

ASISTEMATICIDAD DE LA REFORMA CONCURSAL.

Por Efraín Hugo Richard

Exposición en la Sesión del 4 de noviembre de 2002. Síntesis de la exposición que formalizó el Académico Efraín Hugo RICHARD sobre las reformas introducidas al régimen concursal por las leyes 25.563 y 25.569.

I – Se subrayó como PANORAMA:

1. La crisis generada en el país desde hace varios años por la cesación de pagos de todos los estamentos, desde el Estado Nacional que la irradió a toda la actividad.
2. La crisis del sistema judicial, ante la proliferación de los incumplimientos y la lentitud de los procedimientos, generada por un hipergarantismo que transforma en débil al que cumplió el contrato y debe exigir jurisdiccionalmente su cumplimiento.
3. La inseguridad jurídica creada por la tardía respuesta del sistema jurisdiccional y por una excesiva proliferación de normas, en torno a lo que recordó sus presentaciones ante la Academia sobre *LA ECONOMÍA DEL DERECHO*, que implica una postura doctrinaria y no meramente interpretativa como el análisis económico del derecho.
4. La desvalorización de la economía a través de lo financiero, que debería ser accesorio a lo económico y que implica la simiente de la destrucción de la economía de mercado, basada en lo productivo.
5. La falta de políticas legislativas que determinen claramente el objetivo de las normas, por lo que estas no cumplen los propósitos expresados y se insertan asistemáticamente.
6. La falta de visión para enfrentar las relaciones de organización, insistiendo en la regulación de las relaciones de cambio, que son neutralizadas contractualmente con la elección del derecho aplicable, con renuncia a las normas de reenvío de derecho internacional privado, y con la renuncia a la jurisdicción, incluso recurriendo a las garantías a primera demanda o garantías independientes.
7. El no regular las normas de organización, no disponibles, para hacerlas las mejores elegibles dentro de la legislación comparada, para estimular la constitución de sociedades en nuestro país, en vez de dar mejor trato a las sociedades extranjeras que a las argentinas, lo que contradice la tendencia mundial.
8. La existencia de una crisis económica terminal, sectorización económica con pauperización de grandes masas de población, con desocupación creciente y subocupación, inexistencia de mercado interno, normas de emergencia erráticas, aceptación de actividad bancaria y financiera ilícita, con vaciamiento del sistema a través del *indirect doing business*.

II – Continúo señalando que se insertan en ese panorama las dos reformas a la ley concursal:

1. El sistema concursal era y continuará siendo ineficiente, como lo ha sostenido en trabajos publicados por la Academia en años anteriores, atendiendo a que no alienta al deudor que advierte estar en cesación de pagos, y particularmente a los administradores de sociedades, a la adopción de medidas tendientes a acotar su situación y no transferirla a terceros, o sea a la temporaneidad de adopción de soluciones ante el estado de insolvencia.

2. Esas dos leyes introducen criterios contradictorios, generando una gran incerteza en torno a la vigencia de cada reforma, a la transitoriedad de las mismas, que divide a la doctrina.
3. La presentación tempestiva en concurso, o en la adopción de medidas para no contagiar el estado de insolvencia, ha sido la base doctrinaria de la estructuración del sistema concursal. Así lo enseñaron en esta Academia Héctor Cámara y Francisco Quintana Ferreyra.
4. Particularmente no es alentada la tempestividad en cuanto la primera de esas leyes elimina el mínimo a pagar a los acreedores quirografarios del 40% -sin límite de plazo-, y la posterior ley derogando la mayoría de las reformas mantiene ese resultado paupérrimo –que ni siquiera se cumple y lleva a la quiebra en los procedimientos analizables-.
5. Se mantiene el desaliento a las acciones de reintegración patrimonial, a través de una doctrina ambigua y permisiva que alienta la falta de planificación del deudor y su actuación en cesación de pagos, transfiriendo su problema a los acreedores que contraten en tal estado –por supuesto sin su conocimiento de la insolvencia que llevará a que no se satisfagan las obligaciones así contraídas-.
6. La asistematicidad en la introducción de los arts. 46, 48 y 52 entre los mismos y con el art. 49 de la ley de concursos facilitarán maniobras que aparecen denunciadas y explicitadas en trabajos incorporados a la página electrónica de la Academia <http://comunidad.vlex.com/acader>, donde también se sugieren las medidas para contrarrestarlas.
7. El cinismo mediático tiende a ocultar estas cuestiones, particularmente el dolo de los deudores, pudiéndose citar como ejemplo el concurso de Aerolíneas Argentinas S.A., de reciente data, respecto a una sociedad que casi nace en cesación de pagos por la administración ilegal –pese a haber entregado el estado el patrimonio social libre de pasivo-, ocultando un dudoso e ilegal arbitraje producido en el año 1992.
8. El acuerdo preventivo extrajudicial generado por la última ley permitirá que los acreedores preteridos o ignorados deban ver como se consuman las maniobras que permite al acreedor que los ignora, protegido por el lento sistema judicial de declaración de derechos.
9. Una reforma en concurso profundizaría los efectos de acuerdos extrajudiciales respecto a acreedores omitidos o ignorados.
10. No se tiene en cuenta la situación de desigualdad que se crea entre un deudor que planifica en insolvencia como seguir operando y como transferir su estado a acreedores *in bonis*, y la situación de éstos que enfrentados a la incobrabilidad de su deudor en concurso, deberían hacer grandes gastos y esfuerzos y esperar mucho tiempo para que la justicia reparara lo que el concurso permite al deudor que no se presente temporáneamente en concurso.
11. La doctrina debe alertar de estas situaciones que alejan las inversiones, destruyen aún más la economía. Se impone tener claras las cuestiones. El problema de la empresa debe verse externamente y no internamente. La apreciación debe ser genérica para tutelar la empresa como organización económica, limitando los efectos externos de su cesación de pagos y permitiendo que, en ese contexto, la “empresa” puede solucionar su problema. O sea si se debe proteger a administradores inexpertos –o dolosos-, o a la empresa general.

12. Se concilian los intereses de la empresa en dificultades y de su entorno. Claro que implica limitar el margen de maniobra de los administradores del concursado para perjudicar a terceros, incentivar las acciones de responsabilidad o de reconstrucción patrimonial. Con esa óptica resulta impensable que puedan concurrir empleados en razón de “créditos” laborales correspondientes a sus salarios inmediatos.
13. Por último, siempre se ha referido a lo que la doctrina llamaba “cramdown” a la criolla –art. 48 ley 24522- como “propuesta heterónoma”, por generarse de un sujeto ajeno al poder del concursado, ante el fracaso de su propia “propuesta autónoma”, o sea formulada por la autonomía de su personalidad jurídica. En la propuesta heterónoma –al igual que en la autónoma- disvaliosamente no se exige “El plan de explotación, acompañado de un presupuesto de recursos, debidamente fundado” que se requiere al síndico en el supuesto del art. 190 inc. 4º que se mantiene en forma idéntica en el nuevo texto fijado por la ley 25.589. Sobre el plan de empresa me he explayado en otros trabajos, y constituye un eje sobre el que se discrepa doctrinariamente, sin entender claramente que ello se corresponde a un deber del administrador societario, que simplemente tiende a acreditar que intentó cumplir con sus funciones y que ese programa explicita la seriedad de su trabajo y permite desligarlo de responsabilidad ante los cambiantes efectos económicos. Pero su falta implica una presunción de no haber intentado ejercitar sus funciones. No se trata de evaluarlo o aprobarlo, sino de ponerlo a disposición de los interesados y disponerlo como elemento de prueba de la eventual responsabilidad de los administradores.
14. La propuesta heterónoma no es una propuesta de explotación o adquisición de la empresa, sino de adquisición de las cuotas u acciones, centrándose la cuestión en la determinación de su precio. Se elimina la expresión del viejo art. 48 sobre “la adquisición de la empresa en marcha”, criticada, para insistir en la adquisición de las participaciones sociales. Un sector de la doctrina afirmó que la finalidad del instituto, perseguida a través de la intervención de terceros, es hacer operativo el principio de conservación de la empresa, permitiendo que mas allá de la suerte del empresario, pueda establecerse una oportunidad de saneamiento para los establecimientos económicamente útiles y viables. Otros, por el contrario, entendieron que la figura constituía una mera transferencia de las participaciones societarias de la deudora que no aseguraba la continuación empresaria y que no seguía la directiva central del derecho comparado en orden a la existencia de un plan de empresa que posibilitara el mentado saneamiento. Esta corriente de pensamiento entendió que el salvataje de la empresa era en rigor "una transferencia de activos con previo arreglo del pasivo", o mejor dicho, "una venta forzada de capital social. La ambigüedad y maniobras que permite la nueva articulación se ha denunciado en otros artículos y sólo se remarca.
15. Deben formalizarse las meditaciones –por el que escuchó esta presentación o el que lea esta síntesis-, que también deberán dedicar, más que a las reflexiones sobre la interpretación literal de la ley, o la conveniencia de su reforma, en la asunción del compromiso ético con la comunidad con los principios tradicionales que imponen los remedios concursales y su tempestividad, aventando doctrinas ambiguas que alientan conductas irresponsables, particularmente de administradores societarios.