

ACTIVIDAD FINANCIERA ILÍCITA (o de cómo alentar disponibilidad de crédito barato)

Efraín Hugo RICHARD

Conferencia en las Jornadas de Derecho Cambiario y Bancario en Homenaje al Dr. Héctor Ángel Benélbaz, organizadas por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, Mendoza 3 de noviembre de 2010.

I – LOS RECUERDOS.

Lo conocí a Héctor Angel Benelbaz el 13 de mayo de 1965 en ocasión de las Jornadas de Letra de Cambio, Pagaré y Cheque, en Córdoba.

De allí pergeñamos una sólida relación, de respeto personal y académico, que se intensificó por nuestra calidad de abogados de Bancos Oficiales de Provincia, al igual que por nuestra actividad universitaria en Mendoza, como fruto de la desbordante actividad posterior al Congreso de Derecho Societario de la Cumbre de 1977.

En agosto del 79 acompañamos al Maestro Héctor Cámara, formalizando un curso los días 23 a 25 sobre quiebras y concursos convocados por distintos profesores entre los que estaba Héctor, lo que recogió el diario Los Andes el 25 requiriendo nuestra opinión como especialistas. El 29 participamos también con el maestro en la celebración del Día de Abogado en Curso organizado por el Colegio de Abogados con Héctor Cámara y Pedro Luis Lella.

Enseguida, el mes después en el Primer Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras” organizado por la Facultad de Ciencias Económicas de Mendoza en 17, 18 y 19 de septiembre de 1979 se nos impuso al Dr. Cano y a nosotros la Presidencia Honoraria del Congreso, y a nosotros la conferencia de clausura. Posteriormente, el 28 de septiembre formalizamos una conferencia de prensa sobre derecho bancario en esa Facultad.

En mayo de 1980 compartimos el II Encuentro de Abogados de la Asociación de Bancos del Interior de la República Argentina, luego en el XIV Congreso de Abogados de Bancos de Provincia de la República Argentina en noviembre de 1981 y el 9 de septiembre en Buenos Aires en la Reunión del Comité de Abogados de Banco de la República Argentina.

En 1981 se desarrolló en Córdoba el Segundo Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras, continuando la gesta de sus engendrados mendocinos, haciéndolo en La Cumbre los días 15 a 17 de octubre, con la invalorable presencia de Héctor.

En Mendoza el 2 de septiembre de 1983 se formalizó el Plenario de Abogados Jefes de ABAPRA donde me encomendó Benelbaz tratar “Refinanciación del crédito público provincial externo”, sin duda comentando el dictamen que APABRA había solicitado a ese Plenario de Abogados, que nos encomendó a Benelbaz, Saraví Briaszo, un abogado de Entre Ríos y a nosotros sobre la aceptación de un convenio similar al suscripto por AA por la deuda pública externa.

En julio del 84 en Rosario nos reencontramos en el III Congreso sobre Aspectos Jurídicos de las Entidades Financieras del 14 al 16 de julio de 1984.

Benélbaz me honró haciéndome requerir asistencia jurídica al Banco de Mendoza del 2 al 4 de noviembre de 1983, convocándome su Directorio.

Cuando Héctor Benelbaz fue incorporado como Miembro Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, el 27 de mayo de 1988 se me dio el encargo de presentarlo académicamente, y allí destaque sus méritos y logros académicos..

Como verán nos conocemos de hace más de 45 años y hemos practicado desde allí la alimentación de nuestra relación personal y académica, pese a las dificultades de comunicación de aquellos tiempos, que contrasta con el sistema especial que facilita al mercado financiero –al mismo tiempo que enturbia la gestión-. Algún otro recuerdo deslizaré al referirme a la magistral conferencia que acaba de pronunciar el homenajado.

II – EL MERCADO FINANCIERO DE CAPITALLES.

Hemos ponderado el rol del crédito y la inversión financiera en la creación de riqueza, acompañando al capitalismo productivo al que debe aplicar para compartir beneficios.

Lo hemos hecho con referencia especial a la organización societaria.

1.Para generar un sujeto de derecho debe existir un sustrato real básico: su patrimonio, constituido en el momento genético por el capital generado por la escisión patrimonial por la escisión societaria o del de los constituyentes, suficiente para la realización de un objeto, naturalmente una empresa, pero no esencialmente.

Entendemos que también hace a la autonomía negocial la cuantificación de la dotación patrimonial constitutiva –o incluso las rectificaciones formalizadas durante la vida de la sociedad-. No dudamos de las facultades de la autoridad registral para observar las magras integraciones patrimoniales con que suele dotarse a las sociedades. Esa facultad impondría que los constituyentes debieran explicitar el plan de negocios que han efectivizado para asumir la figura de un tipo societario para el cumplimiento de un objeto. No hay duda que siempre hay un plan –de menor o mayor complejidad y formalización- en toda constitución de sociedades y durante su vida –como exige en algún tipo la construcción de la Memoria con la que se acompaña la documentación contable anual-.

Los Bancos siempre requieren ese plan para dar asistencia financiera.

Es a su vez muy importante el análisis que se suele formalizar en torno a cuanto de capital propio y de crédito es óptimo para determinado emprendimiento. Ello comporta una decisión política tanto de quién requiere la asistencia crediticia como del que la presta, existiendo innumerables opiniones, fórmulas y posibilidades. Lo fundamental es el adecuado plan de negocios que permita atender a esos créditos y no caer en la insolvencia, como apuntamos en el punto siguiente.

2.Una **dotación insuficiente** que generara una infrapatrimonialización material, constituyendo tácitamente una causal disolutoria genética por imposibilidad de cumplimiento del objeto social caería dentro de la previsión señalada por nuestra Corte Suprema de Justicia en el cuestionable –por el limitado alcance- del fallo Palomeque, al hacer suyas las manifestaciones del Procurador General. Es que sin duda se habría generado una insolventación que es la condición señalada por su Presidente Ricardo Lorenzetti en el caso Daverede al referirse al condicionamiento de la acción de responsabilidad basada en la teoría del descorrimiento del velo previsto por nuestro art. 54 ter Ley de Sociedades Comerciales.

3.Nos hemos introducido en la dotación patrimonial, en los recursos que dispone la sociedad para el cumplimiento del objeto social. Es que interesa el desarrollo económico y productivo con acceso a crédito con interés bajo, para que los emprendedores puedan recurrir a otras fuentes que no sea el capital propio para el desarrollo de la actividad. Pero debemos recordar que el interés bajo de

los créditos esta ligado a la seguridad y buena fe en los negocios. Un sistema que obtenga crédito y asegure su devolución razonablemente, a través de la lealtad en el mercado, en la competencia libre.

Las exigencias de los emprendedores no pueden hacer perder de vista ciertos principios, como los de conservación de la empresa, que como acción esta a cargo de alguien, y en ello no se puede dudar que corresponde a los socios y a los administradores que ellos libremente han elegido para la vida societaria, cumpliendo las normas imperativas de la ley.

Afrontamos así fundamentalmente la vida en las sociedades que no cotizan.

4. Echemos un vistazo al panorama de la disponibilidad de capital o de crédito a bajo costo, que esta ligado a crisis, conflictos y patologías. Ese objetivo parece afectado por:

- La **restricción de políticas de dividendo**, desconociendo que es un derecho individual inderogable de los accionistas no disponible por mayorías.
- **La interpretación del art. 30 de la ley de sociedades** impidiendo que las sociedades anónimas puedan participar de otros tipos societarios, que en criterio de una minoritaria pero calificada doctrina se extendió al negocio en participación, lo que rechazamos –pese a la interpretación que se intenta gestar de la ley de hidrocarburos que sólo trato de alejarse de interpretaciones riesgosas-. Por otra parte no tenemos duda de la posibilidad de que sociedades por acciones reciban fondos participativos para empresas específicas, al igual de lo que dispuso la ley italiana de sociedades, y lo autorizan las leyes chilenas y uruguayas.
- **Benébaz relató en su discurso magistral introductorio de estas Jornadas que nos regaló un libro adquirido por él en Francia sobre la “Lettre de change relevé”, pues sabía que estábamos trabajando sobre la modificación de la legislación del cheque introduciendo el “Cheque de pago diferido”. En efecto habíamos sido contratados por el Directorio del Banco Central de la República Argentina, presidido por el Dr. Fernández, para formalizar dos anteproyectos de ley: reforma a la ley de cheque introduciendo un cheque a fecha para sustituir prácticas ilícitas, y poder pagar a proveedores, y una ley específica para el pago a proveedores en caso que no se usara de ese cheque. Pergueñamos esas normas y el “cheque de pago diferido” al estilo de la letra “relevé” con intervención bancaria necesaria y con una modalidad de operatoria electrónica que no fue asumido en el Congreso. Pero vamos al pago a proveedores.** Las modalidades prácticas en nuestro país de financiamiento a través del contrato de subprovisión. En *LA CRISIS FINANCIERA Y EL DAÑO A LAS PYMES*¹ señalábamos “Nuestro presagio sobre la inercia en atender a ese sector parece cumplido, por otra parte la situación se ha agravado ante la desaparición de financiación competitiva”. La situación caótica del mercado y la validez del sistema jurídico para poner orden ha sido resaltada por Francesco Galgano quién sostiene que en la relación Pyme versus gran empresa sólo la ley evita los abusos, destacando que “Las Pyme deben hacer frente a una traba muy importante como es la falta de contacto con el exterior lo que provoca a su vez escasez de información y poco desarrollo tecnológico”, y por eso tanto en Italia como en la Comunidad Europea “se ha establecido una legislación acorde en resguardo de las empresas más chicas... y en Europa son implacables a la hora de castigar las distorsiones de mercado. Las leyes anti trust están

¹ Publicado en libro colectivo bajo la dirección de Carlos A. Ghersi “La Prueba en el Derecho de Daños”, Editorial Nova Tesis, Buenos Aires 2009, en homenaje a los 75 años de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, páginas 345 a 410.

en cada país y además, a nivel de la comunidad. Para ello se han formado tribunales arbitrales que soy muy rigurosos y efectivos a la hora de garantizar la libre competencia”². El profesor italiano reconoció que “A diferencia de lo que ocurre en Europa, las dificultades para acceder al financiamiento que tienen las Pyme argentinas parece ser una barrera infranqueable, pero al margen de eso, el gran problema en que tienen las pequeñas empresas en este país es que no se les otorgue un estatus jurídico diferencial respecto de la gran empresa...”. El marco económico social es bien distinto al nuestro, donde la Pyme financia a la gran empresa a través de la subprovisión, y cada vez se desgasta más trasladando sus padecimientos a sus empleados. Recuérdese que el acceso a bajo costo de crédito, en realidad al mismo que pagaban en el mercado preferencial las grandes corporaciones fueron la creación del cheque de pago diferido y la factura de crédito, soslayadas por la operatoria de los Grandes Bancos y las Corporaciones. La presunta obligatoria emisión de esos títulos a favor del contrato de subprovisión, fue marginado. Esos títulos emitidos por las grandes corporaciones hacían presumir que los proveedores y subproveedores PYMEs obtendrían financiación al mismo costo en el mercado de capitales. En protección del subproveedor se ha sancionado en Italia la ley del 18/6/1998 n° 192 que regula la subprovisión en las actividades productivas. El art. 9 reprime el abuso de dependencia económica que se manifiesta en el “excesivo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones” provocado por la situación de preeminencia del comitente con relación al subproveedor; el pacto mediante el cual se materializa el abuso es nulo. La Directiva Comunitaria de la Unión Europea n° 35 del año 2000 relativa a los retardos de pago en las transacciones comerciales, reprime también el “abuso de la libertad contractual”. Los considerandos expresan lo siguiente: “Puede deducirse el abuso en el caso en el cual un acuerdo tenga principalmente por objetivo procurar al deudor liquidez adicional a costa del acreedor, o en el caso en el cual el contratista principal impone a los propios proveedores o subcontratista términos de pago injustificados respecto a los plazos de pago por él concedidos”. Conforme esa Directiva, el plazo de pago es de treinta días de la recepción de la factura, o de la recepción de la mercadería, o de la prestación de los servicios; si el contrato establece un término mayor, se prevé que ese plazo no puede ser hecho valer. La legislación italiana referida otorgaba el doble del plazo. Adviértase que en el derecho argentino el plazo no es limitado, el abuso es notorio e implica un financiamiento adicional del proveedor al empresario proveído, soportando la situación, agravada por la crisis financiera actual, la parte más débil. Las grandes empresas proveídas son las que tienen acceso al crédito a más bajo costo. Se impuso el otorgamiento de una “factura de crédito” –o un cheque de pago diferido- sin límite de plazo suscripto por el proveído a favor del proveedor para que este pudiera acceder al crédito al costo de aquél. La reacción de la gran empresa fue inmediata y no pasó un año sin que se modificará la ley imponiendo en vez del “deberá” por “podrá”, lo que significó la frustración del objetivo legislativo empresarial.

- **Los Acuerdos Preventivos Extrajudiciales en torno a obligaciones negociables** colocados en mercados internacionales por grandes empresas argentinas,

² Agregamos a estos comentarios de Galgano en el Anexo III la legislación francesa sobre el punto, y en la conferencia señaló las siguientes normas restrictivas: En la UE la directiva 35-2000 sobre abuso de posición contractual, o de dependencia económica, y en Italia ley 18.6.1998 cuestionando ese o la dependencia económica, evitando la liquidez del deudor a costa del acreedor, limitan a 30 o a lo más a 60 días los plazos de financiamiento. Esto es lo que está pasando en Argentina, sin evitar lapsos mayores a aquellos, lo que se potencia por la desproporción de las tasas de intereses para las Pymes y los grandes grupos económicos.

modificando las condiciones de pago a través de sistemas no previstos en las normas de emisión por aplicación opinable de normas concursales, y la distribución de importantes dividendos a los accionistas –no provenientes del giro normal de los negocios- después de la homologación.

- **La prédica de los “magos” de la economía y brockers que han hecho creer que la inversión en productos financieros de tercera o cuarta generación sigue produciendo beneficios**, cuando lo único que genera dividendos reales a la inversión financiera es el apoyo a lo productivo, compartiendo el resultado. Así le fue al mundo, generando daños multimillonarios a los inversores y a los países para reflotar las economías en los últimos años. El daño a inversores no institucionales podría ser reclamado. Esa globalización financiera lejos de traernos fondos los exporta, como es de público y notorio, desde nuestro país a través de una actividad financiera ilícita, favorecido por los paraísos fiscales.

Advertirán que lo relatado, nada más que una pincelada de múltiples patologías que deberían evitarse, torna más dificultoso y costoso el acceso al crédito, particularmente por ciertas prácticas concursales. Entramos así en el tema que nos convoca: **la actividad financiera ilícita.**

III - REFLEXIONES ACERCA DE LAS PERSPECTIVAS DEL MERCADO DE CAPITALES EN ARGENTINA”.

Apuntamos a la falta de control en la transferencia de fondos al exterior, la desestimulación de las obligaciones negociables y el interés del gobierno en recuperar posición en los mercados externos sin atender a revisar las situaciones anteriores para asegurar un sólido mercado interno, atractivo incluso para inversiones externas.

Ante la preocupación que evidencian los Gobiernos ante la crisis mundial, transparentada en el temario que se nos ha fijado **incursionar sobre “ACTIVIDAD FINANCIERA”** insistiendo en un tema que es de “público y notorio” y que contradice todo lo que se declama y regula”, formalizando como hipótesis la modalidad electrónica de accionar en el “indirect doing business”. Se trata de la modalidad de abrir cuentas en el exterior y trasladar fondos desde un banco o “cueva” como si la operación se hubiera hecho en el exterior por el propio cliente, Es lícito? Ustedes dudarán: si esto se hace todos los días... No es lícito como veremos, pero debemos ponerlo de manifiesto para evitar la exportación ilícita de capitales facilitados por la “globalización financiera” y una oferta destinada a los tenedores de grandes capitales. Se puede tomar conciencia de la magnitud del problema a través del editorial de Juan F. Marguch³ “En cuanto a los patriotas argentinos que durante el conflicto expatriaron más de 30 mil millones de dólares, suma que ayudó a superar la barrera de 200 mil millones de dólares depositados en el exterior, no hicieron más que prolongar una bizarra tradición nacional que difícilmente termine algún día”.

1.La perspectiva de los mercados en nuestra República, impone pensar en su desarrollo antes que en los mercados financieros globales, pues el financiamiento para los proyectos internos deberían buscarse en el mismo.

Y el desarrollo del mercado interno lo vemos comprometido por lo que poníamos de resalto a la postre, es la pública práctica de “indirect doing business” que implica usar los medios electrónicos para simular realizadas en el extranjero –normalmente en paraísos fiscales- la apertura de cuentas, compras de títulos, transferencias de divisas, uso de tarjetas con débitos a esas cuentas para sustraer al control de la AFIP los gastos realizados sobre fondos en negro, facilitando a su vez lavados de dinero.

³ MARGUCH, Juan F. *Sombras que vuelven del pasado* en La Voz del Interior, 11 de agosto de 2008, pág. A 12 “Opinión”.

Debemos poner en claro ¿La globalización financiera es buena para nuestro país? ¿Es lícita la operatoria financiera electrónica de simular desde nuestro país que el cliente formalizó directamente en el exterior la apertura de una cuenta y el traslado físico de los fondos, conforme los ejemplos que acabamos de intercambiar en diálogo con varios asistentes?

2. Como reacción positiva sobre el tema de ilegalidad “pública y notoria” que persiste por la falta de control, y permitiendo entrever el negocio financiero de exportación clandestina de capitales, debió intervenir la Corte Suprema de Justicia de la República. Así lo señalamos en el ensayo “QUIEBRA EN EL PAÍS DE SOCIEDAD “EXTRANJERA (un fallo de la Corte basado en el indirect doing business)”⁴

Allí apuntamos que “En épocas de crisis financiera, que pese a algunos pronósticos políticos ha comenzado a contaminar el país, nada mejor que la aplicación estricta del sistema jurídico para evitar la actividad financiera ilícita. “En los tiempos que corren, el pensamiento procesal civil nacional se encuentra bifurcado entre dos corrientes de signos diversos y hasta diríamos que antagónicos, a los que se ha dado en llamar activismo judicial y garantismo procesal”⁵. En realidad el tema es más grave en materia comercial, donde el incumplidor aparece amparado por un hipergarantismo, con criterios ultraprocesalistas y una suerte de venda para ver la integralidad del problema. - La Corte, sin apartarse del garantismo procesal, ha visto la integridad del problema que, a nuestro entender, generará importantes beneficios colaterales en orden a evitar actividades ilícitas que han sido y son de público y notorio.... Al referirnos en el título a SOCIEDAD “EXTRANJERA”, lo hacemos como reduccionismo de la expresión “sociedad constituida en el extranjero”, en el caso en la República Oriental del Uruguay bajo la estructura de sociedad destinada a operar fuera del territorio de ese país.

Nuestra Corte, con el voto unánime de sus Ministros resolvió el recurso de hecho en la causa “Compañía General de Negocios SAIFE s/ pedido de quiebra por Mihanovich, Ricardo L.” en fecha muy reciente (24/02/2009) revocando el fallo de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial confirmatorio del rechazo del pedido de quiebra formulado contra una sociedad constituida en la República Oriental del Uruguay. Habían recurrido el peticionario de la quiebra y la Fiscal General por arbitrariedad al que se sumo la señora Procuradora Fiscal. La Corte dispuso así “procedentes los recursos extraordinarios deducidos y se revoca la sentencia apelada, debiendo dictarse nuevo fallo con arreglo a lo resuelto”. Las instancias judiciales previas habían tenido en cuenta el lugar de constitución de la sociedad y el carácter de acreedor por título o relación generada en el extranjero del peticionante, rechazando la petición de quiebra.

La Corte miró objetivamente la cuestión –se sacó la venda- y observó la “actividad” de la sociedad, determinando la competencia nacional por la efectividad del lugar de realización de los negocios, pues jurídicamente la sociedad no podía realizar tal actividad en el país de constitución justamente por la estructura societaria elegida, y además se había acreditado que la realizaba en el domicilio legal de un banco “argentino”.

De esa “actividad” derivan dos efectos: el de la competencia conforme las previsiones de los Tratados de Montevideo y de la ley de sociedades argentina por una parte como lo determina el fallo, y otro el de una actividad ilícita con claras secuencias conforme la legislación argentina.

Aconsejamos la lectura del fallo, no obstante lo cual entresacamos algunas argumentaciones del mismo: “...6°) Que a efectos de determinar la jurisdicción .. debe acudirse a los Tratados de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre de 1889 y de 1940.-... 9°) .. el elemento atributivo de

⁴ **ACTIVIDAD ILÍCITA DE SOCIEDAD EXTRANJERA (indirect doing business) Y SU QUIEBRA EN EL PAÍS (en torno a importantísimo fallo de la Corte) para la Revista elDial.Express del lunes 16 de marzo de 2009, y también en Doctrina Societaria y Concursal, Ed. Errepar, 2009, y en www.acaderc.org.ar**

⁵ PEYRANO, Jorge W. *Sobre el activismo judicial* en libro AAVV “Activismo y garantismo procesal”, Córdoba 2009, Ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, pág. 11

jurisdicción se encuentra en la República Argentina, debido a que la sociedad extranjera ha sido constituida bajo el régimen previsto en el decreto 381/89, reglamentario del art. 4 del decreto-ley 15.322 de la República Oriental del Uruguay, que establece que las empresas de intermediación financiera externa tendrán por único objeto la realización de operaciones de intermediación o mediación financiera entre la oferta y la demanda de títulos valores, dinero o metales preciosos, radicados fuera del país, de acuerdo a la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo, con el asesoramiento del Banco Central del Uruguay, entidades que sólo podrán operar con no residentes en el mencionado país.- ... 11) Que tampoco ha ponderado el a quo las constancias obrantes en la causa, conducentes a los mismos fines señalados precedentemente, de las que surge que en un proceso seguido ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 1 de la Ciudad de Buenos Aires, **se tuvo por acreditado -entre otros hechos- que la Compañía General de Negocios SAIFE funcionaba clandestina y marginalmente en dependencias del Banco General de Negocios situadas en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable.**- 12) Que, por otra parte, la individualización de las normas de derecho interno que resulten aplicables al sub examine requiere la consideración de similares extremos fácticos y jurídicos, que fueron igualmente desatendidos por el a quo. En efecto, el art. 118 de la ley 19.550 regula el reconocimiento de la sociedad extranjera, en tanto ésta se ajuste a las leyes del lugar de su constitución, y el art. 124 del mismo ordenamiento ... individualiza el supuesto en el cual la sociedad constituida en el extranjero no es reconocida como tal, sino como sociedad local. Tal supuesto se configura cuando la sede o el principal objeto social se ubican en territorio nacional, hipótesis que impone la aplicación del ordenamiento legal nacional con el alcance establecido en la propia norma. Por consiguiente, la decisión acerca del tratamiento legal que, en el derecho interno, corresponde a la sociedad cuya quiebra se peticiona, se encuentra inescindiblemente unida a la conclusión a que se arribe acerca del lugar en que ésta desarrolló su actividad principal.- ...“.

Ello importa que se abrirá el proceso falencial en la Ciudad de Buenos Aires, considerando acreedores locales a quiénes hayan negociado con la sociedad en nuestro país –aunque se haya simulado realizar la operación en Uruguay-.

Allí nos referíamos a “EL INDIRECT DOING BUSINESS”. La Corte da por acreditado que una sociedad financiera constituida en el exterior y que no podía realizar operaciones en ese país, las realizaba en nuestro país bajo la pantalla de un banco local: el Banco General de Negocios S.A..

Se describe así el negocio que hemos dado en llamar “indirect doing business”. Este nuevo caso fallado por la Corte nos recuerda el voto de Zaffaroni en el caso Bustos y los comentarios que formalizamos en torno al mismo respecto a la orden al Procurador General de investigar la existencia de una estafa⁶, de cuya investigación no hemos tenido noticias.

También en ese trabajo pensábamos en el futuro del proceso: 1. La declaración de quiebra parece inevitable, salvo que se desinterese al acreedor o se acredite la inexistencia de la cesación de pagos, pudiendo también intentarse la conversión del proceso en concurso preventivo, evitando la liquidación falencial. 2. Ante estos supuestos –pero también en análisis de la responsabilidad falencial y societaria- cabe apuntar que corresponderá por los antecedentes del caso la aplicación del art. 19 LSA atento la actividad ilícita acreditada en los autos. Hemos teorizado sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado⁷.

⁶ RICHARD, Efraín Hugo *Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)* en *El Derecho Revista* del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss.. En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007, ante nuestra comunicación conjunta con la Dra. Laura Filippi, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales informe sobre la investigación requerida por el Dr. Zaffaroni. Como casi todas las declaraciones de los grandes Congresos las cuestiones y el entusiasmo se diluye una vez concluido, por lo que ignoramos la repercusión que tuvo esa decisión.

La Corte dio por acreditado que la actividad ilícita se desarrollaba en la sede de un banco argentino: el Banco General de Negocios S.A.. Conforme a ello corresponderá aplicar a éste –al margen de su situación falencial- la norma del art. 19 LSA a cualquier evento, tanto sobre responsabilidad de socios y administradores, como de un eventual destino de los activos en caso de existir sobrante en la liquidación.

Se sumará a ello una clara aplicabilidad de la norma del art. 54 ter LSA al Banco General de Negocios S.A. por haber generado esa sociedad a efectos de violar la ley argentina, aún dentro de la estrecha inteligencia fijada por la Corte a través de adherir al criterio del Procurador General en el llamado caso Palomeque.

Los efectos de aplicar ambas normas son congruentes e integrables.

Como DERIVACIONES.OFICIOSAS apuntamos que: Quiénes sufran perjuicio por la actividad ilícita en estos supuestos de actuación por o para sociedades constituidas en el extranjero –incluso en temas vinculados a la crisis financiera global- podrían accionar en base a alguno o algunos de los siguientes supuestos de responsabilidad: a. la de control abusivo bajo la aplicación de la previsión del art. 54 ter LSA, en cuanto dichos actos generan una típica figura de control torpe y abuso de la personalidad jurídica que implica un efecto de imputación aditiva⁸; b. la responsabilidad por la existencia del llamado “grupo de jactancia”, suerte de sociedad de hecho que por la mera invocación del grupo implica su responsabilidad ilimitada y solidaria⁹, eventualmente como sociedad atípica no reconocida en nuestro sistema y por ende sociedad devenida de hecho, revelado particularmente por el uso de siglas operativas que no corresponden a una sociedad local, y c. la actividad ilegal permitiría la aplicación del art. 19 de la ley de sociedades comerciales. Esta norma impone la obligación de acreditar el acto ilegal, su importancia y continuidad, que en la actividad financiera *indirect doing business* es pública y notoria, entrañando efectos más contundentes: liquidación de oficio de la sociedad local por actividad ilegal, con responsabilidad solidaria de todos los socios y administradores, y no sólo de los controlantes¹⁰.

Los dichos de la Corte sobre que “en la Ciudad de Buenos Aires, captando dinero y disponiendo de esos fondos, a la vez que el domicilio situado en la Ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay, actuaba como una simple oficina de registración contable”, puede servir de base a inversionistas no institucionales para analizar la posibilidad de reclamar a los brokers nacionales el daño sufrido por inversiones externas en la reciente crisis.

3. La Justicia también debió intervenir en otro caso donde se evidenció la falta de control. Así referimos el caso del Banco Austral, apuntando a “OTROS CRITERIOS DE INTEGRACIÓN PATRIMONIAL”¹¹:

⁷ RICHARD, Efraín Hugo *Sociedad en insolvencia y actividad ilícita* en *Doctrina Societaria y Concursal*, Ed. Errepar, Buenos Aires 2004, tomo XV pág. 313.

⁸ FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. *La desestimación de la personalidad jurídica societaria como límite al globalismo en la Argentina del Siglo XXI*, en *Doctrina Societaria* de Errepar setiembre 2001 p. 249. El uso antifuncional generó un supuesto de desestimación de la personalidad de la sociedad constituida en el extranjero en el caso “Macri, Francisco y otros s/ infracción ley 23771”, fallado por la CFederal de San Martín Sala I 26.4.1994, sosteniendo que la SAFI uruguayaya “no es más que un instrumento del que se valió la sociedad controlante para la venta de los vehículos importados al margen del régimen legal de la industria automotriz...a) el presidente de la sociedad controlante es titular del 85% del paquete accionario, b. “la constitución de esta última se hizo con un capital irrisorio...c. los representantes en las asambleas son funcionarios jerárquicos de la terminal automotriz d) la única actividad de la sociedad extranjera consistía en importar a zona franca...”. Las sanciones ante la actividad ilícita aparece como una forma de desestimación de la personalidad.

⁹ OTAEGUI, Julio César *Grupo societario, desestimación y jactancia* en *Doctrina Societaria y Concursal* de Errepar n° 173, Abril 2002 p. 31.

¹⁰ RICHARD, Efraín Hugo *Relaciones de organización*. Ed. Advocatus, 2ª ed. Córdoba 2002, pág. 279 y ss.

El importante decisorio corresponde a la causa “02261/1995 Banco Austral S.A. s/ Quiebra s/ Incidente de Revisión (promovido por PORCELLI, Luis A.), donde la Cámara en lo Comercial Integrada por María Elsa Uzal e Isabel Miguez, en ilustrado fallo, revocó la resolución de Primera Instancia en el incidente de Revisión intentado por un acreedor que habiendo operado en Buenos Aires directamente frente al Banco Austral S.A., esta Institución – actuando confesadamente con un contrato de colaboración- lo habría recibido para depósitos en plazo fijo en el Austral Bank International”, lo que motivó el rechazo en primera instancia y luego la revocación con extensos y profundos fundamentos por parte de las dos distinguidas camaristas.

Después de varios años del default del Banco, el cliente obtiene un reconocimiento judicial de su derecho, que posiblemente será difícil materializar económicamente. Pero si bien este es un Banco que no puede pretender un acuerdo judicial, sirve el caso para reflejar otro factor de atribución de responsabilidad que quizá transforme la liquidación ruinosa en exitosa: la aplicación del art. 19 L.S. por “actividad ilícita”. Entendemos que el fallo de la Cámara se enrola en lo que ha señalado recientemente el Presidente de la Corte, el Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti (“Los desafíos de la Justicia” en La Voz del Interior 13 de diciembre de 2009 pag. 10^a) sobre la conveniencia de “tomar decisiones adecuadas y actuar sobre el encauzamiento de la litigiosidad; la orientación del sistema hacia los resultados, es decir, decidir los conflictos, lo que requiere fortalecer las decisiones antes que las tramitaciones y las dilaciones”.

Además de aconsejar la lectura íntegra del ilustrado fallo en el caso del Banco Austral, repiquemos algunos de los fundamentos de la Cámara al revocar la desestimación de la verificación de créditos: En el Considerando 5. “Debe analizarse en el marco fáctico de la litios la otra perspectiva ... la responsabilidad que podría caberse al B.A.S.A. (Banco Austral aclaramos) en el marco de las operaciones financieras concretadas por el actor con aquélla, por cuenta y orden de una entidad extranjera que nunca contó con autorización para realizar esas operaciones financieras en territorio nacional... una entidad autorizada por el CCRA –B.A.S.A.- posibilitó a una sociedad extranjera que no contaba con la respectiva autorización –A.B.I. (Austral Bank)- el celebrar operaciones financieras consistentes en la captación del ahorro público, con lo cual el objeto de dicho contrato resultaría ilícito y la concreción de sus efectos un fraude a la ley nacional...”

En el considerando 6. para determinar responsabilidad el enjundioso voto se refiere al “hecho ilícito” y al “acto ilícito”, determinándose “la contradicción de la conducta de la demandada con el orden legal que rige la materia. La Ley de Entidades Financieras prohíbe expresamente toda acción tendiente a captar recursos del público por parte de entidades no autorizadas” enfatizando que “las leyes de los demás Estados jamás serán aplicados contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Así en el punto 6.6. asegura “En el caso, la fallida, al actuar como corresponsal de una entidad financiera que no contaba con la debida autorización del BCRA, colaboró en la concreción de una actividad que no se ajustaba a la ley que rige la materia (arts. 1, 7 y 17, ley 21526) y que por ello conformó una actividad ilegal” (los subrayados nos pertenecen).

Las ilustradas Camaristas describen el vínculo grupal, de control de accionistas comunes, que vincula a ambas sociedades, que sin duda actuaban en interés del grupo, incluso en la “consecución de fines extrasocietarios”, en beneficio de una sociedad constituida por ellos en el extranjero, violando la ley nacional.

A criterio de Julio César Otaegui ello constituye un “grupo de jactancia” que generaría una suerte de sociedad atípica o de hecho que genera la responsabilidad de todos controlantes.

11 En “Acciones de recomposición patrimonial: ineficacia. Acciones de responsabilidad” en Décimo Seminario Anual Actualización, Análisis Crítico de Jurisprudencia, Doctrina y Estrategias Concursales, en homenaje a Juan M. Farina, 10/12 de marzo de 2010, Mar del Plata, libro colectivo y en www.acaderc.org.ar.

Se trata sin más del factor de atribución de imputación y responsabilidad en el caso de daño previsto por el art. 54 ter ley 19550¹², donde también se destaca la habitualidad del INDIRECT DOING BUSINESS, pues en el caso el voto de las señoras Camaristas ha tipificado claramente un supuesto de actividad ilícita, o sea contraria al orden público interno, de dos sociedades de un grupo económico. Y la actividad ilícita por parte de sociedades esta claramente regulada por el art. 19 de la referida ley 19.550. A su vez, también hemos considerado actividad ilícita la desplegada en nuestro país a través del indirect doing business, simulando operaciones realizadas en el exterior las que en realidad habían sido realizadas en nuestro país¹³.

Estos nuevos casos nos recuerdan –reiteramos- el voto de Zaffaroni en el caso Bustos y los comentarios que formalizamos en torno al mismo respecto a la orden al Procurador General de investigar la existencia de una estafa¹⁴, de cuya investigación no hemos tenido noticias.

4. El fenómeno de la actividad bancaria ilícita y especialmente cuando la misma proviene de entidades financieras *off shore*, es un fenómeno que afecta a todos los países y que – particularmente en España y Argentina- ha tenido efectos catastróficos no solo en el ámbito económico sino también fiscal de ambos países. Pero especialmente –y en lo que aquí nos interesa destacar- en el sistema económico, lo que en definitiva repercute sobre los inversores individuales de cada País.

En España, el descubrimiento de que la dirección de BBVA mantuvo, desde 1987 hasta 2001, cuentas secretas en la Isla de Jersey también ocultas a los socios de la entidad y que, obviamente, no se reflejaban en la contabilidad oficial, a través de sociedades y estructuras domiciliadas en Liechtenstein y la Isla de Nieu, entre otras. Y el hecho que, según la fuente¹⁵, numerosos bancos y cajas de ahorro captan ahorro en el mercado español a través de un producto financiero denominado "participaciones preferentes" emitido por filiales, al 100% de dichas entidades, domiciliadas principalmente en las Islas Caimán, implica una inversión de aproximadamente 15.000 millones de euros que no está sujeta a tributación con el correspondiente perjuicio a la Hacienda Pública¹⁶.

La realidad financiera Argentina ha demostrado a través de los años, que la actuación de una “banca *off shore*” muy lejos de respetar el sistema y las formas de actuación permitidas por el

¹² No queremos extendernos por lo que remitimos a nro. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

¹³ Nto. *ACTUACION EN EL PAÍS DE SOCIEDAD CONSTITUÍDA EN EL EXTRANJERO*, en “Derecho Comercial y de los Negocios II tomos, Editorial Eudeba, Buenos Aires 2007, en Tomo I Sociedades-Concursos, pág.155 a 192.

¹⁴ Nto. *Depósitos pesificados: ¿responsabilidad de los bancos? (la denuncia de Zaffaroni y su relación con tía Rosa y Pedro)* en El Derecho Revista del 7 de marzo de 2006 pág. 1 y ss.. En el Primer Congreso Argentino e Iberoamericano de Derecho Bancario, realizado en Lomas de Zamora en el año 2007, ante nuestra comunicación conjunta con la Dra. Laura Filippi, se resolvió por unanimidad requerir a poderes nacionales informe sobre la investigación requerida por el Dr. Zaffaroni. Como casi todas las declaraciones de los grandes Congresos las cuestiones y el entusiasmo se diluye una vez concluido, por lo que ignoramos la repercusión que tuvo esa decisión.

¹⁵ Conferencia dictada en Madrid 16 de abril de 2004 por el ex Fiscal Anticorrupción de España Carlos Jiménez Villarejo “La delincuencia financiera, los paraísos fiscales y la intervención de los bancos”.

¹⁶ Ello según la información obtenida, provocó a nivel normativo la sanción de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre “Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales”.

Banco Central de la República Argentina (en adelante “BCRA), es utilizada en forma frecuente y ello para evadir esas regulaciones y en perjuicio de los inversionistas, el Estado y sus agentes lo que en definitiva sucede como consecuencia de la liquidación de las entidades financieras autorizadas para actuar en el País, a partir de su “vaciamiento”.

La actividad financiera ilícita no solo se realiza a través de representaciones de entidades financieras extranjeras que no tienen autorización para actuar con esa calidad en Argentina, sino –la mayoría de las veces- a través de entidades financieras locales que por medio de la captación de depósitos de inversionistas locales colocan esos fondos en cuentas en entidades financieras del exterior, ejerciendo –en consecuencia- de forma abusiva la actividad financiera legítima, en el marco del negocio para el cual está habilitada¹⁷, usando medios electrónicos para aparentar que la operación se realizó en el exterior..

Esa actividad financiera o banca *off shore*- tiene patrones comunes que han sido denunciados en diversos informes¹⁸ e investigaciones judiciales¹⁹ y ha sido la causa –entre otras- de la liquidación de los siguientes bancos autorizados para funcionar en el País: Banco Mayo Cooperativo Ltda²⁰; Banco Extrader²¹ el Banco General de Negocios²², entre otros y ello sin perjuicio de otras Entidades Financieras que –al no haber sido liquidadas hasta la fecha- no es tan

¹⁷ Al respecto puede verse Porcelli, Luis A., “Banca de hecho. Responsabilidad de los bancos frente a los denominados certificados “off shore”. LL 1995-C-988: "...la supuesta y figurada persona depositaria no es más que el elemento ardidoso utilizado, sin que sea relevante su eventual existencia".

¹⁸ Puede verse el Informe presentado por la “Comisión Especial Investigadora sobre Hechos Ilícitos vinculados con el Lavado de Dinero”, creada el 9/05/01 en el ámbito de la Cámara de Diputados de la Nación, en www.hcdn.gov.ar

¹⁹ Uno de los casos más resonantes de los últimos tiempos es el del Banco General de Negocios (BGN) pudiendo consultarse la descripción de la operatoria que realizaba el mismo dentro de la “actividad financiera off shore” ilegítima en el auto de procesamiento a ROM, de la Juez Servini de Cubría en www.lexpenal.com.ar/Archivos/fallos/rohnm_procesamiento.htm. En el tema se discute aún hoy la responsabilidad de los accionistas controlantes el Credit Suisse First Boston, el Dresdner Bank y el J. P. Morgan Chase & Co. entre otras entidades financieras que intervenían en la actividad off shore.

²⁰ La liquidación de esta entidad, tuvo como causa su vaciamiento a partir de diversa operatoria: 1) Creación de mesas de dinero para supuestas colocaciones en el exterior bajo la pantalla del Banco Mayo, 2) Préstamos a empresas vinculadas al margen de las normas legales, 3) Obtención mediante información fraudulenta fondos del B.C.R.A., etc. En lo que aquí interesa la principal operatoria irregular del Banco Mayo era realizada a través de mesas de dinero que captaban fondos y los derivaban a empresas vinculadas a directivos y funcionarios del Banco Mayo. Esas empresas eran “Bancos Off Shore”, particularmente el Mayflower International Bank Limited y Trust Inversions S.A., el primero con sede en Bahamas, y el segundo con domicilio legal en Montevideo, Uruguay, pero ambos tenían su accionar social, administración y representación en la Argentina.

²¹ El Grupo Extrader se integraba principalmente de una financiera, (Extrader S.A.) un Banco, (Banco Extrader S.A.), una Sociedad de Bolsa (Extrader Bursátil S.A.) una Sociedad a través de la cual el grupo participó en la adquisición de acciones de varias empresas, (Extrader Capital Market S.A.) y un banco Offshore (Banque du credit e investissement -BCI-) de Bahamas. Se señala también que el grupo utilizó en el momento de producirse la crisis a una sociedad uruguaya denominada Samroy Realty S.A. para transferirle las diversas tenencias de acciones que había adquirido mediante Extrader Market S.A... En la operatoria imputada como defraudatoria a partir de las causas judiciales relacionadas con el grupo reviste importancia la utilización del banco off shore referido (BCI) constituido originariamente por los mismos responsables del grupo. Esto determina la presunción de existencia de un circuito clandestino de dinero, mediante el cual se giraban fondos cuyo origen es desconocido y pudo no haber sido declarado ante los organismos de control (AFIP-DGI, etc.) y los que reingresaban al país a través de préstamos. Con esta banca suscriben lo que se denomina cuenta de Corresponsalia con el Citibank N.A. New York. Los perjuicios que habría producido el Grupo se estimaron en un monto superior a los U\$S 110.000.000, a la vez que por otras perjudicaron a 27 personas físicas y jurídicas por un monto superior a U\$S 50.000.000. Así el Banco Extrader manejaba un circuito clandestino de fondos por el que se captaban aquéllos de origen no identificados, se los derivaba hacia una banca off shore, la que luego los reingresaba o como préstamos a la entidad o como préstamos a empresas vinculadas.

evidente la actividad financiera *off shore* que realizan en forma ilícita. Pero ese *indirect doing business* sigue siendo desarrollado por otras entidades financieras.

En el auto de procesamiento de Carlos Rhom la Jueza a cargo de la Instrucción sostuvo que “...no puede sino considerarse que la operación paralela trasciende los límites del país y que la misma pudo llevarse a cabo mediante una participación activa de los funcionarios y de los directivos del Banco General de Negocios SA y de su estructura, puede concluirse que la misma pone en duda la credibilidad del sistema financiero argentino, de la honestidad de sus banqueros y de la política del "buen administrador" que debe primar en esta actividad fundamental para el desarrollo de un país”.

Esos fenómenos corresponden a una globalización, no económica que no existe, sino financiera²³ 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.

5. En el país no existe una ley de entidades financieras que autorice la operatoria *off shore*, aunque de hecho así se opera. Ni los Bancos argentinos, ni las Sucursales de los extranjeros, 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 las posibilidades de la electrónica lo facilitan. Las normas limitativas surgen de 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*²⁴.

6. Hay alternativas de solución a la luz de las disposiciones societarias y ante el perjuicio a los accionistas no controlantes.

Además de las sanciones previstas en la ley de entidades financieras, y en base al doble orden normativo para las sociedades en sí mismas y para las que realizan actividad de intermediación financiera, consideramos que cuando la actividad financiera “*off shore*”, sea realizada a través de una entidad financiera autorizada local o de una representación en exceso de sus facultades, se genera una actividad ilícita, cuya contención y consecuencias se norma por el art. 19 LS.

Lo expusimos últimamente con Marcelo Camerini²⁵ en otro caso paradigmático: el “caso Curatola”.

²² La operatoria del Banco General de Negocios (BGN) era similar a las anteriormente descriptas. El BGN captaba fondos que “derivaba” a una organización bancaria o financiera que no se encontraba bajo la órbita del BCRA, ya que su lugar de actuación y residencia legal era la República Oriental del Uruguay, tal era el caso de la Compañía General de Negocios Uruguay SA y/o la República de Panamá como el caso de San Luis Financial Investment & Co Ltd., así como a través del Banco Comercial del Uruguay SA. La liquidación del BGN implicó además la “caída” del Banco Comercial del Uruguay SA.

²³ *La mundialización financiera* en R.D.C.O. DERECHO COMERCIAL Y DE LAS OBLIGACIONES. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y práctica, n° 198 p. 351 a 366, Buenos Aires junio 2002; *La crisis argentina y la mundialización financiera* en Revista El Derecho del 6 de marzo de 2002.

²⁴ *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 citado en nota 1*.

²⁵ *El caso “Curatola” y su relación con las sociedades de objeto lícito, con actividad ilícita*, conjuntamente con Marcelo A. Camerini, en RDCO pág. 701, (tomo B Doctrina) año 42, tomo 2009 B, Ed. Abeledo Perrot.

El espíritu de la norma citada, proviene indudablemente de los límites que la ley impone a la actuación de las personas jurídicas, considerando a éstas un recurso técnico²⁶, basados en el orden jurídico en general y en interés de la comunidad. En este orden, el límite impuesto a la actuación mediante un centro de imputación diferenciada, radica en el uso desviado del ente ya sea en beneficio de los socios, controlantes o terceros, con fines distintos a los dispuestos por la ley. Este es el supuesto previsto en el art. 54 in fine de la ley de sociedades argentina²⁷.

Adviértase que la sociedad financiera autorizada a operar en el país que desviara fondos al exterior, realizando negocios electrónicamente, no contabilizados, esta restando utilidades, obteniéndolas y no contabilizándolas, las que sin duda no rendirá a sus accionistas minoritarios, restando credibilidad a los inversores no institucionales locales, que es lo que intentan proteger las leyes de orden público nacionales.

A su vez, la sanción que prevé el art. 19 LS –de orden público, implica:

- a) la inmediata disolución y liquidación de la sociedad que actúa en infracción a las normas vigentes realizando una actividad ilícita;
- b) la consecuente privación a socios, administradores y controlantes del medio jurídico-sociedad, instrumentalmente apto para realizar su actividad económica;
- c) la pérdida del privilegio de la aplicación normativa específica, esto es el art. 35 bis ley 21.567, o cualquier norma del mencionado régimen jurídico especial;
- d) la responsabilidad solidaria e ilimitada – de naturaleza contractual o extracontractual - de administradores, socios y controlantes.

7. Las declaraciones contra los paraísos fiscales inundan los discursos y están contenidas en las declaraciones del G 20.

Pero paradójicamente el Gobierno Nacional no interviene en esos mercados clandestinos que afectan el mercado de capitales locales, restándole recursos y haciendo más caro el acceso a financiamientos, y ante tal costo busca que sus títulos sean aceptados en mercados foráneos.

Sobre aspectos volvimos en *EL FLAGELO DE LA DEUDA EXTERNA: NUEVO CANJE (Y NUEVOS PRÉSTAMOS)*, publicado en El Derecho, Legislación Argentina, boletín n 3, 26 de febrero de 2010 página 7 a 21²⁸.

Nuestro Gobierno esta tratando de captar fondos en los mercados internacionales, mientras se permite que públicamente se opere ilícitamente abriendo cuentas en paraísos fiscales o en el exterior, y se trasladen fondos en negro a los mismos. Es una conducta incongruente.

8. Vimos una esperanza en LA DECLARACIÓN DEL G 20.

Entresacamos del texto de la Declaración de la cumbre de los líderes del G-20 tras la reunión de Londres el 2 de abril de 2009: "... Nos enfrentamos al mayor reto para la economía mundial de la era contemporánea; ... que afecta a la vida de las mujeres, hombres y niños de todos los países ... Partimos de la creencia de que la prosperidad es indivisible; de que el crecimiento, para que sea constante, tiene que ser compartido; y de que nuestro plan ... debe centrarse en las necesidades y los puestos de trabajo de las familias que trabajan con ahínco, ... también en los mercados incipientes y en los países más pobres del mundo; ... nos hemos comprometido a hacer lo que sea

²⁶Exposición de Motivos ley 19.550 comentario al art. 2 LS

²⁷ Nto. *Inoponibilidad de la personalidad jurídica: imputabilidad y responsabilidad* en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2009, n° 2008 – 3 pág. 191 a 246.

necesario para: restablecer la confianza, el crecimiento y el empleo ... a emprender una ampliación fiscal concertada y sin precedentes, que salvará o creará millones de empleos que de otro modo se habrían destruido ... Tomar medidas contra las jurisdicciones no cooperativas, incluidos los paraísos fiscales... para proteger nuestras finanzas públicas y nuestros sistemas financieros. La era del secreto bancario se ha acabado. Reconocemos que la crisis actual tiene un impacto desproporcionado para los más vulnerables en los países más pobres ...Reconocemos la dimensión humana que tiene la crisis. Nos comprometemos a apoyar a aquellos afectados por la crisis mediante la creación de oportunidades de empleo ... Construiremos un mercado laboral justo y favorable para las familias, hombres y mujeres....Apoyaremos el empleo estimulando el crecimiento, la inversión en educación y la formación, y mediante políticas activas para el mercado laboral centradas en los más vulnerables”.

Solidarismo social, inversión en producción, sostenimiento del empleo, apoyo a la educación, proyectos alimenticios y protección ecológica en el desarrollo.

Un mensaje alentador.

Contemporáneamente el FMI “que ostenta la mayor concentración de doctores en finanzas de Washington, reconoció pocos días antes de la declaración del G 20 que su obsesión con los países en desarrollo lo cegó ante las crisis que se gestaban en Estados Unidos y Europa” y especialistas señalaron “la falta de avisos del FMI y de otras fuentes sobre las manzanas podridas ocultas en los sistemas financieros de los países desarrollados”²⁹. En realidad se ocultaban en ellos y en los paraísos fiscales alentados por la globalización financiera y las cotizaciones públicas en los mercados tradicionales de títulos que no tenían los valores presumidos.

A su vez el DISCURSO PRESIDENCIAL clama correctamente por la eliminación de los paraísos fiscales, congruente con esa declaración que suscribió nuestro país del G 20, como lo subrayábamos en título y apartado anterior.

IV - MEDITANDO.

²⁸Lo que hemos descripto esta vinculado a un endiosamiento de la actividad financiera en sí y el exceso de capitales -quizá meramente electrónicos-. Señalábamos en ese artículo en sus conclusiones: 8. MEDITACIONES FINALES. 8.1. 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 conceptos, de lo económico y jurídico. Lo financiero, 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 va a haber más desocupación y quiebras, sino también se va a comenzar a perder grandes porciones de lo que la gente supone tiene invertido, sea en un fideicomiso, en un 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 del exterior, particularmente los asentados en paraísos fiscales: sólo son 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*”, que realizan un ilícito *indirect doing business*. - La mundialización financiera generó un exceso de recursos prestables y pocos proyectos de producción que son los únicos que generan riquezas. La gente no invierte en actividades de riesgo, productivas, por el canto de sirena de invertir en “productos” financieros que no crean riqueza. - De futuro deberíamos postular que sólo se prestara internacionalmente para proyectos productivos, para no satisfacer necesidades políticas de un gobierno sino las de un país.

8.2. Ante ese exceso de dinero, sólo se debería prestar en negocios en participación, para que los grandes inversores ideen proyectos en beneficio de un país o colaboren con el proyecto y cobren de acuerdo al éxito real del proyecto. Avizoramos que la solución de tal exceso de capital y de los riesgos de la mundialización financiera y de la corrupción, podrían paliarse volviendo a los pactos de *commenda*, a la sociedad accidental o negocios en participación, a los *joint venture*, donde quiénes disponen de capital se unan a técnicos analistas para propiciar obras para los países en desarrollo, para afrontar estructuras y no coyunturas, generando una inversión productiva que permita el pago del *venture capital* a través de la misma obra y no del agobio de un pueblo. También pueden verse sobre ello los trabajos que publicamos desde el año 1996 con Emma Mini de Muiño referidos en el libro citado en nota anterior y en www.acader.unc.edu.ar.

¿Qué hacer en lo público? Somos observadores de la realidad compleja –como requería Garriguez a los comercialistas-, y en la misión de itinerantes profesores tratamos de mantener la vocación en el derecho como instrumento de cambio.

Plagiando al Prof. Dr. Ricardo Lorenzetti diríamos que se intenta acostumbrar a la sociedad a comprender el derecho como una proyección de nuestra subjetividad, lo hemos privatizado. Así actúa el gobernante que ignora el estado de derecho: las razones de Estado o sus razones le permiten hacer un derecho *ad hoc*, en nuestro país el derecho de la emergencia económica del propio Estado. Somos individuos antes que ciudadanos. El resultado es, como lo describió el filósofo argentino Carlos Nino, un país al margen de la ley. Es que tenemos un derecho ambiguo, que cada uno cree hecho a su medida, y terminamos instaurando un “orden público de protección de la parte fuerte”, en ausencia de frenos y garantías, una Nación sin fines propios.

Congruente con el discurso presidencial en la apertura del Congreso en el 2009 sobre los paraísos fiscales, debería activarse una campaña para eliminar el público y notorio actuar en el país de entidades que realizan actividad financiera ilícita a través del *indirect doing business financiero de la globalización*.

La solución a la actual crisis sigue pasando por parámetros éticos, no sólo de mercado, pues la confianza del mercado esta basada en la buena fe de los intervinientes.

Y dentro de este desquicio asistemático entre lo financiero y lo productivo, cerramos esta comunicación apuntando que “Lo acaecido respecto a obligaciones negociables en resonados casos judiciales homologando Acuerdos Preventivos Extrajudiciales, impone una visión globalizante, no sólo sobre su legalidad formal sino sobre aspectos de repercusión en el mercado, como así también la congruencia con principios generales del derecho. ... Los acreedores de una sociedad en crisis deberían tener el mismo tratamiento, derechos y tutelas que los accionistas de una sociedad solvente. Pero los acreedores de una empresa en crisis se encuentran en la misma situación de inversores sin derecho³⁰, que no tuvieron en cuenta cuanto contrataron sin la información de esa situación o antes que se produjera no sólo la crisis, sino la decisión de afrontarla no societariamente y a través de una ingeniería jurídica por lo menos opinable...”, donde nos preocupaba la flexibilidad interpretativa en la sustitución de acreedores, cómputos de mayoría, verdadero análisis de las crisis y del plan de reestructuración, lo que desvaloriza institucionalmente el sistema de obligaciones negociables en nuestro país, al permitir apartarse por la voluntad del deudor del sistema de cumplimiento previsto en la publicidad de emisión de las obligaciones, y del sistema de adopción de decisiones que afecten los derechos de los obligacionistas³¹, imponiendo un reanálisis para asegurar la congruencia del sistema de financiamiento de empresas con obligaciones negociables, libremente elegido por los socios, administradores y fiscalizadores de la deudora, y el abordaje de la relación ante la crisis económico o financiera general de ésta.

No podemos pedir fondos en los mercados internacionales y a bajo costo, si luego es tan fácil incumplir las obligaciones, y particularmente si ese incumplimiento, santificado por una homologación judicial genera la inequidad de permitir que en el primer balance se registre utilidad de la quita lograda de los obligacionistas, repartiendo dividendo a los accionistas.

Y al mismo tiempo dejamos que los capitales argentinos puedan transmitirse sin control alguno al exterior como ha quedado expresado.

El BCRA ha tomado y toma numerosas resoluciones sobre la transferencia o adquisición de divisas, que cambian a menudo y ustedes conocen mucho más. Se ha intensificado el control de los

³⁰ STANGUELLINI, Lorenzo, “Proprietá e controllo del’impresa in crisis”, *Rivista delle Società*, 2004-49-1079, fasc. 5.

³¹ La justificación de estas afirmaciones, particularmente en torno a propuestas abusivas puede verse en nto. *Insolvencia societaria*, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, y en artículos varios reproducidos en la página electrónica de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba www.acader.unc.edu.ar

que actúan conforme al sistema, pero nada se ha hecho en torno a los que a diario lo violan, a vista y paciencia del público, que también recurre sin cortapisas al sistema ilegal –en cuanto supere con su inversión un umbral-. Sólo alguna preocupación se ha introducido en estos operadores por las normas antiterroristas y de lavado de dinero, o algunas éticas o anticorrupción como no abrir esas cuentas a personas con apellidos que los vinculen a gobernantes o ex gobernantes.

Como siempre un poco de desaliento a los que creemos en el derecho para la convivencia... Se advertirá que ese fue nuestro mensaje desde ABAPRA, en la Comisión que integramos junto a Benélbas, en el 83 cuestionando una derecho “ad hoc” requerido por el sistema financiero internacional y recordando la institucionalidad. Ese ha sido nuestro propósito reiterar en este homenaje a un hombre cabal del mundo jurídico.