

LAS CARTAS DE RECOMENDACIÓN Y LA ACTIVIDAD BANCARIA

Dr. Héctor A. Benélabaz

1 — INTRODUCCIÓN, SUJETOS INTERVINIENTES

El tema de las cartas de recomendación, ha sido motivo de reactivación y de análisis en estos últimos tiempos, con motivo de un gran "affaire" internacional, provocado por la quiebra del Banco Ambrosiano, frente a los acreedores internacionales del Banco, y a las cartas de recomendación del Vaticano, en su sección financiera.

No es un tema nuevo del "Derecho Comercial", toda vez que en el siglo pasado fue motivo de análisis y de estudio, tanto en nuestro país como en Europa. Sobre todo por las relaciones que Vélez Sársfield, toma del derecho inglés y del derecho americano.

Para dar una idea práctica de la mecánica y sus efectos jurídicos, vamos a señalar que en esta relación existen tres sujetos perfectamente definidos: en primer lugar nos encontramos con una persona física o jurídica que normalmente es una importante empresa, quien usa créditos de la actividad bancaria; nos encontramos con otro sujeto, que es a quien se recomienda, y en tercer lugar, el Banco, que viene a ser el destinatario de esta carta.

La Empresa otorga una carta a otro sujeto de derecho, normalmente vinculado y generalmente controlado, por la controlante; carta destinada a un banco para solicitarle que otorgue crédito a este sujeto de derecho.

Por cierto que esta Empresa tiene poderosa influencia en esta institución financiera, en razón del crédito que se le tiene otorgado y del prestigio patrimonial que ostenta frente al Banco. No es una cuestión que surge de la nada, surge con motivo de una relación normalmente preexistente.

Nos encontramos entonces con los tres sujetos perfectamente definidos, que en términos técnicos son: el emitente de la carta, llamado el patrocinante; el beneficiario de la carta, llamado el patrocinado, y el destinatario de la carta, el Banco otorgante de créditos.

También estas cartas en la terminología internacional se llaman cartas de “patronazgo” o “cartas de padrinazgo”. En la concepción de nuestro Código Civil, y de nuestro Código de Comercio, ya en el siglo pasado, se las denomina “cartas de recomendación”.

El tema se encuentra legislado en el Código de Comercio a partir del art. 484, en relación a lo que se llaman “cartas de crédito y fianzas”.

La mecánica operativa dada o señalada, demuestra que normalmente la vinculación, es una vinculación accionaria, a través del sistema de sociedades anónimas, donde el verdadero “padrino” es la sociedad “controlante”. Tiene, no solamente una vinculación comercial directa, sino que además es prácticamente la dueña del paquete accionario o tiene una participación mayoritaria.

En el ámbito internacional, esto se hace mucho entre las empresas fabricantes y las filiales ubicadas en distintos lugares del mundo, o también entre los fabricantes y las empresas distribuidoras de sus productos, o también entre la empresa fabricante, empresa dominante, y filiales dominadas que funciona con cierta autonomía societaria, o con formal autonomía societaria.

Puesto así, y evidenciados estos tres sujetos, nos encontramos con que importa ahora saber, porqué se dan esas cartas, cuál es la razón de ser de estas cartas de patrocinio.

Los fundamentos más lícitos, más razonables, están dados a veces, por razones fiscales o de tipo impositivo, toda vez que si la carta de recomendación, adquiere características de fianza, por la responsabilidad que asume el patrocinante frente al destinatario respecto a la responsabilidad del patrocinado, esa formalidad de carta de recomendación o carta de patrocinio, tiene las consecuencias de una fianza, siendo las desventajas impositivas, es decir, no tributaría impuesto como carta, aunque podría tener efectos de verdadera asunción de deudas o de responsabilidad. Ya vamos a ver los términos formales para que tal hecho ocurra.

En otro orden de cosas, se ha usado para evitar los problemas de control de cambios, sobre todo, frente a situaciones de filiales con cierta autonomía societaria y el problema del transporte de divisas, tratar de ver a través de ese mecanismo la posibilidad de responsabilizar en moneda extranjera al socio dueño en el exterior.

Otra razón de ser, que se da para estas cartas de patronazgo o de padrinazgo, o de patrocinio, o de recomendación, es que el patrocinante, al asumir a través de este mecanismo una verdadera situación de responsabilidad patrimonial, frente al Banco, tal situación no se refleja en su balance, de tal manera que al no reflejarse en su contabilidad, en su memoria, en su balance o en sus planillas anexas, tiene mayor disponibilidad de crédito y tiene mayor capacidad de endeudamiento.

Así se ha justificado la existencia de este mecanismo moderno del endeudamiento que se evidencia normalmente en los grupos empresarios.

2 — CARACTERES Y PERSONALIDAD SOCIETARIA

La ciencia jurídica ha determinado los caracteres y elementos que lo integran. En primer lugar, es una declaración de voluntad formal expresada por escrito, como una declaración unilateral de voluntad a la misma manera, en su esencia, que la firma de una letra, de un pagaré o de un cheque. Expresiones unilaterales de voluntad, que tienen un destinatario determinado o indeterminado.

La carta no hace más que instrumentar esta declaración formal de voluntad de una parte, pero esta declaración de voluntad crea una relación triangular, entre el patrocinante emitente de la carta, el destinatario de la carta, y el beneficiario de la carta.

Normalmente la carta tiene un destinatario, el Banco a quien le pide que vea la posibilidad de relacionarse a través de sus mecanismos financieros, con el patrocinado. Es el caso de las filiales de empresas extranjeras, que funcionan como Sociedades Anónimas Argentinas, pero que el capital accionario es a veces no solamente mayoritario, sino que prácticamente es un socio único.

Tal es el caso de "Parke Davis y Cía. S.A." donde la Cámara Federal decidió que si la empresa extranjera es titular del 99,95 % de las acciones de la sociedad argentina, es virtualmente dueña de su patrimonio (E. D. t. 49, p. 4811. Pronunciamientos judiciales de confusión de patrimonio y sobre la existencia de un conjunto económico son los casos: "Mellor Goodwin S. A.", "Pazmallmann S. A." y en especial la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Swift-Deltec" (Ver el cuaderno especial titulado "El abuso de la personalidad

de las sociedades” editado por El Derecho. Bs. As., 1974). Al penetrar en la personalidad societaria de Swift se demostró que Deltec era la madre del conjunto económico y no una empresa acreedora, como se presentaba ante la quiebra de Swift. Por ello ciertos pasivos empresarios deben analizarse en el conjunto y raíz de los créditos, para determinar la realidad económica y la responsabilidad patrimonial de los deudores.

Establecido así algunos de los caracteres de la carta, veamos cuál es el objeto de la misma, es decir, qué se puede decir en las cartas. Tres han sido los grandes objetos de las cartas. Primero la certificación de la vinculación; se certifica en la carta, que existe vinculación comercial, pero nada más; no se garantiza el cumplimiento de las obligaciones del recomendado. No se asume responsabilidad frente al destinatario; pero cuando se puede demostrar que esta certificación de vinculación lleva anexa la posibilidad de demostrar que es el socio único, el Código de Comercio, a través de la ley de sociedades N° 19.550, en el art. 94 inc. 8 ha determinado que en nuestro régimen societario, no hay socios únicos.

Para tipificar una sociedad, en el concepto de la Ley 19.550 vigente, se requiere que dos o más personas en forma organizada, se obliguen a realizar aportes para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios participando de los beneficios y soportando las pérdidas: es la formación del contrato plurilateral de organización que da nacimiento al sujeto de derecho societario.

Al no existir un contrato, un trato con otro, y no existir la naturaleza de pluralidad, la existencia y prueba de un solo socio, no solamente puede acarrear la disolución de la sociedad, sino que mientras exista ese solo socio, la responsabilidad del mismo es solidaria e ilimitada, por todo el pasivo de la sociedad que debe entrar en disolución, si dentro de los tres meses no acredita la pluralidad.

Segundo objeto de la carta: compromiso sobre la vinculación. En este caso, se habla de que existen compromisos vinculados a distribución de productos, y que va a mantener a esa empresa, como la exclusiva distribuidora de tales productos, y que se le va a avisar al Banco cuando cese tal distribución. Para el cumplimiento del contrato de distribución se solicita el otorgamiento de crédito.

La carta también puede hablar de notificar cualquier variación respecto a estos contratos de distribución, o vinculados a las variaciones en cuanto a áreas o distintas facetas de la producción, es decir, un determinado tipo de productos u otro tipo de productos que tiene la

misma vendedora y además, por cuánto tiempo es el compromiso de la vinculación, cuándo va a cesar, y todos los efectos vinculados al negocio que determina la necesidad de crédito de la vinculada.

En este caso, el sistema jurídico argentino determina, que si se prueba —cosa que a veces no es difícil—, la vinculación entre la sociedad patrocinante y la patrocinada, en la relación crediticia, como integrantes de un grupo societario, donde no se ha reflejado la transparencia, ni en el balance, ni en las memorias, ni en los estados contables, maliciosamente, o simplemente se prueba que se la usa a esta recomendada con fin propio, frente a la insolvencia de la controlada, o de la recomendada, es factible la extensión de la quiebra y todas las responsabilidades inherentes al estado de falencia.

En un caso muy sonado, se comprobó que la sociedad A, recomendó a B, para que le otorgara crédito, y el crédito que se le otorgaba a B, tenía como destino el paro de sueldos de A: que los mismos directores manejaban una y otra sociedad, y además que había una dirección centralizada aún físicamente, es decir, en el mismo edificio, en el mismo lugar. Más aún, que los créditos que le hacía otorgar a B, eran firmados a través de papeles y de directores prácticamente que venían de A, y que a través de mecanismos contables internos, A utilizaba a B. en beneficio propio, razón por la cual la aplicación del art. 165 de la Ley 19.551, cabe en la terminología actual: “la quiebra de una sociedad importa la de toda persona que bajo la apariencia de la actuación de aquella, ha efectuado los actos en su interés personal v dispuesto de los bienes como si fueran propios en fraude a los acreedores”. El pago de los sueldos o el pago de las deudas de A, es la prueba más cabal de haber usado a B en beneficio propio.

Pero la temática adquiere cierta relevancia, cuando la carta recomendación importa asumir un compromiso, no solamente moral, no solamente comercial; sino también para inspirar confianza: un compromiso que no tiene aparentemente las características de un aval, pero sí las de una existencia de solidaridad comercial que conlleva a la conceptualización de que tal carta importa una fianza.

Por ejemplo, en el caso de dar seguridades del cumplimiento de las obligaciones que asuma el recomendado. Se cuenta el caso corriente de una filial con autonomía societaria, con autonomía formal de una sociedad. que se inaugura en el país, y que concurren los representantes o los patrocinantes extranjeros, y en el momento de la inauguración ante la prensa, ante la banca y, el comercio y la industria, el presidente del Directorio de A, dice, a todo el mundo presente, que han venido a Buenos Aires, y a la Argentina, a trabajar e introducir en el mercado

sus productos, a través de esa empresa y que queda a consideración de todos ustedes y por cuyos actos comerciales, morales y por cuyo prestigio de los productos que vendan y por los compromisos que asuma, respondemos no solamente en forma moral por los controles de calidad, sino también todo tipo de compromisos que la misma asuma. Pero ese compromiso verbal que se asume públicamente, no adquiere las características formales de carta, mientras no se cristalice y se instrumente en la petición concreta e individual de la recomendación.

3 — DERECHO POSITIVO ARGENTINO: CÓDIGO DE COMERCIO Y CÓDIGO CIVIL

En el derecho positivo argentino, el art. 484 del Código de Comercio determina que: “Las cartas de crédito deben contraerse a cantidad fija, como máximun de la que pueda entregarse al portador; las (fue no contengan cantidad determinada, se considerarán como simples cartas de recomendación”. Esta institución tiene sus antecedentes en las Ordenanzas de Bilbao del año 1737 y que rigió como un verdadero Código de comercio unificado para todo el mundo hispanoamericano; pero el uso mercantil de la letra de cambio V la comodidad de este título de crédito y sus diversas modalidades de emisión, han tomado inusual y poco prácticas estas cartas de crédito en mundo del comercio interno. siendo distinto el mecanismo de las cartas de crédito en el crédito documentario internacional. En cuanto a las cartas de recomendación que legisla el Código Civil, se determina en el art. 2008: “Las cartas de recomendación en que se asegura la probidad y solvencia de alguien que procura créditos, no constituyen fianza”: pero “si las cartas de recomendación fuesen dadas de mala fe, afirmando falsamente la solvencia del recomendado, el que las suscribe será responsable del daño que sobreviniese a las personas a quienes se dirigen, por la insolvencia del recomendado” en la expresión gramatical del art. 2009 del citado código. El artículo 2010 del Código Civil determina la naturaleza extracontractual de la responsabilidad por el daño causado en el otorgamiento del crédito, al decir: “No tendrá lugar la responsabilidad del artículo anterior, si el que dio la carta probase que no fue su recomendación la que condujo a tratar con su recomendado, o que después de su recomendación le sobrevino la insolvencia al recomendado”. Se deberá demostrar la relación de causalidad entre el daño de la insolvencia del recomendado y el hecho generador del otorgamiento del crédito y sobre las pautas clásicas de la culpa o el dolo.

Normalmente estas cartas de recomendación, no ponen la palabra fianza, para no caer en el ámbito impositivo; tampoco ponen la palabra fianza, para no crear en sus libros obligaciones contraídas por la controlada frente a terceros.

Pero en caso reciente del Tribunal de Comercio de París, frente a la quiebra de la controlada, que era la sociedad recomendada, una carta decía estos términos: “Les aseguramos que en ningún caso nos desinteresaremos de los compromisos de nuestra filial, y que desde ya adoptaremos todas las medidas necesarias para que ésta se halle en condiciones de cumplir sus compromisos con ustedes, como estaba previsto. Dentro de este encuadramiento, en el supuesto de que nuestra sociedad, previera ceder toda o parte de su participación en la filial, nos obligamos a informárselo con debida anticipación, a fin de que previamente y de común acuerdo sean tomadas las medidas convenientes para cubrir los riesgos que pueda resultar de tales cambios”. El Tribunal determinó los siguientes elementos de prueba: en primer lugar, la patrocinante se había obligado a adoptar todas las medidas necesarias para que la patrocinada estuviera en condiciones de cumplir sus compromisos; que la patrocinante detentaba el control de la patrocinada; que la patrocinante tenía todos los medios para imponer su voluntad a la patrocinada, que la patrocinada carecía de autonomía financiera, y sólo cumplía sus compromisos gracias al aporte o al apoyo de la patrocinante.

Se llegó a la conclusión de que la patrocinante había contraído una obligación de resultado, que debía cumplir a riesgo de caer en cesación de pago, obligación que en términos concretos implica el pago del saldo que la patrocinada adeudaba al Banco.

El fallo del Tribunal de París determinó que prácticamente se halla afianzado la eficacia jurídica de las cartas de patrocinio. Este fallo es dictado en el Tribunal de París —31 de octubre de 1981— y está publicado en la revista “Banque”, 1981, ps. 1455 y es el caso citado, del trabajo de Antonio Tonon, titulado: “Las Cartas de Patrocinio: ¿Un nuevo tipo de Garantía?” publicado en “La Ley” del 23.3.1983, de donde hemos tomado los datos doctrinales salientes de este estudio.

4 — LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES 19.550

Pero como una recomendación a los operadores de crédito, cuando vienen estas cartas de recomendación, hay que hacer presente los siguientes elementos de juicio.

Según la ley de sociedades N° 19.550, en el capítulo de la documentación y de la contabilidad, se establece que en el balance se debe suministrar la información vinculada al activo y al pasivo, en relación a la participación en sociedades controladas, controlantes o vinculadas.

Se deben establecer las deudas que se tengan y las participaciones que tengan en esas sociedades. (Art. 63—1—b— y d) —2— a).

Al hablar de los estados de resultados, o la cuenta de ganancias y pérdidas, se debe ver si se han reflejado allí, los intereses devengados o pagados, indicándose por separado los provenientes por deudas con proveedores, bancos o instituciones financieras, de sociedades controlantes, controladas o vinculadas. (Art. 64—1—8).

Por último, en las notas anexas, se debe establecer y pedir si la sociedad controlante o controlada, han reflejado fielmente la cantidad de participación que se tiene, para determinar si ha superado realmente la mayoría necesaria. (Art. 65—1—g)—2—c)..

Y luego el art. 66 de la Ley de Sociedades, dice que los administradores deben informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades que hayan operado, y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que considere necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad. Del informe debe resultar 6- “las relaciones con las sociedades controlantes, controladas o vinculadas, y las variaciones operadas en las respectivas participaciones y en los créditos y deudas”.

Esto hace a lo que se llama la transparencia de los grupos económicos; nosotros no tenemos una ley, como en Francia, Italia, Alemania, donde sea realmente obligatoria la inscripción del grupo societario, de tal manera que se sepa con una inscripción en el Registro de Comercio, todas las sociedades que integran un grupo, para determinar quien es la controlante, y quien es la controlada. Es lo que se llama la transparencia o descorder el velo de la personalidad societaria, para determinar realmente si hay unidad de dirección, unidad patrimonial, si realmente el todo es una sola cosa; que a veces funciona en un solo lugar o en distintos lugares, pero que se trata de una unidad patrimonial, para reflejar la solvencia ante terceros, no solamente de una sociedad individual, sino la solvencia del grupo.

Un ejemplo de ello dan las memorias del Banco de Vizcaya, que determina todas las sociedades vinculadas, controladas, o controlantes, sobre todo controladas por el Banco, que hacen a la unidad patrimonial que respaldan al Banco de Vizcaya.

Otro caso es la Banque Rothschild, donde se ha detectado a través de la inscripción en los registros públicos, cuáles son las sociedades vinculadas, y cuáles son las controlantes y controladas, y qué participación tienen en una y otra.

En conclusión: aceptar una carta de recomendación para el otorgamiento de crédito y para hacer efectiva esta recomendación en el momento de la insolvencia, es necesario en nuestro medio, cumplir con los recaudos instrumentales de la documentación de ambas sociedades, y luego si no quieren expresamente mencionar la palabra fianza, determinar, sí, las posibilidades de un enganche en cuanto a la solidaridad frente al incumplimiento de las obligaciones que asuma la controlada.

En la economía moderna, se da el caso singular de que un banco comercial es el escudo financiero de los grupos económicos y las cartas de recomendación emanan de poderosas instituciones bancarias nacionales o internacionales. El problema de la insolvencia de la recomendada y aún del patrocinante, reflejan la complejidad y a veces complicidad concursal del otorgamiento del crédito. En nuestro caso, se debe tener presente que las entidades financieras institucionalizadas en el sistema financiero argentino conforme a la ley nacional 21.526 y sus modificatorias y para aquellas que han adherido al sistema de la garantía de los depósitos, las fianzas o cartas de recomendación, constituye una operación bancaria pasiva que no tiene el respaldo del Banco Central de la República Argentina. Respecto del Banco de Mendoza, por imperio de la ley provincial Nro. 3474 y “A partir del 30.6. 1966” la Provincia responde directamente de los depósitos que el Banco de Mendoza, reciba, tanto en la Casa Matriz como en las sucursales, delegaciones, agencias y corresponsalías y garantiza las operaciones que el mismo realice”. Esta garantía de la provincia de Mendoza es subsidiaria y es extensiva a todas las operaciones activas, pasivas y neutras o de servicio que presta el Banco de Mendoza, de ahí la especial responsabilidad del Banco y la necesidad de considerar a sus recomendaciones o fianzas, como una verdadera operación bancaria pasiva, en que el Banco asume una obligación dineraria frente a terceros determinados o indeterminados. La ley provincial 4926 —Carta Orgánica del Banco de Mendoza— determina: “La Provincia de Mendoza garantiza todas las operaciones que realice el Banco de Mendoza” (art. 3). Igual criterio rige para el Banco de Previsión Social, respecto a la garantía de la Provincia por sus operaciones.