

Periódico Económico Tributario

DIRECTORA HONORARIA: SUSANA CAMILA NAVARRINE

DIRECTOR: ADOLFO ATCHABAHIAN

COORDINADOR: ALEJANDRO N. LÓPEZ

AÑO XXII Nº 542

BUENOS AIRES, ARGENTINA - MARTES 15 DE JULIO DE 2014

RNPI Nº 5074181-ISSN 0327-6120

El fallo de la Corte Suprema estadounidense, el juez Griesa y los problemas del *default*

■ Si la Argentina persiste en su política actual de sobrevaluación cambiaria, con cepo cambiario e intervencionismo excesivo, el país entraría en una fuerte recesión, con caída de su nivel de vida.

I. Introducción

La lacónica decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos —“*the petitions for writs a certiorari are denied*”— con la cual desechó la apelación argentina, es un fallo político. Ya en el año 1803, la Corte Suprema estadounidense, en el famoso caso “Marbury versus Madison”, se abstuvo de dictar fallo contra uno u otro contrincante: uno de ellos era el pretendiente a juez, William Marbury, y el otro era el Secretario de Estado, James Madison (5 U.S. 137, 1803). En esa oportunidad, la Corte Suprema puso de relieve su carácter netamente político, al atribuirse la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso.

Todas las cortes supremas de justicia, en cierto modo, son órganos políticos del Estado. Aunque en la mayoría de los casos suelen expresar sus decisiones con pomposas disquisiciones jurídicas.

Las peticiones de *amicus curiae*, a favor de la Argentina y en contra del fondo buitre denominado MNL Capital LTD, efectuadas por países como Francia, Brasil, México, algunos miembros del Parlamento británico e incluso del FMI, al igual, también, por economistas de gran prestigio internacional, como Ann Krueger y Joseph Stiglitz, fueron insuficientes para contrarrestar el formidable lobby de Paul Singer, el propietario del fondo buitre MNL Capital LTD, esto es, la misma organización que, en su momento, logró embargar nuestra fragata Libertad, mientras se encontraba anclada en el puerto de Tema, en la república africana de Ghana.

A su vez el MNL es controlado por Elliot Management Corporation, un *holding* fundado por Singer, con sede en Nueva Cork, lanzado en 1977 con un millón de dólares de capital y que actualmente tiene activos por U\$S 23 mil millones. Paul Singer es famoso por sus donaciones: por ejemplo, donó 12 millones de dólares para campañas a favor del matrimonio homosexual, influido por su hijo, quien en 2010 se casó con otro hombre.

Eduardo Conesa

¿Por qué fracasó el lobby a favor de Argentina? A raíz de la derrota electoral del oficialismo, en octubre de 2013, se hizo evidente que para el año 2015 se viene un cambio de gobierno en la Argentina. En consecuencia, las posibilidades de vuelcos importantes en la política económica argentina de largo plazo se hicieron evidentes, pues todos los candidatos de la oposición a ocupar la presidencia de nuestra República parecen más racionales en lo económico que el gobierno argentino actual, por lo menos a los ojos de los mercados de capital.

La Argentina se convirtió en la gran estrella del futuro, en el firmamento económico mundial, debido al *boom* de la soja y, sobre todo, a las segundas reservas mundiales de shale gas, a las cuartas en el mundo de shale oil, todo ello sumado a la firme probabilidad de que la política económica tenga mayor racionalidad en lo futuro.

Por eso, el riesgo país disminuyó de los 1200 puntos básicos, en octubre de 2013, a 800, en abril de 2014. Por eso también las acciones argentinas en Nueva York subieron 50% desde octubre de 2013 a abril de 2014, las de YPF en el 80%, y el Merval 70% en dólares *blue*. Todo auguraba una recuperación de la economía argentina para el año 2015. Pero este anticipo prematuro de la bonanza, podría dar ínfulas al que resulte candidato oficialista en las elecciones presidenciales de octubre de 2015. Esto no es del agrado en el país del norte, donde se recuerda el agravio gratuito que cometió el ex presidente Kirchner contra el presidente de los Estados Unidos de América, George W. Bush, en la cumbre de las Américas del año 2005, en Mar del Plata, al alentar el accionar derogatorio de Hugo Chaves. Tampoco se recuerda con favor el alicata del canciller Héctor Timerman, cuando abriera en Ezeiza, durante el año 2011, equipaje estadounidense secreto, ni el memorándum-acuerdo de Argentina con Irán, en el año 2013.

Por todos esos agravios ocurrió este lacónico fallo de la Corte Suprema. Con posterioridad a ese pronunciamiento, el lunes 16 de junio de 2014, el riesgo país argentino subió 15 puntos básicos, el Merval cayó 10% y el *dó-*

lar *blue* subió casi 10%. Y con ello se tienden a abortar las probabilidades de una recuperación económica anticipatoria para el año 2015.

De tal modo, se vuelven magras las posibilidades electorales del oficialismo, en un año electoral cargado con desocupación y recesión. Entendemos que tal es el verdadero sentido del fallo dictado por la Corte Suprema estadounidense. De no haber sido por la política anti-Estados Unidos de América, por parte de la administración nacional desde el año 2003, es muy probable que la Corte Suprema hubiera abierto el caso y aplicado, por analogía, los principios generales de la ley de bancarrotas de los Estados Unidos, que obliga a los acreedores individuales a someterse a la voluntad de la mayoría de acreedores en los concordatos. Es el mismo principio de nuestra ley de quiebras, donde basta una mayoría de acreedores que sume más del 66% del monto de los créditos, para imponerse a los acreedores minoritarios quirografarios recalcitrantes, como son los fondos buitres.

II. El prestigio argentino en la primera mitad del siglo XX

En el curso de la primera mitad del siglo XX, nuestro país se ganó un prestigio internacional extraordinario. Su fama de país serio y responsable era proverbial en materia de deuda externa e inversiones extranjeras. Ya en 1902 el ministro de Relaciones Exteriores de la República Argentina, durante la presidencia del General Roca, el doctor Luis María Drago, se consagró al lanzar la “Doctrina Drago”, aceptada luego en el derecho internacional público universal: ella establecía el principio del no uso de la fuerza para el cobro compulsivo de las deudas públicas de un Estado. En aquel entonces, Drago argumentó en defensa de Venezuela, país jaqueado y amenazado por las marinas de guerra de varios países europeos, cuyos bonistas pretendían apoderarse de las rentas del Estado venezolano para cobrarse directamente de ellas.

También en aquellos tiempos nuestro país alcanzó grande prestigio internacional con la “Doctrina Calvo”, por la cual los inversores

extranjeros debían litigar ante los tribunales del país receptor, y no recurrir a presiones diplomáticas. Esta doctrina fue el fundamento de numerosas cláusulas incorporadas a las constituciones de repúblicas hermanas latinoamericanas. Así se puede apreciar que el ascendiente de nuestro país no estaba particularmente ligado a la defensa de los poderosos del *statu quo* financiero internacional de entonces, sino por la defensa irrestricta de la justicia y el derecho internacional. Es todavía es más importante que, en el decenio de los años 30, cuando Inglaterra, Francia, Alemania, Brasil, Chile, México y todos los países del orbe cayeron en *default* frente al gran acreedor, los Estados Unidos de América, un solo país honró puntualmente las obligaciones por su deuda externa: la República Argentina.

III. El error de los canjes de deuda de los años 2005 y 2010, con quitas del 65%

En el año 2005, durante la presidencia del doctor Néstor Kirchner, nuestro país canjeó bonos viejos por un total de 82 mil millones de dólares, al entregar nuevos bonos con una quita enorme: el 65%. Los viejos bonos de deuda habían sido emitidos por los gobiernos de Menem y De la Rúa. Sin embargo, este arreglo no resultó a la larga tan conveniente como parecía. Efectivamente: para suavizar el tamaño exagerado de la quita, nuestro gobierno tuvo que compensar a los acreedores con los llamados bonos-PBI, para el caso en que el crecimiento anual del PBI de nuestro país superara el 3,25%. Como la economía del país, ciertamente, creció a mayores tasas que ese porcentaje, hubo que hacer pagos enormes a los acreedores, con lo cual se borró gran parte del beneficio de la mencionada quita. Otro tanto ocurrió con el canje llevado a cabo en el año 2010 por el ex ministro Amado Boudou, luego vicepresidente de la República. Este canje fue por 18 mil millones de dólares.

Entre ambos canjes —el del año 2005 y el del año 2010—, se consiguió renovar el 93% del total de la deuda. Pero el gran problema fue que el excesivo tamaño de la quita, equivalente al 65%, indujo al 7% restante de bonistas a vender sus bonos a precio vil, o a no aceptar ninguno de los dos canjes de deuda, ni el de 2005 como tampoco el de 2010. Estos fueron los llamados *holdout*. Fue así que apa-

CONTINÚA EN LA PÁGINA 2

DOCTRINAS

El fallo de la Corte Suprema estadounidense, el juez Griesa y los problemas del *default*

Eduardo Conesa 1

Congreso, presupuesto y Club de París

Héctor L. Giuliano 2

El criterio de lo devengado: evolución de la normativa y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Julián A. Martín 4

Acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia: el fundamento suficiente es requisito de procedencia

Silvina E. Coronello 7

El monto mínimo en el delito de evasión fiscal

Robertino D. Lopetegui 8

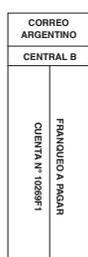
RESEÑA JURISPRUDENCIAL 10

NOVEDADES PROFESIONALES 11

PANORAMA IMPOSITIVO

Exclusión de monotributistas: nuevo procedimiento para disponerla

Por Gastón Vidal Quera 12



VIENE DE TAPA

recieron los *fondos buitres*: compraron esos bonos no canjeados a precio vil: por ejemplo, al 10% de su valor nominal, para luego hacer juicio con la pretensión de cobrar el 100%.

Tal es el caso del MNL Capital LTD: compró bonos por 48 millones de dólares e intenta cobrar 830 millones, es decir, hacer una ganancia de 1600%, según explicaron la presidenta Cristina Kirchner y el ministro Axel Kicillof.

IV. La quita se debió hacer sólo por vía de los plazos y de la tasa de interés

Los canjes de los años 2005 y 2010 se debieron hacer mediante el canje por otros bonos sin quita, es decir, mediante el pago del 100% de los bonos anteriores, pero a 30 años y con tasas de interés del 1%, o del 2% anual. Desde el punto de vista financiero, la quita hubiera sido equivalente al 65%, pues el valor presente de los nuevos bonos debió haber sido del 35% o del 40%. Pero desde el punto de vista legal formal, la Argentina hubiera aparecido como si pagara el 100%. En tal caso no habría habido holds-out, o los jueces estadounidenses habrían rechazado sus demandas ante un Estado honorable, que se esfuerza por cumplir y que ofrece pagar el 100%. Además, está el inconveniente de la jurisprudencia de la Corte Suprema del caso *Weltover* (1), en donde ella afirmó que cuando el Estado argentino actúa como persona de derecho privado, con la intermediación de bancos de inversión, como cualquier empresa privada, y establece lugar de pago en los Estados Unidos de América, pierde su inmunidad soberana. En consecuencia, en los canjes de 2005 y 2010, la Argentina debió haber actuado como Estado soberano.

Nuestra Constitución establece —en su art. 75, inc. 6— que corresponde al Congreso arreglar el pago de la deuda exterior e interior de la Nación. El cumplimiento estricto del mandato constitucional exigía que la propuesta a los *holdout* debía provenir de una ley del Congreso que ofreciera pagar el 100%, pero a 30 años de plazo, con el 2% de interés anual. En la misma ley deberían haber esta-

do detalladas las condiciones de pago de los nuevos bonos, con toda la minuciosidad de un contrato de empréstito público de adhesión. Los bonos viejos se debieron canjear por los nuevos en el mostrador del Banco de la Nación Argentina, sin intermediarios. En los nuevos bonos y en la ley del Congreso se debió haber establecido la jurisdicción indeclinable de la justicia federal argentina, como lo ordena imperativamente el art. 116 de nuestra Carta Magna, violado impunemente por todos los gobiernos desde 1983 a la fecha.

Esa conducta hubiera significado para nuestro país el punto final al problema de su inútil deuda externa. Los jueces estadounidenses hubieran cerrado los pleitos, al existir una propuesta digna de un Estado soberano, que actúa directamente como tal y no como persona de derecho privado, que, además, ofrece pagar el 100% de sus deudas. Hubiera regido entonces plenamente el derecho internacional público, es decir, el principio de *par in parem, non habet imperium*: la verdadera igualdad jurídica de los Estados.

V. Qué hacer frente al default creado por Griesa y por la Corte Suprema estadounidense

Opinamos que la última estrategia planteada por la presidenta y por su ministro de Economía —hacer todos los esfuerzos necesarios para tratar de pagar religiosamente a los bonistas que entraron en los canjes— está en la dirección correcta. Se debe manifestar claramente la voluntad de pago: si no se puede, por culpa de los embargos de Griesa, el responsable del *default* será el juez y no el gobierno argentino, que debe actuar siempre de buena fe. Con respecto a los pagos a los *fondos buitres* por 1330 millones de dólares y a los *holdouts* que todavía no hicieron juicio por los restantes 15.000 millones de dólares, se debería hacer una oferta dirigida a los bonistas rebeldes, por intermedio de Griesa, de pagar el 100%, pero con nuevos bonos a 20 años, con tasa de interés razonable.

Los cálculos se deben hacer de manera tal que exista equiparación entre los valores que reciben los bonistas que entraron en los canjes —incluidos los beneficios de los bonos PBI—, con los pretendidos por los *holdouts*.

La negociación final la debería hacer una comisión bicameral del Congreso, sobre la base de un contrato de adhesión integrante de la ley respectiva. Todo ello en la inteligencia de que el Estado argentino actúa como poder público, y no como persona de derecho privado. Es lo consagrado por los arts. 75, inc. 6, y 116 de la Constitución nacional. Estas dos cláusulas constitucionales vigentes transcriben literalmente iguales textos a los de nuestra gloriosa Carta Magna de 1853-60.

VI. ¿Y qué pasa si los fondos buitres, o el juez Griesa, rechazan la propuesta argentina de pago del 100%, a largo plazo y con tasa de interés razonable?

En ese caso, si la Argentina persiste en su política actual de sobrevaluación cambiaria, con cepo cambiario e intervencionismo excesivo, el país entraría en una fuerte recesión, con caída de su nivel de vida, pues el actual modelo económico aplicado por las autoridades nacionales necesita imperiosamente del endeudamiento externo, y éste sería imposible dentro de esas reglas de juego. Pero no debemos perder la calma, ni desesperar.

Con otro modelo distinto, de apertura económica, la recesión y el desempleo se pueden superar fácilmente. Ante todo, se debe tener en claro que el endeudamiento externo no es necesario para crecer. China crece actualmente al 10% anual y es acreedora de Estados Unidos de América por varios trillones de dólares. Lo que sí es muy conveniente, para el desarrollo económico, es la inversión extranjera directa en la industria manufacturera, como lo demuestra el caso de la misma China, porque esa variante de capital externo trae consigo aportes de tecnología y tiene la virtud de no sobrevalorar la moneda del país.

Sin embargo, la inversión extranjera directa masiva necesita imperiosamente eliminar el cepo cambiario y los controles de cambios, como factores de fundamental importancia para el futuro de nuestro país, porque necesitamos fuertes inversiones extranjeras directas para explotar el yacimiento de *shale gas* y *shale oil* de Vaca Muerta. En otras palabras, para crecer, la Argentina necesita una política de apertura al exterior, de libertad económica, con tipo de cambio competitivo y superávit fiscal.

Los casos de Alemania, Japón y Taiwán son ejemplos de países que han crecido en sus economías sobre esas bases, con expansión de sus exportaciones, y sin generar deuda ex-

terna. Es falsa la tesis pregonada por muchos economistas que actuaron en los años noventa del siglo XX y reaparecen ahora en los medios, una y otra vez, al sostener que contraer deuda externa es la base del crecimiento, y que sin ella perecemos.

En el lapso de los años 2002 a 2006 tuvimos el ejemplo patente de nuestro país: creció velozmente a la tasa del 8.9% anual, sobre la base de sus exportaciones, tipo de cambio competitivo, y creación abundante de empleo, muy a pesar del default en su deuda externa. Un país serio puede recurrir al endeudamiento, pero debe ser selectivo, solamente para algunos proyectos estratégicos y preferentemente con organismos internacionales, como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

Recordemos cómo el endeudamiento masivo de 1991-2001 generó una sobrevaluación cambiaria que fue suicida para las exportaciones, originó un mar de desempleo y hundió a nuestro país en el subdesarrollo. No debemos hacer caso a los numerosos gurúes de la deuda externa, ni dejarnos llevar por sus cantos de sirena.

El endeudamiento externo masivo es precisamente la causa del problema que ahora enfrenta nuestro país con los *fondos buitres*. En todo caso, antes que favorecer el endeudamiento externo, se debe favorecer el regreso de parte del capital argentino privado fugado al exterior. Esas sumas llegan a 200 mil millones de dólares. Y en los últimos siete años se han fugado de la Argentina 90 mil millones de dólares. Para evitar la fuga de capitales existe una institución que se ha probado muy eficaz en Chile, la “unidad de fomento”: significa que si un ahorrista se quiere proteger contra la inflación, simplemente debe colocar su dinero en depósitos a plazo fijo, en pesos, en un banco a más de tres meses, y éste queda automáticamente indexado con el índice del costo de vida que, honesta y técnicamente, elabora todos los meses el Banco Central de Chile.

En síntesis, Argentina debe negociar, y hacer todos los esfuerzos para pagar. Pero debe hacerlo con dignidad, dentro de las normas claramente marcadas por la Constitución nacional. No debe agachar su cerviz ante Paul Singer y los *fondos buitres*, pero para ello, como contrapartida, debe tener una política racional, de apertura económica, sin cepo cambiario, y con aliento a la generación de divisas por vía de las exportaciones. ■

NOTAS

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)
(1) Supreme Court of the United States, 91-763, Republic of Argentina and Banco Central de la República

Argentina, “Petitioners vs Weltover Inc.”, fallo del 12 de junio de 1992.

Congreso, presupuesto y Club de París

Con el presente trabajo damos continuidad al publicado en el Periódico Económico Tributario 541, con el título “*Deuda y nuevo arreglo con el Club de París*”. Los términos exactos sobre este último acuerdo aún no han adquirido estado público, ni está clara la naturaleza y alcances de nuevos compromisos, los cuales abarcan reconocimientos de pagos atrasados y contracción de nuevas deudas.

En términos estrictos, la administración habría firmado un acuerdo sobre materia secreta con la Secretaría del Club, que conllevaría obligaciones acerca de las cuales no existe información conocida:

a) no se tiene información sobre todas y cada una de las operaciones que dieron origen a las obligaciones renegociadas;

Héctor L. Giuliano

b) no se sabe el origen ni la evolución de tales acreencias, cuyo total se ha incrementado unas cinco veces desde el default de 2001;

c) no se conoce cuál ha sido el criterio seguido para la inclusión de nuevas deudas con entidades privadas y/u otras deudas bilaterales, incorporadas a la negociación;

d) no se conoce el estado de las acreencias renegociadas, desde el punto de vista de su situación legal, habida cuenta que gran parte de ellas son objeto de investigación por la justicia argentina;

e) no se tiene información acerca de la capacidad de repago de las nuevas obligaciones asumidas ni de los dictámenes previos que habiliten la firma del acuerdo en sus aspectos específicamente financieros y legales (1).

En suma, no se tienen detalles elementales de las obligaciones contraídas por este nuevo acuerdo con el Club de París, su contenido y alcance, las evaluaciones preliminares que avalen, o no, la capacidad de repago de esos compromisos (2), ni de la validez de las acreencias así negociadas (3).

A este conjunto de falencias cabe además agregar un aspecto de procedimiento

institucional —tanto o más grave aún—, en cuanto se soslaya la aprobación por el Congreso Nacional, para este acuerdo, que es un tratado, con el Club de París.

El art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional establece que corresponde al Congreso aprobar o desechar tratados concluidos con otras naciones y con organizaciones internacionales.

En el caso del Club de París —como es sabido— existe una particularidad muy especial: el Club no es una entidad formal, sino una secretaría de coordinación de países acreedores. No reviste la condición de organismo financiero internacional, por lo que los compromisos asumidos con su intervención deben ser instrumentados mediante convenios bilaterales suscriptos en-