principio que sólo con la creación de riqueza un país –o un particular- paga sus deudas; ese “criterio keynesiano ... que sirvió para solucionar el problema de la deuda alemana de posguerra, jamás se aplica en la actualidad con las nacionales latinoamericanas y africanas, productoras de materias primas por lo general desvalorizadas en los mercados internacionales. Desde el Fondo Monetario Internacional para arriba y para abajo, pareciera existir un acerado empecinamiento en no entender que las

deudas solamente se pagan con la creación de riqueza, no extendiendo la miseria de pueblos agobiados por los ajustes degradantes que se les impone”⁴⁸.

4.2. La crisis financiera.

Casi 150 años después de los escritos de Alberdi, en *La Mundialización Financiera. Génesis, costo y desafíos*⁴⁹ 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, 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.

En Argentina hoy se detuvo la caída libre, ubicándose el cambio de divisas en forma compatible con una economía exportadora y aparentemente alejada de la especulación financiera inicial, pero no se eliminó la actividad financiera ilícita, como veremos en la segunda parte..

Se anticipó los límites dentro de lo que un sistema de convertibilidad, o sea de cambio cerrado, implicaba y exigía. Concluye 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, en 1991, convocando Luis Moisset de Espanés a diversa doctrina aglutinada en cuatro tomos “La convertibilidad del Austral”⁵⁰. El mismo Director escribía en el artículo inicial⁵¹ “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 productiva interna, y una balanza de pagos absolutamente deficitaria a través de la política de globalización financiera, dejando hacer a la ilegal actuación nacional encubierta de las representaciones de bancos extranjeros,

como banca *off shore*, 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.

En el año 1994, en ocasión de la 15^o Convención de Ejecutivos de Finanzas, realizada en Ushuaia, un economista clásico, Paul Krugman –hoy Premio Príncipe de Asturias- expresó una alerta sobre el plan de convertibilidad señalando que “su extrema rigidez conluciría a un período recesivo o a una economía menos abierta” y con cierta ironía sentenció “Es muy inteligente y el renacimiento de una institución antigua (en obvia referencia al patrón oro, ahora patrón dólar)... un sistema monetario insostenible en el largo tiempo”, al mismo tiempo que advirtió sobre la debilidad de la economía argentina “con una fuerte participación de exportaciones primarias, lo que significa que está expuesta a grandes fluctuaciones y, mediante la fijación cambiaria, resigna una herramienta de ajuste”. Presente en esa reunión Ricardo López Murphy economista jefe de la Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (Fiel) contradujo el diagnóstico, pero bajo condición que hubiera más superávit fiscal con una drástica restricción del gasto⁵². El final de esa parte de la historia lo conocemos.

La política financiera de un país esta indisolublemente ligada a la deuda externa. Desde hace años lo venimos afirmando. También marcamos que la “globalización financiera” exigía dos puntos: uno la inconvertibilidad de la moneda en que había sido contraída la deuda y otro la libre traslación de capitales, claro que la libre traslación de capitales de por sí ya genera un daño

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.

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. Keynes⁵³ 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 pueden autorregularse –como lo creemos mientras opere una mundialización financiera y no económica-, parece necesario implementar un control y una reglamentación prudentemente más restrictiva. Nuestro país tímidamente ha fijado un corto plazo para la salida oficial de capitales financieros. Algo es algo, antes no existía ninguna restricción.

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 Chesnais⁵⁴ 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 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....

Por último, 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” en 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 Chesnais⁵⁵: “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”.

Conforme a la distinción alberdiana respecto al capital destinado a la producción. Robert Gutmann⁵⁶ 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”. Alberdi⁵⁷ 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 Gutmann⁵⁸ “Una vez que los bancos comprenden que podrán contar con la ayuda del estado en caso de quiebra, pueden verse tentados a llevar a cabo estrategias aún más riesgosas. Ello ha acaecido en nuestro República, incluso auspiciado por organismos financieros internacionales. 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...”⁵⁹. Ello es advertible con la devaluación y las legislaciones concursales, particularmente las más recientes normas dictadas en nuestro país, carentes de política legislativa y de técnicas jurídicas eficientes.

Esa sensibilidad (incluso psicológica) de los inversores y la facilidad de circulación de los capitales –aún con ilegalidad como la practican ciertas representaciones, violando la ley de entidades financieras en lo que llamamos el *indirect doing business*-, genera que las eventuales y proclamadas 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"⁶⁰. Se impone una política organizada colectivamente para lograr la reducción de esos intereses⁶¹.

IV - 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.

1. ¿Conciencia social? Virtudes de hábito. 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 moral⁶².

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 Moral⁶³, pues en las edades primitivas, en las que domina la costumbre indiferenciada, aparecen mezclados confusamente el Derecho y la Moral⁶⁴, 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 Radbruch⁶⁵ 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, por hacer posible la Moral, alejando la corrupción y receptando el valor Justicia.

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.

Un admirador del sistema capitalista⁶⁶ 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.

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", en (6) afirma "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".

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.

"Los corruptos pecan más grave e insolentemente que los ladrones, porque estos hurtan con miedo, y estos otros delinquen confiados y seguros. El ladrón teme el látigo con que la ley lo amenaza; éstos, por malo que sean lo que hacen, quieren que se tenga y guarde por ley. La ley, en firme suele acobardar al ladrón para que no se atreva a lo prohibido, pero los malos gobernantes atraen las propias leyes al ilícito aprovechamiento a que los lleva su malicia y codicia", recuerda Jorge Londero⁶⁷ las palabras de Juan de Solorzano Pereyra de su libro de filosofía *Política Indiana* fechado en el 1647, y destaca que tres siglos y medio después tal apreciación conserva su vigencia con asombroso acierto para casos bien recientes.

No quisieramos que la profundización del Siglo nos encontrara repitiendo la incisiva expresión de Montaigne "Mientras más se cambia, más en la misma cosa", mientras no se disuada de los incumplimientos a través de un sistema judicial eficiente por su rapidez y simplicidad.

2. El viejo corazón del derecho mercantil. 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 –quienes 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-⁶⁸, mientras se miraba despreciativa y suficientemente a las pocas voces que se alzaban para marcar el expolio⁶⁹. 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.

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 amistad, etc.- y tienen su origen directo en las COSTUMBRES y en el hábito o tendencia⁷⁰.

SEGUNDA PARTE.

I - ALGUNAS FACHADAS DEL SISTEMA JURÍDICO.

“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”⁷¹.

El desarrollo jurídico-económico de la empresa, genera un subsistema propio incorporado en forma aluvional y ametódico al sistema general⁷², 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 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.

II – SOCIEDADES EXTRANJERAS.

Se anticipó la tendencia a hacer uso espúreo de sociedades constituídas ad hoc en el extranjero, obteniendo personalidad jurídica resguardando el anonimato de los constituyentes o de sus verdaderos propietarios, protegidos por extrañas soberanías y jurisdicciones, o trámites procesales que aseguran cierta impunidad, tratando de escapar a través de esa

sociedad o amparados por su personalidad jurídica del principio rector de que quién daña debe indemnizar.

Debe darse la bienvenida a las sociedades constituídas en el extranjero que vengán 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, y muchas veces amparando actividades ilícitas anteriores de sus reales administradores y/o propietarios.

En nota vinculada a la Resolución 7/03 de la Inspección General de Justicia⁷³, señalamos: que 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, en nuestro país se les dá mejor trato.

1. Igualdad de trato a las sociedades constituídas en el extranjero.

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.

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*⁷⁴. Esta operatoria es de público y notorio, colaborando activamente en la corrida del año 2001, como veremos en seguida.

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 titulares. 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, como hemos señalado en la primera parte.

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 constituida en el extranjero que requiere inscripción.

No cabe hoy comentario de la norma que, con realismo, intenta que las sociedades constituidas 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.

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 constituidas en el extranjero extremos que no son reales. Ello obligaba a que se dictara alguna otra norma para las sociedades “sin historia”, recientemente constituidas, normalmente para lo que se exteriorizan inmediatamente en una actuación en nuestro país –la Res. 08/03 de la I.G.J. intentaría ocupar ese lugar-. Sin duda tendría que evidenciar lo que han planificado y prometer acreditarlo en el futuro.

Por otra parte, si esas Resoluciones –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 constituidas 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 destruido la actividad productiva del país.

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, y específicamente en el tema que en este apartado tratamos: el ADN como en los juicios de paternidad para las sociedades extranjeras o interpuestas, generando la presunción de propiedad salvo prueba en contrario –como venimos reiterando-.

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 doctrina⁷⁵ 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 la misma 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 respondían 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 sucursales⁷⁶, 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. Al asignársele capital sólo se privilegia a los acreedores locales en caso de quiebra, pero no se limita la responsabilidad de la matriz.

¿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 como lo es hasta ahora? ¿O se habrá personificado a la sucursal, creando un nuevo tipo social?

Parecería una respuesta a la posición de Otaegui⁷⁷ 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 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”(completa el art. 1º). Y conforme al aspecto de la publicidad, casi reglamentariamente la ley dispone en el ARTICULO 2º las características de esa publicidad.

Ante los clamores de responsabilidad por actos anteriores, el ARTICULO 3º, tiene un tufillo de norma retroactiva, al sostener innecesariamente (por lo referido sin exclusiones en el art. 1º) 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 5º “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”. ¡Que suerte intentarán tener algunos! Aunque seguimos pensando que se mantienen los principios del Código Civil de que si alguien genera daño –directa o por interpósita persona- debe responder del mismo.

No entendemos que la ley, a contrapelo de las normas positivas, doctrina y jurisprudencia, intente acotar la responsabilidad de los controlantes extranjeros, quedando a la autonomía de su voluntad fijar los alcances de su responsabilidad, al señalar en el mentado art. 1º 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...”.

Hemos referido al exceso normativo (bajo el título *La economía del Derecho*⁷⁸) 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 abusiva⁷⁹ o ilícita⁸⁰ 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*⁸¹ 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 comercial⁸².

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 entendido⁸³.

La ley no distingue entre SUCURSAL y FILIAL, sobre lo que corresponde volver, como lo hace la IGJN en la resolución del 15 de Diciembre de 2003, N°: 001632, en el expediente N° 475.592/3929/570.850, correspondiente a la sociedad “COCA COLA FEMSA DE BUENOS AIRES SOCIEDAD ANÓNIMA”.

En tal caso, donde se había generado la apariencia de dos socios con una sociedad tenía el 99,999% del paquete, se divagó sobre la diferencia entre filial y sucursal:

“10. Que en consecuencia y ante tales circunstancias fácticas cabe formularse el siguiente interrogante: ¿ Es la sociedad extranjera controlante de la filial nacional en un 99,9999 % de sus acciones, una persona jurídica independiente de ésta o por el contrario, se disfraza detrás de esa estructura societaria, una verdadera sucursal de la entidad extranjera ?

“La respuesta no es meramente académica, sino plena de efectos y consecuencias prácticas. Adviértase que la sucursal es un establecimiento secundario, una forma de desconcentración, de carácter permanente, dotado de relativa autonomía ya que es la misma sociedad matriz que ejerce habitualmente actos comprendidos en su objeto, destinado a colaborar en la explotación realizada por el establecimiento principal y cuya existencia no afecta de modo alguno la unidad patrimonial de la empresa. Esta última constituye la titular de

todo el patrimonio y en consecuencia, los acreedores de la sucursal pueden perseguir el cobro de sus créditos contra el patrimonio de la empresa, aunque corresponda al establecimiento principal o a otra sucursal, y correlativamente, la quiebra de la empresa implica la quiebra de todas sus sucursales. Por su parte la filial responde a otro concepto, es una forma de la participación financiera de una sociedad en otra. La filial es una sociedad jurídicamente independiente de la llamada sociedad madre, es una sociedad provista de personalidad jurídica, un centro diferenciado de imputación de derechos y obligaciones, dotada de un patrimonio propio, regida por sus propios estatutos y por sus propios órganos de gobierno y administración. En definitiva, y transcribiendo textualmente a Fontanarrosa, a quien seguimos en este punto, “...*La filial se distingue nítidamente de la sucursal. Aquella es una sociedad distinta e independiente, jurídicamente, de la madre. Cada una tiene su propio patrimonio y posee sus propios establecimientos. La sucursal es una mera prolongación o irradiación del establecimiento principal con una relativa autonomía de gestión, pero subordinada jurídica y económicamente a la sede principal...*” (Fontanarrosa Rodolfo, “Derecho Comercial Argentino”, Parte General, tomo I, Buenos Aires, 1973, Zavalía Editor pags. 204/206).

“La clave principal para entender las diferencias entre la sucursal y la filial, en lo que se refiere a la protección de los acreedores nacionales, radica en la diferente responsabilidad patrimonial que le corresponde a una y otra: La sucursal, como expresión de la descentralización de la empresa de la casa matriz no puede afectar al acreedor, cuyos derechos no se hallan restringidos a ser hechos efectivos únicamente sobre bienes colocados en territorio nacional (Rossi Hugo, “Responsabilidad de la casa matriz por las obligaciones de la filial, sustancialmente unipersonal”, publicado en Doctrina Societaria y Concursal, n° 174, Mayo de 2002, Editorial Errepar, página 104), mientras que la sociedad filial responderá ante terceros con los bienes y efectos que integran su patrimonio, sin extender – siempre en principio - la responsabilidad patrimonial por las deudas contraídas a quienes son sus socios o accionistas”.

III - MUNDIALIZACIÓN FINANCIERA y BANCOS

Cuando se advierten errores, notas extravagantes o salvaguardas 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.

Joseph Stiglitz anticipa la ruptura de la burbuja bursátil, aunque señalando que la ruptura de la burbuja inmobiliaria será más lenta⁸⁴.

1. El panorama. 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 bancario⁸⁵, 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 raquíticos “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 producían⁸⁶... 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 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 país⁸⁷.

El estado del sistema financiero permite determinar cierta actividad con licitud aparente⁸⁸. En Día D del 6 de diciembre de 2003, a las 21 hs., se dieron estadísticas de la disminución de la relación entre depósitos y capital de dos bancos, particularmente de uno en el que la relación era de 40 a 1, señalándose además que no daban préstamos y giraban dólares para pagar deudas con sus matrices. El tema puede estar vinculado a lo que hemos denunciado sobre la práctica del *indirect doing business* durante los años 2000 y 2001. Hoy continúan abriéndose cuentas y generándose movimientos en cuentas en paraísos fiscales desde bancos o representaciones locales⁸⁹.

Actualmente 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 substancia patrimonial real, tal cual habíamos expresada en la VIIª Reunión Conjunta de Academias Nacionales de Derecho.

Cuando se mira lo que ocurrió desde fines del 2001, tiene que mirarse 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 promisorio, 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.

2. Accesoriedad de lo financiero. 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 criterios. 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 accesorio. 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 se generará 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 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* o de paraísos fiscales, o con secreto bancario riguroso.

3. Responsabilidad de algunos bancos en la crisis del 2001. 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 piquetes⁹⁰ en el Norte, se hubieran destinado 200 a las "cuevas financieras" se podría haber evitado nuestra situación. Lo denunciábamos en 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 investigó 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. Una semana antes de la XVª Reunión Conjunta de Academias, en los diarios del 15 de octubre de 2003 se informó que dicha Comisión pasó un dictamen a la Justicia del Crimen como conclusión de su investigación.

Esto impone preguntarse: ¿Cómo está reglamentado 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, exige estar organizados como empresas financieras, o sea, con capital suficiente, capacidad funcional adecuada, directores técnicos, para obtener la autorización para operar como empresa financiera en el país.

Dentro de ese esquema, existen bancos sociedades argentinas, autorizados por el Banco Central que operan integralmente; otros 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 -en páginas anteriores hemos comentado desfavorablemente la ley 27.738 promulgada por el gobierno nacido en el año 2003-. Y una tercera categoría son las representaciones locales de bancos extranjeros, que son meros agentes locales designados por el banco extranjero que se presentan ante el Banco Central. Éste, una vez que acreditan personería, los autoriza a asesorar exclusivamente, pues no pueden gestionar ni hacer ningún tipo de operación en la Argentina (o desde la República, lo que es muy importante a tenor del art. 13º de la Ley de Entidades Financieras).

Pero ¿Cómo opera alguna banca en Argentina?

¿Cómo operó hasta el 30 de Diciembre de 2001? Ponemos un ejemplo claro explicitado por boca de un inversor⁹¹: tenía casi diez millones de dólares y el día del vencimiento decidí renovarlo -me estaban pagando entre el 12% o el 13% sobre dólar -; pero mi asesor financiero -o sea el Banco donde tenía el depósito- me advirtió de una situación riesgosa y me sugirió trasladar mis fondos al extranjero: "Ud. retira el depósito, y nosotros abrimos instantáneamente la cuenta en donde Ud. quiera y trasladamos su dinero a algún lugar del Caribe o de Europa".

¿Donde deseaba que se abra esa cuenta? Dividió el monto entre Islas Cayman y Suiza, atento el bajísimo interés que se paga en ese país. Le entregaron dos juegos de fichas, para que firmara en casa su señora, y al día siguiente al entregar las solicitudes en el Banco local le informaron en pocos minutos los números de las cuentas en el exterior y del Banco: haciéndole suscribir la cancelación del plazo fijo sin otra manifestación, que conforme las indicaciones en el título implicó que recibía el dinero en efectivo. Pocos minutos después se le entregaron como comprobantes dos faxes, uno de Islas Caimán y otro de Suiza, que documentaban que los depositantes habían concurrido a Suiza y a Islas Caimán, conjuntamente a la misma hora, depositando cinco millones de dólares en cada cuenta, documentando así cada depósito.

¿Esa operación era legal o ilegal antes del 30 de noviembre? Era de público y notorio esa actividad, y el lector conoce 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 aquí⁹².

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

Agregamos algo más, 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 operaban electrónicamente sin dejar datos en el país (“doing business” indirecto). Documentaban el traspaso de fondos 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 acusó 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, quien 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 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”⁹³.

¿Será este el complot que denunció el Ministro Zaffaroni?

IV – EL FALLO EN EL CASO BUSTOS. LA SUPOSICIÓN DE UN COMLOT.

1. En dicho fallo se enfatizó sobre la inexistencia de prueba de daño (*Belluscio/Maqueda*): “A falta de daño producido por el Estado no hay acción...En suma, no está probado: 1º) que la actora hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales —lo que deja abierta la posibilidad de que los haya comprado al precio vil que mantenía el Estado o que se haya tratado de un mero asiento contable—, ni que los dólares estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que

necesariamente debieran afrontarse en esa moneda; 2º) que las alternativas que el Estado le ofrece le ocasionen un perjuicio patrimonial, ya que no se ha alegado ni probado que el destino del depósito fuese el cumplimiento de obligaciones fuera del mercado interno.....*El actor no ha mostrado, ni intentado mostrar, que en relación al poder adquisitivo haya sufrido algún tipo de pérdida*”

Se vincula claramente el problema a la teoría general de la responsabilidad. Quién dañó debe reparar, pero si no hay daño....

Y la cuestión lleva rápidamente a la teoría del complot avizorada por Zaffaroni. Si hubo un complot, existió una intención de dañar, lo que impone la investigación.

Rebuscando en el cofre de los recuerdos, encontramos las palabras del Senador Dr. Eduardo Duhalde en su discurso de asunción de la Presidencia de la Nación en el año 2002, cuando se comprometió a devolver los depósitos en su moneda de origen (lo que permite muchas variantes, que fueron señaladas en el voto referido precedentemente) y que se determinaría la responsabilidad de los que generaron la crisis⁹⁴. De este protagonista en la crisis y observador inmediato de la realidad surgió un juicio de valor sobre existencia de culpables y, obviamente no creemos que se refiera a gente del gobierno, aunque puede haber muchos complicados o complacientes. Es fundamental que si existen responsables concretos sean exhibidos ante el mundo, particularmente por las condenas internacionales que sufre nuestro país por el *default*, para que todos colaboren en hacer resarcir los daños⁹⁵.

La mirada hay que dirigirla entonces más atrás, a cuando ocurrieron los hechos. ¿Qué interés puede haber habido para generar el desastre?

Y eso lo señala claramente Zaffaroni en las palabras de Stiglitz.

2. Lo de público y notorio.

Sin duda el desastre se avecinaba, íbamos hacia el descubrimiento de algo que se mantuvo muchos años solapado: la insolvencia del país, el *default*. Se había destruido el aparato productivo –lo reconoce la Corte-, estaba sobrevaluado el peso –lo reconoce también la Corte-, y había algo más que reconoce la Corte que alguien –un dominador mundial como en las películas de James Bond- advirtió que por los ahorros en dólares, en la Argentina se pagaba una suma mucho mayor que en el mercado mundial, si se podía apoderar de esos ahorros y transferirlos a otras cuentas donde se pagara mucho menos y, al mismo tiempo, se pudiera disponer de ese dinero para luego del choque comprar los despojos valiosos, se podía hacer un negocio fenomenal. Llamemos al personaje en las sombras Mr. Buitre, aunque quizá haya habido muchos operadores similares organizados con el mismo fin pero independientes, como –también en las películas- en el saqueo de una ciudad devastada.

Así los votos de los Ministros de la Corte hacen múltiples referencias a hechos notorios que no necesitan prueba:

a. “Es un hecho de público y notorio conocimiento que la Argentina se vio enfrentada al impacto de una crisis terminal de descomunales consecuencias sobre el bienestar del conjunto de la población. La abrupta caída en los niveles de producción y consumo, acompañados por un franco retroceso en las variables sociales, generaron el comienzo del derrumbe del régimen de política económica implementado durante la década del noventa.... *la quiebra de la relación de confianza de los ahorristas con los bancos*,...La magnitud de los problemas que nos aquejan desde hace mucho tiempo, tanto los que provocaron el aludido estado de crisis como los que surgieron a raíz de medidas adoptadas para conjurarlo,

constituye un hecho notorio cuyo desconocimiento impediría encontrar un camino para su solución definitiva (del Procurador del 22 de octubre de 2004)

b. 8º) Que, a pesar de la ausencia de prueba en este proceso, existen circunstancias que por su pública notoriedad no pueden ser ignoradas ni pasadas por alto. Así, es evidente que el prolongado mantenimiento de una artificial equivalencia de valor entre el peso argentino y el dólar estadounidense, unido a circunstancias económicas que la mencionada ausencia de prueba impide clarificar, condujo a un proceso de deterioro del aparato productivo nacional — con su secuela de desocupación, miseria y hambre— al que no eran ajenas las inusuales tasas de interés que se pagaban por los depósitos en dólares, a una amenaza de "corrida bancaria" que se intentó paliar mediante esas tasas, y finalmente a un riesgo cierto de que esa amenaza se concretase, e inclusive a su iniciación, que fueron las causas determinantes de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo y el Congreso con la finalidad de impedir la falencia generalizada del sistema bancario y la consiguiente ruina del conjunto de depositantes. ... Es obvio que si se depositaba en dólares era porque se dudaba del mantenimiento del poder adquisitivo de los pesos nacionales y se buscaba mantener el valor intrínseco del capital. Desde ese punto de vista, puede afirmarse que la supuesta propiedad de los dólares no era más que una gran falacia. En la Argentina nadie ganaba en dólares norteamericanos, de manera que asentar los depósitos en esa moneda era, o bien utilizarla simplemente como una moneda de cuenta —nadie ignora que en gran medida se depositaban pesos y éstos se convertían a igual cantidad de dólares, equivalencia cuya falsedad se hacía notoria (realmente no era así en el momento en que se vivía para los técnicos y la gente, aunque otros clamáramos sobre el desastre inevitable desde el año 1995) si se pretendía la imposible tarea de cambiar pesos por dólares en el exterior (salvo en algunos países vecinos), y que hoy se ve claro que era ficticia— o bien se compraban dólares en el mercado de cambios a un precio vil, el de la paridad, con consecuencias perniciosas en la economía (Belluscio/ Maqueda)

c. 14) Que la relación dólar estadounidense-austral era menos flexible que respecto de las otras monedas extranjeras, pues la paridad respecto de la primera se fijó por ley; en cambio, la del resto de las monedas se sujetó a las condiciones del mercado. En consecuencia fue posible, económicamente, que ciertas monedas extranjeras fluctuaran en la Argentina, sin tener vinculación con el precio fijado a la divisa norteamericana... La ley consagró la indicada convertibilidad con el dólar estadounidense, un nuevo nominalismo a rajatabla, la desindexación, y la inclusión de la moneda extranjera en el régimen de las obligaciones de dar sumas de dinero como si se tratara de moneda nacional ... 27) Que no debe olvidarse por otra parte, que la tasa de interés que se pactaba en el país en la época de celebración de contratos como el de autos, excedía todo parámetro en comparación con las tasas que se fijaban en otros mercados extranjeros en semejantes condiciones de estabilidad...28)...Esta devaluación se debió a una intensa actividad especulativa y corridas bancarias y tuvo por fin estabilizar los precios internos y el mercado internacional (Highton).

3. Colapso financiero.

Y dentro de los aspectos de pública notoriedad, los Ministros de la Corte se refirieron con preocupación a la destrucción del sistema financiero argentino, mientras que nadie se preocupó del sistema productivo:

a. Durante 2001, cuando la vulnerabilidad externa de la economía quedó en evidencia, con un tipo de cambio distorsionado, una avanzada recesión y una insostenible dinámica de endeudamiento, surgieron dudas sobre la viabilidad del sistema financiero en su conjunto. En

un contexto durante el cual se redujo la liquidez de los bancos y se incrementó la exposición al riesgo de *default* soberano, empezó a configurarse un círculo vicioso que condujo a un masivo retiro de depósitos, de carácter preventivo en los primeros meses del año y luego en forma sostenida y catastrófica hacia noviembre, con la consiguiente pérdida de reservas.... a) El 1° de diciembre de 2001, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 1570/01permitió la plena disponibilidad del dinero depositado, sea en cuentas a la vista o a plazo, a través de "*...cualquier tipo de operatoria bancaria que no implique disminución de fondos en el sistema financiero*", ... c) También el 6 de enero de ese año, el Congreso Nacional sancionó la ley 25.561, a fin de "*proceder al reordenamiento del sistema financiero, bancario y del mercado de cambios*" y "*reglar la reestructuración de las obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario instituido por el art. 2°*" (incs. 1° y 4°, respectivamente, del art. 1°). También lo autorizó a establecer medidas compensatorias que eviten desequilibrios en las entidades financieras comprendidas y emergentes del impacto producido por las medidas autorizadas en el párrafo precedente, las que podrán incluir la emisión de títulos del Gobierno nacional en moneda extranjera garantizados. ... Las últimas medidas enunciadas constituyen el eslabón final de una serie de reglas tendientes a normalizar el sistema financiero y a conciliar la necesidad de su saneamiento con los derechos de los ahorristas (del Procurador)

b. ... Resulta indiscutible —en el somero examen que puede realizarse en un proceso sin pruebas— que la devaluación de la moneda nacional era una medida ineludible frente a la grave emergencia resultante del desfase de valor con el dólar estadounidense y el comienzo de una importante "corrida bancaria". (del voto mayoritario del 26 de octubre de 2004).

c. 14) ...Desde esta perspectiva sería insostenible cualquier desarrollo estable del país sin sistema financiero (acotamos que es de público y notorio un sistema financiero ilegal en gran parte) alguno, sin crédito, sin financiación del comercio exterior, cuyas operaciones típicas de compra y venta internacionales quedarían sin auxilio bancario local alguno, Belluscio/Maqueda.

d. 15) ...las gravísimas y extraordinarias circunstancias que fueron afectando en grado creciente al sistema financiero, el lapso que irrogará el completo reintegro de los depósitos —evidentemente gravoso para sus titulares- tiene relación directa, no sólo con la recuperación y desenvolvimiento de las entidades que operan en el ámbito financiero, sino, en particular, con la aptitud de éstas para coadyuvar a la devolución ordenada e igualitaria de las inversiones o ahorros, en el marco de un plan económico sustentable (Boggiano). Nos preguntamos que hicieron esas entidades en los mediados del 2001?

e. 19).... Debe advertirse abiertamente que la inflación es el sucedáneo de la insolvencia estatal⁹⁶ ... 28) Que, en conclusión, para afirmar con certeza la inconstitucionalidad de los decretos 1836/02 y 739/03 sería menester abrir a prueba este juicio de amparo, que exige el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad del acto lesivo, convirtiéndolo en otro en el cual la evidencia deba producirse por largas y complejas pruebas en materias financieras y económicas (acotamos que se obvia lo que es de público y notorio, el sistema ilegal o lo acaecido en el año 2001 con la fuga de capitales), a las cuales, obviamente, están facultadas las partes en amplio proceso de conocimiento. No aquí.... Desde esta perspectiva sería insostenible cualquier desarrollo estable del país sin sistema financiero alguno (sin advertir los señores Ministros que hoy funciona de público y notorio un sistema financiero ilegal),.... 32) ... En este caso habrá que emitir pesos. Los pesos que recibirá el acreedor se perderán como gotas efímeras en el mar de la inflación, de cuyas encrespadas olas bien saben

los grandes y chicos navegantes argentinos..(Boggiano) f. 8°) ... En tercer lugar, es importante que los depositantes de pequeños y medianos recursos preserven su confianza en el sistema bancario (acotamos que son los que a su vez no recurren a la banca *off shore*), tanto para fomentar el ahorro de esos sectores como para evitar la tenencia de dinero y valores fuera del sistema bancario (pero se acepta el funcionamiento de banca *off shore*), con los consiguientes peligros de victimización en momentos de conflictividad social. Por último, resulta disfuncional al progreso social que las personas de menores recursos, que sufrieron el impacto más importante de este estado de necesidad, carguen con la pérdida parcial de sus ahorros cuando la situación más urgente se ha superado. Zaffaroni.

g. 7°) Que las circunstancias sociales y económicas que motivaron las medidas cuestionadas en autos encuentran —como ya tuvo oportunidad de señalarlo esta Corte (causa "Provincia de San Luis", voto del juez Fayt)— difícil parangón en la historia de la Argentina contemporánea. ...La crisis económica amenazaba convertirse en catástrofe, de lo que dan cuenta la huida de las reservas, la salida de la convertibilidad, la devaluación, la quiebra de la relación de confianza de los ahorristas con los bancos, la caída del consumo interno, los ajustes. Este cuadro de situación se reflejaba como una estenosis tumoral en el aumento del desempleo y la subocupación, la exclusión y la indigencia simbióticamente unidas al caos social, político y económico. Este escenario desfibró el sistema de creencias sobre el que se asienta la Nación y la vida del Estado. La crisis no ha dejado resquicios sin penetrar. ... El entramado de normas dictadas por el Gobierno introdujo importantes modificaciones en el sistema monetario, a la par que buscó reordenar el sistema financiero evitando la sangría del Banco Central de la República Argentina como prestamista final...(Fayt)

4. ¿Un complot?

En el complot que sugiere el Ministro Zaffaroni, imaginamos un argumento que se inicia con la guerra psicológica contra los depositantes nacionales: sugiriendo —como se relató— el retiro de los depósitos y que hacer con ellos. Los ahorristas argentinos no querían exportar sus capitales, al igual que los extranjeros que habían venido al sistema, por los altos intereses que aquí se pagaban. Pero se infundió desde los Bancos, llamémoslos Sres. Buitre y Garfio, una idea del terror, como así también la predisposición de facilitar la transferencia de los fondos, obteniendo el mantenimiento de la colocación de los ahorros y pagando por ellos mucho menos de lo que aquí pagaban, al quedar disponibles en llamémosla con un nombre de fantasía, la Isla de Gran Cocodrilo, en bancos vinculados, donde no se pagaba más del 2%..

Programas periodísticos, entre los que se encontraban los serios y los cómicos, denunciaban públicamente esta situación, incluso con cámaras ocultas o con índices señalando cuanto se retiraba semanalmente del sistema.

El BCRA nada pareció ver. Según trascendidos, le señalaron a algún investigador —posiblemente el amigo de tía Rosa, Pedro (de quien hablaremos)— que no tenían información de giros al exterior y que las cajas de seguridad debían estar abarrotadas de dinero, o que la gente la tenía en el colchón incentivando la actividad de la delincuencia.

Recordamos que sobre el punto me informó tía Rosa, que obtuvo datos precisos de sus compañeras de té o de canasta, o de las empleadas de la peluquería. Fuente más confiable era un amigo de la tía, Pedro, analista económico de una firma extranjera, que le confió el plan maestro concebida por los Sres. Buitre y Garfio, el que —pese a ser de público y notorio su modo operativo—, eludía los controles oficiales y permitía que sus integrantes pudieran evitar cualquier responsabilidad por lo que estaba ocurriendo y los efectos que traería.

El plan, según Pedro, importaba ocultar esa transferencia, haciendo firmar a los ahorristas simplemente al dorso del certificado, lo que hacía presumir que había retirado el depósito en efectivo, y abriéndole electrónicamente cuenta en el extranjero, donde de la misma manera radicaban el depósito. Para encubrir contablemente la maniobra el Banco del Gran Cocodrilo formalizaría un préstamo en moneda de cuenta a través del Banco Central de la República Argentina al Banco que había cancelado el depósito de esa manera, lo que contablemente se llama “triangulación”..

Ahora el resultado esta claro: Corralito, corralón, pesificación, festival de bonos, default, etc. ¿Se esclarecerá en la investigación en curso?

Tía Rosa nos afirmó que su amigo Pedro comentó a sus empleadores en el extranjero que se había violado la ley argentina, y ante ello fue inmediatamente trasladado a una playa ignota del Pacífico sin funciones, pero manteniéndole su sueldo y su secretaria.

Algo se debió filtrar por el discurso de Duhalde, que debe haber sido rápidamente neutralizado pues no se habló más de ello. Todo lo contrario se dictó la ley comentada (n° 25738⁹⁷, intentando asegurar la irresponsabilidad de la matriz por actos de las sucursales), para evitar responsabilidad de la matriz en relación a las deudas de la Sucursal en una insólita norma que no encuentra precedentes ni en la dogmática ni en la realidad: Matriz y Sucursal es una única persona jurídica como ya analizamos, que puede tener capital asignado como privilegio a los acreedores locales en caso de quiebra, pero sin eliminar la responsabilidad de la matriz..

4. Las normas violadas.

Ahora todos se preguntarán que ilegalidad se cometió y si de ello resultó algún daño... La misma pregunta le hicimos a tia Rosa, quién obtuvo información de Pedro en su apresurada paratida a la isla paradisíaca del Pacífico, mientras lo llevaba al Aeropuerto disfrazada de remisero.

Algo habíamos entrevisto y anticipado. Concretemos ahora con la neuva información recibida.

4.1. Las normas violadas según Pedro eran la ley que impedía pagar en efectivo más de 1.000 desde el 4 de abril de 2001, y la apertura de cuentas en el exterior, y su manejo desde el País, pues contrariaba la ley de entidades financieras.

Cuando expresamos sorpresa sobre que se pudieran manejar realmente cuentas desde aquí, inclusive abrirlas, estando en un banco en el extranjero, Tía Rosa se rió y nos espetó: ¡Pero si todos lo saben!, las chicas del té y la canasta, incluso las empleadas de la peluquería, el verdulero, el carnicero. Los señores del servicio de vigilancia de un shopping le indicaron las oficinas dentro de los bancos Cuervo y Garfio u otras que estaban próximas, inclusive informándole de otras Ciudades, y burlándose dijo “pero si es de público y notorio como dicen ustedes los abogados”.

Cuanto manifestamos entonces que ilegalidad había en ello si todos lo hacían, me trato de pavo y mal informado, si todos saben que ni las representaciones legales de bancos extranjeros o los bancos vinculados a entidades financieras que operan en el extranjero pueden hacer eso, sólo pueden asesorar, pero son las travesuras de la Electrónica. Son las previsiones contenidas en el artículo 13, segundo párrafo de la ley 21526 y concordantes, al no receptarse en nuestro país un sistema de banca *off shore*⁹⁸.

Los comentarios con tía Rosa nos obligaron a investigar, ratificando los alcances de la ley de entidades financieras y la posibilidad que la triangulación sea ahora deuda pública externa (Dto. 410/02)..

Sin duda el problema se avizoró desde el año 1995⁹⁹, es que desde 1991 no se siguieron las reglas de la convertibilidad como técnica ampliamente conocida en el mundo. El Poder Ejecutivo no quería alterar sus políticas y seguía tomando dinero prestado a altas tasas de interés, con la seguridad que el problema estallaría al gobierno siguiente y lo socavaría – como ocurrió-.

El nuevo gobierno atinó a imponer que todo pago mayor de 10.000 pesos en total se formalizara a través de las modalidades previstas en el Dto. de necesidad y urgencia 434/00 con vigencia desde el 2 de junio de 2000 que postula la ineficacia de los pagos que se realizaran en efectivo. Si bien se trataban de normas antievasión implicaban un alto grado de bancarización, que también se tradujo en sistemas de pago de sueldos. Luego a través de la ley 25345 (BO 17.11 2000) y modificada por la ley 25413 (BO 26.3.2001) que redujo el límite a \$ 1.000, exceptuados los pagos efectuados a entidades financieras, pero no los pagos realizados por éstas, con carencia de efectos entre las partes y frente a terceros.

Los depósitos de mayor valor fueron “devueltos” con la sola firma del titular, en montos multimillonarios, supuestamente en efectivo, por lo que el Estado podría restar efectos a esa volitilización de los depósitos, al impedir los Bancos con su sistema el seguimiento del dinero. Piensen que un depósito de cinco millones de dólares devuelto en efectivo, como en la mayoría de los casos figura en los plazos fijos, implica retirar no menos de diez sacas de dinero.

4.2. Claro que, según tía Rosa como le informó Pedro, no se habría realizado ese pago en efectivo sino que los fondos se habrían trasladado al exterior sin informar al BCRA, al abrir abierto la misma entidad cuentas en el extranjero y radicar electrónicamente los fondos en ella, sin moverlos de la Caja, lo que implicaba otra irregularidad. Luego venía un proceso de triangulación para equilibrar el balance, con un préstamo de la nueva entidad depositaria en el exterior al Banco que le había mandado los fondos, esto a través del BCRA.

Es que 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 descrita, 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”¹⁰⁰, 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. Recuérdese 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, y ahora de aparente impunidad, pero todos los sistemas de la especulación financiera le evitaban un conocimiento formal de lo que públicamente estaba ocurriendo.

Nos dirán que, como el sistema legal no funciona, se debe abrir paso a otra cosa, concretamente a la banca *off shore*. 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. Si el Gobierno así lo cree debe derogarse de inmediato la actual ley de entidades financieras.

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 se debe 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.

4.3. La información sirvió cuando en dos ocasiones nos citó la Comisión Parlamentaria de Investigación de Fuga de Capitales, donde relatamos lo que tía Rosa decía, informándome ellos que estaban de acuerdo con ella, lo que me enseñó que la gente común sabe mucho más que los leídos o especialistas. Pero al mismo tiempo nos señalaron que justamente por eso, pese a la reticencia de funcionarios del Central del informar, no se encontraban huellas. Allí le pedimos ayuda nuevamente a tía Rosa, que sigue comunicándose por un mail secreto con Pedro, y éste le dijo como debía hacerse una auditoria de Caja, lo que informamos en una segunda entrevista, pareciendo fantástico a los funcionarios presentes, y que por obvia prudencia no repetimos porque es probable que en algún momento puedan hacerlo..., pues no me enteré de que se hubiera producido, ya que nunca más nos llamaron pese a la fluida relación que existía.

Como verán, esta es una historia cuyos personajes y situaciones son de absoluta ficción y que no tienen nada que ver con la realidad.

Las violaciones a la legislación bancaria, monetaria y financiera, unida a las facilidades de la electrónica, y que lo público y notorio sólo sea reconocido cuando se quiere, habría posibilitado la maniobra que intuyó el Ministro Zaffaroni.

¿A cuento de que viene entonces esta pérdida de tiempo? En que si fuera cierta, como sigue sosteniendo tía Rosa, que es una soñadora y que creo estaba enamorada de Pedro, el Estado, los particulares, el BCRA, el país podría iniciar contra alguien muy solvente una acción por daños, en la que no sólo se reclamaría lo que han perdido los ahorristas bloqueados, sino todas las compensaciones que debió pagar el Estado.

Y la acción de daños ha sido cuidadosamente comentada por la Corte, haciéndome volver nuevamente la mirada sobre el discurso de Duhalde al asumir. Algo se conoce que no trascendió, algo ocurrió...

4.4. La cuestión también puede tener interesantes proyecciones frente a la jurisprudencia sentada en la Capital Federal en la causa contra VIPARITA S.A., fallada en

primera Instancia con fecha 3 de abril de 2001 y confirmada por la Cámara Comercial de la Capital con los votos de los Dres. Di Tella, Monti y Caviglione Fraga con fecha 23 de junio de 2004, donde aplican a esa sociedad los efectos previstos en el art. 19 de la ley de sociedades, disponiendo su liquidación de oficio, por haberse acreditado que algunas de sus actividades eran ilícitas, violando la ley de entidades financieras. Se sienta así que no es necesario que toda la actividad sea ilícita, bastando que una serie de ella lo sea y que, en tal supuesto, no tienen importancia vicios de legitimación activa pues la aplicación deviene de oficio.

4.5. Actividad ilícita.

La actividad ilícita esta sancionada¹⁰¹, y es importante determinar que un acto lícito individualmente puede considerarse en su repetición, como actividad ilícita: p.ej. la actividad de intermediación financiera no autorizada¹⁰². En muchos casos, como en el caso Romeo¹⁰³, el Tribunal imputó la responsabilidad del Directorio, como accionistas controlantes de la Institución Bancaria que creó una mesa de dinero, como banca de hecho. El tema es opinable, pues el mismo resultado pudo alcanzarse a través de la imputación de responsabilidad a través de los arts. 59, 274 y 279, pues importaba un daño generado a terceros que genera una acción individual de responsabilidad¹⁰⁴, y por aplicación del art. 19 LS.

El dilema es que puede considerarse ACTIVIDAD ILÍCITA a los fines de la aplicación del art. 19 LS., verdadera pena civil por un grave desvío en el uso del recurso técnico societario. Sobre el punto ha sido terminante el caso en comentario.

El art. 19 LS implica una verdadera pena, pues no sólo dispone la liquidación de oficio y la responsabilidad de socios y administradores, sino la pérdida del remanente de liquidación, sólo permitiendo la inversión de la prueba del socio de buena fe para desinclinarse y evitar esas sanciones.

En visión restrictiva del alcance del art. 19 LS, el fallo dictado por la CN Trabajo Sala 3º el 19 de febrero de 2002, en los autos “ANARELLA, Adrián Rafael y otro c/ Visor Enciclopedias Audiovisuales S.A. y otros s/Despido”, entendió que “es aplicable la doctrina prevista en el artículo 54 de la ley 19550 cuando la sociedad, si bien tiene un objeto lícito, está formalmente constituida y también es lícita su actividad, pero incurre en su gestión en actos prohibidos por las leyes aun cuando persiga fines sociales lucrativos violando el criterio de funcionalidad consagrado por el art. 2º de la ley de sociedades, en tanto las mismas constituyen realidades jurídicas que el ordenamiento sólo reconoce para que un grupo de individuos realice actos lícitos y el lucro no puede ser obtenido sobre la base de la antijuridicidad”.

También afirma que “no puede sostenerse que el tercer párrafo del artículo 54 in fine de la ley 19550 solo resulte aplicable cuando la persona jurídica ha sido creada con la única finalidad de violar la ley y frustrar derechos de terceros, pues la sociedad formada con esa única finalidad es la que tiene objeto ilícito que merece una regulación propia en la referida ley (arts. 18 y 19 de la ley 19550). En la especie, la sociedad tiene un objeto lícito, está formalmente constituida y también es lícita su actividad, pero en su gestión incurre en actos prohibidos por las leyes...”. De ello se inferiría una teoría restrictiva a la aplicación del art. 19 LS sobre actividad ilícita, por cuanto toda la actividad de la sociedad debería serlo, lo que constituiría en letra muerta la ley, pues la sociedad que cumple actividad ilícita siempre encubrirá la misma en cierta actuación lícita.

¿Cuánto de actividad ilícita debe cumplir una sociedad para que sea aplicable el art. 19 LS? El *indirect doing business* cumplido por los Bancos en el año 2001, y que se sigue desarrollando como sostenemos¹⁰⁵, tipifica la actividad ilícita?

Al margen del caso específico, este es un tema central que debe dilucidar la doctrina para no volver letra muerta la ley y con una posición ambigua autorizar la cada vez más inescrupuloso uso de las sociedades.

El ejercicio habitual, en una serie de actos, de una actividad no prevista en el objeto social, o sea que lo exorbite, autorizaría a los socios a remover a los administradores y hacerlos responsables de los daños causados. Y esa responsabilidad sería al margen de la imputabilidad o no a la sociedad de los actos cumplidos. Así visto sería un problema de las relaciones internas de la sociedad.

El art. 19 LS es técnica y doctrinariamente correcto. No procede la nulidad absoluta como sanción, como bien señala el juez de primera instancia en el caso en comentario. El vicio aparece en la funcionalidad del contrato. Pero su remisión al art.18 LS y las consecuencias llevan a la misma conclusión: efecto disolutorio -e iniciación del proceso de liquidación-, responsabilidad solidaria de todos los que no demuestren buena fe, alterando parcialmente las relaciones tipológicas, que -al referirse a la actividad- afectan a los que la cumplieron o aceptaron, y el idéntico efecto de pérdida de los derechos sobre el remanente de liquidación. En cuanto a la responsabilidad nos permitiríamos identificar el efecto sobre los socios que no demuestren mala fe con las previsiones del art. 54.3 LS.

La doctrina es terminante en que un acto aislado no es suficiente, salvo que ese acto aislado sea de magnitud (o complejo, al implicar una serie de actos).

Se requiere habitualidad en la operatoria o una serie repetida de actos, con cierta frecuencia¹⁰⁶, como se señala en esta causa.

Alfredo Orgaz conceptualizando el acto ilícito expresa: "el acto ilícito es todo acto contrario al derecho objetivo, considerado este en su totalidad, esto es, no en relación a una determinada norma de derecho sino al conjunto de la legislación"¹⁰⁷. Esto es aplicable también a la actividad ilícita, ella debe ser contrastada con el conjunto de la legislación, generándose ilicitud no solo la actividad contraria al derecho objetivo como también la actividad prohibida.

Los actos integrantes de la actividad pueden ser lícitos y no serlo la actividad vista en su conjunto¹⁰⁸, como se asume en el fallo. Los actos tienen autonomía de la actividad como conjunto, y pueden ser en sí mismos ilícitos o no (arts. 502, 953 y concordantes C.C.). La sucesión de actos coordinados entre sí y orientados en una finalidad o funcionalidad común representan la actividad, que a su vez puede ser lícita o ilícita con independencia relativa de los actos que la componen.

4.6. La. Sanción por “doing business” indirecto.

Si es correcta nuestra interpretación sobre que las representaciones locales de bancos extranjeros no pueden realizar operaciones, y las formalizaron a través del sistema cibernético y la colaboración de otro operador financiero en el país, corresponde determinar si existe alguna sanción.

Se trata de actividad denominada “doing bussines 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 vilación de la ley de entidades financieras.

Conforme lo expresado, el art. 13 LEF y reglamentación del 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.

Además de las sanciones previstas en la ley de entidades financieras, para esa representación y para el banco local controlado, se generaría una triple responsabilidad: a) la de control abusivo a que se hizo referencia en el apartado 4, bajo la aplicación de la previsión del art. 54 in fine de la ley de sociedades, b) por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema¹⁰⁹, con uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y c) tal actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales: liquidación de oficio por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores.

El control, si es abusivo, es fuente de imputabilidad y de responsabilidad. Pero se acentúa esa responsabilidad si se ha violado el sistema jurídico financiero argentino, tanto como para hacerlo inviable. Esto debe investigarse rápidamente, y 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, y denunciarlos en los foros internacionales correspondientes.

4. 7. La responsabilidad.

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 –como ya lo señalamos- 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 aspectos concursales. Pero, particularmente por la violación a la ley de entidades financieras, aparece como factor de atribución 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, sobre lo que hemos referido al comentar supra la ley 25.738 que trataría de borrar esa responsabilidad.

Sorpresivamente, cuando se supone el rechazo por estados extranjeros de permitir conocer al titular o titulares de cuentas, en la purga de la policía bonaerense, ante el enriquecimiento ilícito de sus funcionarios, coetáneamente con la realización de la XVª Reunión Conjunta de Academias (2003) se publicitó que se habían detectado 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 denominado con el nombre de una localidad bonaerense.

4.8. Advertirá el lector que hemos tratado de recrear la hipótesis del Ministro Zaffaroni -con información proporcionada por los allegados de Tía Rosa (como opinión de público y notorio), más las apreciaciones de su técnico amigo-, sobre que lo ocurrido “se aproxima mucho a la preparación de una defraudación de proporciones colosales”. Quizá la investigación dispuesta aproxime alguna conclusión.

De todas formas el cuento que hemos querido transmitirles se ha acabado, quizá alguien con mayores luces y capacidad de investigación pueda determinar este o algún otro indicio para seguir el camino recomendado por el Dr. Duhalde de buscar a responsables. Que sin duda los hubo.

5. Beneficios del esclarecimiento.

Esclarecer la legalidad o 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. Quizá también evitar los decenales temblores del sistema financiero.

Creemos que la sanción de una ley de apropiación de los depósitos sustituyéndolos por bonos, sin responsabilidad de entidades financieras, generó dos consecuencias:

a. Elimina la posible decisión del Gobierno de responsabilizar a quienes generaron la crisis financiera, que de ser los Bancos impondría llevar a sus últimas consecuencias la investigación, salvo que se remueva la situación transparentando la labor de la banca “off shore” consolidando el sistema financiero bajo el control del B.C.R.A. que lo haría sobre los bancos que tengan esas representaciones, levantando el “corralito” –pagando en dólares con una programación temporal para la consolidación del sistema-, directamente o bajo la garantía de esos bancos, extendida a todo el sistema argentino. Se trataría de poner en manos de los bancos que actuaron al margen del sistema, el restablecimiento de la confianza.

b. Genera nuevas acciones de inconstitucionalidad frente a tal régimen, por el propio régimen o atento a que el interés que se abonará a los ahorristas despojados es menor al que este mismo Gobierno ha fijado para otras obligaciones adquiridas voluntariamente o la que se dice se pagará por deuda externa, y ello contraría un principio de igualdad que ha sido consagrado en la Constitución Nacional y por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que cuidadosamente fijó la SCJ de Mendoza en el caso *Merga c/ Municipalidad de las Heras* al subrayar que no puede haber trato desigual ante la crisis económica o financiera.

De allí la importancia de la investigación dispuesta por el Ministro Zaffaroni. También aparece casi como un complot lo acaecido en ciertas privatizaciones, integrando el descalabro generado a la economía del país, a través de una ingeniería financiera burda e ilegal.

V LEVERAGE BUY OUT – PRIVATIZACIONES.+

Ello impone referirse al llamado *leverage buy out* o al apalancamiento financiero a través del cual el grupo de control de una sociedad usa de fondos de la misma para satisfacer obligaciones ajenas a la misma e imputables al grupo de control o a terceras personas vinculadas.

1. Apalancamiento financiero. 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 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 Argentinas¹¹⁰.

2. Leverage buy out y administración fraudulenta. 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 argentina¹¹¹.

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 Estado. 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 out¹¹² 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 fue intentada convalidar por una conciliación-arbitraje cumplida en un fin de semana, sustituyéndolo el poder ejecutivo a la esfera del poder judicial¹¹³, 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. Privatizaciones. 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 gobierno¹¹⁴ –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. Renegociación. En Aeropuertos Argentinos se intentó 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 no son renegociables.

Poco tiempo atrás, 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 ruinosa- 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. ¿Inversiones? 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 eufemísticamente “inversiones”, y por tanto se diera así por cumplidas las metas en ese rubro...

La caducidad de la concesión sin duda pondrá publicidad a la maraña de incumplimientos. 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.

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 originario.

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.

VI - CONCLUSION.

La salud de la República impone una investigación a fondo, o por lo menos que la ley imponga la investigación y las eventuales sanciones a los responsables, particularmente para restablecer el sistema financiero y evitar notorias ilegalidades.

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 nota.

Si existe una actuación irregular de bancos debe denunciarse en foros nacionales e internacionales. Investigar y ejercer acciones de responsabilidad, en forma seria, es enfrentar el problema estructural y no caer en los lógicos enredos de los efectos coyunturales que deberían ser resueltos por quienes generaron el caos financiero que impide el ahorro interno, el apoyo crediticio a la actividad productiva y exportadora.

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.

Si se quiere banca *off shore* debe modificarse la actuales leyes de entidades financieras y del B.C.R.A.. Mientras ello no ocurra ese tipo de banca es ilegal y comporta realizar actividad ilícita.

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 actuación de los administradores públicos y privados, con un criterio ético¹¹⁵ 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 facultad¹¹⁶.

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 Derecho¹¹⁷.

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.

Obviamente en este ensayo hemos visto sólo algunos cuestionamientos agudos.

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.

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 está 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 neutras.

Nuestro agradecimiento para aquellos que bregaron y bregan 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. Para aquellos que defienden el derecho al margen de intereses sectoriales, para asegurar los destinos de nuestra Nación. Sin libertad, sin respeto para los demás, sin comprensión de las ideas, nada sirve, nada vale.

Una luz de esperanza se abre en la investigación dispuesta por el Ministro Zaffaroni, aunque no somos muy optimistas de la actividad que, en tal sentido, se despliegue.

Córdoba, julio 2005.

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

² del fallo de la S u p r e m a C o r t e Buenos Aires, 26 de octubre de 2004. en autos: "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo".

³ CARPENTIER, sociológico citado en nto. *Realidad, Economía y Derecho* en libro colectivo DERECHO, POLÍTICA Y ECONOMÍA – EQUILIBROS Y DESEQUILIBRIOS, edición de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba diciembre 2003, 263 páginas, págs. 83 a 168.

⁴ *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..

⁵ EL HUMANISMO ECONOMICO, LA CRISIS ARGENTINA Y LA MUNDIALIZACION FINANCIERA, Comunicación al IV Encuentro Internacional de Economía Córdoba (R. Argentina 24/27 de julio de 2002, en el Libro de Comunicaciones y Ensayos del Congreso.

⁶ *La mundialización financiera* en R.D.C.O. DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, nº 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.

⁷ Complot o negocio financiero.

⁸ Del dictamen del Procurador (Fallos: 312:555; 315:123, entre muchos otros).

⁹ CAFFÉ, Federico *Derecho y Economía: un encuentro difícil* en RDCO año 17 p.759 y ss..

¹⁰ Publicado en Anuario de Derecho Comercial, t.2, Ed. Fundación de cultura universitaria, Montevideo 1985.

¹¹ 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.

¹² “Tal vez Moreno haya sido un neurótico, un angustiado, un desequilibrado, no un hombre corriente y centrado. Pero de un hombre corriente y centrado podrá hacerse un excelente juez de paz, un correcto oficinista, incluso un buen académico. Nunca un creador, difícilmente un conductor y jamás un revolucionario” SCENNA, Miguel Angel *Moreno: ¿sí o no?* En número 35 de “Todo es Historia”.

¹³ 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.

¹⁴ PRODUJE, Miguel Angel *Señor Mercado, me cambio de casa* Editorial de opinión pág. 3 diario La Tercera, Chile, 1º de marzo de 2004, pese a defender las políticas de mercado, pero imbuídas con sentido social, en cuanto opere eficiente, abierto e informado.

¹⁵ *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.

¹⁶ PIGNA, Felipe *Las vicisitudes de la independencia política* en La Voz del Interior, Córdoba 4 de julio de 2004, sección Temas pág. 1 y ss., específicamente pág. 2 tercera columna, para seguir en pág. 3, 4ª columna: “El nuevo Estado, dominado desde estos momentos fundacionales por una clase propietaria parasitaria, dificultará el progreso de una de las nacionales potencialmente más ricas del mundo”..

¹⁷ Esta sería para Kurgman la mejor vía de solución: TREBER, Salvador *Paul Krugman, premio Príncipe de Asturias* en La Voz del Interior, Córdoba 3 de julio de 2004, editorial pág. A 12.

¹⁸ 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, jurisprudencia citada en nota 7.

¹⁹ PIGNA *Las vicisitudes de la independencia política* citado, específicamente pág. 3, tercera y cuarta columnas.

²⁰ 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. El Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Dr. Olsen Ghirardi apuntó con claridad a la constatación político, socio-económica, de dominación y sus consecuencias, en XVª Reunión Conjunta de Academias 2003.

²¹ Basta ver los cuestionados premios al consumo que se formalizan en cualquier hipermercado o en productos de consumo masivo contrariando la ley que descarta cualquier forma de sorteo o de azar.

²² Nto. *La Economía del Derecho* citado.

²³ 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”.-

²⁴ 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.

²⁵ A lo que nos referiremos en la segunda parte de este trabajo, particularmente en lo que denominamos *indirect doing business* desenvuelto por ciertas entidades financieras.

²⁶ cfme. nto. *La economía del derecho* citado, 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..

²⁷ en su libro *El otro sendero*.

²⁸ GALGANO, Francesco *Historia del Derecho Mercantil*, versión española de Joaquín Bisbal, Editorial Laia, Barcelona, 1981, página 216 y ss..

²⁹ 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.

³⁰ Ntos. *Los administradores societarios y la insolvencia* en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, n° 203, Buenos Aires septiembre 2003, pág. 553 a 586; *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; *El administrador societario y la insolvencia* en GACETA JUDICIAL AÑO 7 número 153 del 28 de febrero al 14 de marzo de 2003, Santo Domingo, República Dominicana, pág. 36 y ss.; * *Responsabilidad de administradores y socios en caso de sociedad operando en insolvencia* en libro colectivo para el Segundo Congreso Argentino Español de Derecho Mercantil, pág. 118: “Las sociedades comerciales, los administradores y los socios”; *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en Doctrina Societaria y Concursal, abril 2002, Ed. Errepar, Buenos Aires, tomo XVI p. 313.

³¹ BECK, Ulrich *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Editorial Paidós, Barcelona 1998, págs. 25 a 32.

³² 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. 102.

³³³³ LANATA, Jorge *Argentinos (desde Pedro de Mendoza hasta la Argentina del Centenario)*, 7ª Edición, Ediciones B Grupo Zeta, Buenos Aires 2002, pág. 138.

³⁴ FAYT, ob. cit.

³⁵ FAYT, ob. cit. pág. 265.

³⁶ SEVARES, Julio *Porque cayó la Argentina*, Grupo Editorial Norma, Buenos Aires 2002.

³⁷ EVANS, Trevor: *Liberalización financiera y capital bancario en Centro América* Ed. Crica, 1998, Managua, págs. 100/101.

³⁸ GIRARDI, Enzo *Golpe de mercado en la India* Editorial de La Voz del Interior del día 5 de junio de 2004, Córdoba, pág. A 12.

³⁹ GIRARDI, publ. cit. nota anterior y CHOMSKY, Noam *El beneficio es lo que cuenta* Ed. Crítica, Barcelona 2000, p 33.

⁴⁰ FAYT, ob. cit. pág. 345, siguiendo a KLIKSBURG, Bernardo *¿Cómo transformar el Estado más allá de mitos y dogmas* México, F.C.E. 1989, reimpresión 1993, bajo cuya óptica van los párrafos siguientes.

⁴¹ Subrayada por Ghirardi en la primera conferencia de la XVª Reunión Conjunta de Academias.

⁴² 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.

⁴³ En el año 1979 se gestó la posibilidad de una Sociedad Anónima con Participación Estatal Mayoritaria entre la firma alemana DORNIER y la Fábrica Militar de Aviones, que afrontaría de inmediato la fabricación de un avión de entrenamiento avanzado y un avión de 40 pasajeros que podía aterrizar y decolar en pistas cortas y afirmadas, donde la gerencia se ponía en manos privadas controlando el Estado la Asamblea, sin ceder los inmuebles de la Fábrica Militar. Cuando todo estaba para la firma, en proyectos totalmente financiados y ejecutables, una decisión política mantuvo el statu quo que desembocó paulatinamente en el desastre que hoy contemplamos con una concesión subvencionada a una empresa privada extranjera. Nos tocó participar en aspectos jurídicos de ese proyecto, anticipatorio de una modernización empresarial de la participación del Estado y sustitutivo de privatizaciones.

⁴⁴ Enfocaremos esta problemática, en repetidas oportunidades, en la segunda parte.

⁴⁵ *Las maniobras dolosas en el endeudamiento externo*, Editorial de La Voz del Interior 4 de agosto de 2002, pág. A 12.

⁴⁶ ALBERDI, Juan Bautista en “ESTUDIOS ECONOMICOS” tomo X p. 121 Ed. Viracocha, Buenos Aires 1954..

⁴⁷ 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, y se comunicaba por la prensa el éxito obtenido al lograr nuevos préstamos, lo que implica una coyuntura extraña para ahogar cambios estructurales y una inexplicable anomia de los expertos económicos y jurídicos.

⁴⁸ MARGUCH, Juan *La deuda hace la fuerza*, nota editorial en La Voz del Interior, Córdoba 21 junio de 2004, pág. 10 A.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ publicado en Buenos Aires el 18 de junio de 1991 por Editorial Zavalia.

⁵¹ *Aspectos económicos y jurídicos de la ley de convertibilidad* pág. 7 y ss., específicamente a pág.24, Editorial Zavalia, Buenos Aires 1991.

⁵² TREBER, Salvador *Paul Krugman, premio Príncipe de Asturias* en La Voz del Interior, Córdoba 3 de julio de 2004, editorial pág. A 12.

⁵³ En *La Mundialización...* cit. p. 157

⁵⁴ *La Mundialización Financiera. Génesis, costo y desafíos* citada, en la Introducción para la edición argentina por el Director Francois Chesnais.

⁵⁵ En la referida introducción a la edición en castellano.

⁵⁶ Profesor de la Universidad de Nueva York, en el capítulo 3 “Las mutaciones del capital financiero” del libro “La Mundialización...” cit..

⁵⁷ En *Sistema económico y rentístico* en la misma colección citada “Estudios Económicas”, tomo IV p.130.

⁵⁸ A pág. 86 del libro dirigido por Chesnais, ya citado

⁵⁹ En *La Mundialización...* cit. p.92-

⁶⁰ 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* 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.

⁶¹ 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.

⁶² Ver FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía* pág. 1057, Ed. Alianza, Madrid 1979.

⁶³ REYES, Rafael Hugo *Anotaciones de DERECHO*, edición de la Universidad Nacional de Jujuy, 2002, pág.75 y ss. Capítulo VI “Ética, solidaridad y derecho”.

⁶⁴ DEL VECCHIO, Giorgio *Filosofía del Derecho* en *Estudios de Filosofía del Derecho* de RECASENS SICHES, Luis, Editorial UTEHA, Buenos Aires.

⁶⁵ RADBRUCH, Gustavo *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, 2ª ed. Madrid 1944.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ *Confiados y seguros* en Temas de La Voz del Interior del 28 de marzo de 2004, pág. 5 F.

⁶⁸ LACOLLA, Enrique *La crisis del modelo global* Editorial de La Voz del Interior 7 de julio de 2002, pág. A 10.

⁶⁹ 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.

⁷⁰ Cfme. FERRATER MORA, José *Diccionario de Filosofía*, citado, tomo II p. 1057.

⁷¹ MORELLO s.j., Gustavo *Empresa y comunidad* Editorial de La Voz del Interior 23 de septiembre de 2003, pág. A 10, en el mismo sentido que presenta la cuestión Pedro J. Frías en todos sus trabajos sobre empresarios y empresa.

⁷² 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.

⁷³ La actuación de sociedades constituídas en el extranjero (a propósito de la resolución 7/03 de la Inspección General de Justicia) en *El Derecho* diario del 9 de octubre de 2003.

⁷⁴ 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, Lylían 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?*

⁷⁵ 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://www.acader.unc.edu.ar>

⁷⁶ 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).

⁷⁷ OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* como nota a fallo, en *Doctrina Societaria y Concursal* tomo XV pág. 31 (Abril 2002).

⁷⁸ 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 abril de 1989.

⁷⁹ 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.

⁸⁰ 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”.

⁸¹ *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en *Zeus Córdoba*, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss.

⁸² 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 modificado y en el 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.

⁸³ 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.

⁸⁴ En *El País* (Madrid) 29 de junio de 2003, página 50/Economía.

⁸⁵ sigue Chesnais en su *Introducción* a la edición española.

⁸⁶ La Voz del Interior, Editorial A 10 16.8.2003.

⁸⁷ ALLENDE, ob. cit. pág. 107.

⁸⁸ Ver la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar y los trabajos citados en notas anteriores incluidos en la misma.

⁸⁹ Particularmente durante el año 2001 ello se materializó abriendo cuentas en el extranjero a los depositantes locales, haciéndoles firmar los certificados de depósitos a plazo fijo como si los retiraran en efectivo, pero enviándolos electrónicamente al exterior. La Comisión de Fuga de Capitales de la Cámara de Diputados pudo haberlo determinado fácilmente si se hubieran hecho auditorías, a través del B.C.R.A. o directamente, para determinar si existían esos fondos en efectivo en la sede del Banco en particular; pues la falta de movimiento en efectivo era cubierta por lo que se llama una triangulación: el supuesto retiro en efectivo era cubierto por un supuesto préstamo girado desde el mismo Banco del exterior donde se hacía el depósito (u otro banco vinculado), lo que se hacía con conocimiento del B.C.R.A. para que se reconociera como deuda externa argentina. Se trataba en realidad de meros asientos contables. Los giros al exterior que en ese programa se señalaban pueden consistir en la satisfacción de esos supuestos préstamos. Si a ello se une la posibilidad que esos Bancos dejen de operar en el país, podríamos pensar que lo es por cuanto podrán seguir manejando desde una mera representación, casi sin gasto alguno, los depósitos de argentinos que les trasladaron al exterior en el momento que fue vaciado el sistema financiero argentino, al mantenerse un sistema que –de público y notorio- viola la Ley de Entidades Financieras.

⁹⁰ El fenómeno de los “piqueteros” es uno más de la marginación del sistema jurídico. En primer lugar porque sólo se les escucha si generan una alteración del orden social, o sea que cualquier persona debería ser escuchada sobre la legitimidad de sus reclamos sin encadenarse, sin amenazar tirarse de una antena o sin cortar rutas o accesos; y en tercer lugar generando una contemporánea educación sobre la existencia de un delito. Claro que no puede amenazárselos simplemente con la promoción de una acción penal si coetáneamente alguien no ejercita acciones tendientes a paliar un justo reclamo. Esto que lo escribimos en setiembre de 2003 se fue agudizando y la sociedad cuestiona su obrar, el Gobierno se preocupa coyunturalmente pero no parece afrontar estructuralmente la cuestión. Esos piquetes ya no limitan su accionar a descubrir las falencias de la organización social, la corrupción generalizada, sino que se suman al desorden. No se advierten voces que equilibradamente marquen conductas éticas, de solidaridad y de eficiencia del rol del Estado, para que todos –y no únicamente los gobernantes dubitativos- marquen el rol positivo de los piquetes en desnudar las falencias de la burocracia, mientras la comunidad a través de esa denuncia y con un eficiente sistema judicial se desprende de las lacras que se han incentivado en la última década del siglo XX.

⁹¹ El caso se corresponde a la realidad y ha sido ratificado por la concurrencia a numerosas conferencias dirigidas a profesionales, como un caso de público y notorio.

⁹² 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*, Giuffré Editore, 2002.

⁹³ Volvemos sobre el punto de eficacia de la ley, o de técnicas jurídicas inapropiadas para asegurar el orden económico social pretendido. Y en el ejemplo del caso podemos ver quién fija las reglas y actúa sobre la realidad económica socioa.

⁹⁴ *DERECHO Y ECONOMÍA: La crisis financiera* versión de conferencia; “*Situación del sistema financiero argentino; La crisis bancaria: ¿Algún responsable?*” en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar y trabajo citado en nota siguiente.

⁹⁵ *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.

⁹⁶ Al generarse por déficit fiscal, pero si ese déficit se mantiene tomar deuda externa genera un peor efecto, y la misma es impagable. Sobre ello puede verse: LA ECONOMIA SOLIDARIA: Fundamentos desde el humanismo Económico (Comunicaciones, ensayos y ponencias del IV Encuentro Internacional de Economía) Luis Eugenio Di Marco Director de la Publicación, Universidad Nacional de Córdoba, Junio 2002, 534 páginas. Síntesis de la comunicación a pág. 171 bajo el capítulo VIII de Comunicaciones “DEUDA EXTERNA Y COMERCIO EXTERIOR Especulación financiera y mundialización en el Libro del Congreso: Crecimiento económico, deuda externa y crecimiento social en colaboración con Emma Mini de Muiño, en Revista de la Facultad, vol 3 n° 2 año 1995 (diciembre) p. 99 y ss.. 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. Aspectos jurídicos del proyecto de contrato de refinanciación de la deuda pública argentina en Reunión Plenaria de Abogados Jefes de ABAPRA, Mendoza 31 de agosto/ 2 de septiembre de 1983; Deuda externa – Derechos de los deudores trabajo presentado conjuntamente 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”. Editorial para elDial.com, diario electrónico el 8.8.01 referido a la situación de la Universidad ante la ética de la restricción presupuestaria y el manejo de la deuda externa, para continuar con la ponencia sobre Deuda Externa y Defensa de los Deudores presentada en el Congreso de Moscú organizado por la Universidad Vaticana Tor Vergata con la Prof. Emma Mini de Muiño.

⁹⁷ Se trata de la ley 25.738 dictada apresuradamente antes que asumiera el actual Gobierno (8 de mayo de 2003). Sobre el punto puede verse nro. *En torno a la responsabilidad de Bancos extranjeros y la ley 25.738 que pareciera acotarla*, en diario La Ley del 11 de noviembre de 2003, pág. 1.

⁹⁸ *Responsabilidad por el vaciamiento financiero* en Zeus Córdoba, año I 18 de junio de 2002, n° 10 tomo I pág. 253 y ss.. La cuestión es ampliamente tratada en el trabajo *Realidad, Economía y Derecho* publicado en libro colectivo POLÍTICA, ECONOMÍA Y DERECHO y en la página electrónica de la Academia www.acader.unc.edu.ar

⁹⁹ “Il debito internazionale” libro colectivo a cargo de Domingo Andrés Gutiérrez y Sandro Schipani, Edición de Pontificia Università Lateranense, MURSIA, Atti dell’II Convegno 25/27 Maggio 1995, *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, publicado pág. 233.

¹⁰⁰ HERS, Liliana 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.

¹⁰¹ nro. *La conservación de la empresa* al recibir el Premio Academia, Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. El reconocimiento de la noción “actividad” en el derecho positivo puede verse en el trabajo citado en nota siguiente y en trabajos anteriores allí citados.

¹⁰² Nro.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, con referato, Buenos Aires febrero de 2001.

¹⁰³ Revista de las Sociedades y Concursos, Ed. Ad Hoc, n° 7 nov.-diciembre 2000, pág. 23 con nuestra nota.

¹⁰⁴ Puede consultarse nuestra opinión en el libro colectivo ANOMALIAS SOCIETARIAS, y en Doctrina Societaria y Concursal, Editorial Errepar marzo 2002.

¹⁰⁵ Pueden consultarse nuestros numerosos trabajos o conferencias en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹⁰⁶ Zunino, Jorge *Disolución y Liquidación de Sociedades*, Ed. Astrea, Buenos Aires t. II p. 208 y ss.. Ver nota anterior. Rubén R. Pardo “Acerca del Banquero de Hecho” Doctrina Societaria y concursal, t. III p. 15 y ss.. Carlos R. Freschi “La sanción por actividad ilícita de las sociedades comerciales” en RDCO año 1978 página 1531, en particular p. 1542.VERON * tomo I p. 128 yss. INCLUYE A LOS SOCIOS QUE NO PUEDAN ACREDITAR SU BUENA FE.....VITOLO, Daniel R. LA LEY SARBANES-OXLEY DE LOS ESTADOS UNIDOS, LA REALIDAD DE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y LA PREVENCIÓN DE LOS FRAUDES SOCIETARIOS. Errepar diciembre 2002 p. 854 tomo XIV.

¹⁰⁷ “El daño resarcible” Ed.Marcos Lerner, 1988, pag. 9.

Del mismo autor y en el mismo sentido “La ilicitud” p. 19.

Lerner, 1973.- En este libro, en nota 2 a pag. 18, refiere la existencia de “autores han pretendido establecer una tercera categoría, la del acto ilegal, cuando el autor sostiene que la ilicitud se define por la contrariedad del acto, positivo o negativo (acción u omisión), a las normas de un sistema dado de derecho.

¹⁰⁸ cfme. Otaegui, Julio César *Invalidez de los actos societarios*, Editorial Abaco, Buenos Aires 1978 p.365.

¹⁰⁹ Cfme. OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en Doctrina Societaria y Concursal de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

¹¹⁰ 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.

¹¹¹ 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.

¹¹² *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

¹¹³ *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.

¹¹⁴ Argumentación espúrea usada en el caso Aerolíneas Argentinas referida a la complejidad del trámite judicial, lo que implica que la propia Nación –a través de su P.E.- no cree en el sistema del Poder Judicial.

¹¹⁵ FRIAS, Pedro J. *La hipoteca...* cit. Refiriéndose al empresario señala los "deberes morales bien definidos".

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ Seguimos a PECES-BARBA trabajo citado, pág. 14.