

EXPECTATIVA DE LEGE LATA.

Efraín Hugo RICHARD¹

(Intervención en panel sobre Prospectiva del Derecho Concursal en las Segundas Jornadas Concursales Interdisciplinarias del Centro de la República Argentina, 15 y 26 de agosto de 2005, coorganizadas por el Instituto de la Empresa de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba)

Trataré de regar las semillas que plantó Carlos Tale con la experiencia de mis cincuenta primeros años de profesión que me festejaron anoche en estas Jornadas.

La pregunta de Alberto Scravaglieri sobre “como recuperar la credibilidad” facilita la introducción a mi planteo.

La hipocresía, el limitarse a las apariencias, a las fachadas sin ingresar al fondo de las cuestiones, privilegiando las formas sin advertir la substancia son las que han generado este estado de cosas que ha llevado a recibir sin escándalo propuestas que conculcan los derechos de los acreedores quirografarios.

En este panel sobre “Prospectivas del derecho concursal” –donde Vicente Aznar e Ignacio Escuti han formalizado estupendos planteos- no pretendo sugerir reformas a la ley, pues es imposible pretender del legislador un rasgo de genialidad imposible previendo todos los casos que la realidad empresaria pueda generar, y si el legislador tuviera ese rasgo divino quizá la ley cayera en la prolija oscuridad. Lo que pretendo es un cambio en la forma de pensar en torno a los mismos fenómenos que hoy concitan la preocupación de pocos, buscando de generalizar el pensamiento e instalar el debate.

Se trata de volver a los principios generales del derecho para el análisis de esa realidad, para evitar los abusos de derecho que –a mi entender- se están produciendo.

Ello impone cambiar el análisis respecto a sociedades, pues no puedo entender que para éstas sea aceptable homologar acuerdos que impliquen quitas de aproximadamente el 80% con períodos de espera de más de un quinquenio y luego plazos de pago de más de un decenio sin intereses ni ajustes. Un verdadero despojo que califica de ineficiente al sistema o a quiénes lo aplican.

El punto central es considerar que debe hacer un administrador societario, un buen hombre de negocios, cuando enfrenta dificultades financieras o económicas en la gestión de su administrada.

En el año 1925 Mauricio Yadarola publicó un proyecto legislativo donde centró la apreciación de un sistema concursal en la rápida aplicación de esta vía ante la cesación de pagos o dificultades anticipatorias.

Ese ha sido el eje de las construcciones doctrinarias y legales hasta la fecha, incluso ampliando los legitimados activos para la apertura de procedimientos concursales.

De esa forma aparece claramente la situación disvaliosa que faculta a un deudor a no cumplir con sus obligaciones, convocando a sus acreedores para absolver ese estado patrimonial y permitir la continuidad de la empresa, evitando agravar los daños que en el mercado genera la actuación de empresas en cesación de pagos. El bien jurídico tutelado fijado en el art. 1129 a. de la Bankruptcy Law de USA es el “sobreseimiento de la insolvencia”, el contravalor es el estado de cesación de pagos que afecta la conservación de la empresa desarrollada por una sociedad. No es otro en nuestro sistema.

Revisemos el ejercicio de ese derecho o facultad por una sociedad, pues compone una técnica jurídica de organización de la empresa.

¹ Agradeceremos comentarios a richardjuris@arnet.com.ar

Con esta introducción atiendo a los principios rectores del sistema jurídico y del sistema concursal, que deben interpretarse conjuntamente, sin perjuicio de estar a la realidad. Es más, la realidad no debe ser soslayada en la interpretación de las normas, pero tampoco debe inhibirnos de la aplicación de los principios. Y así refiero a la comunicación de Ariel Dasso del día de ayer.

La realidad marca, con apreciación técnica objetiva que el derecho o facultad de los administradores societarios de peticionar la apertura del concurso es usada tardíamente, después de muchos años de operar en cesación de pagos.

De ello resulta la gravedad de la situación patrimonial que impone inimaginables quitas y esperas que se alejan totalmente de cualquier tipo de concesión voluntaria de crédito. De esta forma se ha producido el contagio, la irradiación del estado de cesación de pagos.

Operar en cesación de pagos genera un daño inevitable, aumentando el problema que se advierte en lo interno de la empresa. Ello no protege a la empresa, ni a los acreedores, ni al crédito, ni a la competencia leal, ni a la buena fe, ni a los acreedores. La presentación tardía sólo supone –erróneamente a mi entender- una protección a la sociedad deudora, a sus socios (especialmente al grupo de control) y a sus administradores.

Ello ocurre porque después de haber dogmatizado sobre la necesidad de actuar anticipatoriamente a la instalación de la cesación de pagos, como lo habilitó nuestra legislación desde el año 1983, inmediatamente nos olvidamos de ello. Pareciera que para el concurso preventivo no se tiene en cuenta la obligación de presentación tempestiva, basándose en que se han eliminado las sanciones ante el incumplimiento, constituyendo la presentación en cualquier tiempo una facultad de la deudora.

Creo que existe un error de apreciación.

La ineficacia del sistema acaece porque no se usa de la facultad de presentarse en concurso dentro de los parámetros que fija la ley, y ese derecho es usado abusivamente.

Congruente con esta actitud profesional se ha desarrollado en los últimos años la idea de que los acreedores deben sufrir el perjuicio de la modalidad de cómo los administradores societarios ejercitan esa facultad, basados en que la liquidación de la sociedad no les ofrecería un mejor resultado que el acuerdo depredatorio de quita y espera.

También esto es erróneo

Paralelamente a ese apartamiento, aparecen conductas totalmente ajenas a los usos y costumbres comerciales, o prácticas de mercado. Como bien decía Juan Carlos Palmero ayer, el interés legítimo de los acreedores es cobrar su crédito y no interferir en el objetivo del sistema concursal o bien jurídico tutelado –que es sobreeser el estado de cesación de pagos-. No es congruente con ese interés del acreedor que un tercero le pague mucho más que lo que se ofrece en el acuerdo, incluso el total a un acreedor hipotecario, para luego renunciar al privilegio y aceptar un acuerdo con desmesuradas quitas y esperas. Esto está dirigido a imponer el acuerdo a otros acreedores. Este nuevo acreedor no está en igualdad o *pars conditio creditorum*, es un acreedor devenido voluntariamente en connivente que dona su crédito. No puede votar como señala mucha legislación, y como empieza a reaccionar alguna jurisprudencia patria. No podemos ser hipócritas: es una práctica abusiva que aconsejan asesores económicos y jurídicos especializados para asegurar la aprobación, imponiéndosela a ciertos acreedores.

Correlativamente, la jurisprudencia ve con disfavor que un tercero intente abrir anticipatoriamente el concurso de la sociedad deudora remisa en la presentación, cuando la apertura de la quiebra habilita la inmediata conversión. He desarrollado mi posición en libro colectivo en el artículo *Ejecución individual vs. Pedido de quiebra*, ponderando la posición que tenía el Dr. Jorge Ortiz Araya sobre el punto como informé anoche en el homenaje a los 25 años de la Justicia especializada, que el inauguró. Pueden consultarlo en

www.acader.unc.edu.ar, junto con otros artículos de mi autoría sobre aspectos vinculados a esta exposición.

Este es el panorama: sociedades que se presentan en concurso después de muchos años de operar en cesación de pagos, quizá para evitar un remate inminente en un juicio promovido hace muchos años, obviamente manifestado que recién advierten el estado de cesación de pagos. En el temario del Congreso que se realizará el año próximo en Rosario, y del que esta Jornada es preparatoria, se registra ese tema como parte de una más general “Moralización de los procedimientos concursales”. Los informes generales de los síndicos desmienten esa afirmación y localizan la situación patrimonial muchos años antes, generándose la mayoría del pasivo con posterioridad a esa fecha.

Se sostiene por los administradores de la sociedad –y por sus asesores, y así se supone al homologarse- que esas quitas y esperas son el mínimo que se requiere para que continúe la empresa que explota la sociedad, por el estado financiero o económico del patrimonio de esta última.

Se instala –como referí- la idea de que son los acreedores los que deben sufrir esas quitas y esperas para asegurar la conservación de la empresa, sosteniendo absurdamente que al operar con la sociedad contribuyeron a mantener ese estado de cosas. En el concurso preventivo no se habla de los deberes fiduciarios de los administradores frente a terceros, se olvidan todos los principios fundamentales del sistema concursal, y se concentra la cuestión en victimizar a los acreedores por diversos medios: Se excluye a acreedores sea no declarándolos, no publicando edictos en los lugares donde se han generado deudas, se obstaculiza la verificación en la supuesta inexistencia de causa de títulos valores, se requiere de acreedores la entrega de créditos contra terceros cedidos en garantía, en prenda o fideicomiso generando una suerte de ineficacia en el concurso preventivo, se modifican los convenios laborales en perjuicio de trabajadores a quienes se les debe injustificadamente salarios y se incumple el pronto pago revelando incapacidad de organización para generar sobranes de explotación pese a no pagar a nadie. Respecto a la no verificación de créditos registrados en títulos valores, amén de señalar que sólo se requiere que el acreedor indique la causa de adquisición –puede ser de un tercero-, la declaración de no admisibilidad por supuesta connivencia, por coherencia, debería acompañarse con la designación de un coadministrador por lo menos para suscribir títulos valores, pues la misma administración societaria podría estar realizando idéntica operatoria en período post concursal. El castigo a acreedores se potencia al tratar que no verifiquen tempestivamente sus créditos, o sean declarados inadmisibles, y en los procesos respectivos se suelen regular honorarios a su costa en proporción al crédito que se pretendía verificar, y no al valor actual que el mismo tiene al estar homologado un acuerdo depredatorio. Esto es claramente inconstitucional pues implica mandar a pagar más que lo cobrarán –si es que lo cobran-. Agréguese la “prescripción” general para todos los créditos que no se presenten hasta dos años de la presentación, que puede no haberse publicitado en forma inmediata o en forma legal.

Se suma a ello la inexistencia de toda programación, previa a la petición de apertura del concurso, en la presentación, en la justificación de la imposibilidad de pronto pago, y en la justificación de los acuerdos depredatorios propuestos, tanto para acreditar que es lo mínimo que se requiere para conservar la empresa, como para justificar que ello se podrá pagar con la explotación normal de la empresa. Los deberes fiduciarios de los administradores son olvidados y se acepta cualquier maniobra tendiente a homologar el acuerdo, pues se supone que sólo en la quiebra podrá haber alguna sanción por la presentación tardía, por haber operado la sociedad en cesación de pagos durante mucho tiempo.

Alcanzado el objetivo de la sociedad deudora, al ser homologados esos acuerdos de quitas y esperas desmesuradas, se genera un enriquecimiento de los socios que mantuvieron a esos administradores contemplativamente.

Es necesario reaccionar, recordando algunas previsiones del sistema legislativo societario y general, coherentes con los principios concursales. El derecho concursal no puede interpretarse aisladamente, y la facultad de concursarse no puede ser usada abusivamente, contrariando principios de buena fe y orden público.

Cuando se constituye una sociedad para explotar una empresa, se afirman los deberes fiduciarios de los administradores societarios de operar como buenos hombres de negocios a favor de la sociedad y los socios, cumpliendo con las disposiciones que regulan la funcionalidad de las sociedades.

Congruentemente cuando una sociedad ingresa en dificultades financieras o económicas que anticipan el estado de cesación de pagos o marcan su insolvencia, esos deberes fiduciarios se extienden a favor de los acreedores, para no dañarlos con la actuación antifuncional de la sociedad.

Ese estado patrimonial de la sociedad hace suponer que los administradores de la misma, quizá también los socios que la controlan y los designan, no adoptaron las medidas oportunas para corregir ese estado de cosas, en lo interno de la sociedad, y –ante su fracaso– en una presentación tempestiva en concurso.

Avanzo: ese estado patrimonial-financiero impone funcionalmente en la sociedad que se adopten medidas en lo interno.

El informe general del Síndico, o la observación que se haga a los libros de actas de la sociedad concursada, permiten determinar que sólo aparecen aprobados anualmente los balances, con confusas y difusas apreciaciones sobre las dificultades del mercado, pero en forma alguna un intento de aumentar el capital, obtener crédito de los socios o aportes irrevocables –cuando no aparecen sospechosamente devueltos los que años atrás de habían otorgado–, ni un intento de reintegrar el capital, o de aumentar el capital para capitalizar algunos créditos, ni como planes para reorganizar el patrimonio desprendiéndose de bienes inmovilizados o de sucursales.

Esa aparente anomia, que justifica la doctrina mayoritaria concursalista sobre que en nuestro sistema los administradores societarios no están obligados a presentar plan alguno –aunque lentamente se viene modificando–, no advierten que en el caso de administradores societarios esa planificación les está impuesta actualmente por la legislación societaria, conforme lo requiere la Memoria, además de requerirlo la conducta de un buen hombre de negocios, que debe haber advertido la dificultad, enfrentándola, informándola en lo interno y no perjudicando a terceros al operar en esas condiciones.

Claro que esa conducta se concilia con la que Carlos Palacio Laje sostiene que ha existido en estos casos “la planificación de la insolvencia”, punible penalmente conforme el art. 174 inc. 6º, bajo la visión englobante de “Delitos de vaciamiento de empresa” –que es el título de su libro–, con la sanción de la ley 25602, por la que “se introducen como defraudación distintas modalidades de acción por las cuales el agente logra un resultado en la empresa (afectan el normal desenvolvimiento ...), constituyendo un subgrupo de delitos de intención”. Dicho autor se refiere a las sociedades que se generan sin capital suficiente, “con capitales de humo”, “los vencimientos del pasivo se van postergando y se obtiene refinanciamiento, mediante la exhibición de un “gran patrimonio”, aunque total o parcialmente impago. Con este ardid se obtiene también crédito por parte de los proveedores comerciales que aumentan el pseudo patrimonio o el stock de mercadería”, con una descripción que se corresponde a los Informes Generales que los Síndicos que formalizan en la mayoría de los Concursos Preventivos (no Quiebra) de Sociedades que han venido

operando en insolvencia, lo que se califica como “ardid”. La fecha de la cesación de pagos resulta en el caso del A.P.E. de la observación de la fecha de vencimiento de los créditos reconocidos.

Insisto que mi apreciación no es de lege ferenda, sino en análisis de la legislación actual.

En ese orden, y fundamentalmente, debe entenderse que la tempestividad económica-jurídica que debe guiar las acciones de los administradores societarios no ha sido eliminada de los deberes fiduciarios de ellos por el derecho concursal. Partiendo del presupuesto objetivo y bien jurídico tutelado por la legislación concursal –integrando las relaciones de organización– al permitir alterar las relaciones bilaterales con sus acreedores, al no presentarse tempestivamente actúan abusivamente, afectando el normal funcionamiento del mercado.

Desde ese punto de vista, ese estado de cosas del patrimonio de la sociedad si bien puede ser paliado por las quitas y esperas que se impongan –voluntaria o coactivamente a los acreedores–, si no existe una compensación para estos en el enriquecimiento que se produce para los socios, autoriza una acción individual de responsabilidad contra los administradores, y –eventualmente– una acción de imputación o de responsabilidad contra los controlantes socios o no. Fuertes corrientes doctrinarias, y también legislativas, se enrolan en las sanciones por la actuación en cesación de pagos, pero en el concurso preventivo aparece desdibujada esa sanción y por ello las conductas reñidas de actuación de acreedores conniventes.

Sobre este esquema de *lege lata* centro mi posición desarrollada desde hace diez años, particularmente habilitando la posibilidad que ante acuerdos depredatorios homologados, los acreedores nacidos con posterioridad al estado de cesación de pagos pueden promover acciones individuales contra los administradores de la sociedad deudora.

La novación concursal no altera las acciones de responsabilidad contra terceros no concursados, y el daño ha devenido directamente de la actuación ilícita de los administradores.

Quizá incluso contra los accionistas de control por el uso en fraude a la ley, abusando del derecho de concursarse y presentar acuerdos en su beneficio.

Hemos teorizado también sobre la aplicación de la sanción por actividad ilícita a la sociedad que opera antifuncionalmente en el mercado, contagiando su estado de cesación de pagos para pretender que ella luego sea paliada por los acreedores, que aparecen así peor que los socios pues deben contribuir en las pérdidas y sin expectativa alguna de recibir ganancias.

Pero ya se habla de otras fronteras en torno a los acuerdos abusivos, sobre lo que me he expedido y no quiero invadir el territorio de la próxima conferencista, María Indiana Miceli, aunque si señalar que ante ese estado de cosas la reorganización societaria debería pasar por la capitalización de las deudas, en esfuerzo compartido –cuño jurisprudencial– entre socios y acreedores para conservar la empresa, como acaece en la legislación y jurisprudencia americana.

Claro que ello no acalla la posibilidad de acciones individuales de responsabilidad. Ella requiere daño directo a los terceros, conforme lo señala la doctrina y jurisprudencia, no generado por el empobrecimiento del patrimonio de la sociedad. Originariamente hasta fines de los 90 se sostenía que esa acción era de biblioteca, pues no podía generarse daño a un tercero en forma directa en cumplimiento de funciones orgánicas, y si era por actuación no orgánica se estaría frente a una acción de responsabilidad común y no social.

La contratación de la sociedad con terceros, sabiendo los administradores sociales que se la hace en cesación de pagos es dolosa en los términos de los arts. 931, 1071 y 1072 y concordantes del C.C.. Ese acto orgánico causa daño directo al tercero, por la reticencia informativa de los administradores al contratar o incumplimiento de deberes de lealtad, si la prestación no es luego satisfecha al tercero.

Hoy la jurisprudencia y doctrina extranjera es rica en ejemplos que autorizan el ejercicio de acciones individuales de responsabilidad. No es del caso referirme a la responsabilidad de administradores en Alemania, Francia, Italia y España, que es congruente con la posición que mantengo y el esfuerzo compartido.

Esta acción es extraconcursal pues no está concursado el legitimado pasivo. Tampoco ejerce efectos sobre la misma la novación de la obligación principal en el concurso de la sociedad.

La cuestión ofrece aristas más interesantes, pero me limitaré hoy a acciones promovidas por acreedores titulares de créditos nacidos con posterioridad a la indubitable fecha de cesación de pagos. La prueba aportada por el informe general del síndico, aunque no se haya fijado la fecha definitiva, será de un valor incalculable –superando a una pericial contable- para determinar junto con la inexistencia de acciones internas en la sociedad para superar la crisis, el dolo de los administradores sociales. En el caso del acuerdo preventivo extrajudicial cumplirá un rol similar la fecha de incumplimiento de los créditos que se acrediten, lo que hace presumir desde que momento los administradores societarios siguieron operando con dolo, en su caso.

Existe así una clara sanción por la tardanza en adoptar medidas externas o presentarse tempestivamente en concurso, se ha producido daño, existe antijuridicidad por la conducta dolosa y se genera responsabilidad de tipo subjetivo, con clara causalidad entre el obrar antijurídico y el daño. Por otra parte la actividad ilícita prevista en el art. 19 LS se estaría configurando.

Mi propósito es devolver las cosas a la normalidad, como hacían cuando existía el acuerdo resolutorio y se solucionaban la situación patrimonial de una sociedad con quitas no mayores al 20% o esperas de no más de 2 años.

Determinar cuando es abusiva una propuesta es un problema cualitativo y no cuantitativo. Pasa por la conducta de administradores y socios de la sociedad, desde como planificaron la reorganización o la insolvencia para afectar a terceros, si intentaron capitalizar las deudas, conforme prevé el art. 197 2º párrafo de la ley de sociedades, y hasta si intentaron una liquidación rápida, eficiente y a bajo costo aunque no satisficiera la totalidad de los créditos. Esas conductas son las que hay que evaluar para determinar si existe o no abuso de derecho, y ante la homologación en esa situación se abre la eventualidad de tipificarse conductas que autorizan acciones contra administradores y socios.

Hoy que la doctrina y jurisprudencia ha asumido la teoría del “esfuerzo compartido” para afrontar ciertos eventos, aparece un despropósito que los efectos de la cesación de pagos de una sociedad la deban asumir exclusivamente los acreedores y no la sufran también los socios, que con las prácticas abusivas advertidas se enriquecen pese a su desidia.

Se trata nada más que mirar el bien jurídico o la *ratio legis* que autoriza la alteración por el derecho concursal de las relaciones bilaterales, la *ratio legis* que limita la responsabilidad de administradores y socios en las sociedades, para devolver las cosas a su estado natural, para que los administradores no se vean “sorprendidos” por acciones de responsabilidad, se devuelva la ética a los negocios y la libre competencia a los mercados, alterada por los que operan en cesación de pagos, o sea volver a los principios.

La conservación de la empresa se logra equilibrando el patrimonio de la sociedad, pero ello no puede ser a costa del daño que se infiera a los acreedores. El juez debe ser el guardián no sólo de los acreedores que votan en contra o se abstienen, sino también de los acreedores que han sido excluidos momentáneamente de la verificación, juzgando a su vez la calidad de votantes de quienes adquiriendo créditos, renuncian privilegios o al desembolso para configurar la mayoría que impone el despojo.

En momentos que se habla de la Responsabilidad Social Empresaria o Corporativa, de la *Corporate Government*, en cuyos códigos de ética esta no contaminar, pagar impuestos y aportes previsionales, no afectar a los trabajadores ni al mercado, no se puede mirar con indiferencia la política depredatoria de las sociedades operando en cesación de pagos en el mercado, contagiando ese estado y alejándose del principio rector del sistema concursal: la tempestividad en la apertura de un procedimiento judicial o extrajudicial. En momentos que se requiere el balance social no puede tenerse la hipocresía de sostener que los administradores societarios no deben planificar o hacer un *insolvency test*.

No intento convencerlos, sólo pretendo generar una reacción, que refuten mis apreciaciones abandonando meros criterios de realidad. Realidad que se corresponde a un obrar antifuncional de las sociedades que ha afectado seriamente la seguridad jurídica y la inversión productiva en nuestro país, y generalizando el incumplimiento.

Si luego dedican una meditación a estas cuestiones, esta comunicación habrá cumplido su objetivo.