

Negocios complejos. El fraude bancario a pequeñas y medianas empresas. La destrucción de la economía

Por
Dr. Carlos A. Gherzi*

Sumario

1. Introducción. 2. La empresa y su redefinición posmoderna. 2.1. La empresa y el derecho de propiedad. 2.2. La empresa como integración de contratos. 3. Los nuevos negocios complejos. 4. La estrategia bancaria-crediticia y las empresas integradas. Los límites a la autonomía de la actuación propia. 5. Los contratos de integración empresarial y la apariencia de reparación negocial. 5.1. La teoría de la rentabilidad del negocio. 5.2. De los contratos conexados a la integración empresarial horizontal. a) Contratos conexos: ideas, clases. b) Los contratos de adhesión. c) Integración horizontal de entidades financieras con empresas para negocios complejos. 6. Conclusiones.

El intento por explicar las nuevas situaciones de interinfluencia entre la economía y el derecho nos ha llevado hace ya algún tiempo a sostener que **no hay contrato** en tanto **no exista un hecho económico antecedente** y que éste es determinante de aquél en cuanto a ciertas cualidades que devienen del **sistema económico**, asumido en la Constitución Nacional (1).

Efectivamente, en 1853 la Constitución Nacional que fundó el Estado Argentino convirtió al sistema de economía capitalista de acumulación privada (SECAP) en el **modelo de comportamiento para los negocios**, lo que ha perdurado hasta la actualidad, con las reformas de 1957 y 1994 (2).

Esa elección signó la suerte del **contrato** como **institución jurídica** y la convir-

1. Introducción

(*) Doctor en Jurisprudencia. Especialista en Historia de la Economía y Políticas económicas. Ex Fiscal del Estado, Provincia. de Buenos Aires. (1984-1987). Profesor Permanente Universidad Federal Porto Alegre. Titular por Concurso en UBA. Derecho Civil Parte General y Contratos Civiles y Comerciales en UBA. Derecho Civil. Parte General y Contratos Civiles y Comerciales. Profesor Titular Contratos Civiles y Comerciales en UCES. Director de Maestría en Derecho Privado Económico en Universidad Del Salvador.

tió en **herramienta del SECAP**, para producir el intercambio de bienes y servicios dentro de la sociedad, lo que constituye la base del Derecho Privado Económico (3).

Nos toca hoy abordar una nueva problemática que tiene la **originalidad y complejidad** de los tiempos que corren (4) y que, como dice Foucault, muestra en la superficie una situación y en la profundidad otra; pues hay un proceso de difícil dilucidación que no siempre compadece a ambas (5).

Nuestra investigación será mostrar aquellas cualidades (originalidad y complejidad) para iniciar el camino de nuevos análisis jurídicos que, por supuesto, traerán debates, pues abordaremos intereses poderosos que seguramente reaccionarán para no perder el privilegio del poder económico, sobre el cual edifican y manejan sus conductas habituales (6).

La **base de la investigación** la haremos sobre ideas que centrarán su atención en las nuevas complejidades de la **empresa** (7); las posmodernas **formulaciones económicas** de emprender negocios (8) y los denominados **contratos conexos** (9), que mostrarán nuestra hipótesis de trabajo.

Los **negocios complejos** de integración económica se corresponden a **una nueva categoría estructural de empresa a través de los denominados contratos integrados** (10).

Ello nos obliga a definir o describir a

priori la **categoría de estructura contractual simple y compleja**.

La primera se constituye a través de aquellas categorías en las cuales el **rol** de cada elemento de la estructura (contratante; interrelación y tensión) (11) se muestran en **funciones diversificadas**, verbigracia: comprador y vendedor; en cambio, la **estructura contractual compleja** muestra roles y funciones poco diversificadas, confusas, contradictorias y de coordinación, porque la índole del negocio económico también lo es.

Como veremos, esto produce consecuencias jurídicas que constituyen los **nuevos marcos de contrataciones nacionales e internacionales**, que como investigadores tenemos la obligación de asumir ante la comunidad jurídica y colocarlos en la mesa de debate científico-ideológico, pues así debe ser, sin ocultar las intencionalidades ni los intereses en juego (12)

2. La empresa y su redefinición posmoderna

La teoría de la empresa (13) ha sufrido su evolución histórica como cualquier objeto científico de **investigación** y como situación de proceso real (14).

En este sentido existen numerosas obras en las que los lectores pueden encontrar material para su estudio (15), sin embargo, hay un cambio sumamente importante durante la década del '80 que, podríamos decir, define a la empresa con sus signos característicos: las **empresas de la modernidad** como modelo agotado y las em-

presas de la posmodernidad como exponente de principios de siglo XXI (16).

En cuanto a la primera (empresas de la modernidad) hemos abordado la misma en nuestra obra general (17), que en síntesis es el modelo de las "superempresas" (18) que van evolucionando especialmente durante el período posterior a la segunda guerra mundial y que empieza su decadencia la última mitad de los años 70, para culminar en la primera parte de los 80 (parecido análisis hemos realizado respecto de la economía fordista y posfordista en un trabajo anterior al cual nos remitimos) (19)

En cuanto a las segundas (empresas posmodernas), si bien en algunos trabajos aislados hemos indicado algunos aspectos parciales, trataremos aquí de establecer sus causas y modalidades.

Las ideas bases de las empresas posmodernas o también denominadas por **representación** (y hasta virtuales, aunque este es otro concepto que no asumiremos en este trabajo) (20), se diferencian en el **propósito de su formulación organizativa y los límites de esa organización** (interno/externo), las cuales nos darán las pautas para redefinir (respecto de la modernidad) la idea o concepción de la empresa (apuntada hacia el siglo XXI).

La **organización** es lo que los economistas estudiosos de la teoría de la empresa (A. Chandler o E. Robinson especialmente) denominan el **núcleo in-**

trínseco, que comprende las **aptitudes o capacidades propias** (costes de administración y relativos de producción) y las denominadas **aptitudes o capacidades auxiliares**, que apuntan fundamentalmente a la relación externa o externalidades (costes de transacción) (21).

En cambio, cuando se apunta a los **límites de la organización**, aspecto surgido de la crisis económica mundial (22) de los setenta, se alude al **grado de integración o procesos de integración de las empresas** entre sí con el mundo globalizado; tal vez hay que encontrar antecedentes en las obras de Shackle (1967); Lobby (1976) e incluso lo de Marshall (1961).

Esto es lo trascendente que comienza a revolucionar el concepto de empresa posmoderna o de representación, que en virtud de ese segundo aspecto (los límites de la organización), las empresas en el mundo económico real, que permite a los investigadores en los análisis fenomenológicos-teóricos empezar a discernir, bajo la pregunta: ¿una empresa es un derecho de propiedad? ¿O es una integración de contratos? (análisis vertical de la primera interrogación y análisis horizontal en la segunda) (23).

2.1. La empresa y el derecho de propiedad

La primera interrogación apunta a considerar como **prioridad** la propiedad de los medios de producción (como complejo organizativo) por sobre los acuerdos interempresariales para

expandirse, al viejo estilo de Henry Ford y Chrysler (24).

Esto planteó límites de expansión en el final de los 70 ante las nuevas empresas orientales (japonesas, coreanas y taiwanesas) que celebrarán acuerdos de producción o comercialización de operaciones integradas (el sistema tarjeta o Just Time era el ejemplo más evidente y conocido) (25).

Las empresas del viejo estilo empiezan a dejar de ser competitivas; esto es, en su relación con el mercado (en el mediano y largo plazo no pueden mantener la tasa de beneficio) (26) y comienzan a reconvertirse en empresas de **integración**.

Esto es, dos **empresas legalmente diferentes se comprometen en el desarrollo de un proyecto como compromiso exclusivo** (27), lo que también se denomina **integración horizontal o empresas por representación**, que acumulan diversas formulaciones integrativas como un abanico, desde: las fusiones; uniones transitorias; just ventures, etcétera, hasta las más independientes co-branding, etc.

2.2. Las empresas como integración de contratos

Estas integraciones, en primer lugar, manifiestan la imposibilidad empresarial (como núcleo irreductible) de emprender negocios complejos (construcciones edilicias; implementos o maquinarias; emprendimientos agropecuarios, etc.) y que se conectan con otras (el caso típico que analizaremos con las entidades crediticias) que en deter-

minados grados de interdependencia asumen el negocio complejo, perdiendo la autonomía **sólo** respecto de ese asunto económico-jurídico y manteniéndola (la autonomía) en los restantes asuntos.

De esta forma, en la llamada **integración de mercado** se asume el negocio complejo, sin costes excesivos para cada una de las empresas (la constructora) y la otra empresa coloca su capacidad excedente (la financiera) imposible bajo otra formulación tradicional (verbigracia: como préstamo) y resulta de esta forma una distribución aceptable de rentabilidad con riesgo unificado o compartido (no hay autonomía de riesgos) (28).

Las cualidades de esta integración son evidentes, así hay: **interdependencia negocial**, que se agrupan empresas legalmente autónomas (empresa constructora-banco financiero); **insuperabilidad de riesgos** (evitar riesgos dispersos y que se proyecten en forma diferenciada para cada empresa, verbigracia, si la empresa constructora no paga servicios de la hipoteca es ejecutada) que aseguran la continuidad del proyecto; **exclusivo y común**, convive la indivisibilidad de las empresas sobre este **único proyecto** hasta su finalización y evitar el **encarecimiento del recurso** (financiero) como componente de los costes de transacción del negocio (29), etcétera.

3. Los nuevos negocios complejos

Se trata, en suma, de **asumir un negocio complejo** en su proyecto, diseño y ejecución, como **forma de organiza-**

ción empresarial (el proyecto en sí mismo es la empresa o la organización empresarial como núcleo exclusivo) o **nueva forma de actuación empresarial** (reingeniería empresarial) que los conecta a la otra empresa (verbigracia una financiera) que posee un **recurso vital**, pero que también han perdido su formulación tradicional de colocación (la forma crediticia aislada es imposible de asumir como riesgo empresarial); hay, pues, una **conexión económica directa** que **convierte al negocio complejo riesgoso en negocio de economías integradas y bajo riesgo** (los componentes del negocio son las propias empresas que pueden destruir la tensión contractual y convertirla en conflicto, lo que implicaría un desatino para cada empresa) y de esta forma se **complementan las denominadas capacidades o recursos estratégicos** (30) o inputs.

En realidad, cada empresa (constructora y banco; empresa agropecuaria o banco; industria o financiera, etc.) continúa **autónomamente** con su actividad propia en las otras operaciones, y **este proyecto integrado** aparece como una **actividad específica**.

La idea de **actividad añadida** surgió a principios de la década del '90, especialmente para las entidades bancarias que comenzaron a ver sus rendimientos decrecientes respecto de su única actividad, la intermediación financiera, hoy los bancos invierten en proyectos conjuntos de servicios; AFJP; Turismo; Seguros, etc. (31), lo que les permite **diversificar** el negocio.

Esto implica que en cada negocio diversificado debe asumir la modalidad o proceso de ese negocio en particular, verbigracia: si opera en seguros regirá la ley de seguros, y no la ley de entidades financieras, etc.; en otros asumirá el **rol de contratante integrado** y eso podrá plantear las prevalencias de su carácter de banco financiero autónomamente (la doctrina de los propios actos y la complejidad del negocio se lo impedirían, aún cuando como veremos más adelante la apariencia sea otra, verbigracia un simple préstamo hipotecario), etcétera.

La diversificación trae ventajas, pues la gama de negocios actúan como vasos comunicantes entre sí que le permiten al banco compensar sus tasas de beneficio y unificar la ganancia en la media del negocio bancario y con ello mantener su participación en el Mercado. Y por otra parte aceptar la conjunción empresarial cuando así surge del negocio independiente de la que formalmente se intente hacer en la documental del negocio-contrato (32).

4. La estrategia bancaria-crediticia y las empresas integradas. Los límites a la autonomía de la actuación propia

Como habíamos señalado, el negocio bancario durante la década de los ochenta como negocio de intermediación financiera tradicional estaba tocando su fin, de allí que con los cambios de política económica de los noventa hayan emprendido nuevas formulaciones que hoy, al comienzo de la primera década del año 2000, aparecen como **"soluciones estratégicas"**.

Una de ellas, la que estamos analizando en este trabajo, son como venimos marcando, los **proyectos complejos e integrados** con empresas productoras bienes o manufactureras de servicios.

¿Qué es, en estos términos, una **decisión estratégica de proyecto integrado de un negocio complejo**? Se trata de constituir **áreas bancarias de negocios integrados** y, dentro de ellas, **unidades de negocios estratégicos**, donde se elabora y ejecuta **cada uno de los proyectos** como **átomos de emprendimientos**, son generalmente a **mediano** (cosechas; otras actividades rurales, etc.) y a **largo plazo** (construcciones de edificios) y están basadas en el **recurso básico del negocio: el financiamiento**, al que le añaden **otras operaciones** (marketing; administración; ventas; etc.) para mantener el **control del negocio**.

La otra empresa coloca el **otro recurso básico**, verbigracia, el campo, el inmueble o el proyecto constructivo, etc., y así se conforma el negocio o proyecto de capacidades por recursos integrados o también llamadas **aptitudes de recursos complementarias**.

El **diseño y el emprendimiento** son presentados por la empresa a la entidad financiera o banco (Nacional o con crédito internacional) como estrategia potencial de participación en el mercado (agropecuario; inmobiliario; turístico; etc.); la entidad bancaria **lo aprueba o lo ajusta** y establece en **cuentas especiales o cuentas para áreas de desarrollo o desarrollos especiales**, es decir, el recurso como

“cuenta especial” de activos de capital.

De esta forma, ambas (la empresa y la entidad bancaria) se **integran**, estrechamente relacionadas y con obligaciones diversificadas; es lo que se ha denominado **estructuras cooperativas de inversiones**, para **garantizar los flujos del componente financiero** a la **empresa emprendedora**, hay entonces una **integración horizontal** de actividades especializadas en un **sistema de coordinación temporal** (33).

Esta idea surge de trabajos realizados en los países centrales o superdesarrollados, como Japón (34); Alemania (35) y EEUU (36) al principio de los 80 derivado de las escuelas que basarán la nueva división del trabajo sobre los costes de transacción y no como problema de costes de producción.

La diferencia estriba en que empresas independientes, a partir de una **forma organizativa** (jurídica como UTE; Joint Venture o Contratos conexados, etc.) rompen con la organización vertical (de la vieja teoría de Smith) y aceptan la teoría de los **límites empresariales de Coase** (37), donde el **coste de una operatoria** se mide en negocios a largo plazo en el mercado (exógeno) en relación a las **capacidades de otras empresas de recursos complementarios** y de esta forma intentan una adaptación de los costos de producción (endógena) o teoría de rendimientos decrecientes de Marshall (38).

Ambas empresas, entonces, asumen **costos de transacciones menores** y se

aseguran el negocio y una rentabilidad aproximadamente calculada, ya que emprendiendo todo el negocio solos los riesgos y los beneficios son difusos (el tema central es que pueden hacer, pero con costes de transacción mayores y disminución de la rentabilidad, verbigracia: los bancos en la década del 70 intentaron proyectos propios con departamentos de construcción de edificios y fracasaron).

La dirección y ejecución de las distintas áreas del emprendimiento se atribuyen en función de las **capacidades específicas**, desarrolladas con anterioridad en el mercado, además la entidad bancaria conserva el **control de medición de costes**, porque coloca el activo específico, evitando la lucha por la renta en las denominadas batallas distributivas (39).

El **negocio integrado**, como veremos seguidamente, se concreta jurídicamente bajo diversas formulaciones contractuales, pero todas ellas poseen la característica común que conviene tener presente: **la integración de derechos residuales**, porque hace a una parte esencial del metier y de la interconexión empresarial.

Las partes, al emprender el negocio asumen con racionalidad limitada lo que se denominan **derechos específicos**, verbigracia: se establecen los niveles de participación; controles; generalmente basados en la propiedad de los recursos convocantes y en la formulación y ejecución del negocio.

¿Qué son los derechos residuales?

Esta tipología de contratos fueron denominados por los economistas que se ocuparon de estos negocios como **contratos incompletos** (Grosman y Hart en 1986 y Moore en 1992) y precisamente se pensó en esa nominación ante la posibilidad de que la ejecutividad del negocio requería no sólo el control de costes de las entidades financieras, sino también la **asignación de recursos monetarios ingresados** (verbigracia: contra certificados de obra), conforme a **evolución del negocio** (40).

De esta forma, los ingresos monetarios (verbigracia, en los emprendimientos de construcción de edificios en que asume el banco la publicidad y venta) son asignados primero a los intereses del capital aportado, luego a los costes de construcción o producción del producto, bien o servicio (bajo el instrumento de hipoteca) y así durante la ejecución del proyecto; luego, **residualmente**, se considera la distribución de los excedentes o rentas o tasas de beneficios, de tal forma que la entidad crediticia **incorpora su recurso como coste** (obtiene su beneficio en proporción al capital asignado y efectivamente integrado).

Algunos autores han denominado a esta metodología "lock-in" o como "efecto encerramiento" (41) y otros "senda natural" de los negocios integrados (42).

Se trata de congeniar la devolución del recurso estratégico a la entidad financiera en el más breve lapso posible pa-

ra poder reincorporarlo al activo bancario (fondos de inversión; security; etc.) (43)

De esta manera, creemos haber expuesto la metodología y fundamentos económicos de estas nuevas operatorias o negocios complejos que producen la integración empresaria. Seguidamente abordaremos las cuestiones jurídicas.

5. Los contratos de integración empresarial y la apariencia de separación negocial (44)

El análisis jurídico de estos negocios complejos lo abordaremos desde tres aspectos en forma sucesiva: la teoría de la rentabilidad del negocio; los contratos conexos y la integración empresarial horizontal.

5.1. La teoría de la rentabilidad del negocio

La negociación de un contrato complejo supone por las partes el conocimiento adquirido en transacciones similares o por estudios previos que hayan realizado y además, de que cada contratante incorpora al negocio su capacidad externabilizable, de allí entonces, que la toma de decisión es **un proceso de internalización de actividades**.

Especialmente la parte **controlante del negocio**, la (entidad bancaria) establecerá la recuperación y rentabilización de su activo (dinero bancario financiero) a lo largo de la vida del negocio, y para ello acordará contractualmente las formulaciones de distribución de ingresos.

Esto supone que la entidad bancaria ha **evaluado el proyecto**, ha establecido de **forma de comercialización** del mismo hacia los consumidores o intermediarios, en el largo plazo.

La **introducción en el mercado** (etapa de comercialización) que generalmente absorbe el banco por el control de ingresos (marketing; formas de ventas; planes de cuotas, etc.) implican por la entidad el previo conocimiento de los canales de acceso e incluso el estudio de la demanda de producto, bien o servicio.

Los **costes y la rentabilidad**, entonces, son factores de riesgo que la entidad crediticia asume e internaliza en el contrato, que es más propio de un banquero que de la otra empresa.

El hecho de **entender el negocio financiero – comercialización y reingreso del coste y la rentabilidad**, supone conceptualmente una **inversión** (no un préstamo de dinero) de tal forma que el **factor tiempo** en la relación entre el primer elemento de la estructura negocial – contractual (negocio financiero – comercialización del producto) y el segundo elemento (reintegro de coste y rentabilidad) es un factor esencial (que aporta el banco) y ha sido pensado en función del bien o servicio brindado o terminado (verbigracia la construcción de departamentos).

Esto supone que la **habilidad de comercialización** de la entidad financiera es lo que **autorrefuerza** sus derechos específicos (reintegro de costes y renta o tasa de beneficio); la otra par-

te le queda en función del tiempo, asumir la manufacturación del producto en el plazo acordado (la esencialidad del término es o se constata en cada etapa o a posteriori, donde se penalizan la mora parcial o final del proyecto).

En suma: la **máxima eficiencia** del negocio y los **mecanismos contractuales de control, imponen** desde la entidad bancaria, hacia la otra parte, los pagos financieros durante la producción o manufacturación de los bienes o servicios (control de desarrollo del proyecto) y **autorreferencialmente**, la comercialización que le aseguran manejar las condiciones de colocación del producto en el mercado (precio; financiación; tiempos; etc.) de tal forma que, el **éxito o fracaso** es un **riesgo asumido** por la entidad y no por la otra parte.

El **diseño del negocio** es la **causalidad** de la ejecución del proyecto; aquél fue realizado financieramente por la entidad bancaria que **integró** a la empresa productora a su control

5.2. De los contratos conexados a la integración empresarial horizontal.

La idea de los contratos conexados fue desarrollada en la Argentina por varios autores (de Lorenzo-Tobías; el equipo de investigación de la Universidad Católica de Rosario, que dirige la Dra. Noemí Nicolao), pero quien inicia al menos temporalmente estos trabajos es la Dra. Celia Weingarten en 1991, en el Congreso Nacional de Derecho Civil en la Ciudad de Mar del

Plata con la exposición de su ponencia.

Queremos de esa investigación, publicada posteriormente en varios trabajos asumir las ideas centrales de la autora, pues entendemos es el paso previo (como evolución modernidad/posmodernidad) a los negocios complejos con integración horizontal de empresas, que será la vedette del siglo XXI, aunque cuenta con interesantes antecedentes en Japón y Alemania, de lo que hemos dado cuenta incidentalmente en dos trabajos nuestros anteriores y que se han encargado otros autores. (45)

a) Contratos conexos, idea central

La **esencia del negocio** consiste en el diseño de una operatoria de **relaciones interempresarias y consumidores** con vistas a los denominados **negocios continuos**; verbigracia, tarjetas de créditos, seguro, etc.

El sistema legal asumido es una **red de contratos aparentemente autónomos** (la empresa de tarjeta de crédito; su comercialización por los bancos; las compañías de seguros; los comercios minoristas y el consumidor) para que se concausen los unos a otros, pues en definitiva el negocio es único y las partes son solo dos: los productores y comercializadores del producto (tarjeta de crédito) y el consumidor.

Esta **conexionalidad** le permite al **contratante** (empresa) **puntos de conexión** en la **formulación del negocio** (negocios minoristas adheridos, forma de pago, etc.) incluso la **continuidad** (pagos mínimos) y la **conclusión** del

negocio (cancelación de la tarjeta, etc.)

La apariencia de terceras personas jurídicas interconectadas con supuestos contratos autónomos, ha generado y genera en el consumidor numerosos problemas que la doctrina aludida ha ido desenmascarando y la jurisprudencia amparando al más débil.

El sistema legal implementado, como señalamos, en apariencia son contratos autónomos, pero como dice Foucault, al observar bajo la superficie nos encontramos con esa **red conexas de contratos de adhesión**, que le coartan la libertad **de y dentro** del contrato al consumidor.

En lo que hace a la formulación contractual por adhesión, también la doctrina y la jurisprudencia se han expedido, e incluso la legislación ha ido variado desde el contrato de negociación individual de Vélez Sarsfield, al contrato de adhesión de Don Guillermo Borda (Arts. 954–minusvalía; 1071 ejercicio abusivo y 1198 buena fe e implícititud, etc., del Código Civil), hasta la sanción de la Ley 24.240 de defensa de los derechos del consumidor, especialmente el art. 37(46).

b) Los contratos de adhesión

En esta oportunidad la metodología usada es la misma, **los contratos de estructura de adhesión**, pero con las particularidades que en trabajos anteriores hemos puesto de manifiesto (47)

En primer lugar se trata de empresa, lo cual aparentaría que no es posible alu-

dir a aquella modalidad; sin embargo, hemos demostrado a lo largo de esta investigación que la entidad bancaria es **controlante** desde la formulación hasta la ejecución y comercialización del negocio complejo.

Precisamente una de las aristas de la actividad controlante es la formulación negocial bajo condiciones impuestas por el banco, que impide a la otra parte empresa, cualquier injerencia (salvo la técnica de producción).

La esencia del negocio complejo, de financiación a mediano y largo plazo, tiene como **controlante a la entidad bancaria** y elige un **sistema legal aparente** (al igual que los contratos conexados con los consumidores) de contratos autónomos (financiación; comercialización, etc.) cuando en realidad existe como veremos la **integración horizontal de empresas para negocios complejos** (que es la superación ideológica y estructural institucional-contractual, de los contratos conexados aplicados a empresas).

c) Integración horizontal de entidades financieras, con empresas para negocios complejos

Dos son (en principio) las razones de la integración interempresarial:

a) Lo que se denomina **origen de especialidad de los activos y la amenaza de retención de activos**; para ello se requirió en los bancos otras dos condiciones previas: **la flexibilización de la organización interna** (de lo que hemos dado cuenta en páginas anteriores, que le permitió la diversificación de negocios) y la **flexibilización de la le-**

gislación (como las que realiza el Banco Central y adecuaron las distintas entidades financieras y bancos) y el **propio mercado** (es decir, la expansión negocial ofertada fue adecuada a la demanda existente y futura, según la teoría de A. Smith).

En cuanto al origen de **especialización de los activos**, implica que cada empresa / banco, en su formación negocial, su actividad central, es la que coloca en la integración interempresaria, lo que se denomina situaciones con ventaja de "actividad en marcha" o innovados en la actividad (first mover).

b) Lo que se denomina la **retención de activos** y está relacionado con la actividad propia de cada empresa/banco y la imposibilidad o posibilidad más onerosa (en términos de coste de transacción) de operar en el mercado como lo venían haciendo habitualmente (préstamos tradicionales que se tornaban en irrecuperables o recuperables con costes adicionales, verbigracia, juicios, remates, etc.).

Los costes de coordinar la fase de promoción, formulación, producción y comercialización se realizan en un elevado grado de interdependencia, constituyendo un **sistema** (48), lo que los autores Robertson y Alton denominaron **innovación sistemática** (49)

Los departamentos de marketing y comercialización de los bancos o entidades financieras (que son expertos) al detectar las necesidades del mercado asumen el control de esas operaciones y el empresario la producción del bien

o servicio (o la integración de ambos).

Las **estipulaciones contractuales** giran en este sentido, buscando precisamente el perfil de especialización de activos de cada empresa, que continúan para el resto de sus operatorias con la propiedad descentralizada para proteger sus otros activos.

Entonces, la integración de empresas implica **propiedad conjunta del proyecto**, donde el banco asume la **posición de control del negocio** y el **límite de la apropiabilidad de activos**, esto precisamente lo puede lograr en el emprendimiento común (rentas o cuasirentas)

d) **Los cuellos de botella y evitar el fraude y captación de la otra empresa**

La **colocación** del producto o proyecto depende del Banco (traders and brokers) en **series de tiempos**, en un mercado que **conoce o debe conocer** y con **participación exclusiva** (sale distributorship) y esto lo convierte en **controlante económico y jurídico**.

Redacta el contrato o los contratos interempresariales y con los futuros consumidores o usuarios (control legal del negocio), generando una confianza (50) en las partes y especialmente en la empresa emprendedora, de tal forma que no sería posible imaginar un **fraude de apropiabilidad** (de proyecto e incluso de la empresa).

La empresa basa la confiabilidad en el banco y no prevé el fraude en la ejecución del proyecto cuando este se **con-**

vierte en imposible en el plazo previsto por la propia entidad financiera, esto significa que la empresa queda a merced del banco.

Entendemos que esta situación de **fraude a la confianza y apropiabilidad de activos**, implica situaciones de prácticas abusivas contempladas en el art. 1071 del Cód. Civil y contrarias a la buena fe, art. 1198 del Cód. Civil.

Uno de los ejemplos típicos de esta situación que estamos describiendo es la **ejecución hipotecaria aislada del contexto negocial** como si fuera en préstamos ordinario (miles fueron las ejecuciones a empresas agrarias, ganaderos, constructoras, etc., durante la década de los '90) y no una operatoria de integración interempresarial para negocio complejo.

El banco no puede por sí solo (contrario a la doctrina de sus propios actos) adoptar la decisión de **internalizar la operatoria** desvinculándolo de la integración horizontal, pues constituye una práctica abusiva (51)

6. Conclusión.

Las pequeñas y medianas empresas en la última década del siglo XX se han visto ante **situaciones de fraude de los bancos** a través del emprendimiento de negocios complejos con internalización de las operatorias crediticias (en el campo de proyectos agropecuarios, turísticos, etc.) realizando **apropiabilidad de activos empresarios**; y el motivo del presente artículo es **desenmascarar** las operatorias para **alertar** a los operadores empresariales, aboga-

dos y Magistrados en salvaguarda de los derechos constitucionales de violación del derecho de propiedad y del patrimonio nacional que son estas pequeñas y medianas empresas.

Notas

1. Consult. Oszlak, Oscar, La formación del Estado Argentino. Ed Planeta. Bs. As. 1997.
2. Gherzi, Carlos A. y colaboradores. Contrato 1. Problemática Moderna, pág. 17., Ed. Cuyo, Mendoza, 1998.
3. Consult. Gherzi, Carlos A. y colaboradores, Derecho Privado económico, Ed Universidad, Bs. As., 1999.
4. Consult. Beck, Ulrich, Qué es la globalización, Ed. Paidós, Barcelona, 1998, Giddens Anthony, Un mundo desbocado, Los efectos de la globalización en nuestra vida, Ed. Taurus, Bogotá 2000; Chomsky, Noam y Dietrich, La sociedad global, Editorial 21, Bs. As., 1999.
5. Terán, Oscar, (compilador), Discurso, poder y subjetividad en Michel Foucault, pag. 75, Ed. El cielo por asalto, Bs. As., 1995.
6. Varella Bruna, Sergio, O Poder economico e a conceituacao do abuso em seu exercicio, pag. 106: "O Prof. Shieber preocupou-se em examinar o sentido da expresao dominar mercados nacionais, valendo-se, como já abordado, do conceito de mercado relevante, oriundo do direito norte-americano, como sinonimo de mercados nacionais. Em relação ao sentido do verbo dominar, encontrou dois significados possíveis. Um primeiro, mais intenso (que denominou exclusivo), significando elevar-se acima de, estar sobranceiro a alguma coisa. De outro la-

do, um sentido mais brando (que denominou nao exclusivo), de exercer autoridade ou poder sobre algo. Diante desses dois sentidos da palavra, manifestou o entendimento de que o termo dominar mercados nacionais deveria ser tido na acepcão mais branda do verbo dominar, de forma a permitir que se enquadrassem, na mencionada expressao legal, as situaçoes em que nao houvesse propriamente um monopólio, ou seja, uma hipotese de dominação colectiva. Ed. Dos Tribunai, Sao Paulo, 1997.

7. Harvard Bussiness Review, Cómo medir el rendimiento de la empresa, pag. 109, Ed. Deusto, Bilbao, 1998.

8. Palazuelos, Enrique, La globalización financiera. La internacionalización del capital financiero a fines del siglo XX, pag. 23: "Un cuarto factor que resultó fundamental para que se modificaran las condiciones financieras internacionales fue el comportamiento de las grandes corporaciones transnacionales. El contexto recesivo de la economía mundial había reducido la tasa de rentabilidad de las empresas de los países desarrollados, lo que a su vez indujo a una disminución de sus inversiones productivas, creándose así las condiciones para ulteriores caídas de sus tasas de crecimiento de la productividad y de los beneficios. Para afrontar esa espiral descendente, las grandes empresas emprendieron distintas políticas tecnológicas, salariales y de empleo, a la vez que elaboraron nuevas estrategias productivas y comerciales, que incorporaban un sesgo cada vez más financiero en el conjunto de su actividad económica". Ed. Síntesis, Madrid, 1998.

9. Weingarten, Celia, "Los contratos conexados y la Ley del consumidor", en Contratos Nº 2, Problemática Moderna, pag. 27, Ed Cuyo, Mendoza, 1998.

10. Algún atisbo de estas nuevas modalidades se pueden investigar en la Ley 24.441 y Ley 25.348 sobre fideicomiso y leasing. Consultar, Weingarten, Celia. Leasing, Ley 25.348. Contratos conexados y Reparación de Daños. La Ley 17/10/2000.

11. En un trabajo reciente (inédito aún) estudiamos el contrato desde la óptica del estructuralismo de Levi-Strauss, concluyendo que la estructura universal contractual posee los elementos irreductibles: los contratantes como portadores de intereses contradictorios; la interrelación que genera el hecho social que en nuestro caso en particular es socioeconómico y jurídica (mínimamente) y, por último, la tensión que todo contrato implica como resultado de que los portadores de intereses contrapuestos interactúan precisamente en un ámbito de certidumbres y riesgos, que son las notas características de la tensión (no del conflicto).

12. Amin, Samir, El capitalismo en la era de la globalización, pag. 12: "La erosión de los viejos modelos de crecimiento, por consiguiente, ha sumido a los países periféricos del Sur y del Este en una crisis del Estado-nación, reavivando movimientos centrífugos que a menudo revisten una expresión étnica. La crisis ha hecho añicos la unidad de las clases dirigentes de la periferia, de manera que en la actualidad fracciones rivales intentan basar su legitimidad en las aspiraciones étnicas de sus desorientados pueblos. La gestión de

esta crisis, mediante la manipulación de las aspiraciones democráticas y de los derechos nacionales, alimenta el proyecto de subordinar las sociedades a las demandas del mercado, un proyecto que presupone la destrucción de los Estados capaces de modular eficazmente las condiciones de la globalización". Ed. Paidós, Barcelona, 1998.

13. Consult. Cooper, Albert, C y Schendel, D., *Strategic Responses to technological threats*, Ed. Trushman y Moore, Combridge, 1988, 2ª edición.

14. Gherzi, Carlos A. y colaboradores, *Contratos Civiles y Comerciales*, 4ª Edición, pág. 28, Ed. Astrea, Bs. As., 1999.

15. Consult. Anderson, Perry, *Los orígenes de la posmodernidad*, Ed. Anagrama, Barcelona, 2000, Esteve Pardo, José Ternica, Riesgo y Derecho, Ed Ariel, Barcelona, 1999; Miller, Martín. *Los mercados de derivados*, Ed. Gestión 2000, Barcelona, 1999.

16. Consult. Coase, Roberth H., *Industrial Organization: a proposal for research*. Ed. National Bureau of Economic Research, N. York, 1972.

17. Gherzi, Carlos A., *Contratos Civiles y Comerciales*, 4ª edición, pág. 27/8, Ed. Astrea, 1999

18. Schiavo, Salvatore y Singer, Hans, *Perspectivas de desarrollo económico*, pág. 177 y sigtes, Ed. DCE México, 1977.

19. Gherzi, Carlos A., *La flexibilidad laboral*, La Ley, 20-3-98.

20. Amor, Daniel, *La revolución E-Business*, pag. 7: "Una de las primeras empresas que utilizaron el término 'e-business' fue IBM en 1997, año en el que lanzó su primera campaña temáti-

ca, centrada en ese término. Hasta entonces, la frase que todo el mundo usaba era 'e-commerce'. El cambio de término significó también un cambio de paradigma: hasta ese momento, vender era la única experiencia que podía reproducirse en la Web, pero la ampliación del enfoque y la incorporación de otros tipos de negocios en la Web generaron la nueva denominación. El e-commerce es apenas un aspecto del e-business, que incluye las franquicias electrónicas, el e-mail, el marketing electrónico. El e-business consiste en aprovechar la comodidad, la disponibilidad y el alcance universal para mejorar las organizaciones existentes o crear nuevas organizaciones virtuales. IBM define el e-business como una manera segura, flexible e integrada de brindar un calor diferenciado combinando los sistemas y los procesos que tienen las operaciones de negocios básicas con la simplicidad y el alcance que hace posible la tecnología de Internet. La definición que da IBM del e-business es lo que ocurre cuando se combinan los recursos de los sistemas informáticos tradicionales con el amplio alcance de la Web y cuando se conectan los sistemas críticos de ciertas empresas directamente con sus consumidores críticos (clientes, empleados y proveedores) por medio de Intranets, Extranets y la Web". Ed. Prentice Hall, Bs. As, 2000.

21. Consult. Silverman, Dacid, *Teoría de las organizaciones*, pag. 41/ 44 y sigtes, Ed. Nueva Visión, Bs. As, 1995.

22. Habermas, Jurgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, pag. 16, "Las crisis surgen cuando la estructura de un sistema social admite

menor posibilidades de resolver problemas que las requeridas para su conservación", Ed. Amorrortu, Bs. As, 1998.

23. Williams Powell, en su obra de 1990: "Neither Market nor Hierarchy: Network forms of organization", plantea la idea de la integración vertical, como empresa tradicional atendiendo a la propiedad de la misma con sus redes, filiales, etc. o apuntar a relaciones sistemáticas con diversas formas de organización horizontal desprendiéndose del concepto tradicional de propiedad e incorporando la propiedad por representación, la idea del franchising, etc.; Gilson y Roc en 1993 adoptan una idea parecida para analizar la integración de empresas japoneses. Understanding the Japanese Keiretsu".

24. Langlois, Richard N. y Robertson, Paul, Empresas y Mercados y cambio económico, pag. 13. Ed. Proyecto "a", Ediciones, Barcelona, 2000.

25. Neffa, Julio C. Paradigma productivo, flexibilidad, y respuestas sindicales, Ed. Asociación Trabajo y Sociedad, Bs. As., 1994.

26. Palazuelos, Enrique. Dinámica capitalista y crisis actual, pág. 106, Ed. Akal, Madrid, 1990.

27. Westwood, John, Planeación de Mercados, pág. 30, Ed. Legis, Bs. As, Bogotá, 1991.

28. Douglas, Mary, La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales, pags. 73/74, Ed. Paidós, Barcelona, 1996.

29. Mahoney, J. T. y Pandton, J. R., The resource Based View Within the conversation of strategic Management, 1992. Publicado strateget Manage-

ment Journal, pág. 365/380. Aluden a la combinación de recursos de escoger y adquirir por la empresa productiva, que se convierte en emprendimiento común; Tecce, D.J., Towards an Economic Theory of the multiproduct Firm. 1982, publicado en Journal of economic Stanfor. Univ. pag. 39/63, habla de activos coespecializados que son activos limitados de cada empresa que asumen la complementariedad cercana, que les otorga en el mercado ventaja competitiva.

30. Barney, J. Firm resources and sustained competitive advantage. 1991. Publicado en Journal of Management, pag. 99/120.

31. Banco Provincia de Buenos Aires, en el empleo más notorio de la complementatividad de estas actividades añadidas.

32. Hemos señalado certeramente que por encima de la formulación documental del contrato existe la institución contrato que constituye a los instrumentos en sólo un aporte parcial del negocio; verbigracia, art. 1198 CC al aludir a condiciones implícitas; 1071 CC al prohibir el ejercicio abusivo de las formas por sobre el contenido, etc.

33. Leijonhufwuid, A. Capitalism and the factory system. Ed. R.N. Langlais. N.York. 1986.

34. Gherzi, Carlos A. La flexibilidad laboral en Japón. La Ley 23-06-1997.

35. Gherzi, Carlos A. Estado, Empresas y Sindicatos en Alemania. La Ley 20-5-1997.

36. O'Connor, James. Crisis de acumulación, pag. 13 "En primer lugar, hay determinadas características de la crisis que son peculiares a los Estados Unidos, si bien es cierto que algunas

de ellas también pueden encontrarse en países europeos. Estas características son la obsesión del capital en los últimos años por proteger antes que ampliar los beneficios, y su repulsa a dedicar grandes sumas a la expansión de las inversiones, que se limitaron a las de modernización". Ed. Ediciones Península. Barcelona. 1987.

37. Coase Roberth, H. La empresa, el mercado y la Ley, pag. 65. Ed. Alianza. Madrid. 1994.

38. Marshall A. Principes of Economic. Vol. IV, pag. 318/460. Ed. Mac Millan. Londres. 1961.

39. Consult. Willanson, O.E. The economic institutions of Capitalism. Ed. Free Press. Nn. York. 1985.

40. Hart, O. D. An Economist's Perspective on the Firm pag. 757/774. Ed. Columbia Law Review. N. York. 1989.

41. Paul David en Clio and the Economics of. Qwerty. American Economic Review. 1985.

42.-Robertson, Paul. Innovation Corporate Organisation Economic Growts. Prométheus. 1993

43. Maller, Merton. Los mercados de derivados, pag. 105 y 115. Ed. Gestión 2000. Bs. As. 1999.

44. El Proyecto de reforma del Código Civil 1998, siguiendo las líneas del neoliberalismo intenta segmentar los procesos productivos y considerar a las empresas aisladamente, ver art. 1399 (Franquicia)

45. De Angel Yagues, Ricardo. La doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas en la jurisprudencia. Ed. Civitas. Madrid. 1997.

46. Art. 37 Ley 24.240: "Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrá por no convenidas:

a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que esté menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el Juez declare la nulidad parcial simultáneamente integrará el contrato si ello fuera necesario.

47. Consult. Gherzi, Carlos A. y Gherzi Sebastián. Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas. Ed. Gowa. Bs. As. 2001.

48. Understanding Coorporate Coherence. Theory en Evidence. Rev. Journal of Economic Behavior and Organization, pag. 23/ 30. N. York 1984.

49. Robertson P.L. y Aslton L.J. Technological choice an the Organization of work in capitalist. Rev. Economic. History Review, pag. 45 N. York 1992.

50. Weingarten, Celia. Daño Moral

autónomo por la mera inclusión de cláusulas abusivas en Revista de Derecho de Daños N° 6 pag. 163. Ed. Rubinza. Santa Fe. 2000.
51. Rosemberg N. Charles Babbage. Pionner economist y en otro trabajo denominado Exploring the Black box. Ambos en Rev. Technology Economicas and History. Ed. Cambridge. Univ. Pres. Cambridge. 1994).