

THOMSON REUTERS

LA LEY

El caso MADOFF y sus repercusiones procesales en Argentina

Prato, Osvaldo A.

Fallo Comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F (CNCom)(SalaF) ~ 2010-07-08 ~ Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Crédit Suisse

Voces

Voces: ESTAFA - INVERSOR - ENTIDAD FINANCIERA - CRISIS FINANCIERA - AHORRISTA - DEFENSA DEL CONSUMIDOR - CONSUMIDOR - NOTIFICACION - LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES - DERECHO A LA JURISDICCION - RESPONSABILIDAD DE LA ENTIDAD FINANCIERA - BANCO EXTRANJERO - ASESORAMIENTO TECNICO

Entiendo necesario antes de involucrarnos en los aspectos procesales mencionados en el título, referirme sintéticamente al encuadre fáctico del tema para comprender mejor los alcances del fallo que aquí comentaremos.

Recordemos entonces que a finales del año 2008, estalló el affaire MADOFF y tuvo una cobertura mediática formidable durante mucho tiempo, no sólo por el monto de una estafa a inversores considerada la más importante en la historia de la banca privada de EE.UU. y del mundo inclusive, sino también porque reflejó la negligencia y/o improvisación de conocidas entidades financieras de alcance mundial, en el sentido de (según los reproches que ya están transitando en los tribunales de varios países) haber ignorado señales muy claras de la falta de sustento técnico y lógico de la operatoria del Madoff Investment Securities Group, pues pese a tales síntomas muy notorios para expertos, siguieron recomendando invertir allí a sus clientes de banca privada y así se ocupaban de hacerlo. Si bien había inversiones directas de particulares, muchos "hedge funds" le derivaban propias carteras de clientes (Optimal del grupo Santander, Fairfield Greenwich Group, etc.) como también hacían lo propio —entre otros— el BNP Paribas de Francia, Nomura de Japón, Neue Privat Bank de Suiza, Médiaci de Viena, Bank Austria, y Crédit Suisse de Suiza a través de su filial Clariden Leu.

Todos estaban seducidos por el glamour y trayectoria de Bernard L. Madoff, pues era un miembro prominente de los círculos financieros, sociales y filantrópicos de NuevaYork y Palm Beach, amén de haber sido quien estructuró y presidió el mercado tecnológico accionario (Nasdaq). Además, con sus 70 años, apariencia serena y de buen padre de familia, era

considerado por décadas una leyenda en Wall Street. Tan seductor era su perfil, que sus víctimas van desde la dueña de la tercera fortuna de Francia, la hoy célebre (por sus problemas) Mme. Lillane Bettencourt, heredera del imperio cosmético L'Oréal, hasta pequeños inversores personales.

El detonante del colapso fue la crisis financiera global, pues cuando muchos de los inversores pretendieron retirar su dinero se encontraron con que era imposible, ya que la usual mecánica de reintegros en tiempos normales siempre se abastecía con el dinero fresco que entraba por nuevas captaciones de ahorros, porque operaciones genuinas de inversión de los fondos recibidos casi no había. Pero al interrumpirse el flujo de nuevos aportantes por la aludida crisis, se cortó "la bicicleta", explotando todo. Es fascinante adentrarse en los claros indicios que existían ya desde hace años sobre la falta de base genuina de toda su operatoria pese a lo cual ésta cada vez crecía más.

Al cabo ya de un año y medio del estallido, han sobrevenido definiciones también conocidas por el público en general: 150 años de prisión a Mr. Madoff y también sentencias —en primera instancia— condenando por mala praxis de asesoramiento, a algunos bancos .

Esta última problemática también tiene su capítulo Argentino, en Juzgados Nacionales en lo Comercial, a través de una acción colectiva (o class action) promovida por una asociación de defensa del consumidor contra más de un banco, reprochándoles tanto el mal asesoramiento evidenciado por no percibir la falsedad de las operaciones de Madoff, como también por la ilegal captación de ahorros locales sin estar autorizados para ello, las cuales se encuentran en pleno trámite. Precisemos al respecto que el inversor en el mercado de capitales es considerado un "consumidor" en los términos de la respectiva ley —24.240— conforme unánime criterio sobre el particular. (1)

Al margen de los aspectos de fondo en cuanto al reclamo, para convalidar la traba de litis en el domicilio local de una representación de banco extranjero que no tiene sede operativa en el país, la actora arguyó el criterio de derecho internacional privado que protege a la parte más débil del contrato, el cual permite descartar el juego del derecho extranjero, en aras de principios superiores que el Estado no puede soslayar. Entre otros, la primacía del orden público local frente a normas de derecho internacional privado y/o ante violaciones del marco jurídico argentino. (2) Se invocó también el art. 14 inciso 2° del C. Civil y el art. 1° del Código Procesal, en base al influjo sobre ambas normas de la ley de orden público 24.240 de defensa del Consumidor, que prioriza el domicilio del consumidor conforme su art. 36, amén de otros criterios interpretativos de protección al mismo.

En una de las demandas iniciadas se dictó el 8 de julio de 2010 un fallo en la sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial ("Consumidores Financieros, Asociación Civil para su defensa c. Crédit Suisse s/ordinario" Expediente 40669/09) que sin entrar en el fondo del reclamo (por el escaso lapso —en tiempos judiciales, obvio— transcurrido desde que se inició el reclamo, lo cual fue en febrero/marzo del 2009) refuerza o casi podríamos decir afianza

definitivamente un aspecto procesal sumamente importante y eterno componente de la doctrina específica, en obras escritas, conferencias, congresos de la especialidad, etc.: el acceso a la justicia, en el sentido de desbrozar los obstáculos que durante años y hasta no hace mucho, afrontaban los ciudadanos argentinos que necesitaban hacer reclamos judiciales contra personas jurídicas extranjeras, con sede central en diversos lugares del mundo.

Como decía el maestro Augusto Morello, "... La palabra clave de nuestro tiempo es la efectividad de los derechos..." (Proceso Justo, SantaFe, año 1995, p. 167) y va de suyo que si el acceso a los Tribunales, el derecho al proceso —"quod est actio"— es una garantía (instrumento) humana básica para que los derechos y deberes humanos o fundamentales sean (o traten de lograr que sean) asegurados, todo aquello que lo obstaculice y/o impida (de hecho, en la realidad, e independientemente de la "hipocresía" de las formas) está reñido con las Declaraciones, Deberes y Garantías Humanas, tanto internacionales como constitucionales.

Esta antigua y clásica problemática del acceso a la justicia se acentúa en nuestra actual época globalizada. Podríamos decir que estamos frente a "aguas nuevas en odres viejos".

Inveteradamente, los abogados de las entidades financieras que solo tienen representaciones en el país sin poseer filiales operativas, cuando son demandadas localmente aducen que el litigio debe tramitar en el país de origen de esa entidad. O sea, quieren mandarlo a tierras extrañas (diría Juan de Dios Filiberto).

No fue una excepción este caso, donde aportando abundante doctrina sobre derecho internacional privado, la accionada pidió la nulidad de la notificación local a la sociedad extranjera, en base a los art. 339 y 340 del CPCCN que indican el "domicilio real" del reclamado para notificar una demanda. Paralelamente desarrolló argumentaciones con eje en los art. 118 y 122 de la Ley de Sociedades, sobre la base de que el representante legal del Crédit Suisse en Argentina con quien se había trabado la litis por un lado no estaba cuando se captaron las inversiones en nuestro país y, por el otro, que los alcances de su mandato no abarcaban ese tipo de operaciones. Además, que el domicilio donde se hizo la diligencia era de la persona física notificada y no de la entidad financiera. Se invocó jurisprudencia de los años 1986, 1997, 1998, 2000 y 2001.

La respuesta de la actora a ese pedido de nulidad de notificación giró sobre las contradicciones que exhibía el hecho que los propios abogados del Crédit Suisse estaban planteando la objeción, lo cual demostraba (de manera indirecta pero no por eso menos elocuente) que estaba la entidad perfectamente enterada del reclamo. Y que tan así era que estaban alegando en su defensa sin invocar siquiera el art. 48 del CPCC. Además, se hizo notar que la demanda estaba en poder de ellos desde hacía ya tres meses, por lo cual en esta época del ámbito tecnológico devenía innegable que el escrito

respectivo debe haber "viajado" a Suiza, seguramente al día siguiente de haberse notificado. Por lo cual con creces estaba abastecida la garantía de defensa en juicio. Se destacó también la prueba notarial que acreditaba que en el Hall del importante edificio corporativo sede de la representación del Crédit Suisse, figura en su cartelera que en el piso 16 está —textual— "Crédit Suisse AG Representación en Argentina".

En primera instancia, el Dr. Germán Páez Castañeda rechazó la pretensión de la demandada (15 abril de 2010) y convalidó la oportuna traba de litis, destacando que los alcances del poder que había otorgado el Crédit Suisse a la persona que en su nombre actuaba en Argentina contemplaba expresamente las hipótesis de representar a su mandante en juicios iniciados en su contra en cualquier jurisdicción del país, y se apoyó también dicho Magistrado en el juego armónico de los art. 118, 122 y 124 de la Ley de Sociedades.

El fallo de la Sala F de la Cámara Nacional en lo Comercial confirma la resolución de primera instancia. Por un lado consideró dirimente el reconocimiento expreso por parte del representante del Crédit Suisse de su carácter de tal y, por el otro, que no es un argumento genuino para descalificar la notificación judicial local de un reclamo, que la conducta reprochada se vincule a operatorias ajenas a las específicas conforme los alcances formales de una representación de un banco extranjero en el país y que tal eventual patología, en aras del principio de defensa en juicio obligaba a concurrir al país de origen para sustanciar una demanda en su contra,. Sostiene respecto a esto último, que tal criterio no resiste ningún cotejo con la realidad del mundo de las comunicaciones, pues cualquier notificación recibida aquí bien puede ser comunicada de inmediato a los abogados de la casa matriz. Además, dijo que la exégesis del art. 122 de la Ley de Sociedades debe efectuarse de modo acorde con los tiempos que corren, pues desde la praxis judicial deben adoptarse soluciones que impliquen sincerar los mecanismos formales de anoticiamiento de las demandas, para consagrarlas por sobre construcciones interpretativas rígidas, producto de otras realidades, diversas a las imperantes hoy en día. Sostiene la Sala que sin prescindirse del texto de la ley, las decisiones de un Juez deben ajustarse al momento histórico en que ellas se pronuncian. Con todo ese encuadre conceptual, convalida la Cámara que un justiciable residente en nuestro país pueda emplazar a una sociedad foránea sin necesidad de acudir a los costos y prolongados trámites que requieren los exhortos por vía diplomática, sin perjuicio de ampliar el plazo de la demandada para responder a los cargos que se le formulan.

Cabe entonces celebrar este fallo, pues si bien se constriñe a un aspecto procesal (jurisdicción local para dirimir el conflicto con una entidad financiera extranjera que sólo tiene en el país una oficina de representación) y al margen de las cuestiones particulares que exhibe el mismo, sobre el tema de acceso a la justicia refirma con más contundencia inclusive, los principios establecidos en el caso "Bustos, César Enrique c. Wachovia Securities (Argentina) LCC s/ordinario" (Juzgado Nac. de 1ª Inst., en lo Comercial n°4, Sec. n° 7,

Expediente 74250), que generó una interesante nota de los Dres. Martorell y Kabas de Martorell titulada "Inversión Financiera y timadores profesionales (a propósito del caso Madoff): responsabilidad de sus agentes y bancos representantes". También merece destacarse del expediente caratulado "BII Creditinstalt Internacional Bank Ltd., pedido de quiebra por Vizcaino José, del Juzgado Nac. de 1ª Inst. n° 5, Sec. n° 9, sala D, exped. 54.569/05 un dictamen de la Fiscalía General de la Cámara Nacional en lo Comercial, porque su pormenorizado análisis y acopio de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales estructura uno de los pronunciamientos hasta la fecha más sólidos contra las artificios procesales que usan las representaciones de banca privada extranjera en Argentina que actúan "in fraudem legis", frente a demandas que les inicien en nuestro país.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723).

(1) Entre otros, Villegas-Villegas, "Aspectos legales de las finanzas corporativas", Dykinson, año 2001, p. 796; "Defensa del Consumidor", Lorenzetti-Schotz, Abaco, pp. 33 y 206; "Defensa del Consumidor-Los servicios bancarios y financieros" (LA LEY, 1998-C, 1035; "Responsabilidad de las entidades financieras", Universidad, 1997, p. 33 y ss.; "Contratación Bancaria - Consumidores y Usuarios", de Eduardo A. Barbier, Astrea, año 2002, p. 70 y ss., etc.

(2) Werner Goldschmidt, Dcho. Int. Privado, Depalma, año 1999, p. 157 parágrafo 154; Ricardo Balestra, "Manual de Derecho Internacional Privado", Abeledo Perrot, 1988, p. 195; Gastaldi, J. M., "La doctrina, legislación y jurisprudencia argentina...", ED supl. Diario del 4.6.87; Boggiano, "Dcho.Int.Privado", Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 474/475 y 492; mismo autor: "Dcho. Int. Público y Privado y Dcho. del MERCOSUR, La Ley, año 1998, t. I, p. 137 último párrafo a p. 139; Weinberg de Roca, "Dcho. Int. Privado", De Palma, 1997, p. 71; Fernández Arroyo y otros, "Modalidades contractuales Específicas en Derecho Int. Privado ...", Zavalía, 2003, pp. 1031/1032; Weinberg de Roca, "Competencia Internacional...", Astrea, 1994, pp. 23/24)