

LA AFIRMACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO COMO RESPUESTA AL GLOBALISMO EN LA ARGENTINA DEL SIGLO XXI

EDUARDO M. FAVIER DUBOIS (H)

A) SÍNTESIS DE CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1.- La "globalización" como proceso de intensificación de las relaciones planetarias, y su consecuencia, la "globalidad" o sociedad mundial sin espacios cerrados, constituyen hechos históricos irreversibles.

2.- Por el contrario el "globalismo", entendido como el poder económico mundial que, bajo la ideología del liberalismo y por la acción de los agentes del mercado financiero internacional y de las empresas multinacionales, impregna a la globalización y sustituye al poder político destruyendo al trabajo y debilitando a los estados nacionales, puede ser controlado y revertido.

3.- En Argentina, la penetración indiscriminada del capitalismo financiero y de las empresas multinacionales han llevado en la última década a un constante y desmesurado crecimiento de la deuda externa y a la extranjerización del sector productivo de la economía sin tradu-

cirse en la creación de nuevas empresas ni en la ampliación de la capacidad productiva.

4.- Si bien la superación de la situación depende en gran medida de un cambio radical de la política económica, el derecho debe recuperar su prevalencia sobre la economía no solo mediante la creación de leyes correctoras sino mediante una valiosa interpretación y aplicación de las leyes vigentes a cargo de los operadores jurídicos (jueces, funcionarios públicos, abogados, escribanos y contadores).

5.- Esto último exige revertir tendencias en materia de flexibilización societaria y de aplicación de soluciones del derecho anglosajón para volver a la afirmación del orden público societario como respuesta del derecho económico al globalismo que impera en la argentina del siglo XXI.

6.- En dicho ámbito se consignan, a título de propuestas para pensar y discutir, algunas interpretaciones de la normativa societaria que podrían ser de utilidad para que la actuación de los agentes financieros (bancos y financieras "off shore") y de las empresas multinacionales (sociedades "extranjeras") se sujete a pautas de seriedad y de responsabilidad.

B) FUNDAMENTOS

1. LA GLOBALIZACIÓN.

La "globalización" está en boca de todos.

Si bien, por sus propias características, no hay un concepto unívoco sobre dicho fenómeno, el mismo puede ser aprehendido a partir de sus diversas definiciones.

Así, se ha sostenido que la "globalización significa la perceptible pérdida de fronteras del quehacer cotidiano en las distintas dimensiones de la economía, la información, la ecología, la técnica, los conflictos transculturales y la sociedad civil, y, relacionada básicamente con todo esto, aparece como un fenómeno que es al mismo tiempo algo familiar e inasible, que modifica la vida cotidiana y que fuerza a todos a adaptarse y a responder" ⁽¹⁾.

¹ BECK, Ulrich *"¿Qué es la globalización?. Falacias del globalismo, respuestas a la globalización"*, traducción de Bernardo Moreno y Ma.Rosa Borrás, Barcelona, 1998, Ed. Paidós Ibérica, pag.42.

Se la ha considerado como "la intensificación de las relaciones sociales a nivel mundial que vinculan lugares distantes de tal manera que los acontecimientos locales están moldeado por acontecimientos que ocurren a muchos kilómetros de distancia o viceversa" (2).

También se ha dicho que consiste en "la eliminación de las fronteras nacionales, el desplazamiento de las solidaridades dentro y entre los Estados-nación que afecta profundamente la constitución de identidades nacionales y grupos de interés" (3).

En la "globalización" "se generaliza la intercomunicación entre economías, sociedades y culturas, donde se desarrollan y aplican tecnologías de la comunicación y la informática, junto con los acuerdos entre los Estados para facilitar todo tipo de intercambios, especialmente de orden económico: desregulaciones, eliminación de barreras arancelarias y otros impedimentos a una mayor interrelación económica entre pueblos y Estados" (4).

En la evolución histórica, se la ha definido como una "...tercera ola, incomparablemente más amplia y profunda, de un proceso que nació con los descubrimientos marítimos y el subsecuente mercantilismo, continuó en mayor escala con la revolución industrial y alcanzó, en las últimas décadas del siglo XX, inmensas y planetarias proporciones con la revolución tecnológica (5).

Por su parte, las percepciones sobre la globalización son muy diferentes.

Algunos consideran que la "globalización" es indispensable para la felicidad. Otros, que es precisamente la causa de la infelicidad (6).

Unos ven la globalización como si incrementara la homogeneidad de las sociedades, en tanto que otros, al contrario, ven la globalización como si aumentara la hibridización de las culturas y la diversidad.

² HELD, David (comp.) *"Political Theory Today"*, Stanford, California, 1991, Ed.Stanford University Press, pag.9.

³ SMELSER, Neil, *"Contested boundaries and shifting solidarities"*, International Sociological Association Bulletin 60, nro.5, primavera 1994, pags. 1/2.

⁴ FLORES OREA, Víctor y MARINA FLORES, Abelardo *"Crítica de la globalidad. Dominación y Liberación en nuestro tiempo"*, México, 1999, Ed.Fondo de Cultura Económica, pag.11.

⁵ FERRER, Aldo *"Historia de la Globalización"*, vol. 1, Bs.As., Ed. Fondo de Cultura Económica.

⁶ BAUMAN, Zygmunt *"La globalización. Consecuencias humanas"*, Sao Paulo, 1999, Ed.Fondo de Cultura Económica, pag.7.

Para otros más, la globalización es una operación de desarrollo de poder por parte de las corporaciones multinacionales y los Estados, mientras que, en cambio, otros ven en la globalización la pieza clave de la acción ambiental, la democratización y la humanización.

Muchos la ven como un artificio contemporáneo para ocultar los efectos del imperialismo o de la modernización, mientras que otros proclamarán que la globalización abrirá una nueva “era global” que difiere de la “era moderna” (7).

En el punto, considero importante seguir las orientaciones que, dentro del complejo mundo de la globalización en general distinguen los conceptos de “globalización”, “globalidad” y “globalismo”.

En estas concepciones, la “globalización” sería el “proceso” de intensificación de relaciones que lleva a la “globalidad”, como efecto consistente en una sociedad mundial donde la tesis de los espacios cerrados es ficticia. No hay ningún país, ni grupo que pueda vivir al margen de los demás. Las distintas formas económicas, culturales y políticas no dejan de entremezclarse. La sociedad mundial se puede comprender como una pluralidad sin unidad.

Dicha “globalidad” o “mundialización”, por su vínculo con los adelantos técnicos y las necesidades económicas de los actuales sistemas financieros, comerciales y productivos, es un hecho irreversible de la historia (8).

2. EL GLOBALISMO.

Ahora bien, frente a la causa (globalización) y al efecto (globalidad o sociedad mundial), se instala el “globalismo” como la concepción según la cual el mercado mundial desaloja o sustituye al quehacer político. La ideología del mercado mundial o del liberalismo, procede de manera monocausal y economicistas y reduce la pluridimensionalidad de la globalización a una sola dimensión: la económica. Se trata de un imperialismo de lo económico bajo el cual las empresas exigen las condiciones básicas con las que poder remontar sus objetivos (9).

Los sujetos activos del globalismo, que son también quienes aprovechan sus consecuencias, son los agentes del capital financiero y

⁷ Ver las diversas posturas en: Torres, Carlos Alberto *“Democracia, educación y multiculturalismo”*, Ed. Siglo XXI, México, 2001, pag. 96.

⁸ Flores Olea - Mariña Flores, op.cít., pag. 13.

⁹ Beck, Ulrich, op.cít., pag. 27.

las empresas multinacionales.

2.1. EL CAPITAL FINANCIERO.

La magnitud y el peso que los mercados financieros han adquirido en los últimos años los hace sujetos activos de la globalización. Los principales agentes de este capitalismo financiero son los bancos, los fondos de inversión, los organismos internacionales y las calificadoras de riesgo.

Ya desde principios del siglo XX se venía denunciando el poder de los grandes bancos de inversión, que no se limitan a intermediar en el mercado financiero sino que, por sus influencias en las decisiones internas de la oferta (inversores institucionales) y de la demanda (empresas y gobiernos), influencias resultantes de controles financieros, participaciones sociales o sistemas de asesoramiento, dominan el mercado del dinero y modifican a su arbitrio las tasas de interés ⁽¹⁰⁾.

Hoy la situación es mas grave si se advierte que las transacciones financieras están en relación de 60 a 1 respecto de las comerciales ⁽¹¹⁾. Las transacciones financieras puramente especulativas entre monedas alcanzan la cantidad de 1,3 billones de dólares diarios, un volumen casi igual a los 1,5 billones de dólares que suman las reservas de todos los "bancos nacionales" del mundo, por lo que ningún Estado puede resistir más allá de unos pocos días las presiones especulativas de los "mercados" ⁽¹²⁾.

Es así que el capital financiero ha venido experimentando una doble emancipación: por un lado, se desvincula de la actividad económica real: del trabajo, la producción, el consumo y el intercambio de bienes y servicios. Es así que el aumento de las corrientes financieras no se ha reflejado en un incremento de la acumulación de capital productivo y social en la economía mundial. La tasa de inversión real se mantiene en el orden del 20% al 25%. En su mayor parte, el mercado financiero internacional es un sistema autocontenido de transaccio-

¹⁰ Esto ya lo destacaba, hace casi un siglo, Louis D.Brandeis, quien fuera luego juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, en una serie de publicaciones recientemente reeditadas con el título "El dinero de los demás y de cómo lo utilizan los banqueros", edición y versión española a cargo de Ramón Girbau Pedragosa y Jose Luis Blanco Ruiz, Barcelona, 1994, Ed.Ariel, ver pags.29/42.

¹¹ Held, op.cit., pag.63.

¹² René PASSET "*Cess promesses des technologies de l'immatériel*", en *Le Monde Diplomatique*, Julio 1977, pag. 26, citado por Bauman, Sygmunt, op. Cit. Pag.90 nota 11.

nes sobre activos y pasivos. Su influencia sobre el proceso real de acumulación de capital radica en sus efectos indirectos sobre el comportamiento de la demanda de los consumidores (el efecto riqueza provocado por los cambios de cotizaciones), la tasa de interés y las políticas macroeconómicas de los Estados (13).

Por otro, el capital financiero se desterritorializa o, lo que termina siendo lo mismo, se desliga del marco de las sociedades políticas. Es el elemento más móvil de la vida económica contemporánea. Los flujos financieros, servidos por una sofisticada red de telecomunicaciones, pueden trasladarse instantáneamente de un lugar a otro del globo y, en épocas de crisis, regresan a sus lugares de origen abandonando a los "mercados emergentes" (14).

2.2. LAS EMPRESAS MULTINACIONALES.

Por su lado, las empresas multinacionales son corporaciones que poseen y gerencian unidades económicas en varios países y cuyas actividades de producción y venta trascienden las jurisdicciones nacionales (15). Tienen tendencia al oligopolio y a la extensión mundial. En su actual fase de desarrollo presentan una estructura compleja: los diferentes estadios de producción están situados en diferentes lugares geográficos. Esto, ha aumentado el tráfico interno de las compañías: una parte sustancial del intercambio global consiste en la importación y exportación de componentes y productos intermedios (no termina-

¹³ FERRER, Aldo y JAGUARIBE, Helio "Argentina y Brasil en la globalización ¿Mercosur o ALCA?", Buenos Aires, 2001, Fondo de Cultura Económica, pag.12.

¹⁴ CASTAÑO, Sergio Raul "Una fenomenología de la globalización desde el punto de vista político-estatal", "El Derecho", Bs.As., Rev. del 10-4-00, año XXXVIII, nro.9982, pag.5; En cuanto a los "mercados emergentes", han sido definidos como "aquellos países que realizan un esfuerzo para cambiar y mejorar su economía con el objetivo de elevar el desempeño al de las naciones más avanzadas del mundo", ubicándose entre los diez más grandes: en América: Brasil, México y Argentina; en Europa Oriental: Polonia y Turquía; en África: Sudáfrica; y en Asia: India, Indonesia y Sud-Corea. Ver "Globalización y Problemas de desarrollo" por Alfredo Jalife-Rahme, Rev. El Notificador, Bs.As., 1º Bim.2001, Nro.1, pag.8945

¹⁵ Ver, sobre empresas multinacionales: BALESTRA, Ricardo "Empresas Transnacionales", Ed.Abeledo Perrot, Bs.As., 1995; FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio "El control de las empresas multinacionales", Ed.Tecnos, Madrid, 1983; HYMER, Stephen H. "La compañía multinacional. Un enfoque radical", Ed.H.Blume, Madrid 1982; TEICHOVA, Levy-Leboyer y Nussbaum (Comp.) "Empresas Multinacionales, finanzas, mercados y gobiernos en el siglo XX", tomos I y II, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, España, Madrid, 1990; Oficina Internacional del Trabajo "Las empresas multinacionales y la política social", O.I.T., 1994, Vausoise S.A., Lausanne, Suiza; Puelles Perez, J.A., "Multinacionales", Ed.Index, Madrid-Barcelona, 1980; CHUDNOVSKY, Daniel, KOSACOFF, Bernardo y LOPEZ, Andrés "Las multinacionales Latinoamericanas: sus estrategias en un mundo globalizado", Bs.As, 1999.

dos) (16) dando lugar a los denominados "precios de transferencia", o sea valores fijados arbitrariamente que no responden a las reglas del mercado (17).

En los últimos treinta años, las empresas en cuestión pasaron de alrededor de 7.000 a alrededor de 37.000. Las quinientas más grandes sumaron en 1994 ingresos por 10.245 billones de dólares (un 50% mayor que el PBI norteamericano y 25 veces el de Brasil en 1990). De esas quinientas, 435 empresas son de origen de países del grupo de los 7 (18).

De ello se desprende que el P.B. de estas empresas supera, en ocasiones, al de algunos de los países donde actúan. En estas circunstancias, los gobiernos se encuentran dentro de su territorio con un centro de poder exterior y han de procurar, entonces, que los intereses de las empresas multinacionales no vayan en contra de los nacionales. Es posible que el poder de las multinacionales sea tan fuerte y alcance tal importancia en un determinado país que condicione la libertad de decisión política y económica del gobierno, problema que se agrava cuando interviene el país de origen de la empresa (19).

2.3. CONSECUENCIAS DEL GLOBALISMO.

Como consecuencia del "globalismo" se enajena la función principal de la política, como delimitadora de los marcos jurídicos, sociales y ecológicos dentro de los cuales el quehacer económico es posible y legítimo socialmente. El globalismo pretende que un edificio tan complejo como una nación -es decir, un Estado, una sociedad, una cultura, una política exterior- deben ser tratados como una empresa (20).

Tal concepción impregna a la globalización y la lleva a una nueva "politización" porque la economía que actúa a nivel mundial socava los cimientos de las economías nacionales y de los Estados nacionales.

Esto lleva a que el capitalismo se libera respecto de los corsés del trabajo y del Estado tal como han existido e los siglos XIX y XX.

¹⁶ R.GILPIN y HELD, citados por Castaño, op.cit., notas 32 y 33.

¹⁷ BLOCH, Roberto "Transferencia de tecnología y empresas multinacionales", Rev.Doctrina Societaria y Concursal, Edit.Errepar, Bs.As., febrero 2001, nro.159, pag.612.

¹⁸ H.D.STEFFAN, citado por Castaño, op.cit., nota 34.

¹⁹ PUELLE PEREZ, J.A., op.cit., pag.83.

²⁰ BECK, Ulrich, op.cit., pag.27.

Todo lo que fomenta el crecimiento económico acaba generando desempleo: se pueden exportar puestos de trabajo a lugares donde son mas bajos los costos laborales y las cargas fiscales a los empleos, se pueden repartir puestos de trabajo por el mundo, se pueden hacer pactos globales con Estados nacionales con vistas a infraestructuras mas favorables, y se puede distinguir entre lugar de inversión, lugar de producción, lugar de declaración fiscal y lugar de residencia.

La globalización, bajo el control del "globalismo" destruye al trabajo: "la bolsa recompensa a los destructores de empleos". Nos estamos dirigiendo hacia un capitalismo sin trabajo en todos los países posindustriales del planeta. Es un mito que el gran auge de la sociedad de los servicios va a salvar a la sociedad del trabajo ya que los núcleos de ocupación tradicionalmente seguros en el ámbito de los servicios se están sacrificando actualmente en el altar de la imparable y omnipresente automatización (vgr. el telebanking) ⁽²¹⁾.

La globalización, así concebida, destruye también al Estado. Se va hacia un capitalismo sin impuestos que debilita a los Estados asistenciales al llevarlos hacia un círculo vicioso: deben atender cada vez más desempleados mientras pierden el control de los impuestos. A ello se suma el hecho de que el Estado pierde sus medios de pacificación porque los nuevos ricos no necesitan a los nuevos pobres y porque los conflictos traspasan las fronteras ⁽²²⁾.

Esto más allá de la cuestión de si es el "mercado mundial" el que está eclipsando el papel de todos los Estados nacionales o, si por el contrario, el curso general de la vida internacional sigue regido por ciertas potencias mundiales, o por ellas en alianza con el poder económico, y los Estados nacionales en vías de destrucción serían solo los no hegemónicos ⁽²³⁾.

2.4. ¿HAY RESPUESTAS AL GLOBALISMO?.

Una valoración negativa del "globalismo", como la planteada precedentemente ⁽²⁴⁾, lleva a la formulación de una nueva cuestión:

²¹ BECK, Ulrich, op.cít., pag.95.

²² BECK, Ulrich, op.cít., pag.22.

²³ CASTAÑO, op.cít., pag.6.

²⁴ Ella coincide con una percepción general según una encuesta de Gallup publicada en La Nación el 12-6-01, pag.8 "Para la mitad de los argentinos es mala la globalización", de la que surgiría que la mitad de los argentinos tienen miedo a la globalización por la posible pérdida de empleo y de estabilidad de las empresas nacionales.

¿Es el globalismo un "hecho" que acontece en el mundo más allá de toda intención humana y fuera de todo control ejercible sobre su desenvolvimiento, o se puede hacer algo al respecto?

Sin duda que se puede hacer algo.

Ello en tanto la realidad social no puede ser vista como parte del mundo físico ni el mercado puede ser estudiado con el método matemático de la física newtoniana. La globalización y el "globalismo" se hallan inequívocamente emplazados en el terreno de la realidad social, que es una realidad práctica en el sentido de que se origina en acciones específicamente humanas que, en tanto tales, tienen carácter de libres y modificables (25).

3. EFECTOS DEL GLOBALISMO EN ARGENTINA

En Argentina, el auge del movimiento internacional de capitales y la penetración de las entidades financieras transnacionales, a partir de 1976, determinaron el crecimiento sin pausa de la deuda externa, que en la década de 1990 aumentó un 150% y hoy alcanza a más de 145 mil millones de dólares. Los intereses de la deuda externa representan más del 40% del valor de las exportaciones y el 20% del gasto fiscal consolidado, proporción cuatro veces mayor que antes de los 90 (26).

Por su lado, de las 1000 empresas de mayor facturación en 1997, 342 son multinacionales y representan el 53,2% de las ventas, el 54% de los activos y el 47% del empleo (27).

Ello lleva a que la economía Argentina registre uno de los mayores índices de extranjerización del mundo: la mayor parte de la infraestructura, las grandes empresas comerciales, el sistema bancario, las redes comerciales y los servicios de información y comunicaciones son actualmente propiedad de no residentes. La relación entre las utilidades pagadas y las exportaciones es superior al 10% frente a poco más del 6% registrado en el conjunto de América Latina. En su mayor parte, las filiales de empresas extranjeras producen para el mercado interno pero realizan transferencias al exterior en concepto de insumos, bienes de capital y pagos de regalías y utilidades. El balance

²⁵ CASTAÑO, op.cít., pag. 3; ver también "Latinoamérica debe abandonar la fantasía de salvarse por obediencia" por Roberto Mangabeira Unger, Clarín del 3-6-01, pag.36..

²⁶ FERRER-JAGUARIBE, op. cit., pag.28.

²⁷ CHUDNOVSKY y otros, op.cít., pag.143.

operacional en divisas de las empresas extranjeras radicadas en la Argentina representa alrededor de un tercio del déficit del balance de pagos de la cuenta corriente ⁽²⁸⁾

Como agravante, los 50 mil millones de dólares que en la década de los 90 ingresaron al país no se materializaron en la instalación de nuevas empresas ni en la ampliación de la capacidad productiva sino, mayoritariamente, en la compra de preexistentes empresas, activos y redes de comercialización (servicios públicos, firmas industriales y bancos), con fuerte reducción de los planteles de personal ⁽²⁹⁾.

4. MECANISMOS PARA LA SUPERACIÓN DE LA SITUACIÓN

No hay dudas que para contrarrestar el "globalismo" y reactivar la economía nacional resulta indispensable realizar un cambio radical de la política económica ⁽³⁰⁾, pero ello debe ser precedido, acompañado o reforzado mediante un movimiento de opinión y acción tendiente a que el Derecho recupere su debida prevalencia sobre la Economía.

5. LA AFIRMACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO COMO RESPUESTA DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

En el ámbito jurídico, cabe señalar que el aludido proceso de penetración del capitalismo financiero internacional y de las empresas multinacionales en Argentina se basó, en gran parte, en importantes cambios legislativos vinculados a una política económica de privatizaciones irregulares ⁽³¹⁾, sin control ulterior ni competencia ⁽³²⁾.

²⁸ FERRER-JAGUARIBE, op. cit., pag. 29.

²⁹ FERRER-JAGUARIBE, op.cit., pag. 34.

³⁰ Cambio que podría implicar, a título de meras sugerencias: la asunción de un rol activo por el Estado en materia de obras de infraestructura y generación de empleos, la promoción de exportaciones, el fomento y protección de la industria nacional y de las PYMES, reformulación del Mercosur para convertirlo en un acuerdo intraindustrial, rechazo del ALCA en sus términos actuales, activo contralor de las empresas privatizadas y evaluación de su términos, moratoria de la deuda externa y control de las inversiones extranjeras, entre otras medidas posibles.

³¹ A mero título de ejemplo sobre las críticas a las privatizaciones pueden verse las siguientes notas periodísticas: "Teléfonos, un negocio que ahora mueve \$ 11.000 millones por año", La Nación, Bs.As., 3-06-01, pag.16; "Aerolíneas, la oveja negra de las privatizaciones", La Nación, Bs.As., 4-6-01, pag.8; "Rutas y trenes que cambiaron de mano", La Nación, Bs.As., 5-6-01, pag.10; y "Correos y aeropuertos, dos negocios millonarios envueltos en polémicas", La Nación, Bs.As., 7-06-01, pag.16.

³² Ver ADRIANO, Alejandro "La falacia del Estado neutral. A propósito de los marcos regulatorios de servicios públicos y sus entes", Rev.La Ley, Bs.As., 19-3-01, año LXV, nro.55, pag.1.

En el punto pueden destacarse, además de la 23.696 (de reforma del Estado), de la ley 23.697 (de emergencia económica) ⁽³³⁾, y de las normas de diversa jerarquía dictadas en su consecuencia (privatizaciones, desregulaciones cambiarias, previsionales, de riesgos de trabajo, flexibilizaciones laborales, etc.), las leyes 22.426 (transferencia de tecnología), 24.441 (financiamiento de la vivienda y de la construcción), 24.482 (patentes) y 24.522 (concurso y quiebras), entre muchas otras.

Pero además, junto con dichos cambios legislativos, se fue introduciendo en la doctrina jurídica nacional una línea de pensamiento imbuída tanto de principios neoliberales cuanto propiciatoria de las soluciones e institutos del derecho anglosajón, en parte plasmada en el Proyecto de código civil unificado ⁽³⁴⁾.

Ella estaría introduciendo en la doctrina nacional la vigencia de los postulados de la denominada "Escuela de análisis económico del derecho", en cuyos términos el derecho debe limitarse a procurar la "eficiencia" y, por ende, debe ser interpretado y justificado según la teoría económica ⁽³⁵⁾.

En materia de sociedades comerciales, dicho pensamiento se fue plasmando en iniciativas para "desregular" al régimen societario, ora derogando normas restrictivas ⁽³⁶⁾, ora extendiendo liberarizaciones puntuales ⁽³⁷⁾ o admitiendo, como regla, la validez de los pactos societarios siguiendo orientaciones del derecho comparado ⁽³⁸⁾ ten-

³³ Ver las críticas contemporáneas de la doctrina en lo relativo a la falta de ajuste de sus disposiciones a la tipicidad societaria, a los mecanismos legales de reorganización y al régimen de publicidad mercantil, entre otras, en "Las leyes de reforma del estado (23.696) y de emergencia económica (23.697). Proyección de algunos institutos de derecho societario contenidos en ellas", ponencia presentada por G.E.Ragazzi, R.M.Manóvil, C.San Millán, J.M.Curá, Eulogio Cortina, S.I. Bello Knoll y E.J. Correas al "Congreso Argentino de D.Comercial 1990", Bs.As., 1990, Ed.Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs.As., tomo II, pag.39 y stes..

³⁴ Ver las críticas de GHERSI, Carlos en "El contexto ideológico y socioeconómico del proyecto de unificación civil y comercial" en Revista del Notariado, Bs.As., nro 859, pag.21.

³⁵ POSNER, Richard A. "El análisis económico del derecho", Fondo de Cultura Económica, México, 1998, pag.20 y stes..

³⁶ Ver la calificada opinión del Dr.Raul Etcheverry en "Reglas críticas a reformar de inmediato, para producir una flexibilización en nuestro régimen societario mercantil", en "Congreso Argentino de D.Comercial 1990", cit., tomo 2, pag.275.

³⁷ ZAMENFELD, Victor "¿Una nueva modalidad de sociedad anónima? (consideraciones sobre la ley de reforma del Estado, 23.696)", en "Congreso Argentino de D.Comercial 1990", cit., tomo 2, pag.417.

³⁸ RUIZ PERIS, Juan Ignacio "Desregulación en el derecho de sociedades" en "VII Congreso Argentino de D.Societario, La sociedad comercial ante el tercer milenio", Bs.As., 1998, Ed.Cámara de SS.AA. y Universidad Argentina de la Empresa, tomo I, pag.59.

dientes a captar la radicación de sociedades (39), tendencias que fueron motivo de debate y reflexión en el último Congreso de Derecho Societario (40).

Frente a ello, consideramos indispensable revertir el proceso, subordinando la Economía, como ciencia que se ocupa "de la producción, distribución y consumo en las condiciones más racionales", al Derecho, como ordenamiento "delimitador de las esferas de poder y deber que han de corresponder a los sujetos con motivo del aprovechamiento de los bienes" (41), y producto de la voluntad democrática de la ciudadanía orientada al bien común.

En dicho contexto, la teoría del "análisis económico del derecho" resulta, a nuestro juicio, inaceptable en tanto va en desmedro de aquellos criterios que atienden a la seguridad y a la justicia (42), entendidas como un sistema de valores sociales que incluye la tutela de las personas, como seres humanos; y la prestación a su favor de determinados servicios ordenados al bien común (salud, educación, justicia, seguridad social, etc.) con independencia de su capacidad económica para acceder al mercado (43).

Sobre el punto, dice el maestro Francisco Vicent Chuliá que el análisis económico del derecho "convierte a la ciencia jurídica en una moderna sofística al servicio de los poderosos, en una apologética del capitalismo, ya sin enemigo exterior ni interior, y en la legitimación de la pérdida de los valores morales (44).

5.1. LOS CRITERIOS DEL DERECHO ECONÓMICO Y EL AFIANZAMIENTO DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO COMO UNA RESPUESTA ADECUADA.

Cabe recordar aquí que el derecho comercial, desde su naci-

³⁹ EMBID IRUJO, Jose Miguel "Autonomía de la voluntad, estatutos sociales y derecho de sociedades de capital" en Rev.de D.Comercial y de las Obligaciones, Bs.As., 1999, nro.186, pag.205 y stes..

⁴⁰ "VII Congreso Argentino de D.Societario", op.cit., tomo IV, Relato del tema I. Subtema 1. "Cuestiones estructurales", pag.291

⁴¹ Ver SUAREZ LLANOS, cit. por SACRISTÁN REPRESA, Marcos, op.cit., pag.70, nota 27.

⁴² Ver a la "justicia" como contraposición a la "eficiencia" en los autores citados por Juan TORRES LOPEZ en "Análisis Económico del Derecho. Panorama Doctrinal", Madrid, Ed.Tecnos, 1987, pag.94.

⁴³ Ver Sir James GOLDSMITH "La Trampa", Bs.As., 1995, Ed.Atlántida, pag.16; conf. Ernesto GARZÓN VALDES "El mercado funciona si hay Estado: si no, se anula a sí mismo", Clarín del 22-4-01, pag.32.

⁴⁴ "Introducción al Derecho Mercantil", Valencia, 1999, Ed.Tirant Lo Blanch, pag.63.

miento en la baja edad media, implicó la simplificación y adaptación de las soluciones dadas hasta entonces por el derecho civil a las exigencias del comercio ⁽⁴⁵⁾ procurando dar mayor celeridad a los negocios, reducir riesgos, captar capitales para grandes emprendimientos y hacer circular el crédito y la riqueza ⁽⁴⁶⁾.

Pero junto con dichas normas se fueron acuñando otras, de diversas jerarquías, cuyo objetivo fue la de jugar como contrapesos de los privilegios concedidos a los empresarios, limitando el poder económico y protegiendo a los débiles, a los no empresarios y a los terceros ⁽⁴⁷⁾.

Dichas normas constituyen manifestaciones, en el área del derecho comercial, del denominado "derecho económico", que puede ser conceptualizado, desde cierta óptica, como la rama del derecho que comprende el estudio de las normas jurídicas de derecho público y privado que derivan del intervencionismo estatal en la economía ⁽⁴⁸⁾ y que, cualesquiera sea la posición doctrinaria respecto de su contenido, naturaleza o autonomía ⁽⁴⁹⁾, atiende a la irrenunciable función del derecho de ordenar la vida económica con criterios de seguridad y de justicia ⁽⁵⁰⁾.

El derecho económico se manifiesta, en el ámbito del derecho societario, como un límite a la autonomía privada derivado de normas

⁴⁵ Conf. URÍA, RODRIGO-MENENDEZ, Aurelio "Curso de Derecho Mercantil", Ed.Civitas, Madrid, 1999, pag.29.

⁴⁶ Las soluciones clásicas se variaron a favor de la informalidad, el acortamiento de plazos, la resolución contractual, la mora automática, y aparecieron institutos y practicas que favorecieron los negocios (sociedades anónimas, títulos de crédito, seguros, bancos, bolsas, etc.).Ver, para la evolución histórica: Fontanarrosa, Rodolfo O. "Derecho Comercial Argentino", I: Parte general, Bs.As., 1999, Ed.Zavalía, nro.5, pag.19 y stes.; Halperín, Isaac y Butty, Enrique M. "Curso de Derecho Comercial", Bs.As., 2000, Edit.Depalma, pag.5 y stes..

⁴⁷ Son instituciones tales como el derecho de la competencia, el derecho del consumidor, la protección del medio ambiente y la fiscalización estatal de actividades específicas.

⁴⁸ Favier Dubois -pater-, Eduardo M. "Manual de Derecho Penal Económico", Bs.As., 1987, Ed.El Coloquio, pag.19

⁴⁹ Ver la valiosa concepción de Angel Rojo sobre el derecho económico como una categoría sistemática, cuyas característica esencial es la instrumentalidad para conocer y valorar la función de las instituciones jurídicas en materia económica: "El derecho económico como categoría sistemática" en Revista de D.Comercial y las Obligaciones, Bs.As., 1982, Ed.Depalma, año 15, pag.222; Ver además, con relación a las distintas posturas sobre los alcances y contenidos del derecho económico, como así respecto de su relación con el derecho comercial: Ana María M. de Aguinis "El derecho económico: una disciplina sin dogmatismos" en Revista de Derecho Industrial, Bs.As., mayo-agosto 1989, Ed.Depalma, nro.32, pag.282 y stes...

⁵⁰ SACRISTÁN REPRESA, Marcos "Derecho Económico y Derecho Mercantil" en "Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Justino Duque Dominguez", Valladolid, 1998, vol.1, pag.71, quien propone no crear con el derecho económico una nueva categoría especial del derecho positivo al nivel del derecho mercantil y del derecho administrativo (pag.84).

imperativas -que tutelan a los terceros y también a los socios-, de los principios configuradores del tipo social, y de la moral y el orden público general.

Comprende las normas que tutelan el interés público fundado en el interés general como son: el régimen de tipicidad ⁽⁵¹⁾, la conservación de la empresa, la contabilidad legal, la fiscalización estatal, el régimen de control, la nulidad por objeto y por actividad, el régimen del capital, la registración mercantil y los regímenes de responsabilidades, entre otros institutos ⁽⁵²⁾, incluyendo cuestiones patrimoniales ⁽⁵³⁾ e importando un sistema de contrapesos respecto de las normas que facilitan los negocios.

Así, por ejemplo, el privilegio de la personalidad diferenciada (art.2° ley 19.550) encuentra como límite a la inoponibilidad de la personalidad jurídica por fin extrasocietario o ilícito (art.54, tercer párrafo). Complementariamente, la limitación de la responsabilidad del socio en las S.R.L y en las sociedades por acciones tiene como contrapartida las exigencias en materia de aportes y capital, a lo que se suman las modernas tendencias que sancionan la infracapitalización ⁽⁵⁴⁾.

6. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE “SOCIEDADES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO” A LA LUZ DEL ORDEN PÚBLICO SOCIETARIO: PROPUESTAS PARA DEBATIR.

A título de meras ideas o propuestas interpretativas para debatir, y en el área de las sociedades “constituídas en el extranjero” (arts.118 a 124 de la ley 19.550), de particular significación en tanto dichas sociedades son el instrumento de actuación en el país de las empresas multinacionales y de los agentes financieros mundiales, a efectos de lograr imponer pautas de seriedad y de responsabilidad en su accionar, se consignan las siguientes:

⁵¹ Ver RICHARD, Efraín Hugo y MUIÑO, Orlando Manuel *“Derecho Societario”*, Bs.As.1997, Ed.Astrea, pag.59.

⁵² HALPERÍN-BUTTY, op.cít., pags.249/252.

⁵³ Ver el voto del Dr.Alberti, letra C.ii) en el caso “Abrecht, Pablo A. y otra c/Cacique Camping S.A. s/sumario”, C.N.Com., Sala D, 1-3-96.

⁵⁴ En la obra de Ricardo A.NISSEN y colaboradores *“Panorama actual de derecho Societario”* (Bs.As.2000, Ed.Ad Hoc) pueden verse reunidos muchos de los institutos referidos, en valioso análisis.

6.1. EL RETORNO AL CRITERIO DE CONSIDERAR LA LEY DE LA “SEDE SOCIAL EFECTIVA”.

Correspondería volver a la doctrina expuesta por el maestro Isaac Halperín, en el sentido de que el criterio para determinar la ley aplicable es el de la “sede social efectiva” y no el del “lugar de constitución”. Ello porque éste último criterio se presta a burlar la ley en que funciona realmente la sociedad y si bien el art.118 primera parte alude a la aplicación de la ley “del lugar de constitución”, el régimen societario argentino no adopta dicho criterio porque conforme a los arts.5 y 11 inc.2º, la sociedad debe constituirse en el lugar de su domicilio, que fija el lugar de la inscripción (arts.5 y 7). Los arts.2 inc.2º y 3 inc.5º de la ley de concursos (24.522) atienden, expresamente, al domicilio, tal es la doctrina del art.1208 del código civil y el art.124 de la L.S. lo comprueba⁽⁵⁵⁾.

Dicha interpretación, que no controvierte lo establecido por la CIDIP II dada la salvaguarda de su art.5º⁽⁵⁶⁾, permitiría exigir a las sociedades que, invocando estar “constituídas en el extranjero”, se propongan actuar en el país, sea en un acto aislado (art.118 primera parte), en ejercicio habitual (art.118 tercer parte), o participando en sociedad local (art.123), la acreditación de que su “sede efectiva”, o sea el lugar donde efectivamente funciona su dirección y administración, está fuera del país, como modo de juzgar la ley aplicable, evitando el fraude y la actuación de sociedades “off shore” con sus características de ocultamiento, interposición personal e irresponsabilidad. También podría exigírseles que acrediten objeto principal fuera de Argentina como recaudo para no considerársela comprendidas en el ámbito del art.124 L.S..

6.2. EN MATERIA DE ACTIVIDAD HABITUAL EN EL PAÍS (ART.118, TERCER PÁRRAFO) PODRÍA EXIGIRSE:

1) La asignación de un capital mínimo de \$ 12.000 en caso de tratarse de una sociedad por acciones o de tipo desconocido, porque

⁵⁵ Ver HALPERÍN-BUTTY, op.cit., pags.362/363.

⁵⁶ El art.5º de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (Ley 22.921) dispone “Las sociedades constituídas en un Estado que pretendan establecer la sede efectiva en otro Estado, podrán ser obligadas a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de éste último”.

resulta impensable una actividad económica sin un capital y la existencia de bienes en el país es requisito para el concurso y la quiebra aquí (art.2 inc.2° LCQ). De lo contrario, se las colocaría en mejor situación que las nacionales, sin que el último párrafo del art.118 obste a lo concluido en tanto la no asignación eventual de capital allí referida debe entenderse relativa a las no accionarias.

2) La admisión de sociedades de "tipo desconocido" no podría incluir a sociedades cuyos instrumentos carecen de elementos de la tipología, o sea, a) régimen de responsabilidad de los socios, b) organización de las funciones sociales y c) régimen de las partes sociales. En otros términos, que se admita el tipo desconocido no significa que no se exijan los contenidos o datos mínimos tipológicos, aun cuando su combinación fuera desconocida en el país.

3) La exigencia de contabilidad separada en el país (art.120, primera parte) vedaría a las extranjeras acudir a sistemas informáticos centralizados en la sede de la matriz, debiendo tener en el país los soportes físicos y la documentación respectiva de modo de posibilitar su control y verificación.

4) El control que corresponda al tipo de sociedad (art.120, segunda parte) implicaría que, en caso de sociedad accionaria o de tipo desconocido constituida en el extranjero cuya matriz posea un capital social superior a \$ 2.100.000, quedaría sometida a la fiscalización permanente de la autoridad de contralor (art.299 inc.2°).

5) La aplicación al representante de las responsabilidades de los directores de sociedades anónimas (art.121), implicaría extenderle la obligación de prestar garantía del art.256, 2° párrafo, la que está orientada a la tutela de terceros (arts. 279 ley 19.550 y 173 ley 24.522) y, por ende, debería ser fijada por la autoridad registral respectiva, tener un monto acorde con la actividad y ubicarse en poder de un tercero ajeno a la sociedad (banco, seguro de caución, etc.).

6) También la regla del art. 211 L.S. llevaría a extender a los representantes de la sociedad "extranjera" la exigencia de domicilio real en el país de la mayoría de ellos (art. 256 cuarto párrafo), como modo de garantizar su cooperación y comparecencia a dar explicaciones en caso de insolvencia (arts. 25, 102 y 103 ley 24.522) y de facilitar las eventuales acciones de responsabilidad patrimoniales y penales.

7) La sucursal o representación permanente debe inscribirse en el Registro de comercio que corresponda al lugar donde va a realizar

sus actividades en el país. Si esto aconteciera en diversas jurisdicciones, debería inscribirse la sucursal en todas ellas por aplicación del art.5° última parte.

6.3. PARTICIPACIÓN EN SOCIEDAD LOCAL (ART.123 L.S.).

La regla referida en el punto 4.1. evitará que la participación en una sociedad local sea la única actividad de una supuesta "sociedad extranjera" dificultando el accionar de las sociedades "off shore" imbuído normalmente, como se dijo, de ocultamiento, interposición personal e irresponsabilidad.

Por su lado, no debe admitirse que las decisiones de la sociedad argentina participada se tomen en el exterior del país por ser ello contrario a la exigencia de que la sede social (lugar donde se toman las decisiones) se ubique en jurisdicción del domicilio social (en el país) para lo cual deben rechazarse las interpretaciones que admiten reuniones de los administradores en el extranjero, sean personales o por medios telemáticos (⁵⁷).

No resulta admisible la subsidiaria totalmente controlada (⁵⁸) ya que si la intención de la sociedad "extranjera" es crear una descentralización administrativa en el país debe acudir a la forma de "sucursal" (art.118 tercer párrafo) y no de filial con personalidad diferenciada (⁵⁹), debiendo interpretarse que la exigencia de pluralidad de socios, que resulta de los arts.1° y 94 inc.8°, excluye del ámbito del 123 a la subsidiaria totalmente controlada, aun cuando se pretenda encubrir tal control acudiendo a prestanombres. En consecuencia, con motivo de un pedido de inscripción en los términos del art.123 deberá requerirse

⁵⁷ Ver el tema en el trabajo de Victor ZAMENFELD "Reuniones (societarias) a distancia", Rev.El Derecho del 2-3-01, año XXXIX, nro.10.206, pag.1. A mi juicio los medios telemáticos quedarían para reuniones entre directores ubicados en Argentina.

⁵⁸ Es el instrumento preferido por las empresas multinacionales para su actuación, lo que impulsa a una corriente mundial de admisión de la sociedad unipersonal, receptada por la Directiva nro.12 de la Unión Europea (nro.89/667/CEE del 21-12-89). Nuestro postura es la de admitir la unipersonalidad solo para las sociedades locales (como es la solución de Brasil: art.251 ley de sociedades por acciones nro.6404 sobre "subsidiaria integral") y bajo un riguroso sistema de contrapesos (ver Anaya, Jaime "Sociedades inicialmente unipersonales", Rev.El Derecho, t.124 pag.724)..

⁵⁹ La preferencia por la filial, en lugar de la sucursal, se evidencia por el mayor número de registraciones que se hacen en los términos del art.123 respecto de las del art.118, tercera parte. En el primer cuatrimestre del año 2001 la relación fue de 474 contra 195 (Estadísticas de la I.G.J. de la Capital Federal. Ver La Ley, Suplemento de la Inspección General de Justicia del 29-5-01, año II, nro.2, pag.1).

la nómina de sociedades a participar y justificarse la existencia de socios independientes.

Finalmente, correspondería exigir el cumplimiento de los arts.30, 31 y 32 de la L.S. a la sociedad "extranjera" participante.

7. COLOFÓN.

Con tales fundamentos es que volvemos a convocar, en el ámbito de tan importante Congreso, a la formación de una "escuela de derecho comercial económico" que, en oposición al "análisis económico del derecho", investigue la justicia del ordenamiento económico en general, y del societario en particular, y constituya un fecundo camino hacia la construcción de un derecho comercial-económico como instrumento para controlar y revertir el "globalismo" y de tutela de los terceros ⁽⁶⁰⁾.

⁶⁰ Ver la obra colectiva "La protección de los terceros en las sociedades y en los concursos", dirigida por Daniel Roque Vítolo, Buenos Aires, 2000, Edit.Ad Hoc, y nuestra ponencia en pag.215 titulada "Hacia la construcción de un derecho comercial-económico en tutela de terceros".